

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

NAYANE DA SILVA SANTOS

**DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE DA IGUALDADE DE
TRATAMENTO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO E A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 CC.**

**GUARAPARI - ES
2019**

NAYANE DA SILVA SANTOS
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

**DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE DA IGUALDADE DE
TRATAMENTO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO E A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 CC.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de
Guarapari, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Cristina Celeida
Palaoro Gomes**

GUARAPARI - ES
2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Direito sucessório: uma análise da igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro e a inconstitucionalidade do artigo 1790, elaborado pelo aluno Nayane da Silva Santos foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, ___ de _____ 2019.

Prof. Cristina Celeida Pallaoro Gomes
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Profª. Wanessa Mota Freitas Fortes
Faculdade Doctum de Guarapari

Profº. Rubens dos Santos Filho
Faculdade Doctum de Guarapari

DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE DA IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 CC.

Nayane Da Silva Santos¹

Esp. Cristina Celeida Pallaoro Gomes²

RESUMO

A união entre dois indivíduos para formar um lar tem importantes traços históricos, sendo na maior parte do tempo considerado como o pressuposto para a construção do lar. Durante muito tempo as sociedades têm dado significados diferentes para essa relação, considerando sua importância em cada tempo. Muito se evoluiu quanto ao tratamento da união entre as pessoas analisando-se o contexto político e social criado pelos vínculos. O ordenamento jurídico, visando positivizar e elevar a importância dessa circunstância tem o tratado de determinados modos, a depender do contexto histórico e dos próprios instrumentos jurídicos existentes. A união estável é um importante elemento do direito civil que retrata essa realidade. A aplicabilidade do direito sucessório nesse contexto carece de um estudo de maneira a demonstrar as suas nuances, bem como a igualdade em no tratamento dos regimes sucessórios quando comparados ao casamento. Desse modo o presente trabalho tem o objetivo de apresentar tais características de modo a possibilitar ao leitor uma compreensão mais ampla dos institutos e de seus reflexos no mundo jurídico. Para a realização deste artigo a metodologia empregada foi a revisão literária. O estudo permitiu compreender o posicionamento do ordenamento jurídico quanto o direito sucessório dos companheiros e ainda demonstrou que o artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional.

Palavras-chave: Direito Sucessório. União Estável. Casamento.

1 INTRODUÇÃO

O formato das famílias tem se alterado de maneira constante em razão de fenômenos culturais e sociais, com isso diversos cenários jurídicos têm surgido. Uma importante mudança verificada no Direito Civil Brasileiro, a partir do disposto na

¹ Graduando em direito. E-mail:.s.santosnayane@gmail.com

² Especialista. E-mail:.crispalaoro@hotmail.com

Constituição Federal, Leis Especiais 8971 de 1994 e 9278 de 1996 e pelo Código Civil de 2002, foi o reconhecimento da União Estável como entidade familiar. Esse novo formato familiar traz uma série de semelhanças e diferenças se comparado ao Casamento. Essas semelhanças e diferenças atingem a seara do direito familiar, patrimonial e sucessório em uma grande diversidade de cenários jurídicos

O estudo da União Estável, sob a perspectiva do direito sucessório tem grande relevância, tendo em vista a grande variedade de entidades familiares que têm surgido e que aos poucos tem sido assimilada e validada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento deste artigo se justificou, portanto, em razão da possibilidade de se compreender de maneira mais ampla as questões relacionadas à união estável, principalmente no que tange aos efeitos sucessórios aplicáveis a esse instituto em relação ao instituto do casamento.

Mediante o exposto surgiu a seguinte indagação: Quais as principais semelhanças e diferenças existentes entre a União Estável e o Casamento, e como ocorre a aplicação dos regimes sucessórios em ambos, considerando o disposto no art. 1.790 do Código Civil?

O objetivo geral estabelecido consiste em estudar as principais características e peculiaridades da União Estável e do casamento verificando de maneira especial o comportamento do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao direito sucessório envolvendo os companheiros e quais reflexos o art. 1.790 do CC. Os objetivos específicos selecionados foram de conceituar e definir os requisitos para configuração da União Estável e do casamento e; apresentar os posicionamentos referentes à inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.

A metodologia utilizada nesse trabalho é a descritiva, e teve por base a seleção de algumas publicações relevantes para a temática, retiradas de base de dados como livros, Science Direct, Scielo, Portal Capes e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD). O método utilizado consiste na revisão literária, sendo realizadas várias análises de cunho biográfico formal, discursivo e concludente. Os trabalhos escolhidos para essa revisão compreendem o período de 1994 a 2019

O primeiro capítulo buscou apresentar as principais características da união estável, abordando os elementos necessários à sua configuração apontando os dispositivos normativos que regem a temática no ordenamento jurídico brasileiro, destacando ainda os mais importantes posicionamentos doutrinários.

O segundo capítulo abordou a família e os conceitos relacionados ao casamento. Para tanto, mais uma vez, utilizou-se os dispositivos normativos que regem a temática para verificar como essa matéria é disciplinada no Brasil, sendo apresentadas as análises feitas por importantes doutrinadores.

Por fim, o último capítulo deste trabalho teve o intuito de verificar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, de modo que fora possível verificar as principais razões para a incompatibilidade do supramencionado artigo com a Constituição Federal.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O formato das famílias tem se alterado de maneira constante em razão de fenômenos culturais e sociais, com isso diversos cenários jurídicos têm surgido. Uma importante mudança verificada no Direito Civil Brasileiro, a partir do disposto na Constituição Federal, Leis Especiais 8971 de 1994 e 9278 de 1996 e pelo Código Civil de 2002, foi o reconhecimento da União Estável como entidade familiar. Esse novo formato familiar traz uma série de semelhanças e diferenças se comparado ao Casamento. Essas semelhanças e diferenças atingem a seara do direito familiar, patrimonial e sucessório em uma grande diversidade de cenários jurídicos. O presente trabalho buscará realizar um estudo voltado para as características sucessórias de ambas entidades familiares.

2.1 A união estável

De acordo com Medeiros (2011, p. 14), a união estável se constitui “na vida prolongada em comum entre um homem e uma mulher, fora do casamento, constituindo, assim, uma família”. De acordo com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e ADPF 132, com efeito vinculante, a união estável é uma espécie de família, incluindo a união homoafetiva.

De maneira simples, união estável consiste na vida prolongada em comum entre um homem e uma mulher, fora do casamento, constituindo, assim, uma família. E mais, com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, com efeito vinculante, foi reconhecida como espécie de família, a união

homoafetiva.

Seguindo o que diz o Código Civil no artigo 1.727, trazendo o concubinato para o ordenamento jurídico, uma vez que foi omitido pelas leis 8.971/94 e 9.278/96 que tratam especificamente da união estável, a Lei Civil tratou o concubinato adúltero tão somente como concubinato. As denominações dadas ao casal que compõe a união estável companheiros foram de companheiros ou conviventes (MEDEIROS, 2011).

Em 1996 foi aprovada a Lei 9.278 que teve o intuito de regulamentar o disposto na Constituição Federal no artigo 226, parágrafo 3º. A lei, segundo Medeiros (2011), trouxe a definição para essa realidade jurídica chamando-a de relação convivencial. Cabe dizer, porém, que as Leis nº 8971/94 e 9278/96 acabaram sendo revogadas nos pontos em que haviam contradição com a Lei Civil Pátria, contudo boa parte dessas contradições estavam relacionadas a preceitos trazidos ao ordenamento por tais leis e que vieram a ser complementadas por outros dispositivos do Código Civil de 2002.

2.1.1 Condições para a configuração da união estável

Segundo o que dispõe a Carta Magna no parágrafo terceiro do artigo 226 “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a conversão em casamento”. Genericamente a Constituição Federal então prevê a possibilidade da união estável, porém deixa para o legislador infraconstitucional a regulamentação.

A Lei 8.971 de 1994, trazia importantes conquistas para os indivíduos que compunham a união estável, principalmente em se tratando da questão de alimentos e direito sucessório, como bem faz a referência do artigo 1º do referido normativo à Lei 5.478 de 1968 que trata dessas temáticas:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade (BRASIL, 1994)

A Lei 9.278 de 1996, por sua vez trouxe como principal evolução normativa a compreensão da união estável como entidade familiar, e, também, caracterizava como uma relação duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de vida em comum.

Finalmente, o Código Civil de 2002, trouxe no artigo 1.723 o principal e mais completo conceito sobre a temática:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

É baseado nessa disposição que Lisboa (2002, p. 135), considerando os apontamentos do Código Civil e do próprio ordenamento jurídico à época, definiu a união estável como uma “relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente do casamento civil, entre sujeitos de sexo diverso (conviventes ou companheiros), não possuindo impedimento matrimonial entre si”.

Nesse sentido, a união estável analisada sob a perspectiva de uma entidade familiar e que por isso carece da proteção estatal, para assim ser enquadrada deve se enquadrar em algumas condições, já consagradas pela doutrina e que encontram amparo nos normativos mencionados. Esses requisitos são basicamente a diversidade dos sexos (via de regra); a convivência; a publicidade; a estabilidade; continuidade; unicidade de vínculo; informalidade, além de outros (OLIVEIRA, 2003).

Os próximos tópicos terão por objetivo realizar uma breve análise dos principais requisitos necessários à configuração da união estável, seguindo as disposições normativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

2.1.1.1 Diversidade dos sexos

Até o ano de 2011 esse requisito era válido, sendo, portanto, necessário que para a configuração da união estável fosse confirmada os envolvidos fossem de sexo distintos. Essa concepção tinha como base as orientações jurisprudenciais e doutrinárias que encontravam amparo no artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal e no próprio artigo 1.723 do Código Civil, que previam:

Artigo 226 da Constituição Federal/1988:

Caput-A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Parágrafo 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **homem e mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Artigo 1723 do Código Civil: 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 (grifos nosso).

Contudo, no ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma decisão que tinha o ministro Ayres Brito como relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, foi reconhecida a união estável para pessoas do mesmo sexo (STF, 2011).

A decisão foi baseada no dispositivo previsto no artigo 3º, inciso IV da própria Constituição Federal que prevê:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A decisão do STF sobre a possibilidade de união estável homoafetiva teve efeito vinculante, de maneira que qualquer interpretação direcionada ao artigo 1.723 que restrinja os direitos impedindo que pessoas do mesmo sexo possam constituir união estável seja declarada inconstitucional. Como consequência desse entendimento vale destacar que o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, que prevê a união estável entre homem e mulher acabou sendo prejudicado (LOBO, 2016).

2.1.1.2 Convivência

De acordo com Oliveira (2003), um importante requisito a ser cumprido para que reste configurada a união estável é o aspecto da convivência, já que a Lei 9.278 de 1996 prevê o dispositivo que dá origem a essa condição. Por sua vez, o Código

Civil, bem como a Lei 8.971 de 1994, usam o mesmo termo para designar a relação entre homem e mulher, qual seja companheiro.

Em se tratando do aspecto da convivência vale destacar o que o desembargador Oliveira (2003, p. 123) considera:

O texto legal cinge-se à menção de convivência como primeiro requisito da união estável, mas não acrescenta o dever de coabitação dos companheiros, ou vida em comum no mesmo domicílio, que o ordenamento civil assenta como um dos deveres básicos dos casados [...].

Da mesma maneira, Czajkowski (2001, p. 77) destaca que convivência não está relacionado necessariamente a viver sob um mesmo teto:

Convivência explica-se bem por participação de um na vida do outro, é o entrosamento de vidas [...] A convivência ditada pela lei não deve ser entendida como exigência de moradia comum, nem como necessidade de vida em comum *more uxório*. Um homem e uma mulher podem conviver mesmo que habitem residências distintas.

Desse modo, casos os agentes que componham a união estável não convivam na mesma residência, não caracterizando assim o *more uxório*, é necessário que esses ao menos fomentem um relacionamento contínuo, estável além de não se relacionarem de maneira vinculada a outras pessoas

2.1.1.3 Publicidade

Essa condicionante, está relacionada à necessidade de que os companheiros não mantenham o relacionamento em segredo, sendo preciso que o relacionamento seja público. De acordo com Czajkowski (2001), essa publicidade pode ocorrer de maneira gradativa.

Sobre o modo com que essa publicidade deve ser efetivada, Oliveira (2003, p. 132) destaca que a publicidade é conhecimento da sociedade a que os indivíduos fazem parte a respeito da união estável caracterizada pelo vínculo estabelecido entre essas pessoas:

Há de ser pública a convivência na união estável, isto é, de conhecimento e reconhecimento no meio familiar e social onde vivam os companheiros. Não é preciso que eles proclamem, festejem ou solenizem a vida em comum. Se a fizerem, tanto melhor, mas a formalização da união se mostra dispensável na espécie, diferente do casamento, que é direito eminentemente solene e de pública celebração. É necessário entender que a publicidade é o conhecimento da união estável na sociedade.

Assim, a união estável não precisa ser do conhecimento de todas as pessoas, mas daquelas que estão inseridas no círculo social dos indivíduos que desejam ter o relacionamento assim caracterizado.

2.1.1.4 Continuidade

Segundo o que propõe Lôbo (2011), a o relacionamento que caracteriza a união estável tem como importante traço a durabilidade. De acordo com a Lei 8971 de 1994, para ser admitida a demanda por alimentos ou herança, a relação deve ter a duração mínima de cinco anos. A exceção para esses casos é a situação em que há existência de prole, em que o prazo aplicado seria mais reduzido. Por outro lado, a Lei 9.278 de 1996 não traz qualquer prazo para que a união estável seja caracterizada.

Sobre esse aspecto Oliveira (2003, p.129) assevera que a estipulação de prazo para que a união estável seja considerada não tem previsão no texto constitucional, logo essa limitação não seria coerente:

Era mesmo de rigor a dispensa desse prazo certo para que se reconheça a entidade familiar resultante da união estável. Primeiro, porque a Constituição Federal, no art. 226, parágrafo 3º, não prevê a condicionante temporal. Segundo, pela evidência de que a estabilidade da união tem que ser examinada caso a caso, pelas circunstâncias do modo de convivência, e pela família que daí resulte, ainda que não dure muitos anos e mesmo que não haja filhos dessa união

De acordo com Pereira (2007, p. 542), que acolhe um posicionamento mais intermediário, embora não determine que em sua ótica haja a necessidade de comprovação temporal, destaca que “há que se indicar, como prova, outros elementos objetivos que identifiquem o animus de se constituir uma relação familiar estável”.

Czajkowski (2001), destaca que a união estável deve ter uma importante característica, qual seja a da continuidade, isto é, além de duradouro o relacionamento

deve ser contínuo possibilitando assim a diferenciação entre o relacionamento de união estável e outro qualquer.

Oliveira (2013, p. 131), sobre esse requisito salienta que “o caráter contínuo da relação atesta sua solidez, pela permanência no tempo”. Com isso autor salienta que namoros, em que idas e vindas é uma característica comum, não podem ser considerados, já que são tipicamente instáveis.

2.1.1.5 Unicidade de vínculo

A unicidade de vínculo, segundo o que propõe Oliveira (2003), está vinculada ao caráter monogâmico da relação, já que qualquer relação que seja fora desse relacionamento é considerada uma relação adulterina. Nesse mesmo diapasão, cabe destacar que o vínculo adúltero não é aceito como fator de relação de união estável, com exceção dos casos em que esse indivíduo esteja separado judicialmente ou de fato.

É importante frisar que caso um dos integrantes da união estável não tenha conhecimento do impedimento em razão de união anterior ou simultânea do outro companheiro restará configurada a união estável putativa, de maneira que o convivente que tenha agido de boa-fé terá todos os direitos inerentes à união garantidos, desde que as outras condicionantes restem caracterizadas (DIAS, 2010).

De acordo com Moreira (2003, p. 11-12) a unicidade do vínculo é uma característica que pode ser abstraída da própria finalidade da construção da entidade familiar “pois o ordenamento não admite que alguém constitua mais de uma família ao mesmo tempo”.

Desse modo foram apresentados os principais requisitos para a configuração da união estável. O próximo tópico terá o objetivo de estudar o casamento, apresentando os principais conceitos e definições sobre esse importante instituto jurídico.

2.2. Família

Historicamente, baseando-se no modelo familiar romano, a família era fundamentada em um sistema de autoridade pater, que incidia não só sobre os

descendentes e esposa, mas também sobre os escravos. Cabe destacar, que nesse modelo familiar não havia um vínculo afetivo, mas sim religioso, basicamente relacionado a cultos aos antepassados. Nesse sentido, o filho mais velho vivo exercia o papel de sacerdote, líder político e ainda de juiz, já que presidia os atos ecumênicos e aplicava a justiça. (VENOSA, 2005).

Medeiros (2011), destaca que na Idade Média, o casamento ainda tinha uma conotação obrigacional, sem um vínculo afetivo pré-existente. Tinha um caráter, assim como em Roma, religioso. Nesse momento da história o matrimônio era considerado como uma instituição sagrada, sendo regido pelo direito canônico que prezava por valores morais baseados na teologia cristã e seus desdobramentos familiares.

Em 1916, com o advento do Código Civil, no Brasil, a família, legalmente, somente passava a existir por meio do casamento, sendo este considerado indissolúvel, e fundamentado no modelo patriarcal hierarquizado, em que os descendentes deveriam se submeter à autoridade do pai, sendo a mulher considerada relativamente incapaz. Resta clara a relação com o modelo romano e canônico. Após diversas mudanças históricas, culturais e sociais, marcadas por fatos históricos de grande importância, como a Segunda Guerra Mundial, houve muitas transformações no direito de família. As principais mudanças observadas estavam relacionadas à perda do caráter canonista e dogmático, para um modelo contratual. Nesse sentido Venosa (2005, p. 22) explana o seguinte:

No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher alcança os mesmos direitos do marido. [...] A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos formam uma simbiose de proles.

Medeiros (2011), salienta que o casamento então passa a ser considerado, não só em seu aspecto cultural, mas também legal, como instituto máximo para formação de uma família. O objetivo dessa instituição é a formação do lar, que se relaciona a um conjunto de sentimentos e ensinamentos que auxilia na formação dos indivíduos. Assim, a família passa a ser analisada também sob um prisma afetivo, deixando de

lado o caráter meramente jurídico-formal ou religioso, tendo como principal marca a redução das imposições jurídicas rigorosas que obrigavam a realização do casamento para a formação dessa.

De acordo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, “comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Essa súmula foi um marco no direito de família brasileiro, tendo em vista que demonstrava a intenção de deixar de considerar a união prolongada entre o homem e mulher, sem o casamento, como meramente concubinato. De acordo com o posicionamento da Suprema Corte, esse tipo de união passou então a ser chamado de sociedade de fato. Contudo, a grande inovação veio com a Constituição Federal, que passou a tratar dessa modalidade como união estável, como demonstrado no tópico anterior.

Muitos direitos passaram a surgir com essas mudanças e sobre esse aspecto Gonçalves (2005, p. 532) salienta o seguinte:

A realidade é que o julgador brasileiro passou a compreender que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, porque em alguns casos, por exemplo, os bens amealhados com o esforço comum haviam sido adquiridos somente em nome do varão.

O texto constitucional, no artigo 226, ao prever essa nova concepção de família, abrange tanto o casamento quanto a união estável. Fica nítido então, que essa nova perspectiva passa a valorizar os vínculos estabelecidos como norte para o estabelecimento das relações. Assim o enfoque social e afetivo da origem à família sócio-afetiva. Nesse sentido Pereira (2007, p. 534) destaca:

Num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a “proteção do Estado”. Não se pode eliminá-la do âmbito do Direito de família, eis que a Constituição as insere no art. 226, no Capítulo destinado à Família. Cumpre, portanto, caracterizar a “entidade familiar”.

Medeiros (2011, p. 14), destaca que “a partir do texto constitucional, compreende-se que a família continua sendo a base da sociedade, mas não depende mais apenas do casamento para existir”. Ou seja, o direito passou a respeitar a família como o resultado de um vínculo puramente afetivo, restando clara a existência da

“solidariedade e da afetividade como norteadores do direito de família contemporâneo” (MEDEIROS, 2011, p. 14)

De acordo com Medeiros (2011, p. 18), o casamento constitui-se em “negócio jurídico no qual um homem e uma mulher se unem através de uma relação matrimonial, que é personalíssima e permanente, traduzindo-se em uma comunhão de vida ampla e duradoura”. A autora salienta que não existe consenso entre a doutrina quanto natureza jurídica do casamento, tendo em vista que uma corrente o define como contrato e outra como instituição.

Para os contratualistas, o casamento é fundamentalmente um contrato civil, de maneira que as regras presentes no Código Civil direcionada aos contratos se aplicam de maneira latente. Por outro lado, para os institucionalistas, o matrimônio é uma instituição social, de maneira que, segundo Gonçalves (2005, p. 25), “reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador”

Isto é, como bem explana a ilustre Professora Diniz (2007, p. 39):

Tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é impotente, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes as normas que a regem, portanto iniludíveis por simples acordo dos cônjuges.

Nesse sentido, deve-se considerar que o consentimento das partes é o mais relevante elemento que constitui o casamento, e por meio da manifestação da vontade perante o Estado, passam a valer os efeitos do matrimônio que estão previstos na norma. Assim, o casamento pode ser considerado um tipo de contrato especial, já que não devem ser aplicadas todas as regras relativas ao direito contratual (MEDEIROS, 2011).

É válido também o conceito trazido por Silvio Rodrigues (2004, p. 22), que trata o casamento como um ato complexo:

O casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento de contrato de direito de família.

De maneira semelhante Monteiro (2004, p. 25) define o casamento, ressaltando a necessidade da existência do caráter volitivo:

Assim, o caráter volitivo está presente no casamento, em sua formação, duração e dissolução. Em razão de sua regulamentação ser realizada, em grande parte, por normas de ordem pública, de caráter imperativo, sua natureza contratual é especial: é um contrato de direito de família.

Vale destacar também que o casamento, segundo Medeiros (2011), sendo um modelo contratual, obedece a uma série de regras que limitam a autonomia de vontade das partes. Algumas, de importância maior, podem ser citadas, tais como: solenidade do ato; incidência de normas de direito público; caráter permanente; liberdade de decisão; e comunhão plena de vida.

O primeiro caractere que trata o casamento como um ato solene, faz com que algumas formalidades incidam no ato de sua celebração, de modo que o ato passa a ser inexistente se não respeitados esses procedimentos. Assim, o início do casamento se por meio da habilitação e publicação dos editais, dando prosseguimento durante a cerimônia e registro em livro próprio, de acordo com o que dispõe os artigos 1525 a 1536 do Código Civil (MEDEIROS, 2011).

Em razão de estar acima dos interesses e convenções privadas, o matrimônio é regulamentado por leis de ordem pública, cabendo assim ao Estado regular e prover as direções cabíveis.

Quanto ao elemento da união é importante destacar que os indivíduos ao contraírem matrimônio não o fazem por tempo determinado, sobre isso Diniz (2007, p. 42) destaca:

[...] se duas pessoas contraem matrimônio, não o fazem por tempo determinado, mas por toda a vida; mesmo que venham a separar-se ou divorciar-se e tornem a se casar novamente existe sempre, em regra, um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar.

Ressalvadas as hipóteses do artigo 1517 do Código Civil, em que o consentimento dos pais para a realização do casamento é obrigatório, as partes têm liberdade para decidirem pelo casamento, uma vez que é um ato personalíssimo e não podendo o poder decisório ser limitado (MEDEIROS, 2011).

De acordo com o artigo 1511 do Código civil o casamento estabelece comunhão plena de vida ao preceituar que a união é baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Assim alguns aspectos devem ser considerados pelos nubentes, tais como o companheirismo, a fidelidade, a assistência comum, respeito, dentre outros. É o que prevê os artigos 1565 e 1566 da mesma lei citada:

Art. 1.565 - Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...)

Art. 1.566 - São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Finalmente, vale destacar a posição de Monteiro (2004, p. 22), que explicitando a importância do caráter da assistência mútua prevista no normativo, assevera que a “ajuda mútua, esta sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas também efeito jurídico do casamento”.

Desse modo, perante os aspectos da união estável e do casamento analisados até aqui, é importante que se realize um paralelo entre esses dois institutos de modo a verificar os principais contornos de cada um, face ao modelo sucessório vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Da Inconstitucionalidade do artigo 1790 Do Código Civil e diferenças de tratamento

De acordo com o que dispõe o artigo 1790 do Código Civil de 2002 encontram-se estabelecidas as condições para a participação dos companheiros nos seguintes termos:

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, 2015).

Na visão de diversos autores, tais como Dias (2013), o artigo em comento traz claras distinções entre os requisitos sucessórios entre os companheiros e os cônjuges. Para a renomada autora essa distinção é flagrantemente inconstitucional.

Nesse mesmo diapasão Gonçalves (2013, p.640) destaca o seguinte:

A nova disciplina dos direitos sucessórios dos companheiros é considerada pela doutrina um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. No sistema do aludido art. 1.790, todavia, só receberá a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável se não houver nenhum parente, descendente, ascendente ou colateral até o quarto grau. Se houver, concorrerá com eles, recebendo apenas um terço da herança se concorrer com ascendentes e colaterais.

Um dos princípios fundamentais que regem o Direito de Família é o da vedação ao retrocesso. Eis que esse princípio quando em conjunto com os princípios do Estado Democrático de Direito e com o princípio da dignidade da pessoa humana impede que determinadas condutas coloquem em xeque toda uma evolução normativa e doutrinária. Sua efetividade se mostra quando impede que o legislador possa reduzir, suprimir ou mesmo diminuir, ainda que de maneira parcial um determinado direito que já se encontre estabelecido no cenário legislativo sendo perseguido pela sociedade.

A flagrante violação desse princípio pode ser verificada quando analisadas as Leis 8.971 e 9.278 de 1996, que beneficiavam os companheiros. Sobre esse aspecto vale destacar o posicionamento de Dias (2013, p.73):

Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito das famílias, que veda o retrocesso social. (...) nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte. O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.

A inconstitucionalidade do artigo reside na maneira com que a sucessão legítima do companheiro é tratada se comparada à forma com que o mesmo

dispositivo normativo lida com o cônjuge. Destaca o autor que a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação entre as famílias, sejam elas originadas do matrimônio ou da união estável, considerando que essas são firmadas em bases idênticas, tais como o afeto, a solidariedade e o respeito mútuo, que são norteadores tanto do casamento como da união estável.

Sobre os aspectos relacionados às bases fundamentais para o casamento e para união estáveis vale destacar o posicionamento de Dias (2013, p. 242) que defende uma ampla equalização dos institutos:

(...) ambos são estruturas de convívio que têm origem em elo afetivo. A divergência diz só com o modo de constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios. Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter a referência simplesmente como não escrita, sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, a omissão deve ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o cônjuge é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.

Embora haja uma clara disparidade de tratamento dado aos companheiros no Código Civil de 2002 em relação aos cônjuges, esses devem ser vistos em pé de igualdade de direitos, devendo ser declarado inconstitucional toda e qualquer forma de discriminação entre os institutos.

Em que pese os posicionamentos a favor da equalização dos direitos, é importante que se destaque o posicionamento doutrinário contrário. Destaca-se que os posicionamentos contrários à tal equalização estão fundamentados na parte final do artigo 226 §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que preconiza: “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”.

Nesse sentido, Leite (2003, p. 51) destaca que “se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento”.

Seguindo posicionamento fica claro o desejo do constituinte de dar força ao instituto do matrimônio, destacando a necessidade de regulamentação do ato de conversão da união estável em casamento. Desse modo, não teria o legislador

constituente possibilitado a criação de normas que estipulassem direitos e deveres semelhantes entre os cônjuges e companheiros.

Tartuce (2016), embora defenda que não se deva fomentar discriminações entre as modalidades familiares, ressaltando a não existência de hierarquia entre essas, destaca que havendo a previsão constitucional de conversão de união estável em matrimônio não há que se falar em equiparação entre os institutos, tendo em vista a impossibilidade de se converter institutos semelhantes. Mesmo assim, para efeitos sucessórios o autor destaca que dessemelhança dos institutos não autoriza uma discriminação quanto a essa disciplina, de modo que reputa inconstitucional o dispositivo em comento. Cabe ressaltar ainda o destaque dado pelo autor à anomalia jurídica prevista no inciso III do artigo 1790 que coloca os parentes colaterais à frente do companheiro na ordem de vocação sucessória.

Cumpré destacar que, antes de que o artigo fosse declarado de fato inconstitucional, havia muita divergência entre os tribunais estaduais sobre a matéria, de maneira semelhante com que ainda ocorre no âmbito doutrinário, e que essa ainda não é pacífica. Essa situação da ótica da segurança jurídica era totalmente indesejável dado que indivíduos distintos submetidos a situações semelhantes levavam seus casos à análise do judiciário e tinham respostas distintas a seus anseios (MADALENO; MADALENO, 2013).

Como fruto desse cenário de insegurança jurídica clara que evoluiu desde que o Código Civil passou a vigorar em 2002, no que tange à normatização dos direitos sucessórios dos companheiros, a matéria foi levada à apreciação no ano de 2015 ao Supremo Tribunal Federal. Na decisão o Ministro Barroso, relator do recurso extraordinário que deu origem ao acórdão, destacou o caráter evolutivo do direito de família e a vedação ao retrocesso. Para o Ministro, a família passou a ser um instrumento fundamental para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos membros do núcleo familiar.

Finalmente, no ano de 2017 fora trazida a lume a decisão que em síntese trouxe o seguinte resultado:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002 STF, RE 646721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 10.05.2017.

Desta feita, considerando o disposto e na forma da decisão do STF a disparidade de tratamento entre cônjuges e companheiros quanto ao regime sucessório previsto no art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, devendo serem as tais partes tratadas de igual forma, seguindo o determinado no art. 1.829 do Código Civil.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro não estabelecer a diferenciação entre cônjuge e companheiros no que tange ao direito sucessório, algumas situações acabam consolidando o tratamento diferenciado. Alguns fatos que podem ser mencionados relacionam-se à questão do sobrenome, regime de bens, e o estado civil por exemplo.

Quanto ao sobrenome a Lei Civil, em seu artigo 1.565, §1º prevê que qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. Embora não haja previsão direta da lei civil para a aplicação do patronímico no caso dos companheiros, a Lei 6.015 de 1973, a chamada Lei de Registros Públicos, já permitia a averbação do sobrenome do companheiro pela companheira, condicionando que ambos fossem “solteiros, desquitados ou viúvos”. Vale destacar, contudo, que por analogia e por construção jurisprudencial não há mais necessidade de incidência dessa Lei, uma vez que as mesmas regras do casamento se aplicam à união estável. É o que se depreende desse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

O art. 57, § 2º, da Lei n. 6.015/1973 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro sem prejuízo dos apelidos próprios - entenda-se, sem a supressão de seu próprio sobrenome -, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, não havendo específica regulação quanto à adoção de sobrenome pelo companheiro (união estável). A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para a qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parêntese *ratio legis* relativa à união estável com aquela que orientou o legislador na fixação dentro do casamento da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges ao do outro. REsp 1.206.656-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/10/2012.

Outra questão suscitada diz respeito ao regime de bens. No caso do casamento como pondera Tartuce (2017, p. 1.284): “O regime matrimonial de bens pode ser

conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar”.

De acordo com o que dispõe o Código Civil, artigos 1.639 a 1.688, no que tange ao regime de bens do casamento poderão ser quatro as modalidades: regime de comunhão parcial de bens, regime de separação de bens (convencional ou obrigatório), regime de comunhão universal de bens e regime de participação final nos aquestos. Ao se analisar os dispositivos aludidos não se vê qualquer menção aos companheiros. O artigo 1.725 da mesma lei dispõe então que salvo contrato escrito, o regime da comunhão parcial de bens será o vigente nas uniões estáveis. Insta salientar que esse aspecto não se aplica ao casamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da sociedade e com as mudanças culturais é inegável que o ordenamento jurídico tem de se adaptar, de modo a contemplar as novas realidades e problemáticas enfrentadas. A família tem acompanhado essas mudanças, e assim se tem podido verificar o surgimento de novas modalidades, deixando de ser o casamento o único formato aceito atualmente.

Uma das principais modalidades demonstradas no trabalho é a união estável, que recebe um tratamento específico do ordenamento jurídico. Como pode ser verificado, majoritariamente entende-se que os efeitos sucessórios dos companheiros se aplicam de maneira igualitária aos cônjuges, mesmo que o dispositivo normativo de maior peso ao tratar a matéria indique o contrário. Demonstrou-se que a doutrina e jurisprudência tem feito valer o estatuído na constituição federal e no que tange aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico.

Isso porquê, compreende-se atualmente que as relações familiares, vão além a relação sanguínea, são formados por uma base afetiva, pelo compartilhamento da vida. Desse modo não haveria que se ter dúvidas sobre a legitimidade de o companheiro do de cujus ter parte na herança deixada.

Dessa forma, considerando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, ainda que exista julgado do STF a respeito, é necessário que haja uma nova postura do ordenamento jurídico, seja por meio do Poder Legislativo, promovendo a

criação de novas leis que regulamentem essa temática de maneira mais justa, seja por meio do Poder Judiciário com decisões que favoreçam essa posição.

SUCCESSORY LAW: AN ANALYSIS OF EQUAL TREATMENT BETWEEN SPOUSE AND MATE

ABSTRACT

The union between two individuals to form a home has important historical traits, being for the most part considered as the presupposition for the construction of the home. For a long time societies have given different meanings to this relationship, considering its importance in each time. Much has evolved as to the treatment of the union between people by analyzing the political and social context created by the bonds. The legal order, in order to positivize and increase the importance of this circumstance, has the treaty of certain modes, depending on the historical context and the existing legal instruments. Stable union is an important element of civil law that portrays this reality. The applicability of inheritance law in this context requires a study in order to demonstrate its nuances as well as equality in the treatment of succession regimes when compared to marriage. In this way the present work has the objective of presenting these characteristics in order to allow the reader a wider understanding of the institutes and their reflections in the juridical world.

Keywords: Succession Law. Stable union. Marriage.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 de abril de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 646721**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE de 10/05/2017. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. 3. ed. Cidade: São Paulo, Forense. v. XXI, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 03 fevereiro 2019.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEDEIROS, Janaína. **A união estável e a proteção constitucional à família [manuscrito] / Janaína Medeiros**. – 2011. 46f. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável, do concubinato ao casamento**: antes e depois do novo código civil. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.