

CURSO DE DIREITO

Keity Daniele Duarte

**TRAÇANDO SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO
ESTÁVEL: AVANÇOS E RETROCESSOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Santa Cruz do Sul
2015

Keity Daniele Duarte

**TRAÇANDO SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO
ESTÁVEL: AVANÇOS E RETROCESSOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dra. Denise Bittencourt Friedrich
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Keity Daniele Duarte adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Dra. Denise Bittencourt Friedrich
Orientadora

À Deus, por ter me dado a vida e a fé para seguir em frente.

Coragem não é a ausência do medo, mas a decisão que algo é mais importante que o medo. O corajoso pode não viver para sempre, mas o cauteloso nunca vive plenamente.

(CABOT, M. Os diários da princesa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado à vida e a fé para seguir em frente e por toda a proteção que ele me dá. Agradeço aos meus pais Doris e Vitor e meu irmão João Vitor pela paciência e incentivo.

Agradeço a minha orientadora Denise Bittencourt Friedrich, não só pela orientação, mas também por todos os ensinamentos e ideias passadas, caso contrário, esse trabalho não se concretizaria.

Agradeço ainda, aos professores de Direito da UNISC, por todo o aprendizado passado nesses anos acadêmicos.

Aos amigos que fiz no decorrer da vida acadêmica, aos quais levarei comigo pelo resto da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “traçando semelhanças e diferenças entre casamento e união estável: avanços e retrocessos no código civil de 2002. À luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisa-se e apresenta-se os principais aspectos teóricos que envolvem o seguinte problema: a partir da análise das semelhanças e diferenças no tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio a união estável e ao casamento, indaga-se se é possível e desejável tratar ambos os institutos de forma idêntica? Assim, o presente trabalho, inicialmente, investiga a evolução histórica acerca do casamento e da união estável. Posteriormente, aborda-se os aspectos que envolvem o casamento e a união estável juntamente com seus direitos e deveres jurídicos. Por fim, apresentar a realidade de cada situação de ambos institutos e suas vantagens e desvantagens. Para tanto, utiliza-se o método hipotético dedutivo, e a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. A conclusão que se chegou foi que há diferenças significativas entre casamento e união estável, pois, à esses dois institutos jurídicos é assegurado os mesmos direitos. Porém, não quer dizer que se pode tratar ambos os institutos idênticos, há sim diferenças entre eles, mas ao fim, essas diferenças são de menor importância.

Palavras-chave: direito; casamento;união estável.

ABSTRACT

The present monographic work to deal with the subject “showing similarity and differences between wedding and stable union: advances and throwbacks in civil code of 2002. The current literature light and relevant to purpose of presented situation, analyse and present the main theoretical aspects that involve the next problem: starting of similarities and differences analysis on treatment given by parental rights juridical planning to stable union and wedding, inquire if it is possible and desirable to show both the institutes of identical way? Therefore, the current work, initially, investigate the historic evolution about the wedding and stable union. Posteriorly, approach the aspects that involve the wedding and stable union jointly their rights and juridical duties. Lastly, to present the reality of each situation of both institutes and their advantages and disadvantages. So, is used the deductive hypothetical method, and the bibliographic research methodology that consist, basically, on reading, book report and comparison of Law main authors theories that deal with this problem. The conclusion that we have was that there are meaningful differences between wedding and stable union, because, these two juridical institutes is secured the same rights. However, is not mean that is possible to deal both the identical institutes, there are differences between their, but at the final, this differences are minor.

Key-words: right; wedding; stable union.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.....	11
2.1	A evolução da família.....	11
2.2	A evolução do casamento.....	18
2.3	A evolução da união estável.....	22
3	UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL: TRAÇANDO DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS.....	26
3.1	Direitos sucessórios.....	26
3.2	Regime de bens.....	35
3.3	Dissolução do casamento e da união estável.....	39
3.4	Anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos.....	44
4	BENEFÍCIOS E INCONVENIÊNCIAS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO.....	47
4.1	A conversão da união estável em casamento.....	47
4.2	A publicidade da união estável e do casamento.....	48
4.3	O valor supremo da proteção a afetividade nas relações familiares.....	58
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

Uma das instituições atacadas atualmente é a familiar onde estão sendo discutidas muitas formas de relações, inclusive juridicamente. Isso se deve ao fato de as relações apegarem-se demasiadamente a questões morais e éticas. A família sempre foi alvo de muita regulamentação religiosa, e por isso, com a Idade Moderna o Estado se torna laico, e como tal a Igreja, paulatinamente, deveria deixar de exercer seu império sobre as relações familiares, e assim, este instituto assume vários tipos de regulamentações.

Deixa de ser uma unidade patrimonial, e agora é unidade afetiva onde muitas vezes não existe um papel assinado juridicamente, onde as pessoas se unem sem assinatura de um documento legal assinado diante de um juiz ou testemunhas.

Embasando-se na análise das semelhanças e diferenças no tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio a união estável e ao casamento, indaga-se se é possível e desejável tratar ambos os institutos de forma idêntica?

Contudo busca-se analisar o desenvolvimento jurídico da união estável e do casamento, com a finalidade de demonstrar o desenvolvimento histórico de ambos institutos jurídicos; realizar uma análise contemporânea da legislação, da doutrina e da jurisprudência acerca do tema; verificar se é possível e desejável fazer a equiparação da união estável ao casamento.

A justificativa da escolha desse tema baseia-se na importância social que tem entre casamento e união estável, nas suas diferenças e semelhanças, pois atualmente se vive em uma sociedade onde as mudanças acontecem rapidamente e uma delas é a constituição de vários tipos de famílias na qual as partes muitas vezes acabam discutindo seus direitos na relação em termos jurídicos e sociais trazendo muitas vezes conflitos que causam grandes sofrimentos para todos da família.

A importância jurídica baseia-se em conhecer o que a lei regulamenta nesse tema para que se possa sempre fazer justiça se não em todos os casos pelo menos então na maioria.

O tema será abordado a partir do método hipotético-dedutivo, pois pretende-se, a partir do problema investigado, levantar hipóteses que serão refutadas ou comprovadas ao longo do trabalho; e também pelo método de procedimento, que será o bibliográfico e analítico comparativo. As técnicas de pesquisa serão o

levantamento e leitura de jurisprudência, livros, artigos científicos e outras fontes indiretas que trabalham com o tema da presente pesquisa.

Desse modo, procura-se destacar no primeiro capítulo, com o estudo dos principais aspectos históricos da família, bem como do casamento, demonstrando ainda a evolução histórica da união estável.

No segundo capítulo, será abordado todos os aspectos relativos ao casamento e a união estável assim como os seus direitos e deveres à eles inerentes. Adentrar-se-à então os direitos sucessórios, bem como o regime de bens, demonstrando ainda a dissolução de ambos os institutos e finalizando com a anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos.

Enfim, no terceiro capítulo, será analisado os procedimentos necessários para a realização do casamento e da união estável como: a conversão da união estável em casamento, demonstrando ainda, a publicidade da união estável e do casamento, e por fim, o valor supremo da proteção á afetividade nas relações familiares.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

No primeiro capítulo, será abordado a questão da evolução da formação de família, bem como a evolução do casamento, demonstrando ainda a evolução da união estável.

2.1 A evolução da família

Os primeiros grupamentos humanos podem ser considerados núcleos familiares, na medida que a reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção mútua, produção ou reprodução, já permitia o desenvolvimento do afeto e da busca da integralidade existencial. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013)

Na sociedade moderna encontram-se ainda muitas famílias tradicionais porém, também encontram-se famílias que diferem dessa forma com relação as suas finalidades, composição e papel de pais e mães. Contribui para alterar o núcleo tradicional familiar, o fato de, hoje, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem as atividades dos filhos que originalmente eram responsabilidade dos pais. (VENOSA, 2012)

Destaca Venosa (2012) como alterações em sede de relações familiares que os ofícios não são mais transmitidos de pai para filho dentro dos lares e corporações de ofício. A educação também é outro ponto que sofreu alterações, pois atualmente não cabe exclusivamente a família, mas também deve ser compartilhada com o Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não é mais ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos, que são desvinculados da fé originais, por vezes, oportunistas, não permite mais uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas de forma compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado.

Conforme Venosa (2012), a passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo assim o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos, com isso, a família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho, situação

que criou a necessidade de repensar os papéis de ambos na instituição familiar.

Essa situação mudou também o índice de natalidade, pois o cuidado com os filhos, que anteriormente era de responsabilidade das mulheres, atualmente, como esta trabalha, não pode mais assumir sozinha este compromisso e por isso, muitas vezes, a opção é por não ter filhos. (VENOSA, 2012)

No século XX, há uma transformação profunda do papel da mulher, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do homem, com isso, muda-se a convivência entre pais e filhos acarretando assim um maior tempo dos filhos na escola e em atividades fora do lar. (VENOSA, 2012)

Assim, Venosa (2012, p. 6) diz que:

a longevidade maior decorrente de melhores condições de vida permite que várias gerações diversas convivam. Em futuro próximo, será comum a convivência de pais, avós, netos, bisnetos, o que gerará igualmente problemas sociais e previdenciários nunca antes enfrentados. Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios.

Portanto, as uniões sem casamento, apesar de serem bem comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação, situação que representou um avanço em sociedades preconceituosas e patriarcais como as ocidentais. (VENOSA, 2012)

A unidade familiar, sob o aspecto social e jurídico, não tem mais como apoio exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente do casamento. Coube então a ciência jurídica acompanhar legislativa, doutrinária e jurisprudencialmente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente no Brasil na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, toda a civilização ocidental, sentia que a família era conduzida por um único membro, o pai e a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma harmonia de proles. O controle de natalidade é uma das facetas do mesmo fenômeno, portanto, quanto mais requintada a sociedade, menor é a natalidade, tendo em vista que o casal se dedica muito a suas atividades laborais. (VENOSA, 2012)

Com isso Venosa (2012) diz que, se agravam os problemas sociais decorrentes do mesmo fenômeno, aumentando assim, a miséria das nações pobres e dificultando, com a diminuição populacional, a sustentação do Estado e da família

nas nações desenvolvidas. Por isso, as emigrações étnicas para os países desenvolvidos criam novas células familiares, com novos valores, com dificuldade de absorção para as primeiras gerações nas novas terras. Neste cenário, os casais homoafetivos e as famílias monoparentais vão vagarosamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo.

Atualmente estamos tendo um grande número de emigrações devido aos conflitos existentes em outros países.

Sendo assim, em poucas décadas, os paradigmas do direito de família são profundamente modificados. O princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento e a ausência de proteção jurídica aos filhos naturais, por exemplo, direito positivo no Brasil até muito recentemente, pertencem definitivamente ao passado e a História do Direito brasileiro. Hoje, o jurista defronta-se com um novo direito de família, que contém surpresas e desafios trazidos pela ciência. (VENOSA, 2012)

No Brasil, a Constituição Federal de 1998 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nisso que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). É nesse campo que se situam-se os institutos do direito de família, que é um dos ramos mais humanos dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres dos cônjuges, a igualdade de tratamento entre estes etc. (VENOSA, 2012)

Portanto, destaca Venosa (2012), que foi essa Carta Magna que também ergueu o princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando assim, sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). A Constituição de 1988, ainda escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º). Já o Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição. Nas palavras do eminente autor, o Código Civil de 2002, não abandonou os arraigados princípios clássicos da família patriarcal, para compreender os novos fenômenos da família contemporânea.

Cabe advertir que “na Antiguidade, os grupamentos familiares eram formados, não com base na afetividade, mas, sim na espontânea luta pela

sobrevivência”.(GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p.49)

Já para Matos (2000), configuram-se três modelos de organização familiar para prestar auxílios às reflexões. O primeiro sendo de Família Patriarcal com o senhor da Casa Grande e da Senzala. Percebe-se esse mesmo patriarca, proprietário, como chefe supremo de uma grande família matrimonializada e legítima. Esta família, além da mulher e dos filhos, abrange irmãos, sobrinhos, tios e avós, bem como se alia aos escravos e a outros como padres, funcionários e escravos.

Matos (2000) diz que, o segundo modelo é de família nuclear, o pai sendo o provedor que vai ao espaço público buscar o sustento do lar; a mulher, vista como um ser sensível e frágil, restringe-se ao espaço privado cumpridora de seu papel de *dona de casa* desenvolvendo assim diversas *habilidades manuais*, as quais contribuem para a renda familiar, contudo cooperam na feitura da vestimenta dos membros da família, a *boa aparência* da casa, a alimentação prazerosa e adequada para a família. Seu objetivo maior é a criação e a educação dos filhos que no entanto, ata laços de profundo amor materno-filial.

Já no terceiro modelo que é família pós-nuclear, a mulher, profissional ocupada, dispõe de pouco tempo para acompanhar o desenvolvimento educacional de seus poucos ou único filho, que não raro a paternidade biológica é atribuída a um doador de material genético para inseminação artificial; a paternidade sócio-afetiva pode-se atribuir ao novo companheiro de sua mãe; este, porém, apesar de morar em outra cidade por necessidade profissional, tem-se mostrado então, um *verdadeiro* pai, além do mais, ele divide atenções entre seu mais novo filho *afetivo* e seu filho natural, o qual está sob sua guarda desde o divórcio de seu primeiro casamento. (MATOS, 2000)

Conforme Matos (2000), variadas são as possibilidades de formação de uma família. Dentro de um arco histórico (de 1916 a nossos dias, por exemplo) e de uma mesma época (mas em diferentes locais ou classes sociais, por exemplo), pode-se afirmar então a existência de uma pluralidade de formas de organização familiar na realidade brasileira, a qual não foi representada por nossa codificação civil. Desta forma, parece que o direito positivado insiste em manter um modelo familiar tradicional, sem recepcionar a diversidade social de modelos familiares.

Dentre as possibilidades de modelos de família existentes na realidade fática brasileira e de forma extremamente reducionista, um certo estereótipo foi ambientado em nosso Código Civil. A família era até então, aquela constituída

mediante o casamento civil, sendo tal molde essencialmente análogo ao das demais codificações ocidentais as quais tiveram por inspiração o Código Napoleônico de 1804. (MATOS, 2000)

Talvez nenhum elemento social seja tão universal quanto a família, ambiente onde os indivíduos aprendem a comer, falar, andar, adquirem sua identidade e modos de comportamento, pois todas as culturas, sejam do passado ou do presente, trazem em sua essência esse organismo. Mostra-se, entretanto, impossível conceituar a família de forma universal, perene e absoluta, pois sua estrutura depende diretamente da cultura social, do regime político, do sistema econômico e da religião existentes em um determinado lugar e tempo. Em razão disso, sua análise fascina diversos ramos das ciências sociais, como antropologia, sociologia, psicologia e o próprio direito. Sua estrutura está sempre em constante alteração e é produto da história humana, sujeitando-se assim a todas as suas evoluções e revoluções, sendo possível afirmar, contudo, que a família moderna tem suas raízes na família medieval, a qual, por sua vez, sofreu direta influência dos romanos e dos bárbaros. (XAVIER,2009).

Conforme Xavier (2009), não se pode falar em origem da família moderna sem fazer referência ao direito romano onde o primeiro problema encontrado é a ambiguidade da própria palavra família, que nos textos romanos também era empregada na acepção de herança, patrimônio e conjunto de escravos, além de destinar-se a pessoas ligadas por um vínculo de parentesco.

A família romana , no direito pré- clássico , era fundada no casamento e rigidamente patriarcal, gozando assim de relativa autonomia em relação ao Estado, que não interferia nas questões surgidas em seu âmbito, tratadas e decididas pelo *pater famílias*, que possuía poder de vida e morte sobre os filhos.(XAVIER,2009)

Na Grécia antiga, a família era similar à dos romanos, girando em torno do culto aos ancestrais e também assentada firmemente sobre o casamento. Com a finalidade de impedir que as famílias se extinguissem e com isso a religião, havia leis proibindo o celibato e punindo aqueles que não se unissem formalmente, uma vez que os filhos ilegítimos não poderiam herdar nem dar continuidade ao culto.(XAVIER,2009)

Segundo Xavier (2009), a função da família entre os povos bárbaros (ostrogodos, visigodos, francos, entre outros) não era tão diferente daquela existente em Roma em seus estágios iniciais. Cuidava-se da unidade básica da sociedade, seja econômica e socialmente, quanto aos aspectos jurídicos e religioso. As famílias

agregavam-se em grupos, chamados *Sippe*, aparentemente fundados por um indivíduo de renome e que duravam algumas gerações, ocupando um território determinado em regime similar ao dos senhores feudais. Os bárbaros possuíam um equivalente ao *pater familias* o *mundium* que detinha autoridade equiparável, mas com a diferença de que os filhos homens adquiriam independência com a maioria.

Conforme Xavier (2009), as transformações sociais e econômicas desses povos resultaram na família medieval ocidental, com firmes origens nos modelos romano e bárbaro. Ao final do império romano, os campos europeus eram dominados por grandes latifúndios com mão-de-obra escrava, situação que se alterou por volta do ano 700, quando foram substituídos por pequenas fazendas operadas por famílias, inicialmente servos de um senhor feudal que, posteriormente, passaram a homens livres. A colonização de terras desconhecidas também contribuiu para que o lar familiar passasse a ser a unidade econômica básica da agricultura.

A influência do cristianismo, por sua vez, foi determinante para a formação de um novo conceito de família, em que se abominava a poligamia e o incesto, assim, firmando-se o casamento como fonte da família legítima, razão pela qual a Igreja instituiu regras cada vez mais severas sobre impedimentos matrimoniais. Por entender o casamento como sacramento (portanto indissolúvel) e a única forma admissível perante Deus de manutenção de relações sexuais, todas as demais relações entre homens e mulheres, estáveis ou não, deveriam ser desconsideradas. (XAVIER,2009)

A presença católica na sociedade contribuiu, ainda, para a redução da influência paterna, uma vez que se exigia o consentimento de ambos os nubentes para o casamento, bem como foi determinante no processo de resgate da mulher como pessoa capaz de externar sua vontade, pois assim, homens e mulheres seriam moralmente iguais perante Deus. Esse processo já se iniciara no direito romano, uma vez que a celebração do casamento dependia de expressa manifestação do consentimento feminino. (XAVIER,2009)

Acrescenta-se que boa parte das mudanças sofridas no seio da família derivou da própria alteração da natureza do casamento que, com a Reforma Luterana e a Revolução Francesa, passaram assim, a interessar diretamente ao Estado, operando-se, portanto, a secularização do instituto e abrindo-se espaço para o aumento da ingerência estatal em assuntos que antes eram essencialmente

privados ou religiosos. (XAVIER,2009)

Ressalta-se que, embora a família moderna possua traços similares ao da família natural romana, até o século XVIII o termo família não se destinava à qualificação do núcleo pai-mãe-filhos e sim daqueles que viviam em uma mesma casa, incluindo os empregados e escravos, o que significava um grupo relativamente grande de pessoas, em geral sem vínculo consanguíneo. (XAVIER,2009)

De acordo com Xavier (2009), número extensivo de seus membros, pode ser justificado pelo fato de que, até a Revolução Industrial, a família exercia múltiplas funções, principalmente nos países onde ainda não existia um governo centralizado, consistindo assim em organização defensiva e política, em escola, igreja, sistema judicial e unidade de produção.

Segundo Xavier (2009), entidade familiar do século XIX guarda ainda traços da hierarquia romana decorrentes principalmente da família estruturada pelo Código Civil Napoleônico ao redor do marido, chefe de família, a quem mulher e filhos devem respeito e obediência. Seu fundamento era o casamento, passando o Estado a fixar regras precisas sobre quando há família legítima, sua formação e continuidade

Observa-se contudo, que a partir do momento em que enfraqueceu a função da família como núcleo econômico e de produção e entrou em declínio seu caráter hierarquizado, com o reconhecimento da igualdade entre homem e mulher e a alteração da compreensão do em verdade constituem os deveres dos pais para com os filhos, fortaleceu-se a família como espaço para o afeto e o amor, passando-se a identificar outras formas mais modernas de organização familiar, tais como as famílias monoparentais, aquelas decorrentes de uniões estáveis ou homoafetivas e as famílias reconstruídas. (XAVIER,2009)

O Estado por sua vez, não deixou de ter interesse no núcleo familiar esclarecendo regras destinadas a resguardá-lo, a preservá-lo e a assegurar a seus membros direitos subjetivos decorrentes de tal proteção, como se pode observar nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, pois, estando o indivíduo vinculado à sociedade via família, a sua proteção incidindo diretamente na estrutura estatal. (XAVIER,2009)

Feito essas considerações sobre a evolução da família, subentende-se então que tendo famílias fortes teremos um Estado forte. Contudo como sociedade estamos andando à passos largos na evolução do casamento como será abordado a seguir.

2.2 A evolução do casamento

As sociedades primitivas tinham como preocupação básica a satisfação em relação as necessidades primárias. Com alguns meios técnicos para enfrentar os rigores da natureza, o problema do homem primitivo era prover sua própria subsistência. (VENOSA, 2012).

Venosa (2012) destaca o que Mizrahi lecionou acerca do casamento. Segundo ele, o homem e a mulher dividiam as tarefas, por isso o indivíduo solteiro era uma calamidade para a sociedade dessa época. Aponta Engels (1997), em sua obra sobre a origem da família, que nas sociedades primitivas não existe propriamente uma relação conjugal individualizada, mas relações familiares grupais promíscuas.

“Embora seja importante a estrutura histórica da família nas civilizações mais antigas, como a egípcia, a assíria e a hebraica, nosso estudo jurídico deve partir necessariamente do casamento romano onde teve origem o nosso Direito Civil”. (VENOSA, 2012, p.23)

Venosa (2012, p. 23).diz que:

a família romana não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas, pela identidade de culto. Era um grupo formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum. Essa união religiosa se mantinha ao largo de muitas gerações. Nem a morte separava seus membros, pois cultuavam os mortos em sepulcros próximos aos lares, como parte integrante deles. O *pater* exercia a chefia da família como orientador maior do culto dos deuses Lares, acumulando as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário. Dele era o *jus puniendi* com relação aos integrantes da família.

Os romanos não se preocupavam em estudar o casamento *per se*, ocupando-se dele, assim, apenas quando relacionado a outros institutos como o pátrio poder e o dote , limitando assim à solução de questões práticas. (XAVIER,2009)

Segundo Xavier (2009), o casamento para eles, representava o abandono do lar paterno pela mulher para invocar até então os deuses do lar do marido, adotando assim outra religião, outros ritos e outras preces.

O casamento *sine manu* constituiu uma evolução das relações familiares, pois não havia mais transferência do poder do *pater familias* sobre a mulher para o marido, a noiva, ao casar-se, permanecia ligada ao lar paterno e seus bens não passavam a propriedade do marido, a quem se destinava apenas um dote, a ser

devolvido em caso de dissolução do matrimônio. (XAVIER,2009)

Conforme Venosa (2012), a mulher romana não tinha participação ativa, pois durante a infância a puberdade era subordinada ao pai; após o casamento ao marido. A viúva subordinada aos filhos e, na ausência deles aos parentes próximos do marido falecido, portanto a descendência romana era fixada pela linha masculina. O matrimônio solene era o laço sagrado por excelência, o mesmo era uma cerimônia religiosa onde era servido uma torta de Cevada que era dividido entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva.

Além do casamento religioso existia também a modalidade de casamento (negócio jurídico formal) utilizado para vasto número de negócios. Consistia em uma venda da mulher por quem exercia o pátrio poder. Ainda existia uma outra possibilidade de união pela qual a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência. (VENOSA, 2012)

Esses matrimônios faziam com que a mulher perdesse toda a relação e parentesco da família do pai submetendo-se a família do marido inclusive seu culto. Logo, após, para segurar a herança da mulher buscou-se uma modalidade de convivência que não produzisse o efeito do matrimônio anteriormente citado (a mulher perder todo o parentesco da família do pai). (VENOSA, 2012)

Xavier (2012,p.24) diz que “o casamento romano não era contra, segundo as núpcias pois incentivava a prole impondo perdas patrimoniais aos solteiros e aos casados sem filhos”. Quanto a natureza jurídica do casamento romano, é certo que se tratava de um fato jurídico, pois até então, relevante ao direito uma vez que havia uma nítida preocupação em estabelecer regras, tais como, a idade núbil, a necessidade de consentimento, os impedimentos.

Produzia, ainda, diversos efeitos jurídicos, dentre eles, o direito a alimentos e a sucessão de bens, a proibição de doação entre cônjuges após 204 a. C, e o dever de fidelidade inicialmente apenas da mulher etc. (XAVIER,2009)

Para o direito canônico, do qual mais se aproxima do casamento atual, o matrimônio tem natureza mista, pois, além de contrato, seria principalmente um sacramento. (XAVIER,2009)

Com relação ao direito canônico, pode se dizer que:

a concepção contratualista originária do direito canônico – que colocava em primeiro plano o consentimento dos nubentes, deixando a intervenção do sacerdote, na formação do vínculo, em posição secundária – foi aceita pelo

racionalismo jusnaturalista do século XVIII e penetrou, com o advento da Revolução Francesa, no Código francês de 1804, influenciando a Escola Exegética do século XIX e sobrevivendo até nossos dias na doutrina civilista. (DINIZ, 2004, p.42)

Nessa corrente, o matrimônio é um contrato civil, que é regido pelas normas comuns a todos os outros contratos, concluindo-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser compartilhado o manifesto por sinais exteriores. Essa relação sofreu algumas alterações, pois há civilistas que entendem que o casamento é um contrato especial ou *sui generis*, pois, em razão de seus efeitos próprios e das relações específicas que cria, não se aplicam. (DINIZ, 2004)

O conceito canônico traz no seu bojo a finalidade do casamento, questão que gerou uma imensa controvérsia nos primórdios da Igreja Católica e que segundo Limongi França (1968), seria indício de que o casamento não poderia ser um contrato na acepção jurídica, uma vez que objetivo seria preexistente e acima da vontade dos nubentes, além de ser incindível do sacramento. (XAVIER,2009)

Primeiramente, “o casamento não é visto com bons olhos pelos ascetas que colocavam a virgindade e o celibato como bens maiores na busca da ascensão espiritual”.(XAVIER,2009,p.70)

Entre os séculos VI e VIII, a Igreja tentou construir uma disciplina do casamento voltada para as camadas superiores da sociedade e esse se apresentava como um remédio contra a concupiscência, passando-se a exaltar o uso legítimo da sexualidade dentro do matrimônio e a completa igualdade entre os cônjuges, o que faz do adultério do marido violação tão grave quanto o da esposa e da virgindade do homem tão importante quanto à da mulher. (XAVIER,2009)

De acordo com Xavier (2009), em busca das razões que legitimariam o casamento em contraposição à castidade, Santo Agostinho afirma que estas estariam no *tripartitum bônus*, ou seja, na *proles* (procriação e educação dos filhos), na *fides* (fidelidade que se devem os cônjuges) e no *sacramentum* (vínculo indissolúvel que simboliza a união entre Cristo e a Igreja)

Abelardo, por sua vez, desenvolveu teoria no sentido de que o casamento seria um bem, pois, se o Criador quis que a atividade sexual fosse seguida de prazer, aqueles que a praticam legitimamente (dentro do casamento), não cometeriam pecado. Assim se justifica o sacramento.(XAVIER,2009)

Hugo de Saint-Victor via a comunhão que se estabelece entre os cônjuges

como o objetivo a ser alcançado e Petrus Lombardus entendia o casamento ainda como uma forma de busca da paz e da reconciliação dos inimigos. Esse último também recuperou a espiritualidade do casamento na análise que fez da sua essência que não estaria na união dos corpos, mas na unidade das almas, sendo suficiente o amor espiritual para o aperfeiçoamento do casamento, dispensando-se as relações sexuais. (XAVIER, 2009)

Conforme Xavier (2009), destacou-se a partir de então, a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges, o que tornou mais claro até então, o caráter contratual do matrimônio, pois naquele período se entendia como contrato todo fato jurídico cuja constituição dependesse da manifestação da vontade das partes.

Esse aspecto misto do casamento (contrato/casamento) é bastante nítido no § 2º do Cânon 1055: “Por essa razão, entre batizados, não pode haver contrato matrimonial válido que não seja por si mesmos o sacramento”. (XAVIER, 2009, p.71)

A concepção institucionalista vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam numa nova vida a dois. O casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas, cujas normas, efeitos e forma encontram-se estabelecidos em Lei. (DINIZ, 2004)

Conforme Diniz (2004), as partes são livres, podendo cada um escolher o seu parceiro, os quais decidirão se vão casar-se ou não. Mas, uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir sobre o conteúdo em relação aos seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolução da sociedade ou do vínculo conjugal ou as condições de legitimidade da prole, porque não lhes é possível mudar a disciplina legal de suas relações; tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é incapaz, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes as normas que a regem, portanto é certo por simples acordo dos cônjuges.

O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, no qual os nubentes aderem. Convém explicar que esse ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras normas. (DINIZ, 2004)

A ideia de matrimônio é oposta à de contrato. Considerar como um contrato é igualar a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins. Também difere o casamento, profundamente, do contrato em sua constituição, modo de ser e alcance de seus efeitos e duração. (DINIZ, 2004)

Diniz (2004, p.45) afirma que:

o contrato tem no acordo de vontade dos contraentes seu principal elemento, ao passo que, no matrimônio, a simples vontade dos nubentes não tem o condão de constituí-lo; requer, necessariamente, a intervenção da autoridade eclesiástica ou civil para sancionar e homologar tal acordo. No contrato, as partes estipulam livremente condições e termos, o que não se dá no casamento, porque as normas que o regulam não só limitam como chegam até a aniquilar toda autonomia da vontade; logo, os consortes não podem, de modo algum, adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais e familiares de forma contrária à estabelecida em lei, salvo no que concerne aos interesses patrimoniais, embora limitadamente.

O casamento é um estado matrimonial pois, as relações são reguladas por norma jurídica sendo portanto de ordem pública não podendo assim ser dissolvida, por mútuo consentimento ou pelo destrato. No matrimônio a simples vontade dos nubentes não tem o condão de constituí-lo por que as normas que regulam não só limitam, como chegam até aniquilar toda autonomia da vontade dos mesmos. (DINIZ, 2004).

São de ordem pública as normas que o regem, porque o casamento domina todo o sistema da sociedade civil, pois confere o estado, os direitos e deveres dos cônjuges; o estado e a legitimidade dos filhos que nascem, os direitos, obrigações, relações e privilégios que decorrem desse estado; dá origem às relações de consanguidade e afinidade. Além disso não pode ser dissolvido por mútuo consentimento ou pelo destrato, como ocorre no contrato; somente poderá ser resolvido nos casos expressos em lei (CF, art: 226, § 6º). Logo, o casamento é um estado matrimonial, cujas relações são reguladas por norma jurídica. (DINIZ, 2004, p. 45)

Feita essas considerações acerca da evolução do casamento, deduz-se que o casamento contemporâneo teve uma grande evolução onde os nubentes tem total responsabilidade em suas escolhas. Dando oportunidade assim, para outras formas de união como a união estável como será tratado a seguir.

2.3 A evolução da união estável

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia por sua vez, ser beneficiada por testamento. Até 1977 não existia o divórcio. A única modalidade de separação que havia até então, era o desquite que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento. Tantas reprovações, contudo, não

impediram o surgimento de relações afetivas mesmo sem amparo legal. Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. (DIAS,2013)

Antigamente a união prolongada entre homem e mulher sem casamento era chamado de concubinato ou União Livre no entender de Washington de Barros Monteiro (GONÇALVES, 2012) vida prolongada, sob o mesmo teto com aparência de casamento. Para os efeitos legais, não são concubinos apenas os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio que não é reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. (GONÇALVES, 2012)

Tendo em vista que:

a união livre difere do casamento sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que o estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato de ruptura. (GONÇALVES, 2012, p.603)

Conjuntamente ao casamento opõe-se a união livre que também gera efeitos jurídicos. O fato é que a família é um fenômeno social precedente ao casamento, um fato natural. A sociedade, influenciada por questões de ordem moral, patrimonial e religiosa, em determinado momento histórico, institui o casamento como uma regra de conduta. E a partir daí, surge o problema da união conjugal sem casamento. (VENOSA, 2012).

Durante muito tempo nosso legislador viu no casamento uma única forma de constituição de família, negando assim os efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, conservou por tantas décadas em razão de inescondível posição e influência da Igreja católica. (VENOSA, 2012)

Coube por isso á doutrina, a partir da metade do século XX traçar posições em favor dos direitos dos companheiros, preparando terreno para a jurisprudência e para a futura alteração legislativa. Com isso, por um longo período, os tribunais passaram a reconhecer direitos aos companheiros na esfera obrigacional.

(VENOSA, 2012)

“Por mais que exista um contrato de convivência, não é por isso que a união estável se torna um negócio jurídico. Por outro lado, o casamento é um fato social e um negócio jurídico”. (VENOSA, 2012, p.40)

De acordo com Venosa (2012) o fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. “A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico”. (VENOSA, 2012, p. 40)

É conferido a proteção do Estado à união estável entre homem e mulher como entidade familiar em seu artigo 226, § 3º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988):

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 homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Conforme Venosa (2012,p.40) “o conceito de união estável é sem dúvida flexível e não cabe a lei, como regra geral, definir”. Porém, a Lei nº 9.278/96 trouxe em seu art. 1º a redação: “é reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

“Essa definição é mantida, em linhas gerais, pelo art. 1.723 do presente Código. Portanto, o legislador ordinário forneceu outros requisitos para estabelecer os limites que permitam atribuir direitos à união de fato”. (VENOSA, 2012, p.40).

Existe nesse dispositivo omissão do legislador com relação à união estável homoafetiva, que já foi suprida pelo julgamento da ADIN nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 pelo STF, que julgou procedentes os pedidos. (VIEIRA, [200?], p.76)

O parágrafo 1º do artigo 1.723, elenca as hipóteses de impedimentos para a constituição da união estável, que são as mesmas atinentes ao casamento, ressalvada a hipótese do inciso VI do artigo 1.521, que se refere a pessoa casada desde que separada de fato ou judicialmente. E o parágrafo 2º dispõe que as causas suspensivas do artigo 1.523 não constituem razão para a caracterização da união estável, aplicadas ao casamento. (VIEIRA, [200?], p.77)

Ao matrimônio opõe-se o companheirismo, que consiste em uma união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que no entanto, não estão ligadas entre si pelo casamento civil. A Constituição Federal, ao conservar a *família*, fundada no casamento, reconhece como *entidade familiar* a união estável, notória e

prolongada de um homem com uma mulher, assim vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver um impedimento legal para a sua modificação.(DINIZ, 2014)

A união estável é a junção de um homem e de uma mulher sobre o mesmo teto ou não sem complicações jurídicas. Com isso, podemos fazer uma análise comparativa entre casamento e união estável que será abordado no segundo capítulo.

3 UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL: TRAÇANDO DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS

Neste capítulo será abordado sobre o tratamento do direito sucessório no casamento e na união estável, assim como, no regime de bens, dissolução e anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos.

3.1 Direitos Sucessórios

Segundo as indagações realizadas pela professora Heloísa Helena Barboza, (TEIXEIRA, RIBEIRO, 2007), em palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional, na cidade do Rio de Janeiro, o que autoriza , considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade, negar ao companheiro o direito real de habitação? Ou permitir que este seja excluído da legítima por colaterais ou pelo município? Ou ainda por testamento? (TEIXEIRA, RIBEIRO, 2007)

Na verdade, o direito sucessório surge em razão do *de cuius*, assim encontra-se intrinsecamente ligado aos arranjos familiares. Em assim sendo, forçoso admitir, por simples dedução, que “a sucessão legítima tenha por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar”. (TEIXEIRA, RIBEIRO, 2007,p.698)

Ocorre que a legislação brasileira não segue esta assertiva, pelo que são salvaguardadas séries de injustiças que fomentam a existência de estatutos sucessórios diferenciados. Em princípio, constata-se censurável contra-senso legislativo. De um lado, encontram-se os princípios constitucionais que visam à proteção da família e de seus componentes, independente da sua organização. De outro, a legislação ordinária estabelece tratamentos sucessórios díspares para os cônjuges e companheiros. E assim sendo, pode-se afirmar, portanto, que, contrariamente ao que se sucede com o cônjuge, em conformidade com a Legislação Civil de 2002, o companheiro não adquire o *status* de herdeiro necessário. Em hipótese alguma é contemplado com esta benesse, podendo, inclusive, ser afastado da sucessão por disposições de última vontade do falecido. (TEIXEIRA, RIBEIRO, 2007)

Diversamente das demais disposições do Código, onde o companheiro ou é esquecido ou incluído nas mesmas regras atribuídas ao cônjuge, no direito

sucessório foram então dedicados vários artigos à sucessão dos companheiros, com regras bastante distintas daquelas previstas para o cônjuge. (MIRANDA,2007)

A primeira diferença, está em relação às condições para que participem da sucessão. Enquanto o cônjuge participa da sucessão em concorrência com descendentes somente em relação aos bens particulares do autor da herança, contrariamente, o companheiro participa da divisão dos bens comum, ou seja, daqueles adquiridos onerosamente na constância da união. (MIRANDA,2007). Segue o referido art. 1829 do Código Civil de 2002 dizendo 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; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.(BRASIL,2002)

E ainda no mesmo sentido, refere o Art. 1790 do Código Civil de 2002:

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)

O quinhão do cônjuge é igual ao dos demais descendentes, reservando-lhe assim, a quarta parte dos bens particulares quando concorrer apenas com filhos comuns do casal (art. 1.832 do Código Civil). Já o companheiro, não tem em relação aos filhos comuns a reserva legal da quarta parte, recebendo sempre um quinhão igual ao deles e, se houver apenas descendentes do autor da herança, o companheiro terá direito apenas à metade do que couber a cada um deles (art. 1.790, incisos I e II do Código Civil). (MIRANDA,2007)

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso 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 herdeiros com que concorrer. (BRASIL, 2002)

Conforme Miranda (2007), quando a concorrência for com os ascendentes, não há diferenciação do regime de bens no caso do cônjuge, mantendo-se assim, a diferenciação para o companheiro. Portanto, o cônjuge participará da divisão da

totalidade da herança (bens comuns e bens particulares). Além disso, lhe é reservado no mínimo a metade da herança, quando concorrer com ascendentes de segundo grau ou superior, ou seja, avós, bisavós etc (art. 1.837 do Código Civil). O companheiro, portanto, mesmo quando concorre com ascendentes, continua a participar apenas da herança quanto aos bens comuns, além de ter o mínimo garantido de um terço, segundo os preceitos do artigo 1.790, inciso III do Código Civil. em contrapartida, à metade que é garantida ao cônjuge.

Nesse sentido, o artigo 1.837 do Código Civil traz em seu bojo, a questão do cônjuge: “Art. 1.837. 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 grau”.

Assim, “na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, art. 1.838 do Código Civil”.(MIRANDA,2007,p.37)

Miranda (2007), diz que, em relação ao companheiro, tal situação não ocorre, pois concorrerá com os colaterais em relação aos bens comuns reservando-lhe assim, o mínimo de um terço dos bens comuns conforme o art. 1.790 inciso III do Código Civil. Trata-se de mais uma discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, pois, somente não havendo colaterais, é que recolherá a totalidade da herança conforme o art. 1.790 inciso, IV do Código Civil. Por outro lado, o cônjuge que figura na terceira ordem da vocação, sem concorrência com os colaterais (estes estão na quarta ordem de vocação), recolherá a totalidade da herança, mesmo havendo colaterais.

Caso o autor da herança tenha deixado somente bens particulares, poderá ocorrer uma situação absurda, em decorrência da previsão do art. 1.844 do Código Civil, conforme observa Inácio Neto (Miranda, 2007) que não tendo o *de cujus* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública. (MIRANDA,2007)

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. (BRASIL, 2002)

Cabe abordar, ainda, a previsão do art. 1.830 que regulamenta o direito do cônjuge já separado em participar da sucessão. Se estiver separado judicialmente, não terá qualquer direito. Entretanto, se a separação for de fato e tiver transcorrido menos de dois anos na data da morte de seu consorte, terá direito à sucessão, desde que a separação não tenha ocorrido por culpa do cônjuge sobrevivente. Indaga-se, se teria o companheiro separado a menos de dois anos o mesmo direito. Entende-se que, neste caso não, pois, já que não existe apuração de culpa na dissolução de união estável. (MIRANDA,2007)

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)

E por fim, o Código Civil traz mais uma distinção entre cônjuge e companheiro, ao incluir apenas o primeiro como herdeiro necessário conforme o art. 1.845, Assim, apenas o cônjuge e não o companheiro tem a garantia da legítima, que corresponde á metade dos bens da herança (art. 1.846). Pode, portanto, o companheiro excluir o seu consorte da herança por meio de testamento. (MIRANDA,2007)

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.(BRASIL,2002)

As novas regras introduzidas pelo Código Civil representam então um retrocesso para a maior parte da doutrina, já que a Lei 8.971/94 bem como a Lei 9.278/96 deram ao companheiro sobrevivente posição similar à do cônjuge viúvo dando a totalidade da herança, se não houvesse descendentes ascendentes. Ademais, por essa legislação especial, embora o companheiro não tivesse direito de herdar o patrimônio particular quando o *de cujus* deixasse descendentes e ascendentes, tinha garantia de usufruto vidual da quarta parte dos bens se houvesse descendentes e da metade se os herdeiros fossem os ascendentes do falecido.(MIRANDA,2007)

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos,

embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

Segundo Miranda (2007), o companheiro, portanto, já tem, garantido, conforme o atual Código Civil, o direito real sobre bens, mesmo que em desvantagem em relação ao cônjuge e, ainda o direito de habitação. Caso seja interpretado que permanece também o direito ao usufruto vitalício, estar-se-ia colocando o cônjuge em desvantagem em relação ao direito sucessório do companheiro. Certamente, não foi essa a intenção do legislador, o qual demonstrou seu desejo de estabelecer menor vantagem ao companheiro, apesar dos entendimentos de que tais diferenciações seriam inconstitucionais.

Conforme já foi mencionado, todas as normas apresentadas acima que estabelecem diferenciação entre o cônjuge e companheiro tem sido amplamente criticada pelos operadores do direito. Assim Miranda (2007,p.40) relaciona que, reunidos na 1º Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, juristas elaboraram enunciados defendendo a igualdade entre companheiro e cônjuge, conforme transcrito a seguir:

Enunciado nº 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima. Enunciado nº 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação. Enunciado nº 51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido. Enunciado nº 52. Se admitida a constitucionalidade do art.1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.(BRASIL,2002)

“O direito real de habitação foi previsto no Novo Código Civil apenas para o cônjuge sobrevivente”.(MIRANDA,2007,p.41)

Conforme o art. 1.831 do Código Civil:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, 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.(BRASIL,2002)

Entende-se por isso, que foi uma falha do legislador, pois tal direito já havia até então, sido conquistado pelos companheiros por meio da Lei nº 9.278/96 e, portanto, o art. 1.831 deveria ter mencionado também o companheiro, repetindo o que já está previsto no art. 7º da Lei, e não deixando qualquer dúvida a respeito do direito de habitação do companheiro.(MIRANDA,2007)

“O entendimento majoritário é de que permanece em vigência o art. 7º da Lei 9.278/96, que garante o direito de habitação ao companheiro sobrevivente, em relação ao imóvel destinado a residência familiar”. (MIRANDA,2007,p.42)

Conforme a Lei nº 9.278/96:

Art. 7º Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Tal entendimento, por sua vez, foi objeto do Enunciado nº 117 da 1º Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, a seguir transcrito:

Enunciado nº 117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. (1º JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF), (grifos originais)

Por fim, quanto ao histórico do direito real de habitação, cabe registrar que antes da vigência do Novo Código Civil, esteve assim, o cônjuge em desvantagem perante o companheiro, pois só tinha a referida garantia se o regime de bens fosse o da comunhão universal de bens. Os companheiros, por sua vez, tinham a garantia qualquer que fosse o regime . Essa distorção foi corrigida no Novo Código Civil, que prevê o direito de habitação ao cônjuge independente do regime. (MIRANDA,2007)

Quanto ao testamento, o art. 1.977 do Código Civil de 2002, permite que o testador assim, conceda ao testamentário a posse de administração dos bens, desde que não haja herdeiros necessários ou cônjuge. A menção expressa ao cônjuge é desnecessária já que se inclui na categoria de herdeiro necessário, conforme o art. 1.845 do Código Civil. Assim, considerando que o companheiro não é herdeiro necessário e não tem garantia da legítima, o seu par poderá conceder a

posse e administração dos bens ao testamentário. (MIRANDA,2007)

Conforme art. 1.977 do Código Civil:

Art. 1.977. O testador pode conceder ao testamentário a posse e a administração da herança, ou de parte dela, não havendo cônjuge ou herdeiros necessários. Parágrafo único. Qualquer herdeiro pode requerer partilha imediata, ou devolução da herança, habilitando o testamentário com os meios necessários para o cumprimento dos legados, ou dando caução de prestá-los.(BRASIL,2002)

Em relação ao parágrafo único deste mesmo art., não se faz a restrição apenas aos herdeiros necessários. Menciona-se o termo “herdeiros”. Portanto, sendo o companheiro herdeiro, poderá requerer a partilha nos termos do parágrafo único do art. 1.977. (MIRANDA,2007)

Embora o art. 1.984 estabeleça a competência apenas do cônjuge e não do companheiro para executar o testamento, entende-se que tal atribuição deva ser estendida também aos companheiros, já que o juiz poderá na falta do cônjuge nomear um herdeiro. Assim, se o companheiro for herdeiro, deverá ser nomeado pelo juiz para executar o testamento. (MIRANDA,2007)

Miranda (2007) diz que, em relação a colação, que tem por objetivo igualar a legítima do cônjuge e descendentes, não é garantida ao companheiro, já que este não está incluído como herdeiro necessário. Assim, o art. 2.003 que menciona apenas cônjuge sobrevivente não pode ser estendido ao companheiro.

Conforme o art. 2.003 do Código Civil:

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.(BRASIL,2002)

Apesar da colação não ser cabível ao companheiro, o art. 2.012 que menciona apenas cônjuge deve ter sua interpretação estendida para o companheiro. A hipótese trata de estabelecer a relação entre os pais e o que eles doam aos seus filhos. Portanto, se ambos os pais, mesmo que vivam em união estável, doarem aos filhos um bem comum, o desconto do bem será realizado pela metade do inventário de cada um dos companheiros. Trata-se de proteger a legítima dos descendentes e não do cônjuge. Sendo assim, o legislador deveria ter mencionado cônjuge e

companheiro.(MIRANDA,2007)

Por fim, existem diversas regras do direito sucessório. Em todas as regras aqui apresentadas, exceto aquelas relativas à partilha, o legislador incluiu expressamente o companheiro no texto da norma. O Código Civil determinou a competência do companheiro de administrar a herança.(MIRANDA,2007)

Conforme o art. 1.797 do Código Civil:

Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;(BRASIL,2002)

“Estabeleceu impedimentos tanto do cônjuge quanto do companheiro do testador da herança receber algum benefício na herança, de acordo com os artigos 1.801 e 1.802, a seguir transcritos”. (MIRANDA,2007,p.45)

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder. (BRASIL,2002)

Quanto ao inciso III do art. 1.801, que versa sobre o impedimento do concubino, cabe esclarecer que não cabe para a união estável, já que o legislador estabeleceu no inciso I do mesmo artigo, a regra relacionada a esta forma de entidade familiar. Esse entendimento foi objeto de enunciado na 3º Jornada de Direito Civil.(MIRANDA,2007)

Conforme o enunciado a seguir:

Enunciado nº 269 – Art. 1.801: A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, §1º). (3º JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJP, grifos originais)

O Código Civil prevê hipóteses de exclusão de herdeiro quando este estiver cometido certos crimes contra autor da herança ou determinados parentes (art. 1.814), indicando expressamente o companheiro. Sendo assim, poderá o filho que cometa certos crimes contra a companheira de seu pai, por exemplo, ser excluído da herança. (MIRANDA,2007)

Conforme o art. 1.814 do Código Civil:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;(BRASIL,2002)

Conforme Miranda (2007), ao tratar da partilha, o Código Civil estabelece as regras para a divisão de bens e, em todos os momentos, cita apenas cônjuge sobrevivente e herdeiros. O art. 2.019, estabelece a venda judicial dos bens insuscetíveis de divisão cômoda, desde que não caibam, por exemplo, na meação do cônjuge sobrevivente. Cabe, certamente, estender para o companheiro, que também é meeiro em relação ao seu consorte, já que o regime de bens será o da comunhão parcial, desde que não estipulem em contrato escrito de forma diversa.

Conforme os arts. 2.019 e 2.020 do Código Civil:

Art. 2.019. Os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos. § 1º Não se fará a venda judicial se o cônjuge sobrevivente ou um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado o bem, repondo aos outros, em dinheiro, a diferença, após avaliação atualizada.

Art. 2.020. Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão; têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa.(BRASIL,2002)

Nos parágrafos único do art. 2.019 e no art. 2.020, a Lei menciona cônjuge sobrevivente, mas não o companheiro. Portanto, considerando que indica também os herdeiros, sendo o companheiro herdeiro, terá a mesma obrigação de trazer os frutos que perceberem em decorrência da administração do bem. Ainda que não seja herdeiro, terá a mesma obrigação, pois a regra destina-se a garantir a divisão dos bens na forma da lei incluindo entre os bens os frutos que renderem .(MIRANDA,2007)

Feitas essas considerações acerca do direito sucessório, a seguir será apresentada algumas o tratamento que o regime de bens recebeu do legislador, tanto para o casamento como para a união estável.

3.2 Regime de bens

Antes do casamento, os noivos por sua vez, escolhem o regime de bens que irá regular as questões patrimoniais durante sua vigência e principalmente quando do fim da união pela separação ou pela morte. O instituto pertence ao direito das famílias e serve para esclarecer a origem, a titularidade e o destino dos bens em razão do casamento. De forma injustificada a lei condiciona a concessão de alguns direitos sucessórios ao regime de bens do casamento. Assim, quando do falecimento de uma pessoa casada, é indispensável identificar o regime de bens do casamento. As consequências são de várias ordens, não servindo somente para mensurar a meação do sobrevivente. Em face de direito de concorrência o regime de bens do casamento adquiriu especial importância, pois dele depende o direito assegurado ao viúvo de participar da herança mesmo que o falecido tenha descendentes ou ascendentes. (DIAS, 2011).

Na Separação Obrigatória de Bens, existem exceções a essa autonomia de escolha, em situações nas quais a lei impõe o regime da separação. Trata-se de regime obrigatório, imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo(acrescentado) da vontade dos interessados.(VENOSA,2012)

Nesse sentido Venosa(2012), dispõe o atual diploma:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.(BRASIL,2002)

Lembrando, que o último inciso desse dispositivo, o princípio geral é que, em todo o casamento que necessite de autorização judicial, o regime será o da separação. Ascende-se a chama da suspeita para o legislador com relação a todos aqueles que necessitam de autorização judicial para se casarem. O legislador entende, por exemplo, que o menor que se casa com suprimento judicial da vontade de seus pais ou para furtar-se à imposição de pena criminal necessita de maior proteção no curso do casamento. No entanto, o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra na realidade social. Geralmente, os casamentos de pessoas nessas condições ocorrem nas classes menos favorecidas,

cujo patrimônio se constituirá nos anos futuros ao casamento. Ainda porque os membros das classes mais favorecidas terão maiores possibilidades de elaborar pacto antinupcial. (VENOSA, 2012)

Conforme Venosa (2012), o melhor regime, o que mais atende às situações sociais, não somente nessa hipótese de imposição legal, mas também nas demais, é o da comunhão parcial. É de devida justiça, que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens. Como será visto a seguir, a jurisprudência do Código anterior encarregou-se de aparar essa aresta.

Venosa (2012) diz que, questões que ora se coloca diz respeito à possibilidade de ser alterado o regime compulsório de separação, com fulcro no art. 1.639, § 2º. Pergunta-se: podem os cônjuges, mediante justificação e razões plausíveis, alterar voluntariamente um regime imposto pela lei? Certamente a resposta, com base no texto literal e nos princípios gerais, é pela negativa. Dirá o analista estrito da lei que qualquer tentativa de alteração do regime legal imposto será fraudatória. Sem dúvida o texto não permitiria outra interpretação se estivéssemos no campo obrigacional.

A ideia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam assim, a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. É o regime legal, o que vigora até então, nos casamentos sem pacto antenupcial ou cujos pactos sejam nulos, vigente entre nós após a lei introdutória e regulamentadora do divórcio (Lei nº 6.515/77).(VENOSA,2012)

Não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, Na comunhão parcial, comunhão de aquestos ou separação parcial, como também é denominado esse regime, existem três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher que são trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio. Trata-se então de regime da maioria absoluta dos casamentos realizados após 1977, pois os pactos núpcias são raros conforme dispõe o art. 1.658 do atual Código: (VENOSA,2012)

Art. 1.658 do Código Civil “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Essa regra geral, por sua vez, cria os três patrimônios na relação conjugal. A comunhão parcial, assim como a universal, dissolve-se também por morte, separação, divórcio ou anulação do casamento. Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens particulares, e serão divididos os bens comuns. Algumas noções fundamentais são expressas na lei. Assim, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661). Desse modo, se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento. (VENOSA,2012)

No Regime de Comunhão Universal, o Código de 1916, atendendo à tradição do direito lusitano, escolhera originalmente o regime da comunhão universal como regime legal complementar por motivos de ordem histórica e moral. Entendia-se que a união espiritual do homem e da mulher trazia como conclusão também a união de patrimônios. Essa ideia romântica não tem mais reflexos na realidade.(VENOSA, 2012)

Dias (2013) entende que, pretendendo os noivos transformar o casamento em uma união não só de vidas mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime de comunhão universal (art. 1.667 a 1.671 do CC). Assim, ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, à título oneroso, por doação ou herança.

Os patrimônios se fundem em um só. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros, bem como as dívidas passivas contraídas por qualquer dos cônjuges durante o casamento. Cada cônjuge é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento. (DIAS, 2013)

Conforme Dias (2013), no regime da participação final dos aquestos que se encontra no art. 1.672 a 1.686 do Código Civil, a regra também é a

incomunicabilidade dos bens particulares. O acervo adquirido durante o casamento por cada um dos cônjuges constitui patrimônio próprio, mas na hora da partilha é necessário compensar valores. Portanto, não se trata de dividir os bens que cada um adquiriu, mas de fazer uma compensação se for desigual o patrimônio amealhado.

É somente no regime da separação de bens que se encontra nos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil, não há que se falar em meação. Os bens de cada cônjuge-quer pretéritos, quer futuros- lhes pertencem com exclusividade. Portanto, a jurisprudência vem flexibilizando esta regra sempre que for comprovado que os bens, ainda que registrados em nome de um dos cônjuges, foram adquiridos pelo esforço comum do casal. (DIAS, 2013).

Em relação à união estável, permanece com o advento da Lei nº 8.971/94, o regime da comunhão parcial de bens, conforme pacífica jurisprudência, porquanto com o novo regramento erigindo a união estável à condição de entidade familiar, equiparado ao casamento convolado sob o regime da comunhão parcial de bens, art. 258 do Código Civil, sua dissolução já não mais se resolve com base no Direito Obrigacional, mas, segundo as normas de Direito de Família, porque vida em comum não corresponde à sociedade de fato. (WELTER, [200?])

“Com base na nova Lei da União estável há de ser inquirido se os companheiros têm, ou não, o direito de finalizar um pacto patrimonial, em analogia ao pacto antenupcial disponível no casamento”. (WELTER, [200?], p.63)

Entende-se que sim, pois, se a união estável foi elevada ao mesmo patamar do casamento, portanto, com os mesmos direitos e deveres, os companheiros podem, também, escolher sob qual regime de bens será sua convivência, na medida em que não há mais qualquer discriminação na concessão dos direitos dos companheiros (alimentos; usufruto; meação, herança; doação; testamento; reconhecimento de paternidade ou de maternidade; nomeação de inventariante; separação de corpos; arrolamento de bens; sequestro de bens; guarda de filho; reconhecimento e dissolução da união estável; uso do patronímico do marido), enfim, todo direito outorgado à esposa é suscetível de ser utilizado pela companheira. (WELTER, [200?])

Sendo a igualdade do casamento e da união estável constitucional e, agora, legal, não há razão de alguma de se negar aos companheiros todos os direitos ofertados aos casados, entre os quais o pacto patrimonial. Até por uma questão de prova da união estável poderão os companheiros lavrar escritura pública de pacto

patrimonial no qual escolherão o regime de bens (separação ou comunhão universal), com a finalidade de regular a sua vida patrimonial, porque se o pacto não for concluído, o regime de bens será o parcial.(WELTER,[200?])

Salienta-se, porém, a ausência do direito de escolha do regime da comunhão universal de bens a quem é casado, mas, separado de fato, porquanto faria comunicar os bens adquiridos no casamento, prejudicando assim, a meação da ex-cônjuge, transgredindo o art. 257, inciso I, do Código Civil, que dispõe como não escrita a cláusula ou a convenção que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos. (WELTER,[200?])

Assim como o casamento é condição suspensiva do pacto antenupcial, a união estável, *mutatis mutandis*, também é condição suspensiva do pacto patrimonial. “Os efeitos do pacto começam, como no casamento, na celebração da união estável, mas não se produzem enquanto esta não for comprovada”. (WELTER,[200?])

Feitas essas considerações acerca do regime de bens, a seguir será apresentada o tratamento da dissolução, tanto para o casamento como para a união estável.

3.3 Dissolução do casamento e da união estável

Não obstante a dissolução da sociedade conjugal ocorrer com o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe um ponto final no casamento. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. A separação de fato não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas. Possível reconhecer a separação ainda que coabitem sob o mesmo teto¹.(DIAS, 2013)

Quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de fidelidade, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir união estável. Só não podem casar. Ou seja, há o impedimento de converter dita entidade familiar em casamento, conforme recomenda a Constituição Federal no seu art. 226 §3º.(DIAS,2013)

¹ Emenda Constitucional 66: Será abordado mais adiante.

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,2002)

Conforme Dias (2013,p.314), o fim da vida em comum leva à cessação do regime de bens, seja ele qual for, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial. Esse é o momento de verificação dos bens para efeitos de partilha. No regime da comunhão final dos aquestos, é expressa a norma nesse sentido em seu art. 1.683, mas, essa regra merece ser invocada para qualquer dos regimes de bens: Art. 1.683. “Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”.

Conforme Dias (2013), apesar do que diz a lei em seu art. 1.575 e 1.576, é a data da separação de fato que põe fim ao regime de bens. Este é o marco que finaliza, definitivamente, o estado patrimonial, não tendo nenhuma relevância que seja um período de tempo prolongado. E a partir de então, o patrimônio adquirido por qualquer dos cônjuges não se comunica. Dessa forma, após a separação de fato, embora não decretada a separação de corpos nem oficializado o divórcio, os bens adquiridos por um dos cônjuges só a ele passam a pertencer, ainda que se mantenham legalmente na condição de casados. É o que diz Guilherme Nogueira da Gama para evitar soluções injustas, prevenindo o enriquecimento sem causa conforme art. 884 do Código Civil, além de cumprir os valores e princípios constitucionais no que tange à ética solidária das relações intersubjetivas, urge que se considere que não se comunicam, e, por isso, não se sujeitam à partilha, os bens adquiridos durante a separação de fato do casal.

A doutrina chama de mancomunhão o estado de indivisão patrimonial de corrente do regime de bens. Pois, levou boa parte da jurisprudência a negar, durante algum tempo, à separação de fato a possibilidade de romper o regime de bens, o que só ocorreria com a ultimação da partilha. Esta posição ensejava prejuízos enormes. Estando o casal separado, a posse exclusiva de bem comum por um deles, sem lhe impor qualquer ônus pelo seu uso, gerava injustificável enriquecimento frente ao outro. (DIAS,2013)

Dias (2013) afirma que em sede do direito securitário está previsto que, na falta de indicação do beneficiário, o pagamento do capital segurado seja feito ao cônjuge não separado judicialmente conforme art. 792 do Código Civil. Quer pelo fim

da separação judicial, quer por estar pacificado na jurisprudência que a separação de fato rompe o casamento, é de se ter por excluído do indigitado dispositivo legal a expressão não separado judicialmente. Assim, somente o cônjuge que convivia com o instituidor pode se beneficiar do seguro. Esta é a única forma de assegurar consonância com o artigo 793 que diz: Art. “793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.” Sendo assim:

“Não há como deferir o seguro a quem não mais convive com o segurado, deixando de beneficiar a pessoa que com ele mantém uma entidade familiar”. (DIAS,2013,p.315)

Um dos efeitos do casamento é impedir o decurso do prazo da prescrição entre os cônjuges de acordo com o artigo 197, I do Código Civil. Com o fim da vida em comum, pela separação de fato, imperioso reconhecer que desaparece o efeito interruptivo da prescrição. No entanto, o STJ já decidiu que a imprescritibilidade cessa somente quando do divórcio. Nem a separação de fato nem o divórcio geram efeitos no contrato de locação firmado durante o casamento por qualquer dos cônjuges. O contrato persiste em favor daquele que permanecer no imóvel. (DIAS,2013)

Segundo Dias (2013), o término da sociedade conjugal pode ocorrer por mútuo consentimento ou por meio de demanda judicial litigiosa. A lei não regulamenta a ação de divórcio, quer judicial, quer consensual. Somente o procedimento consensual da separação está disciplinado nos artigos 1.120 a 1.124 do anterior Código de Processo Civil, tendo a Lei do Divórcio imposto mais alguns requisitos, qual seja: o dever dos advogados de assinarem a petição inicial; a possibilidade de a petição ser firmada a rogo; a dispensa do reconhecimento de firma, se as assinaturas das partes forem lançadas na presença do juiz. O pedido é formulado em conjunto pelos cônjuges. A ação precisa ser instruída com a certidão de casamento, a certidão de nascimento dos filhos e o pacto antenupcial, se existente. Também devem ser juntados os documentos referentes ao patrimônio comum.

Apesar do desaparecimento do instituto da separação, cabe o uso do mesmo procedimento para a obtenção do divórcio. Além da demanda de divórcio, é indispensável o acertamento de questões outras, o que leva a uma cumulação de ações. Na inicial deve haver deliberação sobre guarda, visitação e alimentos em favor dos filhos, sendo eles menores ou incapazes. Também precisa ficar

consignado o que foi acertado relativamente a alimentos entre os cônjuges. Apesar dos alimentos serem irrenunciáveis, podem ser dispensados na separação, não havendo a possibilidade assim, de serem buscados em momento posterior, pois não se estende ao divórcio a regra da separação.(DIAS,2013)

De acordo com Dias (2013), é necessária a deliberação a respeito do nome, se um dos cônjuges havia adotado o sobrenome do outro quando do casamento. No silêncio, presume-se que o nome permanece inalterado. Mas a qualquer momento, mesmo depois do divórcio, sempre é possível buscar o retorno ao nome de solteiro, por meio de um singelo procedimento administrativo perante o registro civil.

Por outra banda, o divórcio direto resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta da separação de fato por mais de 2 anos(antes da EC 66), desde que comprovada, em divórcio, sem que haja partilha de bens conforme artigo 1.581 do Código Civil, e prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional de acordo com o artigo 226, § 6º da Constituição Federal (EC 66) que diz que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.(DINIZ, 2004)

Antes da nova Carta, o artigo 40 da Lei 6.515/77 cuidava do divórcio direto, de caráter transitório ou temporário, ao permitir que cônjuges, separados de fato há mais de 5 anos consecutivos, propusessem ação direta de divórcio se provassem a continuidade dessa separação e que ela se iniciou antes de 1977. Logo, dentro de alguns anos ninguém mais teria condições de pleiteá-lo, dado que somente dizia respeito aos casais com mais de 5 anos de separação de fato à data da Emenda e os que completaram esse prazo de carência até o dia 27 de junho de 1982.(DINIZ,2004)

Entendia-se que para os casais cujo quinquênio de separação de fato tivesse como termo *ad quem* o dia 27 de junho de 1882, somente a partir do dia seguinte nascia o direito de ação direta de divórcio, que era por sua vez, imprescritível, não estando nem mesmo sujeito à extinção da caducidade, ante o princípio da imprescritibilidade das ações de estado.(DINIZ,2004)

Diniz (2004) diz que, com a implantação da Nova Carta, ante sua supremacia, ter-se-á a subordinação da ordem jurídica aos novos preceitos; assim reduziu-se, para efeito de pedido de divórcio direto, o prazo de 5 anos de separação de fato para 2 anos.

“Na dissolução da união estável, o artigo 7º da Lei 9.278 previa a hipótese de rescisão da união estável por iniciativa de um ou de ambos os conviventes” Nesse sentido: (VENOSA,2012,p.432)

“Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”(VENOSA,2012,p.432)

O Código de 2002 enfatiza a obrigação de prestar alimentos entre os companheiros, nos mesmos moldes dos cônjuges no casamento, isso consta no artigo 1.694 do Código Civil. O artigo 1.724 do vigente Código dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Desse modo, não somente no tocante aos alimentos, mas também quanto ao exercício do poder familiar e aos deveres recíprocos, a união estável se aproxima do casamento. É certo que nos estritos termos não se configura adultério na união estável, mas devem os companheiros guardar lealdade um para com outro.(VENOSA,2012)

Segundo Venosa (2012), o termo rescisão é mais uma imprecisão da lei citada. No direito contratual, normalmente nos referimos à rescisão quando há culpa de um dos contraentes. Na convivência estável, nem sempre se discutirá culpa, nem o instituto deve ser tratado como um contrato. De qualquer modo, no desfazimento dessa sociedade conjugal, o quadro assemelha-se ao que ocorre na separação consensual ou litigiosa. Se não houver contrato de convivência, haverá, na maioria das vezes, necessidade de ação de reconhecimento da sociedade de fato. Se falecidos ambos os conviventes, a iniciativa será dos herdeiros.

O reconhecimento de sociedade de fato entre parceiros de união estável procura evitar o enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro; significa reconhecer direito de propriedade a quem ainda não o teve reconhecido formalmente.(VENOSA,2012)

Nesse sentido, o artigo 5º da Lei nº 9.278/96 coroava esse entendimento, canalizando por longo caminho jurisprudencial:

os bens adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário por escrito.(VENOSA,2012,p.434)

Essa compreensão deve persistir no atual Código, que não é detalhadamente exposto a esse respeito, mas que determina a aplicação dos princípios da comunhão de aquestos conforme o artigo 1.725, não havendo contrato em contrário. Há que se examinar, em cada caso, o âmbito da exclusão por escrito e

se não houve vício de vontade. Excluem-se, portanto, não se comunicam ao patrimônio comum quando adquiridos com produtos de bens com causa anterior ao início da união (art. 5º,§1º). (VENOSA,2012)

Na verdade, essa matéria deveria ser conduzida expressamente para o bojo do vigente Código Civil. Aplicando-se porém, na omissão dos interessados, o regime da comunhão parcial de bens, deverão ser observados os artigos 1.658 e seguintes do Código. O maior volume de problemas surge quando se desfaz concubinato, com aquisição comum de patrimônio, com existência paralela de casamento. Nesse caso, as discussões serão profundas acerca de atribuição do patrimônio. O mesmo se diga quando ocorrem duas uniões sem casamento concomitantemente. Temos assim, que definir duas massas patrimoniais, a meação, atribuível ao companheiro(a) e atribuível ao esposo(a). Em princípio, caberá dividir o patrimônio com base no esforço comum desse triângulo, o que nem sempre será fácil de estabelecer na prática.(VENOSA,2012)

Lembre-se que essas disposições e eventual acerto patrimonial por escrito pelos conviventes apenas afetam os companheiros e não as relações destes com terceiros. Também não podem dispor para depois da morte, o que só pode ser feito por testamento. Os terceiros, ao contratar com conviventes, não estão obrigados a averiguar sua situação se os contraentes se declinam como solteiros ou divorciados e não alertam que existe pacto negocial. Se um companheiro, em razão de negócio com terceiro, prejudica o patrimônio comum, a questão será dirimida entre os conviventes, sem afetar o terceiro de boa-fé. Aliás, há necessidade de estatuto que regule a união estável e adapte ao Código Civil. Entre as novas disposições que se aguardam, deve ser incluído dispositivo que obrigue o companheiro ou companheira a declinar essa condição no trato com terceiros, sob pena, inclusive, de cometer ilícito penal, como, aliás, já foi o Projeto mencionado. (VENOSA,2012)

Feito essas considerações acerca da dissolução do casamento e da união estável, a seguir será apresentada a anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos.

3.4 Anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos

Quando o herdeiro é casado, vive em união estável ou homoafetiva, muito se questiona sobre a necessidade de haver a anuência do par a renúncia. A

justificativa para exigir a concordância é o fato de a herança ser considerada bem imóvel conforme o artigo 80 II do Código Civil e nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, conforme o artigo 1.647 do Código Civil: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Esta é a posição doutrinária amplamente majoritária.(DIAS,2013)

Na autorização conjugal, caso fique claro no instrumento de contrato (fiança) ou no título cambial (aval) que o cônjuge está dando autorização para que seu consorte preste fiança ou aval, o cônjuge autorizador não é fiador nem avalista, qualidades ostentadas apenas pelo cônjuge autorizado. Quando houver assinaturas de ambos os cônjuges no contrato ou no título, sob a rubrica de avalistas ou fiadores, ambos são os garantes, com responsabilidade solidária conforme artigo 829 do CC, sendo assim, impertinente falar-se em autorização conjugal. Frise-se a fiança deve ser interpretada restritivamente conforme artigo 819 do CC.(NERY, NERY, 2013)

Em alienar ou gravar com ônus real, somente com a autorização do outro cônjuge é que o casado salvo se no regime da separação convencional absoluta pode alienar ou gravar de ônus real de bens imóveis seus ou do casal (NERY,NERY, 2013).

Conforme Dias (2013) diz que, no entanto, renunciar não é alienar e nem gravar. Ao depois, a não ser no regime da comunhão universal, a herança recebida por qualquer dos cônjuges é bem particular,não se comunicando com o outro. É assim no regime da comunhão parcial de acordo com o artigo 1.659 I do Código Civil. No regime da participação final dos aquestos, os cônjuges podem convencionar, no pacto antenupcial, a dispensa da anuência do par, artigo 1.656. Na separação convencional, sequer é necessária concordância de ambos para a alienação de bens imóveis, artigo 1.687. Na união estável o regime é o da comunhão parcial,artigo 1.725, a norma que a jurisprudência aplica à união homoafetiva.

Como a renúncia tem eficácia retroativa à data da abertura da sucessão, a herança não chega a ingressar no patrimônio do herdeiro. É como se o direito nunca tivesse existido. Assim, não há aquisição patrimonial, nem pelo herdeiro e nem por seu cônjuge ou companheiro. Portanto, o cônjuge ou o companheiro não tem legitimidade para impedir o ato de repúdio. Nada justifica buscar a concordância de quem não é titular do bem para o exercício de um direito que não precisa de qualquer motivação. A renúncia é um ato de despojamento patrimonial,

personalíssimo e não receptício. Ou seja, não depende da concordância de ninguém.(DIAS,2013)

Somente quando o herdeiro é casado pelo regime da comunhão universal de bens ocorre a comunicação patrimonial também em favor do cônjuge, que se torna por sua vez, cotitular do direito sucessório. Esta é a única hipótese em que o herdeiro necessita da vênia conjugal para renunciar à herança. Levada a efeito a renúncia sem autorização matrial, o ato,assim, é anulável. Dispõe o cônjuge de legitimidade para buscar a desconstituição até dois anos após o término da sociedade conjugal.(DIAS, 2013)

Segundo Dias (2013) afirma que, em face da possibilidade de o inventário e a partilha serem levados a efeito extrajudicialmente, nada impede que a renúncia seja manifestada na escritura pública. O Conselho Nacional de Justiça foi além de suas atribuições regulamentadoras e acabou exigindo o comparecimento de ambos os cônjuges, quando houver renúncia, exceto se o casamento se der pelo regime da separação absoluta. De qualquer forma, se a herança foi recebida com cláusula de incomunicabilidade, é dispensável a concordância do cônjuge para o herdeiro renunciar à herança.

Feitas essas considerações acerca da anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos, será apresentado no terceiro capítulo, a questão dos benefícios e inconveniências da equiparação da união estável e do casamento.

4 BENEFÍCIOS E ICONVENIÊNCIAS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

E por fim, neste último capítulo será abordado a questão de como é feita a conversão da união estável em casamento, assim, como, a publicidade de ambos, e o valor supremo da proteção a afetividade nas relações familiares.

4.1 A conversão da união estável em casamento

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, reconheceu assim, para fins de proteção, a união estável, porém disse, em sua parte final, que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento. Em que se pese a natureza discutível desta determinação, verifica-se que a conversão da união estável em casamento foi num primeiro momento regulamentada pelo artigo 8º, da Lei nº 9.278/96², que assim dispunha:(RIBEIRO,TEIXEIRA, 2008)

Assim, sendo, bastava comparecer ao Cartório de Registro Civil e ali, após habilitação e prova da existência da união, promover a conversão daquela união estável em casamento. Veio agora o Código Civil de 2002 e nos termos do artigo 1.726 que diz que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante o pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil. Houve, então, uma judicialização do processo, o que, ao invés de facilitar a conversão, como determinado na norma constitucional, acabou por dificultar, além de torná-la mais onerosa, já que exigirá contratação de advogado, pagamento de custas etc. Por isto é apontada a conversão prevista naquela norma como inconstitucional.(RIBEIRO, TEIXEIRA,2008)

A questão da conversão enseja algumas discussões, dentre elas, o fato de que, não tendo sido regulamentada a forma como se procede ao pedido, têm as Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados traçado provimentos no intuito de ajudar aos juízes nos procedimentos para conversão, provimentos estes distintos e díspares com graves equívocos inclusive.(RIBEIRO,TEIXEIRA,2008)

² Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Mas o que chama a atenção é que a conversão da união estável em casamento não enseja nenhum efeito retroativo como se pode pensar, posto que, para isto se desse, seria necessária a previsão normativa; por exemplo, no caso da aplicação de efeitos ao casamento religioso com efeitos civis de habilitação posterior o artigo 1.515, da lei civil é expreso ao afirmar que aqueles retroagem à data da celebração. Ora, se não retroagem os efeitos civis em face da conversão da união estável em casamento, por certo, é mais fácil casar do que converter, o trabalho e as despesas serão menores e muito mais romântico. (RIBEIRO, TEIXEIRA, 2008)

Na hipótese de união estável firmada através de casamento religioso, para se obterem os efeitos retroativos, melhor, ao invés de converter, buscar os efeitos civis naquela cerimônia religiosa que na espécie retroagiriam à data da celebração, como autoriza o §2º, do artigo 1.516, Código Civil. (RIBEIRO, TEIXEIRA, 2008)

Feitas essas considerações acerca da conversão da união estável em casamento, a seguir será apresentada os documentos necessários para a realização do casamento e da união estável.

4.2 A publicidade da união estável e do casamento

O artigo 1.525 do Código Civil dispõe que o requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador. Os noivos devem requerer a instauração do referido processo no cartório de seu domicílio. Se domiciliados em municípios ou distritos diversos, processar-se-á o pedido perante o Cartório do Registro Civil de qualquer deles, mas o edital será publicado em ambos. Se forem analfabetos, o requerimento será assinado a rogo, com duas testemunhas. (GONÇALVES, 2014)

Segundo Gonçalves (2014), o oficial por sua vez, afixará os proclamas em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-los pela imprensa local, se houver. O sistema de publicação de editais tem sido criticado, porque estes, notadamente nos grandes centros, não são lidos.

Dispunha o artigo 1.526 do atual Código Civil, na sua redação original, que, após a audiência do Ministério Público, a qual poderia requerer a juntada de documentos ou alguma outra providência, a habilitação seria homologada pelo juiz. A inovação foi alvo de merecidas críticas, por sobrecarregar desnecessariamente o Judiciário. No sistema anterior, bastava a intervenção do Ministério Público, ficando a decisão judicial reservada aos casos de oposição de impedimentos não aceita pelos

nubentes. Tais providências acautelatórias se mostravam suficientes, em face da necessária e suficiente fiscalização exercida pelo oficial do Registro Civil e pelo representante do Ministério Público.(GONÇALVES,2014)

Anteriormente, a exigência de que a habilitação fosse homologada pelo juiz constituía efetivamente medida burocratizante que deveria ser eliminada, simplificando-se o procedimento. O juiz só deve ser chamado a intervir se o Ministério Público oferecer alguma impugnação. É de frisar, aduzimos, para enfatizar a impropriedade da inovação, que em muitos Estados, conforme as respectivas leis de Organização Judiciária, nem mesmo é o juiz de direito a autoridade competente para celebrar casamentos.(GONÇALVES,2014)

Nesse sentido, o artigo 1.526 do Código Civil dispõe:

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz. (BRASIL,2002)

Decorrido o prazo de quinze dias a contar da afixação do edital em cartório (e não da publicação na imprensa), o oficial entregará aos nubentes certidão de que estão habilitados a se casar dentro de noventa dias, sob pena de perda de sua eficácia. Vencidos esse prazo, que é de caducidade, será necessária nova habilitação. Porque pode ter surgido algum impedimento que inexistia antes da publicação dos proclamas.(GONÇALVES,2014)

Dispõe o parágrafo único do artigo 1.527 do Código Civil que a autoridade competente, *havendo urgência*, poderá dispensar a publicação dos proclamas. Tal publicação pode, assim, ser dispensada a critério do juiz, pois o aludido dispositivo não define qual seria o motivo de urgência. Também não o faz o artigo 69 da Lei de Registros Públicos. Exige este apenas que os contraentes, em petição dirigida ao juiz, deduzam os motivos de urgência do casamento, provando-a, desde logo, com documentos ou indicando outras provas para demonstração do alegado. Tais motivos podem ser, por exemplo, moléstia grave ou iminente risco de vida de um dos cônjuges; viagem imprevista e demorada; prestação de serviço público obrigatório, inadiável e que determine, para seu desempenho, a ausência temporária do domicílio; parto próximo da futura mulher etc.(GONÇALVES,2014)

Acrescenta o §1º do artigo 69 da Lei de Registros Públicos que “quando o pedido se fundar em crime contra os costumes, a dispensa de proclamas será

precedida da audiência dos contraentes, separadamente e em segredo de justiça”. Se for necessária a produção de prova testemunhal, será ela colhida no prazo de cinco dias. O juiz, em seguida, ouvirá o representante do Ministério Público e “decidirá, em igual prazo, sem recurso, remetendo os autos para serem anexados ao processo de habilitação matrimonial” de acordo com o §2º do mesmo artigo.(GONÇALVES,2014)

Segundo Gonçalves (2014), o artigo 1.540 do Código Civil dispensa não só a publicação dos proclamas como também e própria habilitação e a celebração presidida pela autoridade competente “quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato”, exigindo, em contrapartida, uma série de formalidades e providências a serem tomadas posteriormente, descritos no artigo 1.541 e seus parágrafos.

O Código Civil de 2002 inovou ao determinar, no artigo 1.528, que “é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens” Não publicará este os editais, ou suspenderá temporariamente a celebração do casamento, sempre que a documentação for insuficiente ou irregular ou existir impedimento matrimonial que, de ofício, lhe cabe declarar.(GONÇALVES,2014)

O artigo 68 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) preceitua o seguinte:

Art. 68. Se o interessado quiser justificar fato necessário à habilitação para o casamento, deduzirá sua intenção perante o Juiz competente, em petição circunstanciada indicando testemunhas e apresentando documentos que comprovem as alegações. (Brasil,2002)

O dispositivo versa sobre a possibilidade de um dos cônjuges demonstrar, por exemplo, mediante a oitiva de testemunhas, que o outro encontra-se desaparecido há anos e, portanto, impossibilitado de dar o consentimento para o casamento de filho menor, a fim de que o peticionário possa dar sozinho, validamente, a necessária anuência; de se proceder a eventual retificação de idade; de se corrigir algum outro erro sobre a pessoa do habilitando etc. (GONÇALVES,2014)

Dispõe o artigo 1.512 do Código Civil que “o casamento é civil e gratuita a sua celebração”, acrescentando o parágrafo único que “a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei”. O

dispositivo regulamenta o artigo 226,§1º, da Constituição Federal, que declara ser civil o casamento e gratuita a sua celebração, assegurando a gratuidade somente diante de declaração de pobreza, feita sob as penas da lei. Concede esta um benefício, suprimindo obstáculos ao casamento das pessoas menos favorecidas, num país onde a fome e a miséria campeia.(GONÇALVES,2014)

De acordo com Gonçalves (2014), a previsão de que o casamento, no âmbito jurídico, é civil mantém o monopólio da jurisdição estatal. O casamento religioso, conforme disposto nos artigos 1.515 e 1.516, somente tem efeitos civis se atender às exigências neles formuladas.

A habilitação para casamento a ser realizado no Brasil, sendo um dos nubentes divorciado no exterior, depende de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (Constituição Federal, art. 105, I,i) uma vez que irá produzir efeitos em nosso país.(GONÇALVES,2014)

A segunda parte do artigo 1.525 do Código Civil elenca os documentos que devem instruir o requerimento de habilitação para o casamento. (GONÇALVES,2014)

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)

Gonçalves (2014) diz que, o primeiro documento exigido é a “*certidão de nascimento ou documento equivalente*”. Este pode ser a cédula de identidade, título de eleitor ou passaporte, por exemplo, uma vez que tais documentos somente são obtidos mediante a apresentação da aludida certidão. Admite-se também a justificação de idade, prevista no artigo 68 da Lei de Registros Públicos. Tal justificação, entretanto, não tem sido utilizada, porque hoje se admite o registro tardio, que cumpre ao interessado providenciar.

Segundo Gonçalves (2014), a certidão de nascimento destina-se a comprovar, em primeiro lugar, que os nubentes atingiram a idade mínima para o casamento. Os que ainda não completaram 16 anos poderão, no entanto, casar-se

em caso de gravidez conforme artigo 1.520 do Código Civil, requerendo assim ao juiz o suprimento de idade.

Examinando a certidão de nascimento, o oficial do registro civil apura, também, se os noivos têm mais de 70 anos de idade. Basta que um deles tenha ultrapassado esse limite para que o casamento seja realizado obrigatoriamente no regime de separação de bens conforme o artigo 1.641,II, do Código Civil. Não há limites de idade para o casamento de pessoas idosas. A única restrição é a concernente à imposição do regime da separação de bens às maiores de 70 anos, de constitucionalidade duvidosa. Já se decidiu, com efeito, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva.(GONÇALVES,2014)

O segundo documento exigido é a “*autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra*”, se os genitores não souberem escrever, o assentimento será assinado a rogo, na presença de duas testemunhas.(GONÇALVES,2014, p.63, grifos originais)

De acordo com Gonçalves (2014), o filho menor deve respeito e obediência aos genitores, cumprindo acatar-lhes a vontade e os conselhos. Tal obrigação inspira-se em profundas considerações de ordem religiosa e moral.

Gonçalves (2014) afirma que, pela certidão de nascimento o oficial verifica se os nubentes atingiram a maioridade. Se ainda não completaram 18 anos de idade, devem apresentar a autorização, por escrito, dos pais ou tutores, ou prova do ato judicial que a supra ou da emancipação. É mister consentimento de ambos os pais. Se não forem casados, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno. A falta de autorização dos pais e representantes legais acarreta a anulabilidade do casamento.

Se o marido se encontra desaparecido há vários anos, pode a mulher, justificando judicialmente o fato por testemunhas, ser autorizada a, sozinha, dar validamente o consentimento. Se, por algum obstáculo intransponível, não se torna possível obter a manifestação dos pais do menor e há urgência na realização do casamento, têm os juízes solucionado o impasse com a nomeação de um curador especial para o ato, nos próprios autos de habilitação. (GONÇALVES,2014)

O parágrafo único do artigo 1.517 do Código Civil preceitua que em caso de “*divergência entre os pais*”, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 1.631, que assegura a qualquer dos genitores do direito de recorrer ao juiz para solução do

desacordo verificado no exercício do poder familiar. Tal regra é resultante da isonomia conjugal consagrada na atual Constituição Federal, colocando marido e mulher em pé de igualdade, não mais prevalecendo a vontade paterna. A solução deve ser dada pelo juiz competente.(GONÇALVES,2014)

Segundo Gonçalves (2014), o pródigo não figura no rol das pessoas impedidas de casar, nem o seu estado constitui causa suspensiva ou de anulabilidade do casamento, mesmo porque a sua interdição acarreta apenas incapacidade para cuidar de seus bens. Por essa razão pode parecer, a primeira vista, não se justificar a autorização de seu curador. No regime anterior ao Código de 1916, o curador não era chamado a dar seu consentimento para o matrimônio dos curatelados e que os pródigos podiam casar porque estava a sua incapacidade limitada à gerência dos bens, aduz, referindo-se ao aludido diploma: Hoje, usando a lei da expressão genérica, os sujeitos à curatela, está claro que o pródigo interdito não se pode casar, sem o consentimento do curador.

O Código Civil de 2002 mudou a redação do dispositivo, exigindo autorização para o casamento “*das pessoas sob cuja dependência legal estiverem*” conforme artigo 1.525,II (grifos originais), sem alterar, no entanto, o seu sentido e alcance. Haja vista prescrever o artigo 1.518 do referido diploma que podem os pais, tutores ou curadores revogar a anuência concedida, até a celebração do casamento. Embora a dependência legal a que o pródigo está sujeito seja limitada à prática de atos que possam onerar o seu patrimônio, o casamento envolve um acervo de obrigações econômicas de acentuada importância, nas quais pode o pródigo comprometer a sua fortuna.(GONÇALVES,2014)

Gonçalves (2014) leciona que “para a lavratura do pacto antenupcial deverá o pródigo ser assistido pelo curador, tendo em vista a possibilidade de tal ato acarretar a transferência de bens de seu patrimônio ao cônjuge, conforme o regime de bens adotado”.

Segundo Gonçalves (2014,p.65),“o surdo-mudo somente poderá casar validamente se receber educação adequada, que o habilite a enunciar a sua vontade”.

Se o pai, tutor ou curador não autorizar o casamento, o interessado poderá requerer o suprimento judicial do consentimento, quando injusta a denegação conforme o artigo 1.519 do Código Civil. Se o pedido for deferido, será expedido alvará, a ser juntado no processo de habilitação, e o casamento celebrado no regime da separação de bens.(GONÇALVES,2014)

Dispõe o artigo 1.518 do Código Civil que, “até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”. Pode ocorrer, com efeito, o surgimento de algum fato novo cuja gravidade justifique a mudança de atitude, como, por exemplo, a descoberta posterior de doença grave e transmissível ou de acentuado e perigoso desvio de personalidade. (GONÇALVES,2014).

Segundo Gonçalves (2014), além dos incapazes sujeitos ao poder familiar, tutela e curatela, há ainda pessoas que necessitam de autorização especial para casar, sob pena de sofrerem sanções de ordem administrativa. O casamento dos militares está sujeito a licença de seus superiores. Os funcionários diplomáticos e consulares igualmente dependem de autorização para casar.

A declaração de duas pessoas maiores, parentes ou não, que atestem conhecer os nubentes e afirmem não existir impedimento, constitui o terceiro documento exigido, pois, a apresentação de tal documento tem por finalidade completar e ratificar a identificação dos contraentes e reforçar a prova da inexistência de impedimentos para a realização do casamento. Para esse fim, a lei admite que a declaração seja assinada por familiares, derogando a proibição genérica estabelecida no seu artigo 228,V, do Código Civil. A lei não se contenta com as informações dos cônjuges sobre os seus dados pessoais, exigindo a atestação feita por duas testemunhas de que elas são verídicas. O fato de constar do processo de habilitação a aludida declaração não obsta à oposição de eventual impedimento, na forma da lei. (GONÇALVES,2014)

Como quarto documento exigido, temos a declaração do estado civil do domicílio e da residência dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos. Esse documento, que recebe a denominação de *memorial*, destina-se a uma perfeita identificação dos nubentes e deve ser assinado por eles. A declaração por sua vez, esclarecerá se os nubentes são maiores ou menores, solteiros, viúvos ou divorciados, devendo assim, os viúvos informar se há filhos do primeiro casamento e os divorciados exhibir certidão do registro da sentença; se o casamento anterior de um deles foi anulado, onde e quando tal ocorre. Devem ainda declarar se ambos têm domicílio na localidade ou se um deles reside em outra, o que terá influência para a publicação dos proclamas. A providência, como se percebe, oferece condições ao oficial do registro civil para aferir a existência de eventuais impedimentos ou causas suspensivas. (GONÇALVES,2014)

E como quinto e último documento exigido, é a certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio.

O viúvo deve provar o seu estado com a certidão de óbito do cônjuge falecido. Assim, a exigência tem por objetivo evitar o casamento de pessoas já casadas, com infração do impedimento dirimente do artigo 1.521,IV. As pessoas indicadas só poderão contrair novas núpcias se demonstrarem o falecimento de seu cônjuge, se exibirem sentença que anulou seu casamento anterior, ou certidão do registro de sentença de divórcio. (GONÇALVES,2014)

Segundo Gonçalves (2014), se o assento do óbito, entretanto, não foi lavrado porque o corpo desapareceu em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, ou o falecido estava em perigo de vida e é extremamente provável a sua morte, tal certidão pode ser substituída por sentença obtida em declaração da morte presumida, sem decretação de ausência ou em justificação judicial requerida perante juiz togado.

Tais procedimentos não se confundem com a declaração de ausência de pessoas que deixam o seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro, porque neste caso não se declara a morte do ausente, e o seu cônjuge não poderá casar-se, salvo se obtiver o divórcio ou estiverem preenchidos os requisitos para a abertura da sucessão definitiva, que dissolve a sociedade conjugal.(GONÇALVES,2014)

Nesse sentido, refere:

na última hipótese, a declaração de morte presumida ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença que concedeu a sucessão definitiva dos bens do ausente, a qual, por sua vez, tem lugar depois de decorridos dez anos da concessão da sucessão provisória.(GONÇALVES,2014,p. 67)

Segundo Gonçalves (2014), a morte do cônjuge ocorreu no exterior, o viúvo deverá prová-la mediante a juntada de certidão obtida no país em que verificou o fato, vertida para o português por tradutor juramentado, não podendo ser suprida por justificação processada no Brasil.

Nos casos de nulidade ou anulação do casamento, será juntada certidão do trânsito em julgado da sentença. Se um dos cônjuges for divorciado, não bastará a certidão do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio: é preciso juntar certidão do registro dessa sentença no Cartório do Registro Civil onde o casamento se realizou, porque somente com esse registro produzirá efeitos.(GONÇALVES,2014)

Na união estável, é a convivência que impõe o regime condominial, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha

ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, efeito retroativo às deliberações. (DIAS,2013)

Segundo Dias (2013), a singeleza com que a lei se refere à possibilidade de os conviventes disciplinarem o regime de bens denota a ampla liberdade que têm os companheiros de estipularem tudo o que quiserem. Não só questões de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal. Causa no mínimo certa estranheza o fato de o Código Civil, com relação ao casamento, dedicar ao regime de bens nada menos do que 50 artigos e às questões patrimoniais na união estável escassas duas palavras: contrato escrito conforme o artigo 1.725 do Código Civil.

A possibilidade de avença escrita passou a ser denominada de contrato de convivência: instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação. Pacto informal, pode tanto constar de escrito particular como de escritura pública, e ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Pode até mesmo conter disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em negócios jurídicos diversos, desde que contenha a manifestação bilateral da vontade dos companheiros, identificando o elemento volitivo expresso pelas partes.(DIAS,2013)

Com isso, Dias afirma:

o contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais de acordo com o artigo 1.723 do Código Civil, mas é um forte indício da sua existência. Já a manifestação unilateral de um dos conviventes não tem o condão de provar nada: nem o começo nem o fim da união estável.(DIAS,2013,p. 192)

A liberdade dos conviventes é plena, e somente em raras hipóteses merece ser tolhida. Cabe figurar um exemplo. Depois de anos de convívio e aquisição de bens, a realização de contrato concedendo todo o patrimônio a um dos companheiros, nada restando ao outro para garantir a própria sobrevivência, não pode subsistir. É nítido, tal ato de liberdade configura doação, sendo vedado doar todos os bens sem reserva de parte deles, ou de renda suficiente a garantir a subsistência do doador conforme o artigo 548 do Código Civil. (DIAS,2013)

De acordo com Dias (2013), o contrato de convivência, tal qual o pacto antenupcial, está por sua vez, sujeito a condição suspensiva. Sua eficácia depende

da caracterização da união e não da vontade manifestada no contrato. Assim, mesmo firmado o contrato, possível a união ser questionada judicialmente.

Como ocorre com o regime de bens, o contrato de convivência pode ser modificado a qualquer tempo. Também pode ser revogado na constância da conjugalidade, desde que esta seja a vontade expressa de ambos os companheiros. Mas há uma vantagem: não é necessário o pedido de alteração ser justificado nem autorizado judicialmente.(DIAS,2013)

O contrato de convivência não serve tão só para deliberações de natureza patrimonial. Possível os conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas. Possíveis previsões de natureza pessoal e convivencial. Os direitos e deveres impostos aos conviventes não têm eficácia vinculante. Só não pode haver convenção que contravenha disposição absoluta de lei. Ou seja, não cabem deliberações sobre direito sucessório, ou sobre alimentos. Nada mais é proibido. (DIAS,2013)

Desse modo, Dias (2013, p.193) afirma:

é válida cláusula que estabeleça o pagamento de indenização quando do fim do relacionamento. A previsão pode ter por fundamento tanto o simples fato de a separação ser desejada por um dos parceiros quanto a hipótese de decorrer por culpa de um deles.

Como as questões de ordem patrimonial precisam ser regidas de alguma forma, ao que eventualmente não for regulado no contrato de convivência é de ser aplicado subsidiariamente o regime da comunhão parcial, via eleita pelo legislador em caso de omissão dos conviventes. Da mesma maneira, para interpretar a avença, há que se socorrer do regime legal. (DIAS.2013)

Segundo Dias (2013), não há determinação de que o contrato seja levado a registro no cartório de registro civil ou averbado no registro imobiliário dos bens do casal, fato que pode prejudicar tanto o companheiro como os filhos e terceiras pessoas. Determinado o registro do pacto antenupcial, cuja averbação se dá no Registro de Imóveis, não é necessário grande esforço para reconhecer que o contrato de convivência, que traz disposições sobre bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos. De qualquer modo, cabe assim, averbá-lo, pois se trata de circunstância que, de qualquer modo, tem influência no registro ou nas pessoas nele interessadas. É preciso preservar a fé pública de que gozam os registros imobiliários, bem como a boa-fé dos terceiros que precisam saber da existência da união.

O registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos serve para conservar o documento. O registro torna público o conhecimento do seu conteúdo, mas não tem eficácia *erga omnes*, no sentido de a união estável ser oponível contra terceiros. Claro que a lei registral, que é do ano de 1973, e que ninguém se preocupou em atualizar, não poderia determinar a inscrição do contrato de convivência, previsto em lei que data de 1996. Mas a necessidade do registro é evidente para resguardar direitos de terceiros. (DIAS, 2013, p. 194)

Tanto o contrato de convivência como o distrato da união estável, avença dando por findo o relacionamento, merecem assim, a devida averbação. Impositiva é a aplicação analógica á união estável da possibilidade assegurada ao divórcio extrajudicial. Desse modo, inexistindo filhos menores, possível que a dissolução da união estável seja levada a efeito perante o notário, inclusive com partilha de bens. (DIAS, 2013)

E por fim, feita essas considerações acerca da publicidade da união estável e do casamento, será apresentada a seguir qual o valor da afetividade nas relações familiares.

4.3 O valor supremo da proteção a afetividade nas relações familiares

As funções afetivas da família são valorizadas, o fenômeno social da família conjugal, nuclear ou de procriação e o que mais importa aqui é a intensidade das relações entre seus membros. Diz-se por isso, que é a comunidade do afeto e entre ajuda. (SOUZA, 2013)

A Constituição Federal fornece total proteção do Estado justamente a esse núcleo familiar possuidor de relações de afeto, companheirismo e ajuda mútua conforme o art. 226 §§4º, 5º e 8º e art. 229 da Constituição Federal. Os direitos familiares patrimoniais, cujas estruturas possuem direitos de crédito e direitos reais, aparecem bastante no Código Civil de 2002. Assim, essas chamadas relações jurídicas estão inseridas nas relações familiares, justificando sua inclusão no Direito de Família. (SOUZA, 2013)

Souza (2013) afirma que, o direito de constituir por livre e espontânea vontade uma família está reconhecido na Constituição Federal, seja com o casamento ou até mesmo sem ele como no caso da união estável. Na Idade Média, a família sofreu forte influência do Cristianismo, era sempre representada por um chefe efetivo que gozava de plena capacidade jurídica, o *pater família*. A mulher começou a ocupar um papel próprio dentro da unidade familiar, além de o

casamento ter passado a ser considerado um sacramento. A Revolução Francesa foi responsável pela concretização do casamento civil, e não o casamento como sacramento religioso. Já a Revolução Industrial acabou descentralizado o controle dos trabalhos do chefe de família e passou a envolver também a mulher e os filhos, o que aproxima muito da nossa atualidade.

O princípio jurídico da afetividade, reúne os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade e entrelaça-se como os princípios da Convivência Familiar e da Igualdade entre os cônjuges.(SOUZA, 2013)

Nesse sentido:

o princípio da afetividade especializada, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art.1º,III) e da solidariedade (art.3º,I), e entrelaçam-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.(SOUZA, 2013,p. 12)

Segundo Souza (2013), o princípio da afetividade por sua vez, fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico e na comunhão de vida. A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é o elemento formador e estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste, ter a proteção do Estado. O afeto é o resultado de todas as mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos nas famílias brasileiras, tem como base muitos dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 e acaba sempre balizando importantes doutrinas e jurisprudências do direito de família.

Em simples palavras, Lôbo, afirma:

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.(SOUZA, 2013, p. 13)

De acordo com Souza (2013), a afetividade e o afeto têm conceitos diferentes que não se confundem. O afeto, para a psicologia, é um fato psicológico, um sentimento de amor e ódio, afeição ou desafeição, sentimento de humor, diz respeito as emoções. Já a afetividade, para o direito, é a maneira que este

encontrou de suprir a carência que o afeto deixa quando não está presente nas relações interpessoais. Nota-se que, independentemente de haver afeto ou amor entre pais e filhos, a Constituição Federal impõe um dever de afetividade dos pais em relação aos filhos e vice-versa, e nas relações entre cônjuges e companheiros esse conceito só deixa de incidir quando não houver mais convivência, ou seja, o direito opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.

Não importa que os laços de parentesco em uma família sejam biológicos ou de outra origem, pois tem a mesma validade e são regidos, implicitamente, pelo princípio da afetividade. A afetividade deve ser considerada como princípio constitucional implícito, por dar origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas e por aproximar pessoas, construindo a base familiar e acrescentando a felicidade individual e coletiva. A família já não tem mais aquela concepção de ser imutável e indissolúvel, sendo o afeto o grande responsável por esta concepção inovadora. (SOUZA, 2013)

A afetividade, assim, surge como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. Os laços de afeto ganharam tamanha importância na prática do direito de família que acabam sendo mais relevantes até do que os laços de sangue, que devem prevalecer quando houver conflito biológico. (SOUZA, 2013)

De acordo com Souza (2013), a família atual não é mais composta da excessiva preocupação com interesses patrimoniais, mesmo que estes nunca deixem de fazer parte dela. Contudo, verifica-se que estão mais suaves. Não encontra eco na família atual vinculada por outros interesses pessoais especificados pela afetividade, a demasiada preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional.

O princípio da afetividade para o Direito de Família é de extrema importância para a estruturação familiar e o cuidado passa a ser um dever jurídico com fundamento constitucional. A afetividade por sua vez, acaba gerando formas diferentes de se pensar na família brasileira, ela constitui um código forte no direito contemporâneo. Em tese, a função da família deveria sempre ter sido de grupo de convivência familiar e de solidariedade, o que tem sido reconhecido pela jurisprudência dos tribunais e pelos juristas. (SOUZA, 2013)

É importante que a família não seja mais vista apenas sob conceito singular, pois, atualmente, o significado de família tem tocado diversos assuntos e pode-se dizer que sua base é o afeto. (SOUZA, 2013)

A socioafetividade é recente no Brasil, ela migrou dos estudos das ciências sociais e humanas, da psicologia e da psicanálise para o direito a partir da segunda metade dos anos 90. A passagem do fato natural dos laços de sangue para o fato cultural da afetividade é expressa pela evolução da família, em especial no mundo ocidental contemporâneo. A socioafetividade é o resultado de fatos estudados pela psicologia que acabam sendo controvertidos em fatos jurídicos, que acabam gerando efeitos jurídicos.(SOUZA, 2013)

Conforme Souza (2013), a sociedade é composta por laços de afeto, e quando esse fator social e psicológico acaba por tocar as relações jurídicas, o direito tem que acabar incidindo, por isso, a existência desse enlace entre estudos psicológicos e o direito. Nos casos de dano moral pela omissão ou negligência no cumprimento dos deveres dos pais para com os filhos, é suficiente para a caracterização deste, em especial ao se tratar do dever de convivência, a violação do direito do filho ser cuidado por um dos pais e do direito à convivência familiar.

Tendo em vista a relevância do princípio jurídico da afetividade nas relações familiares, faz-se importante a análise prática de uma decisão que teve como principal fundamento este princípio, demonstrando assim, sua aplicabilidade no caso concreto. Essa decisão trata de indenização por danos materiais e morais decorrentes do abandono afetivo e tem a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais á aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa o art 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar da inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação á sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso Especial parcialmente provido.

Esse acórdão do Superior Tribunal de Justiça, trata de um pai que recorre de apelação provida em favor da filha, que o condenou ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, reconhecendo assim, o abandono afetivo em relação a filha. Nessa decisão utilizou-se o afeto como base para suas conclusões e admitem que este tem importância nas relações familiares e não pode ser deixado de lado.(SOUZA,2013)

Assim, a vida em comunidade é baseada em diversas formas de composição familiar nas quais as pessoas dedicam suas vidas para proporcionar bem-estar para aqueles que estão à sua volta, baseados em relações de afeto e de companheirismo.(SOUZA, 2013)

No Projeto de Lei do Congresso Nacional que versa sobre o Estatuto da Família, dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para a valorização e apoio da entidade familiar.(ESTATUTO DA FAMÍLIA)

Nesse sentido:

Art. 2º Para os fins dessa Lei, define-se entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.(ESTATUTO DA FAMÍLIA,2013)

Com isso, não há diferenças entre casamento e união estável conforme o artigo 2º do Projeto de Lei, pois, à esses dois institutos jurídicos, é assegurado a entidade familiar, a efetivação do direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, e à convivência comunitária.(ESTATUTO DA FAMÍLIA,2013)

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve a preocupação de evidenciar aspectos históricos da família, bem como do direito de família, destacando que ainda perdura sobre os temas envolvendo tal assunto encontram-se muito imbuídos em questões tradicionais, mas também, se percebe que vem aumentando o número de famílias que fogem do caráter tradicional, com relação à suas finalidades, composição e papéis de pais e mães.

A unidade familiar não é mais embasada exclusivamente no matrimônio, sob o aspecto social e jurídico. Por isso, coube a ciência jurídica acompanhar as mudanças sobre todos os aspectos.

Na evolução do casamento, tem-se o casamento romano, onde obteve-se o reconhecimento do mesmo, juridicamente no Direito Civil, no qual a família é formada por serviçais e clientes e conservam assim, sua unidade baseada na religião comum.

Para o direito canônico no qual mais se aproxima do casamento atual, o matrimônio tem por sua vez natureza mista com contrato e cerimônia religiosa. Já a união estável sempre existiu embora era reconhecida por concubinato sem direitos jurídicos reconhecidos. Porém, atualmente a mesma possui embasamento civil para as partes envolvidas.

Assim, traçando os moldes históricos desses institutos, foi realizada uma análise comparativa entre casamento e união estável onde no direito sucessório existem diferenças no seu tratamento sucessório para os cônjuges e companheiros. Pois dentro do direito sucessório, o cônjuge tem suas especificações como, por exemplo: participa da sucessão em concorrência com descendentes somente em relação aos bens particulares do autor da herança, entre outras. Já para o companheiro, tem participação da divisão dos bens comum, ou seja, daqueles adquiridos onerosamente na constância da união, entre outros.

No que tange ao regime de bens, antes do casamento os noivos escolhem em qual regime de bens irá regular sua vida conjugal, quando há separação do casal ou morte de uma das partes.

Porém, a união estável sempre foi regida pelo regime da comunhão parcial de bens conforme a jurisprudência, mas, sendo a igualdade do casamento e da união estável constitucional, não há razão alguma de negar aos companheiros todos

os direitos ofertados aos casados, entre eles, o pacto patrimonial.

Na dissolução do casamento e da união estável, a separação de fato põe fim ao casamento. Quando cessa a convivência, não há mais sequer o dever de fidelidade que impeça a construção de novos vínculos afetivos.

O término do casamento pode ocorrer por mútuo consentimento ou por meio litigioso. Na união estável há hipótese de rescisão da mesma por iniciativa de um ou de ambos os conviventes. A rescisão é mais usado quando há culpa de um dos contraentes.

Na anuência dos cônjuges e companheiros para a realização dos negócios jurídicos, existe um grande questionamento sobre a necessidade de haver a anuência do par à renúncia quando o herdeiro vive em união estável. A justificativa para exigir a concordância é o fato de, a herança, ser considerada bem imóvel.

A renúncia é um ato de despojamento patrimonial, personalíssimo, ou seja, não depende da concordância de ninguém.

No que diz respeito a conversão da união estável em casamento, para facilitar a conversão da união estável em casamento, a Constituição Federal reconheceu a união estável para fins de proteção em sua parte final.

Em relação a publicidade da união estável e do casamento, os documentos necessários para a efetivação do casamento juridicamente são: certidão de nascimento ou documento equivalente como: cédula de identidade, título de eleitor entre outros. Portanto na união estável, os documentos necessários é o contrato de convivência.

Assim, se está diante de um dos princípios mais importantes que é garantido pela Constituição Federal: o princípio da afetividade onde ela é de extrema importância para a estruturação familiar e para o Direito de Família, e o cuidado passa a ser um dever jurídico como fundamento constitucional.

Respondendo a pergunta que motivou esse trabalho, percebeu-se então que não há diferenças significativas entre casamento e união estável pois à esses dois institutos jurídicos é assegurado os mesmos direitos, tais como: entidade familiar, a efetivação do direito à saúde e assim por diante.

Porém, não se quer assim dizer que se pode tratar o casamento e a união estável como institutos idênticos, há sim diferenças entre ele, mas ao fim, essas diferenças são de menor importância, e mesmo no direito sucessório a jurisprudência e a doutrina tem se encarregado de corrigir alguma injustiça remanescente.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Nancy. RE 1159242. Julgado em 24/04/2012. DJe- 10/05/2012 DIVULG 24/04/2012 PUBLIC 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo &&b=ACOR&p=false&l=10&i=5>. Acesso em 12 outubro 2015
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Código Civil Brasileiro*. Brasília. DF: Senado Federal, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Manual de Direito das Sucessões*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Anderson, *Estatuto da família, Projeto de lei, 2013*. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao...
- GAGLIANO, P.S.; PANPLONA, F. R. (Orgs) *Novo Curso de Direito Civil*, Direito de Família. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil Sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- JUNIOR, N. N.; NERY, R.M.A. *Código Civil Comentado*. 10.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MIRANDA, Renata Mello Baars. *Diferenças entre os Direitos do Companheiro e do Cônjuge no Novo Código Civil*. Brasília, DF, Brasil. (Monografia) (Curso Extensivo Diex com Pós-Graduação em Direito Civil)- Universidade Candido Menes, 2007.
- RIBEIRO, F.R.; TEIXEIRA, A.B. (Orgs). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do Princípio da Afetividade nas Relações Familiares*. Porto Alegre, RS, Brasil. (Monografia). (Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul), 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, J.F. (Orgs). *Direito Civil, Direito de Família*. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

_____. *Direito Civil, Direito das Sucessões*. 10.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

VIEIRA, Cláudia Nascimento. *A União Estável no Novo Código Civil*. (Monografia). ([200?], p.76-77).

XAVIER, Fernanda Dias. *União Estável e Casamento: A impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade*. Brasília, DF, Brasil. (Monografia) (Universidade de Brasília) Brasília, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. *Casamento, União Estável, Concubinato, Direito de Família*. (Monografia). ([200?], p.63-64