



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

MARIELA BONGIOLO

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS DIANTE DA DECISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694**

Tubarão

2018

MARIELA BONGIOLO

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS DIANTE DA DECISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e sociedade

Orientador: Prof. Rafael Giordani Sabino, Esp.

Tubarão

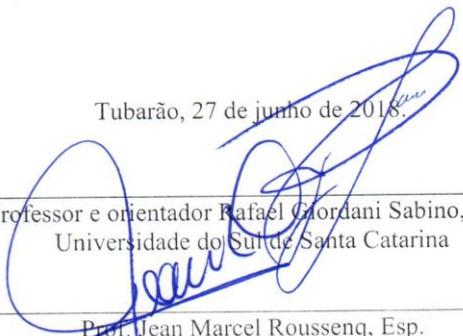
2018

MARIELA BONGIOLO

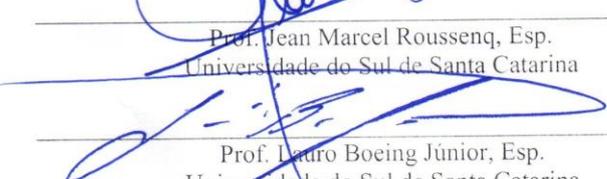
**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS DIANTE DA DECISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

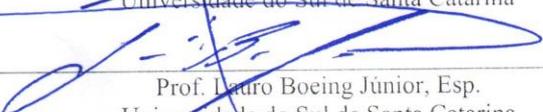
Tubarão, 27 de junho de 2018.



Professor e orientador Rafael Jordani Sabino, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Mauro Boeing Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu namorado, pois me acompanharam e me auxiliaram durante o desenvolvimento dele.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por todas as bênçãos a mim concedidas, sem Ele nada sou.

Aos meus pais, Daniela Pedone Carneiro e Ricardo Bongioiolo, agradeço por tudo o que fazem para que eu alcance os meus objetivos e por todo amor, toda atenção, todo carinho, toda compreensão e todo respeito que tiveram por mim ao longo de toda a minha vida.

Ao meu namorado, Rômulo Müller Bratti, o meu muito obrigada por sempre estar ao meu lado, me dando todo amor e todo apoio que preciso, os quais foram indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

Aos meus avós, Maria Tereza Pedone Carneiro, Ronaldo Pinho Carneiro, Marinez Wendhausen Garcia Bongioiolo e Elídio Bongioiolo, meus amores, meus exemplos de vida, de garra e de superação.

Aos professores do curso de Direito por todos os ensinamentos durante a trajetória acadêmica. Em especial, ao meu orientador, professor Rafael Giordani Sabino, por toda disponibilidade e orientação ao longo do desenvolvimento deste trabalho monográfico.

A todos que estiveram ao meu lado durante a trajetória acadêmica e contribuíram para a conclusão dela.

“Acredite na justiça, mas não na que emana dos demais e sim na tua própria” (Código Samurai).

RESUMO

OBJETIVO: Analisar a (im)possibilidade de equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários n. 646.721 e n. 878.694, notadamente com base no disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal e nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada. **MÉTODO:** Para isso, adotou-se como método de abordagem o dedutivo. Quanto ao nível de profundidade, a pesquisa foi exploratória. Ademais, os procedimentos utilizados foram o bibliográfico e o documental, principalmente por meio da análise da doutrina e da jurisprudência. **RESULTADOS:** Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal equiparou os efeitos sucessórios da união estável aos do casamento, devendo ser aplicado, tanto à sucessão dos companheiros, quanto à sucessão dos cônjuges, o disposto no artigo 1.829 do Código Civil. **CONCLUSÃO:** Concluiu-se que a equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento vai de encontro ao disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada.

Palavras-chave: União Estável. Casamento. Equiparação. Sucessão Legítima. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

OBJECTIVE: Analyze the possibility of equating or not the succession regime of the common-law marriage with the legal marriage, in accordance with the decision of the Federal Court of Justice, in Extraordinary Appeals no. 646,721 and no. 878,694, notably based on article 226, paragraph 3, of the Federal Constitution and on the principles of human dignity, isonomy, freedom and private autonomy. **METHOD:** For this, the deductive approach method was adopted. As for the level of depth, the research was exploratory. In addition, the procedures used were bibliographical and documental, especially through the analysis of doctrine and jurisprudence. **RESULTS:** It was verified that the Federal Court of Justice equated the succession effects of the common-law marriage for the legal marriage, and the provisions of article 1,829 of the Civil Code must be applied, both in succession of the common-law spouses and in succession of the legal spouses. **CONCLUSION:** It is concluded that the assimilation of the succession regime of the common-law marriage and legal marriage is in disagreement to the article 226, paragraph 3, of the Federal Constitution, and the principles of human dignity, isonomy, freedom and private autonomy.

Keywords: Common-law Marriage. Marriage. Equalization. Legitimate Succession. Federal Court of Justice. Extraordinary Appeal.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

§ - parágrafo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Comissão Americana de Direitos Humanos

CFJ – Conselho Federal de Justiça

DF – Distrito Federal

ES – Estado de Espírito Santo

MG – Estado de Minas Gerais

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RS – Estado do Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	12
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	14
1.3 HIPÓTESE.....	14
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS	14
1.5 JUSTIFICATIVA	14
1.6 OBJETIVOS	15
1.6.1 Objetivo geral	15
1.6.2 Objetivos específicos	15
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO	16
1.8 ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS.....	17
2 O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL.....	18
2.1 O CASAMENTO.....	18
2.1.1 Noções gerais.....	18
2.1.2 O casamento no Brasil	19
2.1.3 Natureza jurídica.....	20
2.1.4 Formalidades	21
2.1.5 Capacidade, causas impeditivas e causas suspensivas do casamento.....	25
2.1.6 Efeitos	27
2.2 A UNIÃO ESTÁVEL	31
2.2.1 Noções gerais.....	31
2.2.2 A União estável no Brasil.....	32
2.2.3 Diferença entre união estável e concubinato.....	34
2.2.4 Requisitos	35
2.2.4.1 Convivência <i>more uxório</i>	35
2.2.4.2 Objetivo de constituir família (<i>affectio maritalis</i>).....	35
2.2.4.3 Publicidade (notoriedade).....	36
2.2.4.4 Estabilidade	36
2.2.4.5 Continuidade.....	37
2.2.4.6 Inexistência de impedimentos matrimoniais	37
2.2.5 Efeitos	38
2.2.6 Facilitação da conversão da união estável em casamento	40
3 SUCESSÃO	41

3.1	SUCCESSÃO EM GERAL.....	41
3.1.1	Herança e meação.....	41
3.1.2	Successão <i>inter vivos</i> e <i>sucessão causa mortis</i>	42
3.1.3	Successão legítima e <i>sucessão testamentária</i>	42
3.1.4	Abertura da <i>sucessão</i>	44
3.1.5	Legitimados a suceder.....	45
3.2	DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE.....	46
3.2.1	Legislação anterior ao Código Civil de 2002	46
3.2.2	Código Civil de 2002	47
3.2.2.1	Ordem da vocação hereditária	47
3.2.2.2	Concorrência com os descendentes	49
3.2.2.3	Concorrência com os ascendentes	50
3.2.2.4	Totalidade da herança.....	50
3.2.2.5	Direito real de habitação.....	51
3.3	DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO.....	52
3.3.1	Legislação anterior ao Código Civil de 2002	52
3.3.2	Código Civil de 2002	53
3.3.2.1	Concorrência com os descendentes comuns.....	54
3.3.2.2	Concorrência com os descendentes do sucedido.....	55
3.3.2.3	Concorrência com outros parentes sucessíveis.....	56
3.3.2.4	Totalidade da herança.....	56
3.3.2.5	Concorrência entre o cônjuge e o companheiro	57
3.3.2.6	Direitos reais de habitação e de usufruto.....	58
4	A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO DA UNIÃO ESTÁVEL AO DO CASAMENTO DIANTE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 646.721 E 878.694	
	60	
4.1	AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE EQUIPARARAM O COMPANHEIRO O CÔNJUGE PARA FINS SUCESSÓRIOS (RE N. 878.694/MG E RE N. RE 646.721/RS).....	60
4.2	A NÃO EQUIPARAÇÃO DA UNIAO ESTÁVEL AO CASAMENTO À LUZ DO ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO ARTIGO 1.726 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	63
4.3	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	67

4.4	PRINCÍPIO DA ISONOMIA	68
4.5	PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	70
4.6	PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	72
5	CONCLUSÃO.....	75
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo estudar o direito sucessório do cônjuge e do companheiro diante da equiparação dos institutos para fins de recebimento de herança, nos termos das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nos Recursos Extraordinários n. 646.721/RS e 878.694/MG.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

“Embora o conceito de família tenha variado no tempo e no espaço, sempre esteve ligado às formas de organização dos seres humanos na sua vida privada e, por extensão, à forma de organização da sociedade e do próprio Estado” (MELO, 2014, p. 3).

O Código Civil de 1916 (Código Beviláqua), adotou o regime da família patriarcal, de forma que toda a organização da família se dava em torno do chefe de família, o qual era o marido. Neste Código, o Estado apenas reconhecia a família legítima – advinda do casamento – de sorte que qualquer outra forma de união era qualificada como concubinato (MELO, 2014, p. 6).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, provocou uma revolução de caráter normativo excepcional no que diz respeito ao direito de família, notadamente porque passou a reconhecer outros tipos de família além da família advinda do casamento (MELO, 2014).

Nesse diapasão, a Carta da República, no seu artigo 226, passou a dispor que também merecem a proteção do Estado as famílias originárias da união estável e as famílias monoparentais, deixando, ainda, em aberto a possibilidade de reconhecimento de outras formas de família, por meio de um rol meramente exemplificativo (MELO, 2014). *In verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado

propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Desde então, as famílias classificam-se em duas categorias: as constitucionais e as não constitucionais. As primeiras são as mencionadas no artigo 226 da Constituição Federal e são três: a instituída pelo casamento, pela união estável e a família monoparental. Já as não constitucionais seriam os demais tipos de família, como, por exemplo, a família derivada de parcerias entre pessoas do mesmo sexo (COELHO, 2012).

Após, sobreveio o Código Civil de 2002, o qual regulou as entidades familiares do casamento e da união estável e estabeleceu regimes sucessórios distintos aos cônjuges e aos companheiros. Enquanto o cônjuge está inserido na “Da Ordem da Vocação Hereditária” (artigo 1.829), inclusive na condição de herdeiro necessário e concorrendo com os descendentes e os ascendentes do falecido, o companheiro encontra-se no capítulo das “Disposições Gerais”, mais especificamente no artigo 1.790.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 10 de maio de 2017, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 646.721/RS e n. 878.694/MG, entendeu, de maneira não unânime, que o artigo 1.790 do Código Civil, ao estabelecer tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro, no tocante à transferência de bens deixados por pessoa falecida, deve ser considerado inconstitucional (BRASIL, 2017).

A tese estabelecida nos julgamentos, elaborada pelo ministro Luís Roberto Barroso diz que “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 artigo 1.829 do Código Civil de 2002” (BRASIL, 2017).

Dessa maneira, considerando que a decisão proferida pelo STF não foi unânime e abriu margem para interpretações diversas, no presente trabalho será analisada a (im) possibilidade da equiparação do regime sucessório do companheiro ao do cônjuge à luz do artigo 226, §3º, da Constituição Federal e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

É possível equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento?

1.3 HIPÓTESE

A questão debatida pelo Supremo é, de fato, um tema que causa muitas dúvidas e reflexões desde a promulgação do Código Civil de 2002 até os dias atuais. Isso porque a Constituição Federal de 1988 reconheceu o casamento e a união estável como entidades familiares e o Código Civil estabeleceu regimes sucessórios distintos aos institutos.

Todavia, em que pese o STF ter equiparado o casamento e a união estável para fins sucessórios, entende-se que não é o caso de declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, sob pena de violar os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada.

Ademais, a própria Constituição Federal, no §3º, do artigo 226, reconheceu que o casamento e a união estável são institutos distintos ao estabelecer que a lei facilitará a conversão deste naquele, afinal, institutos iguais não se convertem um no outro.

Portanto, depreende-se que a equiparação dos direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge acabou indo de encontro ao artigo 226 da Constituição e retirando a liberdade e a autonomia dos particulares de optar pela entidade familiar que melhor atende aos seus anseios, além de tratar igualmente institutos desiguais.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

Equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento: Dar o mesmo tratamento ao casamento e à união estável para os fins de sucessão *causa mortis*.

1.5 JUSTIFICATIVA

O direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros abrange diversas discussões na doutrina e na jurisprudência, principalmente desde o reconhecimento da união estável como entidade familiar na Constituição de 1988 e o tratamento diverso dispensado pelo Código Civil de 2002 aos institutos.

Outrossim, o tema da presente monografia possui como justificativa a divergência do regime sucessório dos cônjuges e companheiros desde a vigência do Código Civil de 2002 e a equiparação dele a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2017, nos Recursos Extraordinários n. 646.721 e n. 878.694.

Ademais, considerando que a decisão do STF que equiparou o regime sucessório da união estável ao do casamento não foi unânime e que abriu margens para interpretações diversas da tese estabelecida, esse trabalho se justifica porque apresentará posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à equiparação dos institutos.

Logo, o presente trabalho vem a colaborar para o conhecimento de um tema que, apesar de não ser uma discussão nova no campo jurídico, diante da recente decisão do Supremo nos Recursos Extraordinários n. 646721 e n. 878694, parece ter tomado um rumo diferente do que o aparentemente desejado pelo legislador, afetando as relações particulares e a sociedade como um todo.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Objetivo geral

Analisar a (im)possibilidade da equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento frente à decisão do Supremo Tribunal Federal.

1.6.2 Objetivos específicos

Descrever noções gerais do casamento e da união estável.

Analisar a evolução história do casamento e da união estável.

Discorrer sobre as características e os efeitos do casamento e da união estável.

Descrever a sucessão em geral.

Analisar os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.

Descrever as decisões do STF que equipararam o companheiro ao cônjuge para fins sucessórios.

Fundamentar pela não equiparação da união estável ao casamento.

1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Para que haja o andamento correto de uma pesquisa, faz-se necessário que o pesquisador defina os instrumentos e procedimentos que serão utilizados. Nesse passo, “é necessário que o projeto esclareça como se processará a pesquisa, quais as etapas que serão desenvolvidas e quais os recursos que devem ser alocados para atingir seus objetivos” (GIL, 1991, p. 10).

Dito isto, quanto ao nível de pesquisa, será de natureza exploratória, uma vez que o presente trabalho visa proporcionar uma visão geral do tema proposto, com o principal objetivo de analisar os efeitos da recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

Com relação à abordagem, esta será qualitativa, visto que busca analisar, de forma subjetiva, o acórdão do Supremo. Neste tipo de abordagem, procura-se apresentar as questões da pesquisa, estabelecer estratégias, no âmbito da pesquisa exploratória, para poder sistematizar as ideias e construir suas categorias de análise. (LEONEL E MOTTA, 2007, p. 111).

Quanto aos procedimentos a serem utilizados:

a) Bibliográfico: o estudo será baseado em materiais já publicados, de fonte secundária, tais como doutrinas, artigos científicos, trabalhos acadêmicos etc. Conforme Leonel e Motta (2007, p. 11), a pesquisa bibliográfica:

[...] é aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos etc. A realização da pesquisa bibliográfica é fundamental para que se conheça e analise as principais contribuições teóricas sobre um determinado tema ou assunto.

Portanto, tendo em vista que serão analisadas as características e divergências da sucessão entre cônjuges e companheiros, faz-se necessária a leitura, principalmente, de doutrinas e de artigos científicos sobre o tema.

b) Documental: será analisado a legislação e o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal a fim de verificar os efeitos desta decisão. Conforme Motta (2012 apud LEONEL; MARCOMIM, 2015), na pesquisa documental, o material documental de referência não recebeu tratamento analítico efetivo ou adequado, diferenciando-se da pesquisa bibliográfica.

Assim, tendo em vista que o objetivo principal do presente estudo é verificar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a sua leitura acompanhada da leitura da legislação é imprescindível à realização do trabalho.

1.8 ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da presente monografia está estruturado em quatro capítulos, os quais foram formulados por meio de pesquisas na legislação brasileira, nas doutrinas e nas jurisprudências nacionais.

O primeiro capítulo, destinado à introdução, trará a descrição e a formulação do problema, a hipótese, os conceitos operacionais, a justificativa pela escolha do tema e os objetivos gerais e específicos deste trabalho monográfico. Ainda, abordará o desenvolvimento metodológico e a presente estruturação dos capítulos.

O segundo capítulo abordará o casamento e a união estável, trazendo noções gerais dos institutos, bem como a evolução histórica, as características e os efeitos deles, de acordo com a atual legislação brasileira.

O terceiro capítulo versará sobre a sucessão, abordando a sucessão em geral e a sucessão específica dos cônjuges e dos companheiros, nos termos do Código Civil de 2002.

Por fim, o quarto e último capítulo, versará sobre a (im)possibilidade de equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento, por meio da análise da jurisprudência e da doutrina.

2 O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

Inicialmente, antes de adentrar ao tema central do presente trabalho, faz-se necessário trazer noções gerais do casamento e da união estável, analisando as suas diferenças e as suas semelhanças, com base no estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

2.1 O CASAMENTO

2.1.1 Noções gerais

O Código Civil, apesar de dedicar a maior parte do Livro de Direito de Família ao casamento, não trouxe a definição do instituto, limitando-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, a elencar os direitos e deveres dos cônjuges, disciplinar os diversos regimes de bens e a regulamentar as questões patrimoniais decorrentes da dissolução do vínculo conjugal (DIAS, 2015).

Assim, na doutrina surgiram diversos conceitos para o casamento. Para Pereira (1956 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017), doutrinador clássico do Direito, o casamento é o “ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem pra sempre sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

No mesmo sentido, Lisboa (2013, p. 59), conceitua o casamento como “a união solene entre dois sujeitos de sexos diversos entre si, para a constituição de uma família e a satisfação dos seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole”.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, reconheceu, por unanimidade, a união estável homoafetiva. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.183.378/RS, afastou o requisito da diferença de sexos e reconheceu, expressamente, as uniões homoafetivas como entidades familiares.

Nesse seguimento, Gagliano e Pamplona Filho (2017), conceituam o casamento como,

Um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.

Destarte, pode-se entender o casamento como “um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (LOBO, 2017, p. 90), com a finalidade de

“estabelecer a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. (BRASIL, 2002).

Por fim, o casamento diferencia-se das demais entidades familiares pelo fato da sua constituição depender de ato jurídico complexo, dependendo de manifestações e declarações de vontades sucessivas, além da oficialidade de que é revestido, pois a sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração e registro público), enquanto as demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais são atribuídas consequências jurídicas (LOBO, 2017).

2.1.2 O casamento no Brasil

No Brasil, quando da colônia e do império, conheciam-se três modalidades de casamento: o católico, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento de 1553 e das constituições do arcebispo da Bahia; o casamento misto, entre católicos e não católicos, que seguia a orientação do Direito Canônico; e o casamento que unia membros de seitas diferentes, obedecendo-se as prescrições respectivas (PEREIRA apud RIZZARDO, 2014).

Posteriormente, em 1827, mediante o Decreto n. 3, o casamento foi oficializado, segundo as diretrizes do Concílio de Trento e, com isso, reconheceu e adotou a jurisdição canônica sobre o casamento e a sua dissolução, o que significa afirmar que não se admitia a validade do casamento sem a intervenção da igreja (RIZZARDO, 2014).

Em sentido contrário, em 1858, um projeto de lei apresentado, pelo então Ministro da Justiça, teve por objetivo permitir que fossem realizados os casamentos dos não católicos, dando assim um grande impulso à instituição do casamento civil (MALUF; MALUF, 2015).

Com o advento da República, foi promulgado o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, da lavra de Rui Barbosa, que instituiu o casamento civil no país (ANDRADE; OLIVEIRA, apud MALUF; MALUFF, 2015), de maneira que a Constituição de 1890, em seu artigo 72, §4º, dispôs que: “a república só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias de qualquer culto” (BRASIL, 1890).

Nas constituições seguintes, veio mantida a instituição, com a proteção, inclusive, do casamento religioso com efeitos civis – o que se nota na Constituição de 1934, em seu artigo 146; na Constituição de 1946, em seu artigo 163, §§1º e 2º; e na Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1), em seu artigo 175, §§2º e 3º (RIZZARDO, 2014).

Ressalta-se que, até o Código Civil de 1916, o casamento era o único modo de constituição de família. Conforme Dias (2015, p. 142):

A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam essa realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não existia outra modalidade de convívio aceitável.

A realidade só se alterou com o advento da Constituição de 1988 que alargou o conceito de família. Dias (2015, p. 143) expõe que, além do casamento, “foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como à união estável – relação de um homem e de uma mulher não formalizada pelo casamento”.

Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 33):

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”.

Por fim, no Código Civil de 2002, o casamento vem embasado na afetividade e na manifestação volitiva sincera do contraentes, aliado à observância dos impedimentos matrimoniais (MALUF; MALUF, 2015).

2.1.3 Natureza jurídica

“Em relação à natureza jurídica do casamento, não há consenso doutrinário sobre sua definição. Nesse sentido, são três as correntes que visam defini-la: a contratual, a institucional e a eclética” (MALUF; MALUF, 2015, p. 98).

A teoria contratual considera o casamento como um contrato típico, possuindo como fato gerador para sua validade e eficácia, exclusivamente, a manifestação de vontade dos nubentes (MELO, 2014).

Conforme Maluf e Maluf (2015, p. 98) “a teoria contratual aponta para a liberdade volitiva dos nubentes à celebração do contrato de casamento, pois o principal elemento do casamento é o consentimento dos nubentes”.

Já a teoria da instituição defende que “o casamento é uma instituição social que se constitui em face de um conjunto de regras impostas pelo Estado, à qual as partes aderem por livre vontade, mas que não são livres para alterar a forma estatuída pela lei” (MELO, 2014, p. 16).

Conforme essa teoria, “o casamento é um estado, em que os nubentes ingressam, que reflete uma relação jurídica nascida de acordo de vontade cujas normas e efeitos se encontram preestabelecidas pela lei” (MALUF; MALUF, 2015, p. 99). Seguem essa teoria Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Arnaldo Wald (MALUF; MALUF, 2015).

Por sua vez, a teoria eclética alega que o casamento é um ato jurídico complexo, pois é um contrato bilateral *sui generis*, regulado pelo direito de família, mas que, pela complexidade das normas, tem também caráter institucional (MELO, 2014). Defende essa teoria Sílvia Rodrigues (MALUF; MALUF, 2015).

Superada a exposição das teorias da natureza jurídica do casamento, oportunamente, Pereira (2017, p. 93) ressalta:

O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato).

Defende-se, neste trabalho, que o casamento é um contrato especial do direito de família, em que o principal elemento constitutivo do casamento é o consentimento dos nubentes, de onde derivam os efeitos decorrentes do ato matrimonial, os quais são regidos por normas cogentes, levando em consideração o interesse da sociedade geral, mas que, por outro lado, contém espaço para a efetivação da autonomia privada (MONTEIRO; SILVA, 2010 apud MALUF; MALUF, 2015).

2.1.4 Formalidades

O casamento é um negócio jurídico complexo, especial e formal, apresentando diversos requisitos especiais e solenidades (TARTUCE, 2016), vale dizer, o procedimento de habilitação, a celebração por autoridade civil ou religiosa e o registro pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

A habilitação é a primeira formalidade do casamento, a qual é levada a efeito perante o oficial do Cartório de Registro Civil do domicílio de um ou de ambos os nubentes e

tem por objetivo certificar a legitimação das partes para o casamento, além da inexistência de impedimentos ou de causas suspensivas (FONSECA; RIBEIRO, 2012).

Destarte, o procedimento de habilitação possui três fases: a primeira, na qual os nubentes, por si ou por procurador com poderes especiais, firmam requerimento, perante o oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais; a segunda, na qual há uma audiência no Ministério Público; e a terceira que compreende a publicação de edital (FONSECA; RIBEIRO, 2012).

A primeira fase segue o disposto no artigo 1.525 do Código Civil, o qual estabelece que o requerimento de habilitação será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou a seu pedido, por procurador com poderes especiais, e deve ser instruído com os documentos arrolados. Veja-se:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio (BRASIL, 2002).

Posteriormente, nos termos do artigo 1.526 do Código Civil, a habilitação será feita pessoalmente perante o Oficial do Registro Civil, com audiência no Ministério Público, dispensada a homologação judicial, ressalvados os casos em que haja a impugnação do oficial, do Ministério Público, ou de terceiros (MADALENO, 2013).

Atendidos os requisitos e inexistentes os fatos impeditivos, nos termos do artigo 1.527 do Código Civil, será extraído edital, que deverá ser afixado durante 15 dias no cartório em que os nubentes têm residência. Se houver jornal local, o edital deverá ser publicado na imprensa, a fim de servir para a oposição de eventuais impedimentos, ressalvados os casos de urgência, quando a publicação poderá ser dispensada (DIAS, 2013).

O certificado de habilitação expedido pelo oficial de registro público é documento necessário para que haja a celebração civil ou religiosa do casamento e produz efeitos apenas por noventa dias, dentro dos quais o casamento deverá ser celebrado (LOBO, 2017).

Registra-se, todavia, que, será permitida a convalidação da celebração que não foi antecedida de habilitação, desde que os nubentes promovam, posteriormente, perante o oficial de registro público, o processo de habilitação, com todos os seus requisitos, inclusive publicação do edital, com a ressalva apenas do certificado, que se torna desnecessário (LOBO, 2017).

Após, habilitados os nubentes, segue-se com a celebração do casamento que, por ser um contrato solene, exige a obediência das formalidades especiais impostas na legislação. Nas palavras de Lobo (2017, p. 105/106):

A celebração do casamento, além do aspecto festivo que os nubentes e os parentes imprimem, é ato formal, público e solene, que envolve a manifestação livre e consciente dos contraentes, o testemunho dos que se fazem presentes e a declaração da autoridade judicial ou religiosa.

A celebração do casamento representa o momento mais importante do negócio jurídico matrimonial, pois, por meio dele, modifica-se o estado das pessoas que nele participam, formando-se um novo vínculo, com os efeitos de ordem pública e privada dele decorrentes (DANTAS, 1979 apud MALUF; MALUF, 2015).

Assim, a celebração do casamento é ato indispensável para a sua validade e obedece à seguinte trajetória: uma vez analisados os requisitos legais no processo de habilitação, afastados os impedimentos matrimoniais, e expedida a consequente certidão de habilitação, os contraentes, mediante petição, requerem à autoridade competente a celebração do casamento (MALUF; MALUF, 2015).

Importante consignar que a celebração é gratuita, conforme artigo 226, §1º, da Constituição Federal e artigo 1.512 do Código Civil, e em caso de pobreza declarada, sob as penas da lei, a isenção do pagamento de custas estende-se à habilitação, ao registro do casamento e à primeira certidão (DIAS, 2013).

Com efeito, o Estado admite duas formas de celebração do casamento: o casamento civil (artigo 1.512 do Código Civil) e o casamento religioso com efeitos civis (artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil).

O casamento civil é realizado perante o oficial do Cartório do Registro Civil e trata-se de um ato solene levado a efeito por um celebrante, na presença de testemunhas e nas dependências do Cartório do Registro Civil, onde se procedeu à habilitação, ou em outro local, devendo as portas permanecerem abertas para que, eventualmente, possam ser opostos impedimentos por terceiros (DIAS, 2013).

Na solenidade, em que deverão estar presentes a autoridade celebrante, os noivos ou o procurador com poderes especiais, o oficial do registro civil e duas testemunhas, o juiz perguntará aos nubentes se pretendem casar por livre e espontânea vontade, se ambos afirmarem que “sim”, o celebrante declara realizado o casamento (DIAS, 2013).

Por sua vez, o casamento religioso com efeitos civis foi permitido pela Constituição Federal, desde que preenchidos os requisitos legais do casamento civil, previstos nos artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil. Sobre o tema, Carvalho (2017, p. 194) explica que “o casamento religioso pode ser registrado no Cartório de Registro Civil e produzir efeitos em duas hipóteses: com habilitação prévia à celebração ou habilitação posterior”.

Insta frisar que, no casamento religioso, a declaração do celebrante não corresponde à do casamento civil, pois ele não a faz “em nome da lei”, mas da divindade ou da organização religiosa correspondente. Essa declaração é reconhecida pelo direito, que lhe empresta os efeitos jurídicos necessários. (LOBO, 2017).

Após a celebração do casamento, completando o ciclo de formalidades, o oficial do registro deverá lavrar o assento respectivo, que será assinado pela autoridade celebrante, pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo oficial, no qual serão anotados os dados essenciais que integram o ato, a saber, os nomes e as qualificações dos cônjuges, de seus respectivos pais e das testemunhas, a data da publicação dos proclamas, a data da celebração e da relação dos documentos apresentados (LOBO, 2017).

Segundo Pontes de Miranda (1971 apud LOBO, 2017, p. 108) “a data do registro é que estabelece a irradiação dos seus efeitos civis, de modo que, tendo havido duas celebrações, é eficaz a que primeiro se registrou”.

Assim, verifica-se que o assento no livro de registro destina-se a dar publicidade ao ato e, precipuamente, a servir de prova de sua realização e do regime de bens. Caso não haja o assento, a sua falta apenas dificultará a prova do ato, mas não o tornará inválido (GONÇALVES, 2017).

No entanto, diversamente ocorre no casamento religioso com efeitos civis, em que o registro no livro próprio é condição de sua eficácia e deve ser realizado no ofício competente. Assim, quando efetuado o registro, nas condições exigidas no artigo 1.516 do Código Civil, reputar-se-ão casados os cônjuges, desde a data da celebração, conforme artigo 1.515 do Código Civil (GONÇALVES, 2017).

Por fim, salienta-se que existem duas situações especiais que não permitem a observância do modelo legal de solenidade da celebração do casamento, são elas: a do

impedimento de um dos nubentes em razão de moléstia grave e a do chamado casamento “nuncupativo” (LOBO, 2017).

A primeira situação envolve o nubente que está acometido de moléstia grave que o impede de deslocar-se ao local da celebração, além da probabilidade de agravamento do seu estado de saúde, não se tendo certeza de que possa aguardar o processo regular de habilitação e o prazo dos proclamas (LOBO, 2017).

Dessa maneira, a autoridade competente para o casamento civil, juntamente com o oficial do registro civil, irá celebrá-lo onde se encontre o enfermo, inclusive no período noturno, perante duas testemunhas. Caso o oficial não possa comparecer, será substituído por outra pessoa nomeada pela autoridade competente, e aquela lavrará o termo avulso da celebração, devendo levá-lo, no prazo de cinco dias, ao registro civil, juntamente com duas testemunhas (LOBO, 2017).

A segunda situação diz respeito ao casamento nuncupativo, o qual é verificado quando circunstâncias excepcionais admitem que seja afastada a forma escrita ou solene exigida em lei. Portanto, o casamento nuncupativo é aquele que se realiza sem as formalidades legais da habilitação e da presença e declaração do celebrante, quando um dos nubentes está em iminente perigo de vida (LOBO, 2017)

Nesse seguimento, a celebração será feita diretamente pelos nubentes, que manifestarão sua vontade em se casar, perante seis testemunhas, as quais não poderão ter relação de parentesco com os nubentes, em linha reta ou colateral até o segundo grau (LOBO, 2017).

2.1.5 Capacidade, causas impeditivas e causas suspensivas do casamento

Inicialmente, conveniente traçar a distinção entre a incapacidade e as causas impeditivas. Conforme Gonçalves (2013, p. 24):

Não se deve confundir impedimento com incapacidade. O incapaz não pode casar-se com nenhuma pessoa, porque há um obstáculo intransponível. É o que acontece, por exemplo, com um menor de oito anos de idade. O impedido apenas não está legitimado a casar com determinada pessoa (ex.: ascendente com descendente), mas pode fazê-lo com outra pessoa.

Destarte, quanto à capacidade para contrair matrimônio, o artigo 1.517, *caput*, do Código Civil traz que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (BRASIL, 2002).

Portanto, é permitido o casamento a partir dos 16 anos, desde com a autorização de ambos os pais para casar, ou caso um deles não autorize, com suprimento judicial. No entanto, nestes casos, será imposto o regime obrigatório da separação legal de bens, diferentemente dos nubentes que já atingiram a maioridade, os quais podem, livremente, escolher o regime de bens do matrimônio (DIAS, 2013).

Salienta-se que o artigo 1.520 do Código Civil traz duas exceções que permitiam o casamento de quem não alcançou a idade núbil: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez.

No entanto, com o surgimento da Lei 12.015 de 2009, não se admite mais o casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, pois a legislação, ao introduzir o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), processado mediante ação penal pública incondicionada, não admitiu que o casamento funcione como perdão tácito do crime (TARTUCE, 2017).

Já no que diz respeito às causas impeditivas do casamento, dada a sua natureza de restrição de direitos, constituem tipos fechados, expressamente previstos no artigo 1.521 do Código Civil (LOBO, 2017). *In verbis*:

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;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, 2002).

A oposição das causas impeditivas do casamento pode ser por qualquer pessoa até a celebração do casamento, e, se ocorrer após o matrimônio, a parte interessada ou o Ministério Público, deverá promover ajuizamento de ação direta, na qual, se ficar comprovada a incidência de qualquer dos impedimentos, o juiz deverá declarar a nulidade do casamento (LOBO, 2017), nos termos do artigo 1.548 do Código Civil.

Registra-se que o impedimento para o casamento será estendido à união estável, ressalvada a exceção prevista VI, quando a pessoa casada esteja separada de fato ou judicialmente (LOBO, 2017).

No que concerne às causas suspensivas do casamento, estas são as situações previstas no artigo 1.523 do Código Civil. Veja-se:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - 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.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL, 2002).

As causas suspensivas são determinadas circunstâncias capazes de suspender a realização do casamento, mas que não provocam, quando infringidas, a sua nulidade ou anulabilidade. Caso existam, o casamento será considerado irregular e tornar-se-á obrigatório o regime de separação total de bens, conforme artigo 1.641, I, do Código Civil (GONÇALVES, 2013).

No entanto, ressalta-se que o Código Civil mitigou a aplicação das causas suspensivas. Lobo (2017, p. 102) explica:

As causas suspensivas foram mitigadas pelo Código Civil, pois três das quatro previstas em lei podem ser desconsideradas pelo juiz quando os nubentes pedirem que a eles não sejam aplicadas, provando a inexistência de prejuízo para as pessoas que estariam potencialmente atingidas pelo casamento.

Seguindo essa linha, o STF, por meio de súmula 377, consignou que, ainda que seja imposto o regime da separação legal obrigatória caso exista alguma causa suspensiva para o casamento, os bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges entram na comunhão.

Por fim, salienta-se que as causas suspensivas não se aplicam à união estável e que apenas são legitimados a opô-las os parentes em linha reta de um dos nubentes, os irmãos e os cunhados, encerrando-se nestes o parentesco consanguíneo ou por afinidade para esse fim específico (LOBO, 2017).

2.1.6 Efeitos

Os efeitos produzidos pelo casamento são numerosos e complexos, porque a união conjugal não é apenas uma relação jurídica, mas, antes de tudo, é uma relação moral. Assim, o direito apenas intervém para normatizar os efeitos mais importantes do casamento,

uns regulados como direitos e deveres; outros resultantes das ligações entre os diversos integrantes da família; e ainda, outros decorrentes das relações destes com terceiros (JOSSERAND; PEREIRA apud GONÇALVES, 2017).

Nas palavras de Gonçalves (2017, p. 178):

O casamento irradia, assim, os seus múltiplos efeitos e consequências no ambiente social e especialmente nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, e entre estes e seus filhos, como atos de direito de família puros, gerando direitos e deveres que estão disciplinados por normas jurídicas.

Destarte, os efeitos do casamento podem ser classificados em três categorias: efeitos sociais, que são os que envolvem a constituição da família, a assunção do estado de casados, a presunção da concepção dos filhos na constância do casamento, a emancipação do cônjuge menor, a constituição do parentesco por afinidade e a assunção do nome do outro cônjuge e o planejamento familiar; os efeitos pessoais, que envolvem os direitos e deveres que são comuns entre os cônjuges; e os efeitos patrimoniais, que estão ligados ao regime de bens, à assistência material entre os cônjuges, ao usufruto dos bens dos filhos, à prestação alimentar, ao direito sucessório e ao direito real de habitação (CASSETARI apud MALUF, 2014).

No que diz respeito os efeitos sociais, o primeiro e principal efeito é a constituição da família legítima, que é a base da sociedade, conforme o artigo 226 da Constituição Federal (GONÇALVES, 2013). Ainda, insere-se no contexto social, o planejamento familiar, assegurado constitucionalmente ao casal, no mesmo dispositivo legal, em seu §7º.

No mesmo sentido, o art. 1.565, §2º, do Código Civil, proclama que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e que compete ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte das instituições privadas ou públicas (BRASIL, 2002).

Outro efeito social do casamento é a assunção do estado de casado, fator de grande importância para a identificação do vínculo matrimonial e que impõe comportamentos socialmente aceitáveis (MALUF, 2014).

Ademais, conforme Gonçalves (2017), também são efeitos sociais a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento (art. 1.597 do Código Civil); a emancipação do cônjuge menor (art. 5º, parágrafo único, II, do Código Civil); o estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro (art. 1.585, §1º e 2º, do Código Civil); e a possibilidade do acréscimo do sobrenome do outro companheiro (art. 1.564, §1º, do Código Civil).

Em relação aos efeitos pessoais do casamento, estes são de natureza cogente, pois tratam-se de efeitos com natureza de ordem pública, e são os direitos e deveres recíprocos, os quais consistem na fidelidade entre os cônjuges, na coabitação, na assistência material e imaterial entre os cônjuges e em relação aos filhos, e no respeito e na consideração mútuos, nos termos do artigo 1.566 do Código Civil (MALUF, 2014).

Nesse diapasão, segundo Gonçalves (2017), o casamento está ligado ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, o art. 1.565 do Código Civil que, por meio do casamento, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (BRASIL, 2002).

Por sua vez, os efeitos patrimoniais do casamento estão ligados à escolha do regime de bens a ser adotado; à assistência pecuniária entre os cônjuges, uma vez que os cônjuges devem-se mutuamente deveres de assistência, moral e material, conforme artigo 1.568 do Código Civil; aos direitos sucessórios, uma vez que o cônjuge é herdeiro necessário; e ao direito real de habitação, que é garantido ao cônjuge, independente do regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, desde que o imóvel destinado à família seja o único bem daquela natureza a inventariar (MALUF; MALUF, apud MALUF, 2014).

A partir da escolha ou da imposição do regime de bens, surge, por convenção ou por disposição expressa da lei, um regime patrimonial com regras específicas a respeito da forma de adquirir e transferir bens do casal de maneira a, em certos casos, limitar a liberdade dos cônjuges na contratação com terceiros (LUZ, 2009).

Destarte, o Código Civil regulamenta quatro tipos diferentes de regimes de bens: o da comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (artigos 1.667 a 1.671), o da participação final nos aquestos (artigos 1.672 a 1.686), e o da separação total de bens (artigos 1.658 a 1.666), podendo os contraentes, tanto adotar um dos quatro tipos de regimes de bens previstos em lei, como também combiná-los entre si, compondo um regime misto, desde que suas disposições não se tornem incompatíveis (MALUF, 2014).

Quanto ao regime da comunhão parcial, este é considerado o regime legal, pois, caso não haja manifestação dos cônjuges por determinado regime de bens, ou nos casos em que a convenção é nula ou ineficaz, prevalecerá o regime da comunhão parcial (BRASIL, 2002).

Nesse regime, realiza-se a distribuição dos bens da seguinte maneira: os bens adquiridos na constância do casamento consideram-se comuns por ser o resultado da

colaboração que se forma entre o marido e a mulher; e os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento, os que venham a receber por doação e herança durante a vigência da sociedade conjugal, e aqueles que serão adquiridos por valores particulares, são considerados bens particulares (RIZZARDO, 2011)

Já no que concerne ao regime da comunhão universal de bens, todos os bens se tornam comum e são divididos de maneira igual, sem considerar a sua origem, se adquiridos antes ou depois do casamento, passando a pertencer metade para cada um dos cônjuges (MADALENO, 2013).

Dessa maneira, conforme Rizzardo (2011), os bens que um dos cônjuge leva para o matrimônio se unem com os trazidos pelo outro cônjuge e formam uma única massa, havendo a despersonalização do patrimônio individual e o surgimento de um patrimônio indivisível e comum.

Ressalta-se, todavia, que nesse regime os únicos bens que não se comunicam são os bens mencionados no artigo 1.668 do Código Civil e os valores e outros bens adquiridos com o produto da alienação destes bens incomunicáveis, vale dizer, os sub-rogados.

Quanto ao regime da participação final nos aquestos, trata-se de “um sistema híbrido pelo qual se prevê a separação de bens anteriores ao casamento apurando-se os valores dos acréscimos ocorridos durante a vigência do casamento que serão repartidos entre os cônjuges, no caso da dissolução da sociedade conjugal” (MELO, 2014, p. 111).

Nesse regime, os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento e aqueles que adquiriram após, a qualquer título, permanecem próprios de cada um, de forma análoga ao que ocorre no regime da separação de bens (MALUF, 2014).

Assim, sobrevindo dissolução da sociedade conjugal, a participação de cada cônjuge será auferida por meio dos acréscimos patrimoniais ocorridos durante o casamento, em razão do esforço comum dos cônjuges, excluídos, de forma contábil, os bens anteriores ao casamento e os sub-rogados; os que o cônjuge obteve por doação ou sucessão; e as dívidas relativas a esses bens (MELO, 2014).

Por fim, no que diz respeito ao regime de separação de bens, inicialmente, faz-se necessário traçar a distinção entre a separação legal e a separação convencional. Maluf (2014) explica que a separação é legal quando a lei a impõe (pessoas que casarem sem observar as causas suspensivas da celebração do casamento, pessoa maior de 70 anos e de todos que dependerem de suprimento judicial para casar), e a separação convencional é quando, por meio do pacto nupcial, as partes convencionam pelo regime.

No regime da separação convencional de bens, cada cônjuge conserva a propriedade dos bens que possuía ao se casar e daqueles adquiridos durante o matrimônio, ficando responsável por sua administração e respondendo isoladamente pelas dívidas por ele contraídas, nada se comunicando com o outro cônjuge, seja em relação aos bens de cada um e existentes antes do casamento, seja em relação aos bens adquiridos na constância do relacionamento (MADALENO, 2013).

Já nos casos de separação obrigatória de bens, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal disciplina que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 1964). Conforme Rizzardo (2011), a separação obrigatória de bens refere-se somente aos bens presentes e não aos futuros obtidos na vigência do casamento.

Outro efeito patrimonial do casamento é o dever de prestar alimentos entre os cônjuges, que está previsto no artigo 1.694 do Código Civil, o qual disciplina que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002).

Por fim, também são efeitos patrimoniais do casamento o direito à meação, à sucessão e ao direito real de habitação, os quais serão abrangidos com maior detalhe no terceiro capítulo deste trabalho.

2.2 A UNIÃO ESTÁVEL

2.2.1 Noções gerais

A Constituição prevê, em seu artigo 226, §3º, que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Apesar da Carta Magna reconhecer a união estável como entidade familiar e lhe garantir proteção, não definiu o que é a união estável. Então, o artigo 1.723 do Código Civil regulamentou que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Assim como mencionado no tópico referente ao casamento, a imprescindibilidade da diversidade de sexo para a configuração da união estável foi afastada tanto pelo STF (ADI 4.277 e ADPF 132), quanto pelo STJ (REsp n. 1.183.378/RS).

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2017) aduzem que,

No sistema aberto, inclusivo e não discriminatório inaugurado a partir da Constituição de 1988, espaço não há para uma interpretação fechada e restritiva que pretenda concluir pela literalidade da norma constitucional (226, §3º, CF) ou até mesmo da legislação ordinária (1.723, CC), com o propósito de somente admitir a união estável heterossexual.

Portanto, segundo Lobo (2017, p. 128), a união estável é:

Um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

“Ademais, a união estável é uma situação que se inicia, juridicamente, sem qualquer ato jurídico para configurar sua constituição ou para sua dissolução” (LOBO, 2017, p. 162). Assim, a união estável é um ato-fato jurídico, pois não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza os seus efeitos jurídicos, uma vez que basta a sua configuração fática para que haja a incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica (LOBO, 2017).

No que diz respeito à terminologia, os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são companheiro (Lei n. 8.971/94) e convivente (Lei n. 9.279/96). Frisa-se que o Código Civil de 2002, em que pese possuir preferência pelo vocábulo companheiro, também utiliza o vocábulo convivente (DIAS, 2015).

Por fim, ressalta-se que o que o vocábulo concubinato traz consigo o estigma do preconceito, porque, antigamente, referia-se a uma relação escusa e pecaminosa (DIAS, 2015). Portanto, desde que a união estável atingiu o *status* de entidade familiar, não se utiliza mais este termo para se referir à união estável, mas, somente, para se referir às uniões entre pessoas impedidas de casar.

2.2.2 A União estável no Brasil

Conforme Gonçalves (2013, p. 180) “a união entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato”.

No Brasil, até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família que não fosse pelo casamento era destinatária de repulsa social. Simplesmente, a união livre não era considerada como família e a sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Nas Ordenações Filipinas, por exemplo, tinham dispositivos proibindo as doações e disposições testamentárias à concubina, vedação que passou ao Código Civil de 1916, o qual veio impregnado de preconceitos e restrições contra os filhos nascidos fora do casamento (RIZZARDO, 2014). Aliás, esta codificação pouco se referiu à união estável, ainda denominada de concubinato, mas quando o fazia era no sentido de repeli-la (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

“Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (STF, Súmula 280)” (GONÇALVES, 2013, p. 180).

Destarte, as restrições existentes no Código Privado de 1916 passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adulterino, em que o homem vivia com a esposa e mantinha concubina. No entanto, quando se encontrava separado de fato da esposa e estabelecia relacionamento *more uxório* com a concubina, isto é, de marido e mulher, as restrições não eram aplicadas e a mulher passava a ser chamada de companheira (GONÇALVES, 2013).

Nesse seguimento, começaram a ser utilizadas as expressões “concubinato impuro” e “concubinato puro”. O primeiro era para fazer referência à convivência adulterina, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com outra ou que mantinha mais de uma união de fato, enquanto o segundo era para fazer referência à convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outro relacionamento (GONÇALVES, 2013).

No entanto, foi somente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Nesse seguimento, surgiu a Lei 8.971/94, tratando dos direitos dos companheiros aos alimentos e à sucessão, e a Lei 9.278/96, trazendo regras sobre a conversão da união estável em casamento. Em síntese, esses diplomas trouxeram regras acerca dos efeitos das uniões estáveis, discriminando os direitos e obrigações, dentro da ordem de requisitos para a sua caracterização (RIZZARDO, 2014).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 disciplinou a união estável em cinco artigos, dentro do Livro IV da Parte Especial, no Título III (RIZZARDO, 2014), conforme se verá nos próximos tópicos.

2.2.3 Diferença entre união estável e concubinato

Antes de prosseguir, oportuno esclarecer a diferença entre os termos “união estável” e “concubinato”. Conforme Madaleno (2017), a união estável, ou mútua convivência, era identificada como concubinato, instituto legalmente marginalizado, até ser elevado à condição de entidade familiar na Constituição Federal de 1988. Entretanto, com base na evolução histórica realizada, pode-se perceber que, atualmente, os dois termos possuem uma conotação diferente.

Na época da vigência do Código Civil de 1916, o concubinato referia-se às uniões, entre homens e mulheres, fora do casamento, e era dividido em concubinato puro e concubinato impuro.

Reforçado a ideia trazida no tópico anterior, Lisboa (2013, p. 197) explica que o concubinato puro “é aquele efetivado entre pessoas de sexos diferentes, de forma estável, livre e sem qualquer impedimento legal para o casamento” e o concubinato impuro é “aquele efetivado entre pessoas de sexos diferentes, de forma estável, porém com algum impedimento para a realização do casamento civil”.

No entanto, com a vigência da Carta Magna, como uma forma de retirar o estigma desses relacionamentos, deixou-se de utilizar os termos concubinato puro e impuro, e passou-se a utilizar o termo união estável para se referir ao primeiro, e apenas concubinato para se referir ao segundo.

Nas palavras de Melo (2014, p. 133),

A união estável seria a relação lícita entre pessoas que vivem como se casados fossem, e apenas não se casaram por uma opção particular ou por algum impedimento momentâneo, ao passo que o concubinato seria as relações entre as pessoas impedidas de se casarem, por ilícita esta relação.

Dessa maneira, atualmente, utiliza-se o vocábulo união estável para se referir às relações entre pessoas do mesmo sexo, ou não, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, e o termo concubinato para se referir às relações não eventuais entre pessoas impedidas de casar (BRASIL 2002).

2.2.4 Requisitos

A falta de formalidade para a constituição da união estável é uma das suas principais características. Enquanto o casamento necessita de diversas formalidades, como o processo de habilitação, com publicação dos proclamas e inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida comum (GONÇALVES, 2013).

No entanto, apesar da falta de formalidades, existem alguns requisitos para que seja configurada a união estável, conforme se demonstrará a seguir.

2.2.4.1 Convivência *more uxório*

O primeiro requisito é a convivência *more uxório*, que, segundo Gonçalves (2017, p. 613), “envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar”.

Importante salientar que, ainda que a coabitação configure elemento marcante na união estável, ela não é um requisito. A Constituição Federal e o Código Civil não exigem a coabitação, acertadamente, pois da realidade social surgem relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, notadamente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigados a viver assim em virtude da profissão (LOBO, 2017).

Nesse sentido, tem-se a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal que estabelece “a vida comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato” (BRASIL, 1964).

2.2.4.2 Objetivo de constituir família (*affectio maritalis*)

“Além de outros requisitos, é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família, enfim, a *affectio maritalis*” (GONÇALVES, 2017, p. 615).

Outrossim,

Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos, mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento junto a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família (GONÇALVES, 2017, p. 616).

Considerando que se trata de um elemento subjetivo de difícil averiguação na prática, depreende-se que se deve levar em conta todos os demais elementos para que se chegue a uma interpretação que permita concluir que na união havia o ânimo de constituir família (SCALQUETTE, 2014).

2.2.4.3 Publicidade (notoriedade)

Inicialmente, apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos caracterizados da união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos da sua significação semântica, porque o que a lei exige é a notoriedade (DIAS, 2015). Conforme Veloso (apud Dias, 2015, p. 241) “há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público”.

Dessa maneira, para a caracterização da união estável exige-se que haja uma convivência notória, na qual os companheiros apresentem-se à sociedade como se fossem marido e mulher. Por sua vez, as relações clandestinas, desconhecidas da sociedade, não constituem união estável (GONÇALVES, 2013).

Conforme Scalquette (2014, p. 54), “esse requisito exige a naturalidade da união, ou seja, que os companheiros se comportem publicamente como um casal, excluindo-se as uniões sigilosas, sorrateiras”.

2.2.4.4 Estabilidade

O requisito da estabilidade vem expresso no artigo 1.783 do Código Civil, quando este determina que a união tem que ser duradoura. Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 620) diz que “a denominação “união estável” já indica que o relacionamento dos companheiros deve ser duradouro, estendendo-se no tempo”.

Outrossim, o Código Civil de 2002 não estabelece prazo para a caracterização da união estável, de maneira que o juiz deverá, em cada caso concreto, verificar se a união estável perdura por tempo suficiente para o reconhecimento da estabilidade familiar (GONÇALVES, 2017).

2.2.4.5 Continuidade

“Para que a convivência possa ser alçada à categoria de união estável faz-se necessário que, além de pública e duradoura, seja também “contínua”, sem interrupções” (GONÇALVES, 2017, p. 622).

Nas palavras de Dias (2015, p. 242), “ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade e a continuidade do vínculo”

Portanto, como já mencionado, apesar da legislação não exigir tempo mínimo para a configuração da união estável, “não há que se convalidar efêmeras uniões, ou curtos espaços de tempo de convivência dos quais se extraíam direitos no âmbito alimentício e sucessório” (RIZZARDO, 2014).

2.2.4.6 Inexistência de impedimentos matrimoniais

O artigo 1.723, §1º, do Código Civil estabelece que não constituirá união estável se estiverem presentes as causas impeditivas do casamento, previstas no artigo 1.521 do mesmo diploma legal, ressalvado o caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente (inciso VI).

Nas palavras de Nader (apud MALUF; MALUF, 2015, p. 366), “impõe-se a unicidade do vínculo; não há possibilidade de uma segunda união estável concomitante, pois a união estável se dá em observância aos princípios morais vigentes”.

Em contrapartida, frisa-se que “se as pessoas se encontram separadas de fato ou judicialmente, não fica proibida a formação de união estável. A mera separação de fato não impede o reconhecimento da união, em vista da segunda parte do §1º do art. 1.521, mas não se permite a sua conversão em casamento” (RIZZARDO, 2014).

Outrossim, importante salientar que as causas suspensivas da celebração do casamento não constituem óbice para o reconhecimento da união estável, nos termos do §2º do artigo 1.723 (RIZZARDO, 2014).

2.2.5 Efeitos

Preliminarmente, nas palavras de Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 304), “parece um contrassenso regulamentar as uniões estáveis, ou seja, estabelecer direitos e deveres entre os companheiros, já que é da essência desses relacionamentos informais não querer a intervenção do Estado”

Nesse diapasão, alerta Pereira (2001 apud ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 304),

A questão da regulamentação ou não das uniões estáveis não é simples. Pode-se dizer que é mesmo paradoxal: por um lado significa a interferência excessiva no campo do privado, com risco até mesmo de acabar com ele. Por outro lado, a falta de normas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas nascem efeitos e consequências que merecem, de uma forma ou de outra, regulamentação.

No que diz respeito aos efeitos pessoais, o artigo 1.724 do Código Civil disciplina que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

Conforme Tartuce (2016, p. 362),

Observa-se que a lei civil estabelece quase que os mesmos deveres que aqueles previstos para o casamento (art. 1.566 do CC). Entretanto, não faz referência ao dever de convivência sob o mesmo teto, que é dispensável. Justamente por isso é que continua tendo aplicação prática a Súmula 382 do STF, amplamente aplicada pela jurisprudência.

No mesmo sentido, Lobo (2017, p. 168), aduz que “o sistema jurídico brasileiro, ainda que mantendo as singularidades de cada entidade familiar, aproximou as regras estruturais dos direitos e deveres entre cônjuges e companheiros e entre estes e os filhos”.

Além dos direitos e deveres, tem-se como efeito pessoal advindo da união estável o direito ao acréscimo do sobrenome do companheiro, pois à união estável, de forma analógica, aplica-se o disposto no artigo 1.565, §1º, do Código Civil, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.306.196/MG.

Quanto aos efeitos patrimoniais, salienta-se que estes estão relacionados ao regime de bens escolhido pelos conviventes. Conforme Dias (2015), o regime de bens é uma das consequências jurídicas da união estável, que, além de impor obrigações, disciplina, de maneira diferente, a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores à união estável, como os do adquiridos na sua vigência.

Nesse sentido, o artigo 1.725 do Código Civil disciplina que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (BRASIL, 2002).

O contrato mencionado no dispositivo é denominado pela doutrina de contrato de convivência (CAHALI, 2003 apud TARTUCE, 2016), o qual pode ser elaborado por escritura pública ou por instrumento particular e tem a finalidade de reconhecer a união estável e pactuar o regime de bens quando a escolha não for o regime da comunhão parcial de bens (TARTUCE, 2016).

Na dissolução da união em vida, como efeito patrimonial, os conviventes possuem direito aos alimentos, o qual está previsto no artigo 1.694 do Código Civil, que dispõe “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002).

Outro efeito patrimonial é o direito à meação, o qual, dependendo do regime de bens escolhido, dá aos conviventes o direito à metade do universo patrimonial. Caso o regime de bens seja o supletivo, ou seja, o da comunhão parcial de bens, a meação recairá apenas sobre o patrimônio adquirido na constância da união estável (DIAS, 2015).

No rompimento da união estável decorrente da morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito à herança. No Código Civil, esse direito está previsto no artigo 1.790, porém, conforme será abordado no quarto capítulo deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal equiparou o direito do companheiro ao do cônjuge para fins sucessórios e, por consequência, deve-se aplicar à sucessão dos companheiros o disposto no artigo 1.829 do Código Civil.

Tem-se, também, como efeito do fim da união estável pela morte, o direito previdenciário por causa da morte do companheiro, não sendo necessária a designação expressa de contemplação do benefício previdenciário em favor do convivente, bem como o direito real de habitação (LISBOA, 2013).

Por fim, consigne-se que é admissível o reconhecimento *post mortem* da união estável, mediante requerimento do interessado, para que posse se valer dos efeitos pessoais e patrimoniais da entidade familiar, sendo reconhecido, pelo Superior Tribunal de Justiça, como competente para propositura da ação, o foro do domicílio do parceiro sobrevivente, por analogia ao art. 100, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011).

2.2.6 Facilitação da conversão da união estável em casamento

Aos conviventes é garantida constitucionalmente a facilitação da conversão da união estável em casamento, pois a Carta Magna, em seu artigo 226, §3º, disciplina que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Outrossim, o artigo 8º da Lei n.9378/1996 estabelece que os conviventes poderiam, de comum acordo, e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio (BRASIL, 1996).

Ainda, o artigo 1.726 do Código Civil dispõe que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, para que haja a conversão da união estável em casamento deverão estar preenchidos, na união estável, os requisitos indispensáveis para a habilitação do casamento (artigos 1.525 a 1.532 do Código Civil), além da verificação da não ocorrência de impedimentos matrimoniais, com a apresentação dos documentos requeridos e afixação de editais para conhecimento de terceiros (MALUF; MALUF, apud MALUF, 2014).

3 SUCESSÃO

Neste capítulo será estudado o direito sucessório, ramo do direito que disciplina a transmissão do patrimônio, ativo ou passivo, do autor da herança aos seus sucessores, que é assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXX, e pelo Código Civil, nos seus artigos 1.784 a 2.027 (MALUF, 2014).

3.1 SUCESSÃO EM GERAL

Conforme Nader (2016, p. 3), “com o evento *morte*, algumas relações jurídicas se extinguem, como as pertinentes aos direitos conjugais, enquanto outras subsistem, verificando-se apenas a mudança na titularidade, como no *jus domini*, que é transmitido a herdeiros ou legatários”.

O Direito das Sucessões é parte do Direito Civil que estabelece as normas sobre a transmissão do acervo patrimonial em razão da morte (NADER, 2016). Portanto, a seguir será feito um estudo acerca das generalidades do direito sucessório, que, conforme dito, está positivado tanto na Lei Maior, no seu artigo 5º, como no Código Civil, e deve ser regido consoante ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que promove valores existenciais (NADER, 2016).

3.1.1 Herança e meação

“A herança é a universalidade ou totalidade dos direitos e obrigações abstratamente consideradas que integram o patrimônio deixado pelo sucedido, em face de sua morte, suscetíveis de transmissão aos seus respectivos herdeiros” (LISBOA, 2013, p. 340). Ademais, o direito à herança é um direito constitucionalmente garantido entre os direitos fundamentais da pessoa humana, no artigo 5º, XXX, da Lei Maior.

Salienta-se que não se deve confundir herança com meação, uma vez que esta é a comunicação dos bens *inter vivos* advinda do regime patrimonial aplicável ao casamento ou à união estável do hereditando, sendo efeito oriundo do estatuto patrimonial da família e não fazendo parte da *successio mortis causa* (CARVALHO, 2017).

3.1.2 Sucessão *inter vivos* e sucessão *causa mortis*

“O termo “sucessão” aplica-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio. Indica o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam” (DINIZ, 2010 apud DIAS, 2011, p. 99).

Conforme Dias (2011), a sucessão pode se dar de duas formas: por vontade das partes ou em razão da morte. Na primeira, a sucessão decorre da manifestação de duas ou mais pessoas e se diz “sucessão *inter vivos*”, enquanto na segunda, a sucessão decorre em razão da morte e se diz “sucessão *causa mortis*”.

Assim, no sentido *lato sensu*, suceder uma pessoa significa vir depois dela, recolhendo todo ou parte dos direitos que lhe pertencem. No sentido *stricto sensu*, que é o jurídico, empregado no Código Civil, a palavra sucessão designa um modo especial de aquisição, vale dizer, a transmissão universal do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou mais pessoas vivas (QUEIROGA, 2012).

Com efeito, no direito sucessório, importante salientar que a transmissão só pode ocorrer em razão da morte, porque é proibido o pacto sucessório, nos termos do artigo 426 do Código Civil, o qual dispõe: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (BRASIL, 2002).

Outrossim, o sujeito ativo da sucessão *causa mortis* é chamado de autor da herança ou de *cujus*, e ele é o titular do direito que se transmite em razão da sua morte. Por sua vez, os sujeitos passivos da transmissão hereditária são os sucessores, que podem ser classificados em herdeiros legítimos, herdeiros necessários, herdeiros testamentários e legatários (DIAS, 2011).

3.1.3 Sucessão legítima e sucessão testamentária

O artigo 1.786 do Código Civil dispõe que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

Assim, verifica-se que a sucessão em razão da morte pode ser legítima, na qual a indicação dos herdeiros se opera conforme o critério de justiça definido pelo legislador, ou testamentária, na qual a distribuição do patrimônio observa a vontade do autor da herança (NADER, 2016).

No mesmo sentido, Queiroga (2012) aduz que a sucessão legítima, também denominada de *ab instetato*, é a que provém exclusivamente da lei, sem que haja a influência

de qualquer tipo de vontade do autor da herança, enquanto a sucessão testamentária é a que resulta de testamento válido.

Destarte, na sucessão legítima os bens deixados pelo falecido serão transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro, obedecida a ordem do artigo 1.829 do Código Civil. Conforme Diniz (2010 apud DIAS, 2011, p. 112), “até se poderia chamar a sucessão legítima de testamento tácito, pois ao deixar o *de cuius* de dispor sobre seus bens significa que concorda com que o seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei”.

Ademais, o artigo 1.788 do Código Civil determina que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, a sucessão legítima é aquela regulada pela lei e que possui aplicação supletiva, ou seja, se verifica quando o *de cuius* tiver morrido intestado ou, caso o testamento seja parcial, nulo ou caduco (NEVES, 2007).

De outro turno, na sucessão testamentária, o destino dos bens se dá por disposição de última vontade do próprio autor da herança, manifestada por meio de um testamento (NEVES, 2007).

No entanto, registre-se que a liberdade para dispor dos bens por testamento é limitada pela proteção aos chamados herdeiros necessários, por força da regra do artigo 1.789 do Código Civil, que determina que o autor da herança não pode dispor por testamento de mais da metade dos seus bens, caso tenha algum herdeiro necessário (NEVES, 2007).

Com efeito, o Código Civil, no seu artigo 1.845 disciplina que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, e, em complementação, o artigo 1.846 do mesmo diploma legal dispõe que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Nader (2016, p. 151),

Há sucessões em que se conjugam a modalidade legítima e a testamentária. Se o *autor hereditatis* possui herdeiros necessários, a sua liberdade de testar se limita à metade de seu patrimônio, caso em que haverá, concomitantemente, a sucessão legítima e a testamentária. Denomina-se legítima a parte indisponível da herança, destinada aos herdeiros necessários, também designados legitimários ou reservatários em distinção aos que podem ser preteridos mediante testamento, denominados herdeiros facultativos. Herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e cônjuge, enquanto facultativos são os colaterais até o quarto grau inclusive.

Por fim, nada impede que algum herdeiro necessário, ou de linha colateral, seja contemplado no ato de última vontade, quando então sucederá na dupla condição de

herdeiro legítimo e testamentário. Ainda, pode ocorrer a hipótese de inexistência de herdeiros legítimos e testamentários, quando então se terá a herança vacante, destinando-se o patrimônio aos Municípios, Distrito Federal ou União, de acordo com a localização dos bens (NADER, 2016).

3.1.4 Abertura da sucessão

De acordo com o artigo 1.784 do Código Civil, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002). Conforme Cateb (2015), a abertura da sucessão pressupõe a existência da morte do autor da herança e a sobrevivência de seu sucessor, quer seja legítimo ou testamentário.

Com efeito, o artigo 6º do Código Civil dispõe que a existência da pessoa natural termina com a morte. Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que ocorre a morte, abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários, sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato (GONÇALVES, 2012).

Nesse sentido consiste o princípio *droint sainsine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança. Em decorrência desse princípio, a legitimação para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, conforme artigo 1.787 do Código Civil; e, ainda, o herdeiro que sobrevive ao *de cujus*, ainda que por um instante, herda os bens por este deixados e os transmite aos seu sucessores, se falecer em seguida (GONÇALVES, 2012)

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2014 apud Tartuce, 2016, p. 10), o princípio da *sainsine* “pode ser definido como a regra fundamental do Direito Sucessório, pela qual a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários”.

Destarte, a morte real deverá ser atestada por médico, a partir da constatação da existência de um cadáver. Entretanto, admite-se, excepcionalmente, a sucessão por ausência, quando o titular de um patrimônio se encontra em local ignorado e não sabido, como forma de regularização da posse e da administração dos bens, assim como de percepção dos créditos e de pagamento das dívidas perante terceiros (LISBOA, 2013).

Outrossim, a massa matrimonial deixada pelo autor da herança é denominada espólio e não passa de uma universalidade de bens, sem personalidade jurídica, a qual o direito dá legitimidade *ad causam*, sendo representado ativa e passivamente pelo inventariante ou pelo

administrador provisório, se o inventário ainda não tiver sido instaurado (GONÇALVES, 2012).

Por fim, no que diz respeito aos legatários, estes adquirem a propriedade dos bens infungíveis desde a abertura da sucessão e a propriedade dos bens fungíveis apenas com a partilha. Vale dizer que, quanto à posse, em ambos os casos, deverá ser requerida aos herdeiros, que só estarão obrigados a entregá-la por ocasião da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio (GONÇALVES, 2012).

3.1.5 Legitimados a suceder

A legitimidade para suceder é regida pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, quando a pessoa precisa já ter nascido ou já ter sido concebida, conforme artigo 1.798 do Código Civil, que estabelece uma regra geral aplicável tanto à sucessão legítima, quanto à sucessão testamentária (DIAS, 2011; QUEIROGA, 2012).

No que concerne às pessoas nascidas, conforme Queiroga (2012, p. 11), “a medicina entende por pessoa nascida aquela que se torna autônoma em relação à mãe, adquirindo capacidade cardiorrespiratória”.

Quanto ao nascituro, o artigo 2º do Código Civil dispõe que “a personalidade da pessoa começa com do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), consagrou a proteção ao nascituro ao estabelecer que “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei e, em geral, a partir da concepção” (CADH, 1969).

Nas palavras de Melo (2014, p. 177),

Quando a lei menciona que as pessoas já concebidas têm legitimação para suceder, significa dizer que o nascituro, embora não tenha personalidade, tem legitimação para suceder tanto na sucessão testamentária quanto na sucessão legítima, porém só irá adquirir o direito que lhe cabe na herança se nascer com vida. Nesse caso será nomeado curador para cuidar dos interesses do nascituro.

Entretanto, existem controvérsias em torno do momento em que se inicia a personalidade jurídica do nascituro. Nesse campo, a doutrina se divide em três grandes teorias: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (QUEIROGA, 2012).

Na teoria natalista, a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; na teoria da personalidade condicional, a personalidade tem início a partir da

concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva, vale dizer, o nascimento com vida; por fim, a teoria concepcionista, traz que se adquire a personalidade com a concepção, pois o nascituro tem personalidade jurídica, sendo, portanto, sujeito de direitos, ressalvando-se apenas os direitos patrimoniais decorrentes da herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida (QUEIROGA, 2012).

Entende-se que a teoria adotada pelo Código Civil foi a concepcionista. Nesse sentido, tem-se o 1º enunciado da I Jornada de Direito Civil que dispôs que o “ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”.

Corroborando, o STJ adotou a teoria concepcionista, no REsp 1.415.727, conforme informativo 547/2014, nos seguintes termos: “o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea” (BRASIL, 2014).

Assim, as pessoas nascidas ou já concebidas estão legitimadas a suceder, e, no exato momento da morte do autor da herança, são investidos, por força de lei, nos direitos e obrigações que lhe forem transmitidos, ressalvados os casos em que venham a perder a herança. (CATEB, 2015).

3.2 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

Feitas as considerações gerais sobre o direito sucessório, passa-se à análise da sucessão do cônjuge.

3.2.1 Legislação anterior ao Código Civil de 2002

O Decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena, em homenagem ao seu autor, foi que introduziu profundas modificações no sistema sucessório pátrio, pois tornou-se pioneira ao chamar o cônjuge sobrevivente em terceiro lugar, antes dos colaterais (CATEB, 2015).

Após, com o advento Código Civil de 1916, o cônjuge continuou em terceiro lugar na ordem de sucessão legítima, a qual era prevista no artigo 1.603. Veja-se:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes;

- II - aos ascendentes;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais (BRASIL, 1916).

No Código Civil de 1916, não havia maiores complicações na ordem, porque não existia concorrência sucessória (TARTUCE, 2016, p. 156).

Ademais, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, bastando que o testador o excluísse, sem necessidade de justificar a exclusão, pois o artigo 1.725 do Código Civil de 1916 disciplinava que “para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar” (BRASIL, 1916).

Outrossim, o artigo 1.611, §1º, do Código Civil de 1916 garantia ao cônjuge viúvo, se o regime do casamento não era o da comunhão universal, o direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, ou à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do autor da herança (TARTUCE, 2016).

Ainda, o Código Civil de 1916 reconhecia o direito real de habitação sobre o imóvel do casal ao cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, nos termos dos parágrafos do seu artigo 1.611 (TARTUCE, 2016, p. 156).

Com o advento do Código Civil de 2002, ocorreram diversas modificações relacionadas ao direito sucessório, de modo que a maior delas diz respeito à ordem de vocação hereditária, que passou a ser redigida no artigo 1.829, a qual será analisada a seguir.

3.2.2 Código Civil de 2002

3.2.2.1 Ordem da vocação hereditária

O Código Civil de 2002 inovou substancialmente ao trazer para o sistema sucessório brasileiro a concorrência sucessória do cônjuge, na ordem da vocação hereditária, prevista no artigo 1.829 do Código Civil (TARTUCE, 2017). *In verbis*:

- 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”. (BRASIL, 2002).

No momento, o dispositivo será abordado em sua literalidade, sem a inclusão do companheiro, que acabou sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão, em repercussão geral, do Recurso Extraordinário n. 878.594/MG, que será analisada no quarto capítulo do presente trabalho.

Dessa maneira, o mencionado artigo abrange quatro classes de sucessores. Conforme Tartuce (2016, p. 155), “a primeira classe estão os descendentes – até o infinito – e o cônjuge. Na segunda classe, os ascendentes – também até o infinito – e o cônjuge. Na terceira classe, está o cônjuge isoladamente. Por fim, a quarta classe é composta pelos colaterais, até o quarto grau”.

Ademais, conforme já mencionado anteriormente, ressalta-se que os herdeiros que estão até a terceira classe são considerados herdeiros necessários e possuem, a seu favor, a proteção da legítima (TARTUCE, 2016).

Outrossim, da análise do artigo 1.829, verifica-se que, no atual Códex Civil, o cônjuge passou a concorrer com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado no casamento com o falecido; e, também, com os ascendentes, neste caso, independentemente do regime de bens.

Nesse sentido, o enunciado n. 609, aprovado na VII Jornada de Direito Civil, em 2015, dispõe que “o regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido” (BRASIL, 2015).

Portanto, verifica-se que, da terceira classe na ordem da vocação hereditária, conforme constava no artigo 1.603, III, do Código Civil de 1916, o cônjuge passou para a primeira classe, ao lado dos descendentes, e para a segunda classe, ao lado dos ascendentes, o que ocorreu sem que o cônjuge deixe também de fazer parte da terceira classe, na qual se encontra sozinho (TARTUCE, 2016).

Por fim, ressalta-se que, nos termos do artigo 1.830 do Código Civil, somente será reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, que a convivência se tornara impossível sem a culpa do sobrevivente (BRASIL, 2002).

3.2.2.2 Concorrência com os descendentes

“Os descendentes e os cônjuges são herdeiros de primeira classe, em um sistema de concorrência, presente ou não, de acordo com o regime de bens adotado no casamento com o falecido” (TARTUCE, 2016, p 163).

O artigo 1.829, I, do Código Civil dispõe que:

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 (BRASIL 2002).

[...]

Da análise do artigo supracitado, verifica-se o cônjuge herdará em concorrência com os descendentes quando casado no regime da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do falecido; no regime da participação final nos aquestos; e no regime da separação convencional de bens, decorrente de pacto antenupcial (TARTUCE, 2016).

Em contrapartida, o cônjuge não herdará em concorrência com os descendentes quando casado no regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido; no regime da comunhão universal de bens; e no regime da separação legal ou obrigatória de bens (TARTUCE, 2016).

Ademais, o artigo 1.832 do Código Civil estabelece a forma de cálculo da cota devida ao cônjuge, em concurso com descendentes, dispondo que “em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I), caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos com que concorrer” (GONÇALVES, 2017, p. 53).

Ressalta-se que, na concorrência com os descendentes, só existirá direito do cônjuge à reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes forem comuns, porque, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do *de cuius*, deve ser rigorosamente igual (GONÇALVES, 2017).

Finalmente, “constata-se que o objetivo do legislador foi separar claramente a meação da herança. Assim, pelo sistema instituído, quando o cônjuge é meeiro, não é herdeiro; quando é herdeiro, não é meeiro” (TARTUCE, 2016, p. 163).

3.2.2.3 Concorrência com os ascendentes

Na falta de descendentes são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge supérstite. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas, mas, se existirem herdeiros no mesmo grau, mas em diversidade de linha, a herança partir-se-á entre as duas linhas, meio a meio (CATEB, 2015).

Sobre o tema, Gonçalves (2017, p. 54) aduz:

Nesse caso, a sucessão orienta-se por dois princípios: a) “o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas” (§1º); b) “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna” (§2º)”.

Assim, na sucessão dos ascendentes, serão chamados, primeiramente, os herdeiros do 1º grau, em seguida do 2º grau, do 3º grau e, assim em diante, *ad infinitum*. No entanto, existindo um ascendente em grau mais próximo, as outras classes que lhe seguem não serão chamadas (CATEB, 2015).

No que diz respeito à concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes, o Código Civil estatuiu que o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento, concorrerá com o ascendente, aplicando-se a mesma ressalva do artigo 1.830 do Código Civil, vale dizer, o direito sucessório do cônjuge só será reconhecido se não estava separado do *de cujus* judicialmente, ou de fato há mais de dois anos, salvo prova de inocência do supérstite (CATEB, 2015).

Ademais, conforme estabelecido no artigo 1.837 do Código Civil, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele em grau (GONÇALVES, 2017).

Por fim, ressalta-se que, conforme artigo 1.852 do Código Civil, o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente (GONÇALVES, 2017).

3.2.2.4 Totalidade da herança

O cônjuge sobrevivente é chamado a recolher a herança, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento, à falta de descendentes e ascendentes, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato, há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que o rompimento não ocorreu por culpa do sobrevivente (CATEB, 2015).

Nas palavras de Tartuce (2016, p. 213),

Faltando descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro e isoladamente ao cônjuge sobrevivente, que está na *terceira classe de herdeiros*, conforme o art. 1.829, inciso III, do Código Civil. Expressa o art. 1.838 da mesma norma que, “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Outrossim, nesse caso, em que o cônjuge é herdeiro de terceira classe, ele exclui totalmente os colaterais, que são herdeiros de quarta classe, não havendo concorrência com os últimos em hipótese alguma (TARTUCE, 2016).

3.2.2.5 Direito real de habitação

O artigo 1.831 do Código Civil criou uma situação diferente, conferindo ao cônjuge sobrevivente, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (CATEB, 2015).

Veja-se que o legislador não estabeleceu restrições pelo regime de bens adotado, pois, qualquer que seja o regime de bens, permanecerá válido o direito do cônjuge à habitação do imóvel que era destinado à residência da família (CATEB, 2015).

Conforme aduz Cateb (2015, p. 122),

A única condição estabelecida em lei é que o imóvel seja residencial e o único imóvel dessa categoria que esteja sendo inventariado. Admite-se existirem muitos bens, de diversas naturezas, vindo a persistir esse direito real a favor do cônjuge sobrevivente se uma única era a residência da família.

Dessa maneira, se duas pessoas são casadas em qualquer regime de bens ou vivem em união estável e uma delas falece, a outra tem, por direito, a segurança de continuar vivendo no imóvel em que residia o casal, desde que o patrimônio seja o único a ser objeto de processo de inventário e mesmo se este foi aberto antes do atual Código Civil (GONÇALVES, 2017).

Ademais, oportuno consignar o teor do Enunciado 271, aprovado na III jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe “o cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança” (BRASIL, 2005).

Por fim, o cônjuge possui o direito real de habitação, qualquer que seja o regime de bens, porém, a partir do Código Civil de 2002, ele não faz mais *jus* ao usufruto vidual,

em razão da concorrência à herança com os descendentes e com os ascendentes (GONÇALVES, 2013)

3.3 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

A seguir serão tratados os direitos sucessórios do companheiro antes e durante a vigência do Código Civil.

3.3.1 Legislação anterior ao Código Civil de 2002

Atualmente, “a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento” (TARTUCE, 2016, p. 243).

Conforme Tartuce (2016, p. 243),

Na verdade, em um passado não tão remoto, o que se via era a união estável como alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar, pois não se admitia, no Brasil, o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. Hoje, tal situação vem sendo substituída paulatinamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais na contemporaneidade. Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por *falta de opção*. Hoje, muitas vezes, por *clara opção*.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é um marco na evolução do direito de família, pois reconheceu a união estável como entidade familiar e a igualdade de direitos entre os filhos, com reflexos na esfera sucessória (NADER, 2016, p. 165).

Além do texto constitucional, a proteção jurídica fora do casamento surgiu com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (BRASIL, 1964).

Outrossim, os primeiros textos infraconstitucionais que contemplaram as relações entre os companheiros, após a promulgação da Lei Maior, em 1988, foram editados na década de noventa: a Lei 8.971 de 1994 e a Lei 9.278 de 1996 (NADER, 2016, p. 165).

Destarte, a Lei 8.971/94, no seu artigo 2º, outorgou direitos sucessórios entre companheiros. Conforme Nader (2016, p. 166),

O principal deles situava o companheiro sobrevivente em terceiro lugar na escala sucessória, vindo após os descendentes e ascendentes e com direito à herança integral. Reconheceu o direito à metade dos bens, quando decorrentes de sociedade de fato (art. 3º). Previu o direito ao usufruto da quarta parte do acervo hereditário, quando o *de cuius* deixasse filhos, e da metade se houvesse companheiro ascendente. O usufruto era conferido sob condição resolutiva: permanecia enquanto o companheiro sobrevivente

não contraísse outra união, fosse esta pelo casamento ou mediante união estável. Não previu o direito real de habitação.

Após, surge a Lei 9.278/1996 que não modificou as regras sucessórias, apenas acrescentou o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, pertinente ao imóvel destinado à residência da família, em caráter vitalício, mas desde que o companheiro supérstite não convolasse núpcias nem integrasse nova união estável (NADER, 2016, p. 166).

Outrossim, registra-se que as duas legislações eram aplicadas simultaneamente. Conforme Tartuce (2016, p. 245):

Como restou claro, e isso era balizado por doutrina e jurisprudência anteriores, as duas leis conviviam. Tanto isso é verdade que poderia ser utilizada a expressão *companheiros*, constante da primeira lei, bem como o termo *conviventes*, prevista na última. Pontue-se, a propósito, que um dos temas mais polêmicos a respeito da convivência das duas leis dizia respeito justamente à possibilidade de o companheiro cumular, em matéria sucessória, o usufruto e a propriedade plena – tratados pela Lei 8.971/1994 –, e o direito real de habitação – consagrado pela Lei 9.278/1996.

No mesmo sentido, a jurisprudência superior:

Recurso especial. União estável. Direito de herança. Lei 8.971/1994. Lei 9.278/1996. Com a entrada em vigor da Lei 9.278/1996 não foi revogado o art. 2.º da Lei 8.971/1994 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes. Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente, não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/1996 e a Lei 8.971/1994, sendo possível a convivência dos dois diplomas. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2005).

Por fim, o Código Civil de 2002, nos pontos em que não derogou as normas das Leis 8.971/94 e 9.278/96, preservou a vigência de ambas. Ademais, no código privado, as regras sobre a união estável estão concentradas, basicamente, entre os artigos 1.723 a 1.727, que reúnem as disposições conceituais e de caráter geral, e em outros artigos, destacando-se o artigo 1.790, ora tido como inconstitucional, tema do próximo capítulo a ser desenvolvido (NADER, 2016; TARTUCE, 2016).

3.3.2 Código Civil de 2002

Até a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o dispositivo, a sucessão do companheiro sobrevivente era regulada pelo artigo 1.790 do Código Civil, o qual dispõe:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002).

Verifica-se que o dispositivo citado, independentemente do regime de bens adotado na união estável, enuncia duas exigências fundamentais para a sucessão *causa mortis* entre companheiros: que os bens tenham sido adquiridos durante a constância da relação e a título oneroso (NADER, 2016).

Assim, na sucessão do companheiro, subtrai-se a meação do convivente e a outra metade dos bens comporá a herança, na qual o companheiro concorrerá com os descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau. Outrossim, os demais bens adquiridos – gratuitamente ou onerosamente antes da união estável - serão inventariados e partilhados apenas entre os demais herdeiros (MALUF, 2014).

Conforme Gonçalves (2017, p. 58),

Observa-se que o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes.

Destarte, a seguir será analisada a sucessão do companheiro inciso por inciso.

3.3.2.1 Concorrência com os descendentes comuns

Inicialmente, tratar-se-á da concorrência do companheiro com os descendentes comuns. O artigo 1.790, I, do Código Civil, dispõe que a companheira ou o companheiro, se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (BRASI, 2002).

Conforme ressalta Nader (2016, p. 168), importante estabelecer que o legislador, por um *lapsus calami*, diz apenas “filhos”, quando, na realidade pretendia alcançar os descendentes, tanto que no inciso seguinte, ao prever uma variante da hipótese, menciona descendentes e não apenas os filhos.

Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, aprovou enunciado do seguinte teor: “aplica-se o inciso

I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns” (BRASIL, 2004).

Destarte, verifica-se que o companheiro sobrevivente herdará em igualdade de condições com os descendentes, relativamente apenas aos bens adquiridos na constância do vínculo e a título oneroso, sem levar em consideração o regime de bens adotado entre os companheiros, ao passo que, ainda que o sobrevivente tenha direito à meação, poderá concorrer com os descendentes. (NADER, 2016).

No mais, percebe-se que o legislador não adotou o critério de percentual mínimo a favor do companheiro, como estipulou para o cônjuge ao reservar-lhe a quarta parte da herança (art. 1.832 do Código Civil) (NADER, 2016).

3.3.2.2 Concorrência com os descendentes do sucedido

Critério diferenciado foi estabelecido para a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes apenas do autor da herança, a qual está prevista no artigo 1.790, II, do Código Civil. Este dispositivo dispõe que, se o companheiro ou a companheira concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles (BRASIL, 2002).

Ademais, conforme ressalta Nader (2016, p. 168), “a interpretação deste inciso deve ser consentânea com o *caput* do artigo 1.790, ou seja, o percentual, independentemente do regime de bens, deve ser apurado considerando-se os bens adquiridos a título oneroso e durante a união estável”.

Quanto à filiação híbrida, caso em que existem filhos comuns e filhos exclusivos dos companheiros, dada a omissão legal, tendo em vista o princípio da igualdade entre todos os filhos, previsto no artigo 227, §6º, da Constituição e no artigo 1.596 do Código Civil e desconsiderando fórmulas matemáticas complexas que afrontam o princípio da operabilidade (MALUF, 2014; NADER, 2016): “ou considera o critério previsto no inciso I, quando os descendentes são comuns ao casal, ou a do inciso II, em que descendem apenas do autor da herança” (NADER, 2016, p. 169).

Como solução, entende-se que deve ser aplicado o inciso II, pois a própria lei prioriza os descendentes em relação ao companheiro ou cônjuges. Ademais, este critério se harmoniza com a solução proposta à sucessão do cônjuge, na qual este concorre com os descendentes comuns e outros apenas com o autor da herança. Portanto, o companheiro

supérstite terá direito à metade do que couber a cada um dos descendentes (MALUF, 2014; NADER, 2016).

Salienta-se, por fim, que a “interpretação [...] deve ser consentânea com o *caput* do art. 1.790, ou seja, o percentual, independentemente do regime de bens, deve ser apurado considerando-se os bens adquiridos a título oneroso e durante a união estável” (NADER, 2016, p. 169).

3.3.2.3 Concorrência com outros parentes sucessíveis

Em relação aos demais parentes sucessíveis, o artigo 1.790, III, do Código Civil estabelece que o companheiro ou companheira que concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança (BRASIL, 2002).

Conforme Lisboa (2013), no concurso com outros parentes, segue-se a ordem da vocação hereditária, ou seja, primeiramente os ascendentes e, na falta destes, os colaterais.

Verifica-se que, diferentemente da Lei 8.971/94, a qual expressamente conferia ao convivente vivo a totalidade da herança na ausência de descendentes ou ascendentes para suceder, o Código Civil de 2002 reduziu tais direitos, vindo o companheiro a ser o único herdeiro apenas se não houverem colaterais (LISBOA, 2013).

3.3.2.4 Totalidade da herança

Finalmente, nos termos do inciso IV, do artigo 1.790 do Código Civil, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

No entanto, na doutrina e na jurisprudência surgem divergências quanto ao alcance da expressão legal “totalidade da herança”, se abrange ou não os bens adquiridos antes da união estável e os oriundos de liberalidades (NADER, 2016).

Considerando-se a organização do artigo, a resposta será restritiva, uma vez que o enunciado se apresenta em inciso e este se conecta, no plano lógico e normativo, ao *caput*, onde se limita a herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação (NADER, 2016).

Todavia, considerando-se o aspecto valorativo e a interpretação sistemática, a conclusão é diversa. Se excluídos da quota do companheiro, os bens se destinarão à Fazenda Pública, mas, como o legislador deve seguir a vontade presumida do *autor hereditatis*, esta

interpretação não se revela adequada, pois, entre os bens se destinarem ao companheiro e se tornarem herança vacante, aquela seria a opção do de *cujus* (NADER, 2016).

Ademais, considerando a interpretação sistemática, a exclusão não encontra amparo na legislação, pois, segundo disposição do artigo 1.844 do Código Civil, a herança será devolvida ao Município, Distrito Federal ou União caso não sobreviva cônjuge, ou companheiro, nem parente algum (NADER, 2016).

Dessa maneira, entende-se que, caso não haja qualquer parente sucessível, todos os bens deixados pelo falecido, adquiridos antes ou após o início da união, a título oneroso ou gratuito, serão recolhidos pelo companheiro sobrevivente (NADER, 2016).

Por fim, não existindo herdeiros sobreviventes, descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro ou colateral até o quarto grau, ou tendo esses renunciado à herança, esta se tornará jacente, posteriormente vacante e, assim, se devolverá ao Distrito Federal, se localizada na respectiva circunscrição, ou à União, quando situada em território federal, como dispõe o artigo 1.844 do Código Civil (MALUF, 2014).

3.3.2.5 Concorrência entre o cônjuge e o companheiro

Seguindo no estudo da sucessão na união estável, pende, ainda, um problema, que é aquele relacionado à possibilidade de concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro ao mesmo tempo, pois o artigo 1.723, §1º do Código Civil, admite que o cônjuge separado de fato constitua união estável (TARTUCE, 2016).

Como bem ressalta Tartuce (2016, p. 270), “o atual Código Civil não trouxe a solução a respeito dessa hipótese, variando a doutrina nas suas propostas”.

Inicialmente, o artigo 1.830 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (BRASIL, 2002).

Destarte, parte da doutrina entende que, considerando a literalidade do artigo 1.830 do Código Civil e toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, existe a concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro. Nesse sentido, Tartuce (2016, p. 271) aduz que,

Considerando a literalidade do art. 1.830 da codificação privada e toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deveria ser dividido em dois montes. O primeiro monte seria composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens,

somente o cônjuge teria direito de herança. A segunda massa de bens seria constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira teria direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge teria direito à herança.

De outra banda, parte da doutrina defende a ideia de que, havendo a separação de fato, independentemente do decurso do prazo previsto no artigo 1.830 do Código Civil, o cônjuge sobrevivente perde o direito sucessório.

Nesse diapasão, Cahali (2012, p. 206) posiciona-se no sentido de que “mesmo que contrariamente à expressa previsão na norma, deve ser ignorada a condição imposta, retirando a condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independente do prazo da ruptura ou de sua causa, em qualquer situação”.

Destarte, caso o separado de fato venha a constituir união estável antes do período de dois anos da separação, na ocorrência do seu óbito, o direito à sucessão é do companheiro e não do cônjuge. Nesse entendimento, Dias (2013, p. 59) aduz que,

Caso um deles, depois da separação, tenha constituído nova entidade familiar, a meação dos bens adquiridos durante a união estável é de ser deferida ao companheiro sobrevivente. Excluídas as meações do cônjuge e do companheiro, com relação aos bens que cada um auxiliou a amealhar, a herança é atribuída aos herdeiros. No entanto, o direito de concorrência há que ser assegurado somente ao companheiro sobrevivente e não ao ex-cônjuge. Também é o companheiro que faz jus à totalidade da herança na inexistência de descendentes e ascendentes. Afinal, com a separação, ainda que de fato, perde o cônjuge a condição de herdeiro. Absolutamente equivocada a possibilidade de ser reconhecido o direito sucessório ao cônjuge até dois anos da separação de fato.

Ademais, corroborando com esse entendimento, quanto à discussão da culpa imposta no artigo 1.830, Gonçalves (2015, p. 186) entende que “com o fim da separação de direito, a culpa não poderá ser discutida, inclusive para fins do retromencionado art. 1.830 do Código Civil”.

Outrossim, entende-se que não se mostra razoável a concorrência sucessória entre o cônjuge separado e o companheiro, pois a própria lei permite a união estável daquele que é separado de fato. Conclui Pereira (2013, p. 221) que “melhor mesmo seria, diante da inviabilidade da concorrência entre cônjuge e convivente supérstites, excluir o separado de fato da vocação hereditária”.

3.3.2.6 Direitos reais de habitação e de usufruto

No que concerne ao direito real de habitação, que é de natureza assistencial, o legislador de 2002 não contemplou o companheiro sobrevivente, diferentemente do tratamento

dispensado ao cônjuge no artigo 1.831, mas também não negou o benefício, expressa ou tacitamente, apenas omitindo-se a respeito (NADER, 2016).

De outro lado, o artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, prevê o direito real de habitação ao companheiro, dispondo que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união estável ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (BRASIL, 1996).

Nas palavras de Nader (2016, p. 171) “como a lei não foi revogada e o benefício se harmoniza com a *mens legis*, de fundo humanitário, há de se entender que o direito real de habitação é conferido pela ordem jurídica também ao companheiro sobrevivente”.

Nesse sentido, o enunciado n. 117 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, com o seguinte texto “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/1988” (BRASIL, 2002).

Ademais, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7.º da Lei n. 9.278/1996. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7.º da Lei n. 9.278/1996. Precedente: REsp 1.220.838/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 19.06.2012, *DJe* 27.06.2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6.º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/1996 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido” (STJ, REsp 1.156.744/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 09.10.2012, *DJe* 18.10.2012).

Ainda, tem-se a premissa número 8, publicada na ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ, que trata da união estável, com o seguinte teor “o companheiro sobrevivente tem o direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil” (BRASIL, 2016).

Já no que concerne ao direito ao usufruto, previsto no artigo 2º, I e II, da Lei n. 8.971/94, prevalece o entendimento de que perdeu a sua finalidade, pois a sua função era compensar a exclusão do companheiro supérstite na sucessão, quando o autor da herança deixava descendentes ou ascendentes, e, atualmente, ele concorre com ambas as classes (NADER, 2016)

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO DA UNIÃO ESTÁVEL AO DO CASAMENTO DIANTE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 646.721 E 878.694

4.1 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE EQUIPARARAM O COMPANHEIRO O CÔNJUGE PARA FINS SUCESSÓRIOS (RE N. 878.694/MG E RE N. RE 646.721/RS)

Preambularmente, cumpre ressaltar que, inicialmente, o STF possuía sua jurisprudência inclinada para o não conhecimento dos recursos extraordinários que abordassem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, porque havia fixado o entendimento de que a questão passava pelo indiscutível cotejo das normas infraconstitucionais (OLIVEIRA, 2014). Veja-se:

INSTRUMENTO. DIREITO DE HERANÇA. MEAÇÃO. COMPANHEIRA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS DEFINITIVOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão recorrido decidiu a questão com base em normas infraconstitucionais, no caso, o Código Civil. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Com a negativa de provimento ao recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, os fundamentos infraconstitucionais que amparam o acórdão recorrido tornaram-se definitivos. III - Agravo regimental improvido (BRASIL, 2011).

Após, o STF mudou de posicionamento e, no dia 10 de maio de 2017, encerrou o julgamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Posteriormente ao pedido de vistas do ministro Marco Aurélio, dois processos foram julgados em definitivo, ambos com repercussão geral reconhecida, quais sejam: o Recurso Extraordinário n. 878.694, que trata da equiparação entre cônjuges e companheiros e o Recurso Extraordinário n. 646.721, que trata das uniões estáveis homoafetivas (TARTUCE, 2017; PIRES, 2017).

No caso concreto objeto do RE n. 878.694, a recorrente vivia em união estável há cerca de nove anos, em comunhão parcial de bens, e o companheiro dela veio a falecer sem deixar testamento, não possuindo descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos (FISCHER, 2017).

Nesse contexto, a decisão de primeira instância reconheceu a companheira como herdeira universal, mas o Tribunal de Origem (ver), com fundamento no artigo 1.790, III,

do Código Civil, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável (FISCHER, 2017).

Interposto o Recurso Extraordinário 878.694/MG, iniciou-se o julgamento dele em agosto de 2016, o qual teve como relator o ministro Luís Roberto Barroso, o que votou no sentido da inconstitucionalidade da norma e foi seguido pelos ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia (TARTUCE, 2017).

O ministro Dias Toffoli pediu vista e o processo retomou ao seu destino no ano de 2017, quando ele concluiu pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável (TARTUCE, 2017).

Após, o ministro Marco Aurélio pediu nova vista, unindo também o julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS, no qual era relator e tratava de caso semelhante, mas com a especificidade de tratar-se de companheiro homoafetivo. Dessa maneira, em maio de 2017, foram retomados os julgamentos das duas demandas, iniciando-se pelo RE 646.721. (TARTUCE, 2017).

No RE 646.721/RS, o ministro e relator Marco Aurélio apontou não haver distinção entre a união homoafetiva e a união heretoafetiva, no mesmo sentido do que já havia sido decidido pela corte no julgamento da ADPF 132/RJ em 2011 (TARTUCE, 2017).

Quanto ao tratamento diferenciado da união estável diante do casamento, o ministro Marco Aurélio asseverou não haver qualquer inconstitucionalidade no artigo 1.790 do Código Civil, na linha do que consta do artigo 226, §3º, do Texto Maior, que, ao tratar da conversão da união estável em casamento, reconheceu uma hierarquia entre as duas entidades familiares (TARTUCE, 2017).

Para o ministro Marco Aurélio,

É temerário igualizar os regimes familiares a repercutir nas relações sociais desconsiderando por completo o ato de vontade direcionado à constituição específica de entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois (BRASIL, 2017, p. 16).

Na oportunidade, votou com o relator apenas o ministro Ricardo Lewandowski, o qual adotou a *premissa in dubio pro legislatore* (TARTUCE, 2017).

Abrindo a divergência, o ministro Luís Roberto Barroso apontou conexão com o caso sob a sua relatoria, que seria posteriormente julgado, e reafirmou seu voto no sentido de pronunciar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (É

INCONSTITUCIONAL..., 2017). Essa divergência foi acompanhada pelos ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Quanto ao processo inicial, o RE n. 878.694, que iniciou o julgamento da questão, mas foi interrompido após o pedido de vista do ministro Marco Aurélio, apenas se confirmou o que já estava consolidado, entendendo-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2017).

Nesse processo, o ministro relator Luís Roberto Barroso, em síntese, fundamentou pela equiparação dos regimes sucessórios aplicáveis aos cônjuges e aos companheiros, pugnando pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Para ele, deve-se aplicar as mesmas regras às duas entidades, porque o Estado as protege indistintamente, de maneira que a diferenciação entre elas representa violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção da família (BRASIL, 2016).

Além disso, o relator argumentou que não há justificativa para estabelecer tratamentos distintos entre a união estável e o casamento, porque não há hierarquia entre as entidades familiares e que o Código Civil representa um retrocesso quando comparado às Leis 8.971/94 e 9.278/96 (BRASIL, 2016).

Os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator, sob o argumento de que o Código Civil traz um regime sucessório prejudicial ao companheiro em relação ao cônjuge (GRANDA, 2017).

De outro norte, o ministro Dias Toffoli iniciou a divergência, argumentando que a Constituição não proíbe a diferenciação entre união estável e casamento, bem como que o Código Civil não trouxe retrocesso em matéria de proteção social. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2017).

Por fim, o recurso extraordinário foi provido, nos termos do voto do relator Luís Roberto Barroso, vencido os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, ficando definida a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 o Código Civil” (BRASIL, 2017).

4.2 A NÃO EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO À LUZ DO ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO ARTIGO 1.726 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme Dias Toffoli, “a parte final do §3º do artigo 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa”” (BRASIL, 2017).

Por oportuno, cita-se o artigo 226, §3º, 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 (BRASIL, 1988).

[...]

O ministro Dias Toffoli asseverou, ainda, que o fato de o casamento e a união estável não serem a mesma coisa autoriza que os seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos, devendo ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio argumentou que o §3º do artigo 226 do Texto Constitucional determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Aliás, se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo da conversão da união estável em casamento (BRASIL, 2017).

Corroborando, Delgado (2016, p. 11) salienta que não haveria interesse em se converter a união estável em casamento se àquela fossem conferidos todos os efeitos próprios do matrimônio, devendo o legislador observar este fato, pois, do contrário, desestimulará a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma e acarretando uma inconstitucionalidade.

Destarte, Cavalcanti (2003 apud Delgado, 2016, p. 11/12) advertiu:

Ora, se a lei ordinária, em vez de cuidar do mister que lhe foi determinado pela Constituição, diretamente atribui qualquer parcela do efeito civil à união estável, sem que para tanto se deva proceder à conversão, torna esta desnecessária. E o faz na razão inversa dos efeitos que assim oferece, ou seja, faz tanto menor o interesse na conversão, quanto maior o número de efeitos conjugais que confere à união não convertida. Portanto, qualquer forma de legislação que subtraia aos integrantes da união estável seu eventual interesse pela conversão dela em casamento, ainda que em parte, contraria a Constituição. E isso evidentemente ocorrerá se lhe forem diretamente conferidos os efeitos do matrimônio civil, principalmente os mais relevantes sob o aspecto prático, como a participação no patrimônio, os alimentos e os direitos sucessórios. Se tais questões encontram disciplina fora do casamento, haver-se-ia de cogitar a conversão para quê?

Ainda nesse seguimento, Tartuce (2016, p. 243) salienta que institutos iguais não se convertem um no outro e justamente por isso é que havia um tratamento diferenciado no tocante ao direito sucessório.

Nesse sentido, o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS O art. 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloqüente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Ainda,

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO ABERTO PELA COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES OU DESCENDENTES. SENTENÇA QUE EXCLUIU AS IRMÃS DO FALECIDO. INCIDÊNCIA DO INCISO III DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. FORÇA VINCULANTE INTERNA DA DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. A constitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário. 2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que 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 (art. 226, § 3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro. 3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III do art. 1790 do Código Civil, que estabelece em favor da apelada o direito à herança em concorrência com os colaterais, sobre a terça parte da herança, compreendido nesse conceito todo o conjunto de bens deixados pelo falecido (após separada eventual meação que caiba à apelada) e não apenas aqueles adquiridos no curso da união estável. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Outrossim, o ministro Marco Aurélio ressaltou que a única similaridade entre a união estável e o casamento é que ambos são considerados entidades familiares, mas apenas isso, porque, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal não traz espaço para a equalização (BRASIL, 2017).

Ainda, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, afirmou que a diversidade de regimes – de bens e sucessórios – tem a sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Constituição Federal. Aliás, ele resalta que o

tratamento constitucionalmente assimétrico de ambos os institutos reflete-se não só no aspecto patrimonial ou sucessório, mas também quanto à formalidade, à invalidação, à eficácia e à dissolução (BRASIL, 2015).

Portanto, entende-se que a intenção do texto constitucional não é a equiparação dos institutos, mas a inclusão das uniões estáveis como partes integrantes da família e, por consequência, do Direito de Família, retirando-as do âmbito do Direito das Obrigações, notadamente porque a especial proteção do Estado é entendida, em um Estado Democrático de Direito, como aquela em que a liberdade dos indivíduos é respeitada de forma integral (XAVIER, 2009).

Não se trata de hierarquizar o casamento em relação à união estável, até porque já está superada a concepção de que o casamento é a única forma legal da família e consensualmente admitido o caráter exemplificativo do rol das entidades familiares previstas na Carta Magna. No entanto, a tutela estatal protetiva das entidades familiares, típicas e atípicas, não pode ficar reduzida a uma absoluta equiparação das molduras normativas, pois, sendo diversas as características e as formas de constituição e dissolução delas, distintos podem ser os regimes legais (DELGADO, 2016).

Aliás, é tão evidente a distinção entre os institutos que ela foi reforçada pelo artigo 1.726 do Código Civil, o qual traz a possibilidade de a união estável converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao Juiz e assento no Registro Civil (BRASIL, 2002).

Ademais, corroborando com a distinção das entidades familiares, veja-se a exposição de motivos do artigo 1.790 do Código Civil:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio -- quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. (LIMA, PASSOS, 2012, p. 77).

Denota-se que o legislador optou por não equiparar os efeitos dos institutos, o que não significa que um instituto é melhor que o outro, ou até mesmo que existam posições desvantajosas, mas, apenas, a outorga de proteção legal às duas entidades em atenção às suas peculiaridades (FISCHER, 2017).

Nesse seguimento, o ministro Marco Aurélio asseverou que a sucessão do companheiro não pode ser considerada menos ou mais vantajosa simplesmente pelo fato de que

herda os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência enquanto o cônjuge herda os bens particulares do falecido, por exemplo, porque tudo dependerá de como o patrimônio foi conquistado (BRASIL, 2017).

Prova disso, de que o tratamento diferenciado dispensado às entidades familiares, notadamente no plano sucessório, não traduz situação mais vantajosa ou hierarquicamente superior para um ou para outro instituto, é que a constitucionalidade do artigo 1.790 já foi questionada anteriormente sob a argumentação contrária à da recorrente do RE n. 878.694, de modo que a companheira sentiu-se prejudicada com a norma (FISCHER, 2017).

No Recurso Especial n. 1.117.563, “a constitucionalidade do dispositivo foi questionada pela filha do falecido com sua ex-mulher, sob a alegação de que a norma confere mais vantagens à companheira do que conferiria à esposa casada pelo regime da comunhão parcial” (FISCHER, 2017).

Dessa maneira, depreende-se que “não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, mas famílias diferentes, cada qual a seu modo e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas” (DELGADO, 2016, p. 4)

Assim, ao adotar-se o entendimento pela equiparação é dizer que apenas as regras matrimoniais são boas o suficiente e que quaisquer outras seriam inferiores, o que não é verdade. Aliás, estaria retornando-se ao tempo em que a única família legitimamente conhecida era aquela fundada no casamento, desfazendo-se todas as conquistas constitucionais de 1988 no âmbito do direito de família (XAVIER, 2009).

Portanto, deve-se respeitar o disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, garantindo-se às pessoas que pretendem viver em união estável o respeito à sua autonomia, à sua liberdade de escolha e à livre constituição de família, o que parece estar sendo negado com a equiparação com o casamento, pois importa na supressão do poder de decidir dos particulares (XAVIER, 2009).

Conforme ressaltou o ministro Dias Toffoli, caso haja efetivas e reais razões fáticas e políticas para a alteração da norma, o espaço democrático para o debate deve ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da norma e os seus impactos no ordenamento social (BRASIL, 2017).

Dessa maneira, considerando que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, o fato de, eventualmente, as normas serem injustas não as torna inconstitucionais, de maneira que a equiparação dos institutos depende de alteração no âmbito legislativo (GONÇALVES, 2016, p. 58).

Diante de todo o exposto, não se mostra razoável que as pessoas optem por não casar, mas que os efeitos advindos do casamento sejam impostos a elas, sob pena de violar os princípios a seguir expostos.

4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e decorre do disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, o qual dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

[...]

Nas palavras de Dias (2015, p. 41):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear de ordem constitucional.

Trata-se do mais importante princípio constitucional, que respalda todo o ordenamento jurídico, como um valor que disciplina toda a sua aplicação, traduzindo um valor fundamental de respeito à existência humana (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

Mais do que garantir a simples sobrevivência, o princípio assegura o direito de viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

Assim, permitir que cada pessoa escolha o seu próprio modo de vida é uma forma de realização do princípio maior da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento do valor absoluto do ser humano (XAVIER, 2009).

Dessa maneira, entende-se que a equiparação dos regimes sucessórios do casamento e da união estável representa uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a intervenção estatal na escolha da entidade familiar feita pelos contraentes, desrespeita a dignidade da pessoa de escolher o seu próprio modo de vida e de viver plenamente sem quaisquer intervenções nas suas decisões.

Por fim, considerando que o princípio da dignidade humana é um macroprincípio, do qual se irradiam os princípios da igualdade, da liberdade e da autonomia privada (DIAS, 2015), a seguir será feito o estudo de cada um deles.

4.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, é o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito e deve ser considerado princípio geral do Direito de Família, conforme o disposto no artigo 5º, caput, I, da Carta Magna (SILVA, 2013).

Destarte, Rui Barbosa (1999 apud Dias, 2015, p. 44) ressaltou que “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”. Nesse sentido, é indispensável que a lei considere todos igualmente, mas ressalve as desigualdades, as quais devem ser sopesadas a fim de que prevaleça a igualdade material (DIAS, 2015).

A união estável é uma entidade familiar composta por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado ou com aparência de casamento, mas, ainda que o casamento seja a sua referência estrutural, ela é distinta deste, porque cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio (LOBO, 2017).

No mesmo sentido, salienta Madaleno (2017, p. 1662),

Não há como estabelecer simetria entre o casamento e a união estável, embora se trate de institutos semelhantes, não são iguais, e suas reais diferenças podem passar das idiosincrasias próprias de sua formação, onde pelo casamento, por absoluta formalidade para a sua constituição, assumem precedentemente os cônjuges pública e formalmente, a sua relação, enquanto para a mútua convivência está reservada ausência da intervenção estatal.

Portanto, não se pode falar em violação ao princípio da isonomia simplesmente por haver normas sucessórias diferentes para o casamento e para a união estável, pois o conteúdo do princípio pressupõe que se deve tratar igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais (DELGADO, 2016).

Nesse sentido, a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. Art. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO. 1. A jurisprudência do e. TJDF é pela inexistência de violação à isonomia e inconstitucionalidade no art. 1790 do Código Civil, ao dispor que, sem prejuízo da sua meação, o companheiro herda do outro, em igualdade de condições com os

filhos comuns, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. 2. Negou-se provimento ao apelo (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Ainda,

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. PARTILHA. DIREITOS SOBRE BEM LOCALIZADO EM ÁREA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. NEGOU-SE PROVIMENTO AOS APELOS. A jurisprudência do e. TJDF é pela inexistência de violação à isonomia e inconstitucionalidade no art. 1790 do Código Civil, ao dispor que sem prejuízo da sua meação, o companheiro herda do outro, em igualdade de condições com os filhos comuns, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. É possível a partilha de direitos sobre bem localizado em área pública, embora não oponível ao Poder Público. Negou-se provimento aos apelos do Ministério Público e da autora (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Ademais, o próprio texto constitucional não parece pretender uma igualdade absoluta quando procura incentivar a conversão das uniões estáveis em casamento, pois não haveria incentivo caso os estatutos fossem absolutamente idênticos (XAVIER, 2009).

Assim, não se vislumbra uma discriminação arbitrária que implique em violação ao princípio da igualdade quando opta pela regulamentação jurídica que leva em conta as diferenças entre as entidades e que, portanto, promove tratamento diferenciado entre elas, pois se está observando as próprias escolhas dos indivíduos e a opção constitucional a esse respeito (XAVIER, 2009).

Nesse sentido, a decisão do e. Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

ACÓRDAO EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDO NO AGRAVO REGIMENTAL - ORFAOS E SUCESSÕES DE VITÓRIA - REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE HABILITOU OS SOBRINHOS DO DE CUJUS COMO HERDEIROS NOS AUTOS DO INVENTÁRIO - PRELIMINAR DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 1829 DO CC - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL - CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - SITUAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS - ARTIGO 226, 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É cediço que a lei goza da presunção de constitucionalidade, e somente a afronta patente a norma ou princípio constitucional poderá acarretar o reconhecimento, incidendo tantum, de inconstitucionalidade desse ou daquele artigo. A Constituição não equiparou união estável ao casamento e, admitindo-se a não-equiparação, conclui-se que ao legislador ordinário é facultado tratar diferentemente os dois institutos. Normas regulatórias embora diferenciadas, desde que orientadas pelo sentido de proteção à família são, por certo, constitucionais. Também o é o artigo do Código Civil, por que não afrontou, ao meu sentir, o texto constitucional. Não houve, em termos de direito hereditário, arbitrariedade acerca do status sucessório do convivente supérstite, na verdade o legislador tratou diferentemente situações distintas - casamento e união estável. A Constituição Federal no artigo 226 e seu parágrafo 3º garante especial proteção do Estado à família, reconhecendo o instituto da união estável. Contudo não afirma o legislador constitucional que a constituição da família sob a forma de casamento ou mediante união estável é exatamente a

mesma situação. Portanto, declaro a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Inconstitucionalidade nº 024099165979, em que é requerente/ requerida ANGELA DANIEL DE CARVALHO; ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno, na conformidade da ata e notas taquográficas de Sessão, por maioria de votos, declarar a constitucionalidade do artigo 1790 do CC/02, sendo vencido e designado relator para redigir o acórdão o Eminentíssimo Desembargador Adalberto Dias Tristão (ESPÍRITO SANTO, 2011). (Grifou-se).

Dessa maneira, a interpretação isonômica de tratamento entre a união estável e o casamento vai de encontro ao disposto no artigo 226, §3º, da Carta da República, cuja leitura não permite uma equiparação absoluta entre as entidades (XAVIER, 2009). Aliás, ao tratar-se igualmente as duas entidades familiares é que há a violação ao princípio da isonomia, pois tratam-se de entidades familiares distintas e que, por isso, merecem proteções desiguais na medida das suas desigualdades.

4.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

É possível reconhecer que o Texto Constitucional abriga a liberdade de casar ou de não casar, notadamente quando reconhece a união estável como entidade familiar, pois traz a ideia de que esta é uma alternativa ao casamento, de maneira a celebrar a pluralidade e de criar para os cidadãos um ambiente propício para que possam exercer a sua liberdade de escolha (XAVIER, 2009).

Nesse seguimento, Pereira (2006 apud BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 136) aduz que:

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é o que deve interessar ao Estado.

Destarte, as pessoas são livres para escolherem a forma de constituição da família, a qual pode ser tanto a família matrimonial quanto a convencional (união estável, família monoparental, família adotiva etc.), pois a família deve ser encarada como um fato social que merece a proteção do direito (MELO, 2014).

No mesmo sentido, Dias (2015) salienta que a Constituição Federal revelou uma preocupação em garantir à liberdade especial atenção no âmbito familiar, de maneira que as pessoas têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como a entidade familiar que quer fazer parte para constituição da sua família.

Ademais, como subprincípio do princípio da liberdade tem-se o “princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado”, (GONÇALVES, 2017, p. 25). Aliás, é o que se denota do artigo 1.513 do Código Civil:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Ainda, sobre o subprincípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, Diniz (2002 apud Gonçalves, 2017, p. 25) ressalta que,

Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, §7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.

Nesse seguimento, o ministro Marco Aurélio ressalta que não cabe ao Poder Judiciário, após a escolha dos particulares, sabedores das consequências, suprimir a manifestação da vontade com a promoção de equiparações, sob pena de violar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, vale dizer, o direito à liberdade (BRASIL, 2017).

Deve-se ter em mente que a diferença nem sempre é ruim, mas apenas diferente, porque, ao admitir um estatuto jurídico diferenciado entre o casamento e a união estável, o Estado estará criando opções para que os seus cidadãos possam exercer o seu direito de liberdade de escolher esse ou aquele regime jurídico (XAVIER, 2009).

Oportunamente, o ministro Dias Toffoli ressaltou que,

Nem se diga que a liberdade de escolha da espécie de “entidade familiar” estaria tolhida porque só as pessoas com condições econômicas é que teriam condições de se casar. A legislação tratou de garantir a gratuidade do casamento a quem preenche os requisitos legais (vide art. 1.512 do Código Civil de 2002 e as legislações estaduais que dispõem sobre os requisitos), e os casamentos comunitários têm ajudado a viabilizar os matrimônios, que ocorrem diariamente em todo o país (BRASIL, 2017, p. 108).

Portanto, a equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento representa uma aniquilação da liberdade de quem optou por aquela entidade familiar, justamente porque não queria se submeter ao regime formal do casamento, ou, pior, pode significar o fim da própria união estável, pois a transformará em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes (DELGADO, 2016).

Ainda, Delgado (2016, p. 3) salienta que:

A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares está se sobrepondo à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal,

exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento, o que resulta, em última análise, tornar ineficaz a parte final do §3º do artigo 226 da CF/88, que impôs ao legislador infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento.

Por fim, sobre a argumentação de eventuais dificuldades encontradas por aqueles que optaram pela união de fato, estas devem ser suportadas como parte da responsabilidade que se tem quanto às escolhas que são feitas na vida, pois ela é inerente ao exercício do direito de liberdade, uma vez que se a pessoa é capaz de fazer escolhas, deve estar pronta para suportar as consequências das suas opções (XAVIER, 2009).

4.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

“A vontade é o próprio elemento propulsor do domínio do ser humano em relação às demais espécies que vivem sobre a Terra, ponto diferenciador dos fatos humanos (atos jurídicos ou jurídicos) em relação aos fatos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*)” (TARTUCE, 2016, p. 53).

Nesse diapasão, o princípio da autonomia privada pode ser entendido como um regramento básico, de ordem particular, mas influenciado pelas normas de ordem pública, que trata do direito indeclinável da parte de autorregular os seus interesses (TARTUCE, 2016, p. 56).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 tem uma flagrante preocupação com a efetividade das liberdades e com as condições materiais para o exercício delas, como se percebe pelo rol de direitos fundamentais e sociais, incluindo-se, entre eles, a autonomia privada (SARMAMENTO apud XAVIER, 2009, p. 137).

Segundo Ludwig (2002 apud XAVIER, 2009, p. 135), existe uma necessidade “fundada na própria dignidade da pessoa humana e na tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do reconhecimento e proteção, pelo ordenamento jurídico, de um espaço irreduzível de autonomia privada”.

Pois bem. O afeto é o principal fundamento das relações familiares e é dele que decorre a autorização do exercício da autonomia privada. Segundo Pereira (2006 apud BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 136), “a liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade”.

Corroborando, Tartuce (2008 apud BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 136) ressalta que:

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escala do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.

Ressalta-se que, independentemente da teoria adotada quanto à natureza jurídica do casamento, a manifestação expressa do consentimento dos indivíduos é o principal requisito para a formação dele. Daí também o porquê se deve respeito à autonomia das partes de se manifestarem por um ou por outro instituto (XAVIER, 2009).

Portanto, a equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios, como bem asseverou o ministro Marco Aurélio, significa, além dos prejuízos para os sucessores, um desrespeito à autonomia do casal, quando da eleição do instituto que melhor atende à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável (BRASIL, 2007).

No mesmo entendimento, o Procurador-Geral da República (PGR), Rodrigo Janot Monteiro de Barros, manifestou-se contrário à equiparação dos efeitos sucessórios da união estável e do casamento, defendendo a autonomia privada dos contraentes. Ele afirma que:

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestações da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento (BRASIL, 2015).

Viver em uma união estável, sem formalidades, não significa viver à margem da lei, tanto é que a legislação reconhece e regula os efeitos jurídicos do instituto. No entanto, a intervenção do Estado na união estável, especialmente para equipará-la ao casamento, carece de legitimidade (DELGADO, 2016).

Assim, infere-se que a vontade do particular que não escolhe o casamento é tão valiosa e importante quanto a daquele que decide constituir um matrimônio e assim deve ser valorada pelo Estado, pois, do contrário, a união estável acabará se tornando um casamento de fato, exclusivamente pela vontade do Estado, sem importar a vontade dos contraentes (DELGADO, 2016; XAVIER, 2009).

Ademais, reforçando a autonomia das partes, caso os companheiros queiram maior proteção, podem optar por escolher o regime da comunhão universal de bens, ou, tratando-se de direito sucessório, usar o testamento para deixar pelo menos, 50% do patrimônio ao companheiro supérstite, além do quinhão que já lhe é garantido pela sucessão legítima.

Com a equiparação do regime sucessório das entidades familiares, estaria se admitindo uma “tirania estatal” mascarada sob uma aparente proteção, uma vez que o exercício

da autonomia de escolha entre o casamento ou a união estável não viola direito de terceiros e nem prejudica o bem comum ou a paz jurídica da sociedade, não havendo justificativa para uma intervenção no sentido de equipará-los (XAVIER, 2009).

O que se defende, portanto, é uma isonomia material da proteção estatal, considerando as diferenças de cada entidade familiar, inclusive no que diz respeito a diversidade de efeitos oriundo de cada uma delas, notadamente os patrimoniais, respeitando a escolha do particular por fazer parte de uma ou de outra, visto que a escolha é fruto da dignidade da pessoa humana e dos princípios que dela decorrem, conforme exposto no presente trabalho.

5 CONCLUSÃO

O objetivo principal da equiparação do regime sucessório da união estável ao do casamento, na decisão proferida pelo STF, é de assegurar a proteção e a igualdade das entidades familiares. Acontece que, ao conferir regimes sucessórios idênticos aos institutos, o Estado não protegeu os integrantes destes, muito pelo contrário, os colocou em situações que eles mesmos não escolheram, contrariando a própria Constituição Federal de 1988 (artigo 226, §3º) e os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada.

O desenvolvimento da presente monografia deu-se com a descrição das entidades familiares advindas do casamento e da união estável, por meio da apresentação das suas evoluções no Brasil, das suas características e dos seus efeitos principais, pois relevante para chegar à discussão principal quanto à equiparação dos institutos para fins sucessórios.

Em continuidade, explicitou-se o direito sucessório por meio de noções gerais do instituto e da análise do regime específico de sucessão dispensado ao cônjuge e ao companheiro ao longo dos anos e, notadamente, após o advento do Código Civil de 2002.

No último capítulo, pretendeu-se realizar uma análise da decisão do STF nos Recursos Extraordinários n. 646.721 e n. 878.694, por meio da interpretação do disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia privada, utilizando-se dos conceitos estudados nos capítulos anteriores.

Pois bem. Entende-se que a Constituição Federal, ao reconhecer outras entidades familiares além daquela advinda do casamento, teve a intenção de criar uma alternativa ao matrimônio e não de criar outra entidade apenas diferente na nomenclatura e nas formalidades, mas igual nos efeitos, justamente pelo fato de existirem pessoas que desejam exercer o direito de liberdade de fazer parte de entidade familiar reconhecida e protegida pelo Estado, mas não querem se submeter ao regime matrimonial.

Conforme Xavier (2009, p. 149),

Diz o Estado que há um direito de casar. Se não deseja casar, há a porta aberta da união estável, há um direito constitucionalmente assegurado de não casar. Se essa é escolhida, contudo, cai-se no casamento. Onde está, portanto essa última liberdade de sair de um determinado enquadramento jurídico para outro, liberdade esta que é aventada como uma das características da convivência *more uxório*? Parece existir apenas uma pseudoliberalidade.

Depreende-se que a Constituição Federal quis dignificar uma entidade familiar anteriormente discriminada, garantindo-lhe reconhecimento constitucional e proteção

estatal, mas, em momento algum, pretendeu equiparar os efeitos advindos dela aos dos advindos casamento, porque, ao determinar a facilitação da conversão da união estável ao casamento, deixou clara a diferença entre os institutos, porque “coisas iguais não se convertem umas nas outras”.

A intenção do legislador era a isonomia material dos institutos, tratando-os desigualmente na medida das suas desigualdades, pois não foi por outra razão que as uniões de fato surgiram ao longo da história: para serem entidades familiares diferentes daquelas advindas do casamento.

Ademais, o reconhecimento e a proteção da união estável foram atendidos pelo Código Civil de 2002 que, de maneira acertada ou não – fato não discutido neste trabalho – reconheceu a união estável como entidade familiar e conferiu proteção aos companheiros, seguindo a intenção da Carta da República em criar uma alternativa ao regime matrimonial.

Inclusive, na exposição de motivos do artigo 1.790 do Código Civil, trazida neste trabalho, denota-se que o legislador optou conscientemente e baseado na Constituição por não equiparar o casamento e a união estável. Todavia, a não equiparação dos institutos não significa uma inferiorização de um instituto em relação ao outro ou mesmo uma situação desvantajosa, mas, trata-se, apenas, de conferir proteção legal aos dois institutos atendendo às suas diferenças (FISCHER, 2017).

Na atualidade, o direito à diversidade não deve ser confundido com o retrocesso de entender que o único modelo de entidade familiar digno e protegido é o matrimonial, pois os particulares devem ter o direito de optar por uma entidade familiar com menos interferência estatal, afinal a escolha do seu par e do modo de vida a ser compartilhado advém justamente do exercício da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia privada.

Aliás, não se pode supor que todas as pessoas desejam a proteção oferecida ao casamento, porque existem pessoas que possuem o *affectio maritalis*, além de todos os demais requisitos da união estável, mas não desejam o regime matrimonial. Por exemplo, imagina-se os casos de pessoas que já contraíram matrimônio e não mais o desejam como entidade familiar, ou o casos de pessoas divorciadas que possuem filhos do outro relacionamento e não desejam que o atual companheiro com eles concorra, em caso de morte, como se cônjuge fosse etc.

Outrossim, conforme visto, a união estável é uma entidade familiar constituída no plano dos fatos, sem qualquer formalidade ou necessidade de documento ou providencia comprobatórios e, por essa razão, pode ser confundida com o namoro. Assim, por

exemplo, uma pessoa com vasto patrimônio poderá ficar privada de namorar outrem sem se preocupar com que a namorada seja confundida com a companheira e herde todo o patrimônio, ou grande parte dele, inclusive em concorrência com os descendentes (FISCHER, 2017).

Aliás, os companheiros possuem instrumentos de proteção, pois, caso desejem resguardar um ao outro no caso de falecimento, podem casar ou elaborar um testamento. No caso do RE n. 878.694, por exemplo, se o falecido tivesse deixado um testamento elegendo a companheira como única herdeira, os colaterais teriam sido afastados da sucessão (FISCHER, 2017).

Não se pode admitir que a interpretação constitucional limite o conceito de entidade familiar àquelas vinculadas ao casamento, o que ocorre com o entendimento de que o regime sucessório da união estável só está devidamente protegido se a sua regulamentação for idêntica ao regime sucessório do casamento (XAVIER, 2009).

Se assim o fosse, os efeitos do casamento também deveriam ser atribuídos às demais entidades familiares típicas e atípicas reconhecidas pela Constituição Federal. Conforme Xavier (2009, p. 151), “entidade familiar é um gênero do qual são espécies o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, cada um devendo ser regulamentado de acordo com suas peculiaridades e em face das opções realizadas pela própria Constituição Federal”.

Portanto, considerando que o reconhecimento da união estável como entidade familiar não é colocado em risco pelo fato da sua proteção estatal ser divergente da proteção dispensada ao casamento (XAVIER, 2009), não existem razões para a equiparação dos institutos, notadamente no direito sucessório, ramo do direito privado, sob pena de reputar-se ineficaz o disposto na Constituição Federal ao determinar a conversão da união estável em casamento, ou de acabar com a união estável, pois ela se transformará em um “casamento de fato”.

Sob outra perspectiva, também pode se imaginar que a equiparação da união estável afetará de sobremaneira o instituto do casamento, pois, caso os efeitos advindos da união estável se equiparem aos advindos do casamento no âmbito do direito privado, acabaria por desmerecer o instituto do casamento à mera formalidade probatória, ou até mesmo por extingui-lo, já que não teria razão nenhuma para as pessoas se casarem se a união de fato bastasse para o reconhecimento de todos os efeitos advindos dele.

Não parece ter sido essa a intenção da Constituição Federal ao reconhecer a união estável como entidade familiar, afinal, qual seria o propósito da Constituição Federal de

reconhecer a união estável como entidade familiar se fosse para ela ser um instituto idêntico ao casamento?

Registra-se que não se defende que não deva existir pontos de contato entre os institutos, tais como a necessidade da prestação de alimentos, o dever da mútua assistência etc., mas repudia-se, todavia, a equiparação do regime sucessório, pois não se mostra essencial para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar (XAVIER, 2009) e retira dos particulares o direito constitucional da liberdade de escolher pelo instituto que melhor atende à sua vontade, pois, independentemente da escolha, estará “casado de fato”.

Ninguém deve ser obrigado a viver em uma união estável ou em um casamento, mas, feita a escolha por uma das entidades familiares, o casal estará vinculado às suas consequências. Por exemplo, se deseja um estatuto sucessório mais ou menos favorável em determinada situação de fato, deverá sopesar qual a forma de entidade que melhor atende aos seus anseios (PICAZO, 2002 apud XAVIER, 2009).

Outrossim, não se discute que o Código Civil não teve a decisão mais acertada ao dispor do regime sucessório do companheiro apenas na “Disposições Gerais”, mas não se entende que, apenas por isso, o artigo deve ser declarado inconstitucional por dispor de regime sucessório próprio para o companheiro.

Aliás, ainda que haja necessidade de alteração da norma, visando maior proteção para o companheiro, bem ressaltou o ministro Dias Toffoli que o campo para essa discussão é no Congresso Nacional (BRASIL, 2017) e não na esfera do Poder Judiciário, equiparando institutos considerados distintos pela própria Constituição.

Portanto, entende-se que não cabe ao Poder Judiciário tolher do particular as suas conquistas, por meio da declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois, conforme Xavier (2009), o reconhecimento da união estável como entidade familiar foi uma conquista frente ao reconhecimento do casamento como única entidade familiar legalmente constituída, mas, com a equiparação dos institutos, estará retornando-se ao tempo em que só os efeitos do casamento é que são dignos, o que não é verdade.

Ademais,

O fundamento do direito sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família. Equiparar o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge não protegerá esta continuidade patrimonial e a perpetuidade da família. Ao contrário, gerará uma insegurança jurídica tamanha capaz de desestabilizar as relações familiares. (FISCHER, 2017).

Por fim, fica o questionamento feito pela presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões, Regina Beatriz Tavares (2017 apud BARBOSA, 2017): “quem não queria casar, está casado de fato. E quem queria, vai casar por quê?”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOSA, Renan. **STF igualou a herança. Ainda existe diferença entre casamento e união estável?** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/stf-igualou-a-heranca-ainda-existe-diferenca-entre-casamento-e-uniao-estavel-bg4thhnx37j9oq47i2wngs143>>. Acesso em 3 de jun. de 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do Direito de Família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1. 2011. Chapecó. Anais Eletrônicos... Chapecó: Editora Unoesc, 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 de mar. de 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 de mar. de 2018.

_____. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 8 de mar. de 2018.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 747.619. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 7 de junho de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7224514/recurso-especial-resp-747619-sp-2005-0074381-8-stj/relatorio-e-voto-12971093>> Acesso em: 11 de mar. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.156.744. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DF, 9 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22614153/recurso-especial-resp-1156744-mg-2009-0175897-8-stj/inteiro-teor-22614154?ref=juris-tabs>> Acesso em: 2 de abr. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 27 de mar. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.306.196. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 de outubro de 2013. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580824/recurso-especial-resp-1306196-mg-2012-0012427-0-stj/inteiro-teor-24580825>> Acesso em: 2 de abr. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.415.727. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de mar. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> . Acesso em: 27 de mar. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629404/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-311629414>>. Acesso em: 2 de mar. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 699.561. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18716029/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-699561-sp/inteiro-teor-104100392?ref=juris-tabs>> Acesso em: 3 de jun. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439/inteiro-teor-311628833?ref=juris-tabs>> Acesso em: 5 de mar. de 2018.

CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos, (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 1º de maio de 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araújo. Direito das Sucessões. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família, Sucessões. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, 12 e 13 de setembro de 2002. **Enunciado nº 1**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acesso em: 2 de abril de 2018.

_____. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 117**. Brasília, DF, 12 e 13 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acesso em: 1º de maio de 2018.

_____. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 271**. Brasília, DF, 1º a 3 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>>. Acesso em: 1º de maio de 2018.

_____. VII Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 609**. Brasília, DF, 28 e 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 1º de maio de 2018.

DELGADO, Mário Luiz. Não cabe ao Judiciário conferir à relação informal os efeitos da sociedade conjugal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

_____. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, v. 1. Porto Alegre: Magister, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Manual de Direito das Famílias. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 20120610033969. Relator: Des. Sérgio Rocha. Brasília, DF, 27 de abril de 2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511599409/7022386820178070006-df-0702238-6820178070006/inteiro-teor-511599445?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 07002238.68.2017.8.07.0006. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Brasília, DF, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511599409/7022386820178070006-df-0702238-6820178070006/inteiro-teor-511599445?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade arguido em Agravo Regimental nº 24099165979 ES nº 24099165979. Relator: Des. Adalto Dias Tristão. Vitória, ES, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://tj->

es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20552068/incidente-de-inconstitucionalidade-agv-instrumento-iin-24099165979-es-24099165979-tjes>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

É inconstitucional a diferenciação de união estável e casamento para fins de sucessão, define STF. MIGALHAS, 2017. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI258630,71043->

E+inconstitucional+diferenciacao+de+uniao+estavel+e+casamento+para>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

FISCHER, José Flávio Bueno. **A constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil:**

Porque equiparar o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge vai gerar um caos jurídico. Disponível em:

<<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODkxMA==>>. Acesso em: 15 de jun. de 2018.

FONSECA, Edson Pires da; RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. Casamento & divórcio: na perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antônio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Sinopses Jurídicas: Direito de Família. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Sinopses Jurídicas: Direito das Sucessões. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRANDA, Vanessa Miranda. Tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiros para fins sucessórios. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-02/tratamento-diferenciado-entre-conjuges-companheiros-sucessao>>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. Projetos de Pesquisa Social. Palhoça: Unisul Virtual, 2015

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. Ciência e Pesquisa. 2. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice. **Memória Legislativa do Código Civil.** Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2018.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 7 ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

LUZ, Valdemar da. Manual de Direito de Família. 1 ed. São Paulo: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Série Universitária – Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. Lições de Direito Civil: Família e Sucessões. São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Murilo Sechieri. Direito Civil 6: Direito das Sucessões. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Gabriel Marques. A controvérsia em torno da sucessão do companheiro: A (in)constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33913>>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Direito Sucessório dos Conviventes na União Estável: Uma Abordagem Crítica ao Artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Letras Jurídicas Editora, 2013.

PIRES, Ana Carolina de Souza. O STF equipara cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: <<https://anacspires.jusbrasil.com.br/artigos/458881231/o-stf-equipara-conjuge-e-companheiro-para-fim-sucessorio>>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

QUEIROGA, Antônio Elias. Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70055441331. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, RS, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114428780/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-70055441331-rs/inteiro-teor-114428782?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70052062692. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 7 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112538312/apelacao-civel-ac-70052062692-rs/inteiro-teor-112538322?ref=juris-tabs>. Acesso em: 3 de jun. de 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Direito de Família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Família e Sucessões. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

_____. Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047->

STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso em: 7 de maio de 2018.

XAVIER, Fernanda Dias. União e Casamento: A impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade [Tese] [Internet]. BRASÍLIA (DF): Universidade de Brasília. Mestrado em Direito; 2009. 170f. [acesso em 7 de maio de 2018]. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB_ba2cfe20955772fcee51262037b1ba5c>.