

A IGUALDADE ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL FRENTE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Acácia Gardênia Santos Lelis¹

Victória Larissa Maynard Dias Macedo²

Fecha de publicación: 01/10/2018

Sumário: Introdução; **1.** Os posicionamentos doutrinários quanto aos direitos sucessórios do companheiro e a declaração de inconstitucionalidade do art.1790 do CC/02; **2.** Efeitos da decisão: até onde se estende a igualdade entre os institutos do casamento e da união estável?; **3.** As semelhanças e diferenças práticas entre os institutos e a importância atual do casamento: qual a razão para se casar?; - Considerações Finais. - Referências.

¹ Advogada, Doutoranda em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela PUC (PR), do Programa de Direito Econômico e Socioambiental; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe; Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE); Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE); Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE); Professora do curso de Direito da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE); Vice-Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE; membro titular do Conselho Estadual dos Direitos da Mulher do Estado de Sergipe (CEDM), integrante do grupo de pesquisa sobre a mulher e a família da Faculdade Tiradentes, como atuação na área do Direito de Família, da Infância e Violência Doméstica e Intrafamiliar. aglelis@infonet.com.br

² Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. victorya.maynard@gmail.com.br

Resumo: O objetivo deste artigo é abordar os efeitos da declaração do STF pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, além de discutir a forma como se dispôs a igualdade entre os institutos do casamento e da união estável. Através da análise de recentes julgados, artigos e obras bibliográficas de autores como Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce e Rodrigo da Cunha Pereira, foi possível identificar a disparidade de direitos garantidos no ramo civilista da sucessão para o cônjuge e para o companheiro e acompanhar a discussão pela doutrina e jurisprudência acerca da inconstitucionalidade e da extensão da igualdade proposta. Neste sentido, o presente trabalho desenvolveu-se articulando pontos atingidos no direito sucessório, como a herança do companheiro de acordo com o art. 1829 do CC, a classificação deste como herdeiro legítimo, sua concorrência com o cônjuge e a inaplicação das causas impeditivas e suspensivas do casamento a ele. Também, a continuidade no direito de família das disposições quanto à ação de alteração de regime de bens do casamento e a outorga, responsáveis pela garantia de unicidade dos institutos. Concluindo a abordagem, prevalece o entendimento da necessidade de alterações legais que possam concretizar todas as igualdades almejadas pelas mudanças trazidas ao companheiro. O estudo se mostra relevante pela grande repercussão do tema na sociedade brasileira, uma vez que rege as constituições familiares mais comuns deste país.

Palavras-chave: Casamento, União Estável, Sucessão, Inconstitucionalidade, Igualdade.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 226 que a família é a base da sociedade, devendo, portanto, ser protegida pelo Estado. A concepção contemporânea de Família engloba diversas relações afetivas, entre as quais se encontram as uniões estabelecidas pelo casamento e pela união estável, dois dos institutos mais tradicionais do Direito Civil. No estudo destes, podia-se observar as nítidas distinções a que se propunham, não só em conceito e constituição, mas também na garantia de direitos, principalmente no que dizia respeito aos direitos sucessórios.

Em recentes julgados do STF, nos Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e 646.721/RS, o art. 1790 do Código Civil de 2002 (CC/02), que dispunha sobre os direitos sucessórios do companheiro, foi declarado inconstitucional, devendo ser aplicado à União Estável os mesmos direitos que regem o casamento. Porém, como essa aplicação se dará efetivamente?

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo não só analisar a questão acima, detalhando a extensão dessa igualdade, como também observar a importância do casamento nos dias atuais, pois apesar da inconstitucionalidade não atingir diretamente o instituto do casamento, este não pode ser tido por relação idêntica à União estável.

Para que este objetivo geral seja alcançado, alguns pontos serão destacados no seu desenvolvimento, de forma a abarcar e abranger o tema. São eles: analisar as jurisprudências que concluíram pela inconstitucionalidade do referido artigo e os consequentes efeitos da decisão, e estabelecer uma conexão entre o julgado e os posicionamentos doutrinários no que se refere aos direitos sucessórios do companheiro e verificar os pontos convergentes e divergentes entre o instituto do casamento e o da união estável.

O trabalho em tela visa estabelecer as consequências da declaração de inconstitucionalidade do art.1790 do CC/2002 e quais os direitos abarcados pela mesma, tendo como ponto relevante o destaque à atual concepção jurídica da União Estável e do casamento.

Todo o artigo deve seguir uma forma pela qual irá basear sua exposição, onde devem ser destacados os métodos que se deram no desenvolvimento do

mesmo. No trabalho aqui exposto utilizar-se-ão, entre os métodos de abordagem, o método indutivo, pois ao analisar as jurisprudências que tratem de questões específicas envolvendo o assunto, será desenvolvido um posicionamento jurídico que seja capaz de abarcar os direitos em questão no presente trabalho; e o método dedutivo, com o estudo da doutrina e legislação vigente, de onde será extraído o amparo legal necessário à explicação dos casos que envolvem a matéria. Não se valendo apenas destes, também houve um método de procedimento, qual seja o comparativo, tecendo comentários sobre o modo ao qual cada caso específico será abordado no âmbito jurídico.

1 OS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS QUANTO AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.1790 DO CC/02.

No direito sucessório, as diferenças existentes entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro sofreram fortes críticas nos debates travados pela doutrina. Isto porque o Código Civil de 2002 estabeleceu, em seu art. 1829, a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, iniciada pelos ascendentes, seguidos dos descendentes e cônjuge como herdeiros necessários e posteriormente os colaterais ou herdeiros facultativos. No entanto, o texto legal afirmou claramente que a divisão hereditária para o companheiro se daria de forma diversa, explanada em seu art. 1790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Tartuce (2014) destaca que essa posição hierárquica superior do casamento em relação à União estável já se dá quanto ao posicionamento do artigo 1790 na parte de Disposições Gerais da Sucessão no Código, sendo uma espécie de herdeiro especial, quando em verdade deveria estar no capítulo que traz as sucessões legítimas.

Primeiramente, mister analisar a exigência de que os bens discutidos tenham sido adquiridos onerosamente na constância da relação, sob pena de o companheiro não ter direito à meação e herança. Ou seja, este necessariamente precisa ser meeiro para ser herdeiro. Há uma diferença notável em relação ao casamento, afinal, o art. 1890, I, do CC dispõe que o cônjuge tem direito à meação em qualquer regime, exceto na separação obrigatória, e ainda concorre com os descendentes nos bens da herança, sejam eles adquiridos ao tempo do casamento ou não, salvo se casado no regime de comunhão universal e separação obrigatória ou, se casado no regime de comunhão parcial, o cônjuge tenha deixado bens particulares, concorrendo apenas nestes.

Ainda quanto a concorrência com os descendentes, cumpre salientar que o art. 1832 do referido Código traz uma reserva mínima de um quarto dos bens ao cônjuge, em sendo todos os filhos comuns, e essa não se aplica aos companheiros. Além disso, quanto aos descendentes exclusivos do de cujus, a regra que se aplica ao casamento é a divisão em quinhão igualitário entre os herdeiros, incluindo o cônjuge, enquanto para o companheiro, tendo apenas filhos do autor da herança, aquele recebe a metade do que esses receberem, fazendo com que a disparidade entre que o companheiro herda se dê em pelo menos 50% do que o cônjuge herdaria.

Tartuce (2014) critica a expressão “descendentes” utilizada pelo legislador, uma vez que esta conclui, em posição doutrinária majoritária, pela incidência dos direitos sucessórios também a outros descendentes que não os de primeiro grau, a exemplo dos netos. Assim, estes concorreriam à herança, mesmo que não houvesse representação.

Complementando o comentário, Gonçalves (2015) trouxe a aprovação do Enunciado 266, da III Jornada de Direito Civil, que tem por teor a aplicação do inciso I do artigo 1790 do CC à outros descendentes comuns entre o falecido e o companheiro além dos filhos.

Por fim, em relação aos incisos III e IV do aludido artigo, existindo ascendente e/ou colateral, o companheiro tem direito à um terço da herança, independentemente da quantidade de herdeiros e do grau de parentesco destes. Esse apenas herda os bens em sua totalidade, considerando a herança legítima, se o autor não possuir mais nenhum parente até o quarto grau. Nesse sentido:

Aqui, como se verá, a tese da inconstitucionalidade ganha reforço, inclusive deste autor, por colocar o companheiro em posição desfavorável no tocante a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social.

Ora, em alguns casos não se sabe sequer o nome de um tio-avô de um sobrinho Neto ou mesmo de um primo. Cabe esclarecer que o presente autor até é favorável a se aumentarem os graus de parentesco colateral para os fins sucessórios, mas com o objetivo de se afastar o estado, e não o companheiro, que deveria estar sempre em posição de privilégio hereditário em relação aos transversais. (TARTUCE, 2014, p. 261-262).

Em contrapartida, o art. 1837 do CC dispõe que o cônjuge não concorre com os colaterais, concorrendo apenas com os ascendentes e em quinhão igualitário, sendo estes de 1º grau em linha reta, ou tendo direito ao mínimo de metade da herança, se estes possuírem parentesco de grau maior, considerando que a herança para os ascendentes se dá por linhas paterna e materna, e não por cabeça.

Além das diferenças anteriormente destacadas, algumas controvérsias tomam forma pela doutrina. Tartuce (2014) destaca duas: a primeira em relação à totalidade da herança pelo companheiro na ausência de outros parentes, onde há divergências sobre os bens serem apenas os adquiridos na relação ou também os anteriores, tendo entendido pelo primeiro posicionamento, conforme a simetria com o caput do artigo; A segunda trata dos bens doados ao de cujus, onde se discute se o companheiro herdaria os mesmos integralmente, em respeito ao artigo 1844 do CC (visão majoritária acompanhada pelo autor) ou em concorrência com o Estado, tendo em vista o conflito entre o artigo anteriormente mencionado e o art. 1790 e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Diniz (2016) destaca ainda que na sucessão de descendentes comuns e exclusivos do de cujus não há previsão legal para dirimir os casos insurgentes, e as soluções apresentadas pela doutrina que definem a concorrência do companheiro se dividem em quatro correntes: a majoritária, que expõe todos os descendentes como comuns e privilegia o companheiro, a adotada pela autora, onde todos são tratados como exclusivos e dá-se preferência aos descendentes, a terceira, que aplica ao companheiro uma quota quando concorre com comuns e meia se concorrer com exclusivos, e a quarta, dividir os quinhões hereditários de forma proporcional aos descendentes em cada grupo e conforme as regras de cada um.

Assim, é nítida a distinção entre os institutos do casamento e da união estável quanto aos seus direitos sucessórios na previsão pelo Código Civil. Existe claramente uma posição elevada quanto aos direitos do casamento, visto que sua porcentagem da herança supera a da união estável em praticamente todas as hipóteses legais, ressalvados os casos limitados pelo próprio regime de bens adotado.

Os defensores da Constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, tais como Rodrigo da Cunha Pereira, Mário Luiz Delgado, Regina Tavares da Silva, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Sílvio de Salvo Venosa, corroboram que, apesar do prevaletimento do matrimônio comparado à união estável presente no Código, essa diferenciação seria válida e não ofenderia o disposto em Lei Maior, pois o texto constitucional protege ambas as entidades familiares sem que, contudo, possam estas serem confundidas ou igualadas. A esse respeito:

O artigo 226, § 3º tem por fim atribuir a natureza de entidade familiar à união estável, para impedir, por exemplo, que o programa Bolsa Família distribua seus benefícios somente às famílias geradas por casamento, ou que uma lei previdenciária pudesse prever um benefício somente aos cônjuges e não estendê-lo aos companheiros. Este é o significado do artigo 226, § 3º da Constituição: proibir discriminação voltada à união estável, ou seja, proibir que seja considerada “menos família” do que as famílias constituídas por casamento. A verdade é que Constituição equiparou a união estável ao casamento, mas não os igualou. Tanto que prevê a possibilidade de que aquela se converta neste no mesmo artigo 226. Entre um e outro instituto – casamento e união estável -, permanecem diferenças importantes, oriundas da forma de sua constituição e dissolução, que precisam ser respeitadas e o foram pelo Código Civil vigente. (SILVA, 2017, p. 07)

Venosa (2015) afirma ainda que não existiria tal superioridade do casamento em relação a união estável de forma absoluta, vez que está por vezes é mais vantajosa quando comparados os regimes escolhidos.

Outro ponto base para a argumentação desta tese é que, por serem institutos diferentes, devem ser tratados de maneira distinta, justamente para que não possam ser confundidos:

A união estável, aos olhos do legislador de 2002, é uma situação de fato, consagrada pela realidade social, em tudo semelhante ao casamento, mas que não obedeceu a determinadas formalidades exigidas em lei.

Por isso, a intenção da lei talvez tenha sido guindar a união estável quase ao patamar do casamento civil, mas sem incorrer no equívoco da equiparação plena, sob pena de diluir por completo as diferenças existentes entre as duas entidades familiares. (DELGADO, 2016, p. 10)

Feita a opção pela União, não é possível se utilizar desta e usufruir das garantias do casamento. Para isso, existiria a facilitação da conversão da união estável em casamento, sendo trazida pela própria Constituição:

Efetivamente, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitar sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela

legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo. (GONÇALVES, 2015, p. 196)

“É exatamente esta diferenciação que dá a possibilidade de escolha ao casal de constituir uma família, sem que o cônjuge seja necessariamente herdeiro. É esta diferença, portanto, que pode garantir a liberdade, um dos pilares de sustentação do Direito Civil”. (PEREIRA, 2016, p. 11)

Enquanto isso, os doutrinadores a favor da Inconstitucionalidade do artigo, a exemplo de Zeno Veloso, Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce e Paulo Lôbo, defendem que a disposição seria retrógrada quanto aos direitos assegurados pela própria Constituição e omissa em relação àqueles anteriormente previstos pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, como o direito real de habitação.

Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que regem o direito das famílias, que **veda o retrocesso social**. (DIAS, 2013, p. 73)

É perdidamente inconstitucional, porque trata a sucessão dentro da família constituída pela união estável como se fosse uma entidade familiar inferior, de quinta categoria. O artigo 1.790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional. Ele é o retrato vivo do preconceito e de uma visão discriminatória e distorcida a respeito das famílias constituídas informalmente. (VELOSO, 2016, p. 05)

Ainda, quanto ao argumento dado pela corrente oposta acerca da conversão em casamento, explana que deve ser respeitada a livre escolha do casal no instituto que vai reger sua relação, não sendo a conversão requisito necessário para que a união estável possa expressar seus direitos.

Inclusive, a livre escolha do casal a respeito em relação ao seu estatuto estaria comprometida justamente pelas diferentes formas legais de tratamento destes, uma vez que os direitos sucessórios do cônjuge prevalecem sobre os do companheiro em larga proporção. Haveria, portanto, uma coerção implícita quanto a escolha pela União Estável, fazendo pairar a dúvida quanto à segurança e garantia de justiça nos direitos sucessórios do companheiro.

Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em

face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra. (LÔBO, 2014, p. 151)

Baseado na ampla discussão acerca da aplicação do artigo, o STF decidiu de forma incidental, em 10/05/2017, por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC, devendo ser aplicado ao companheiro o regramento geral estabelecido pelo art. 1829 do mesmo dispositivo. O Julgamento teve repercussão geral reconhecida e se deu nos autos dos Recursos Extraordinários n° 878.694/MG e 646.721/RS, que tratavam de relações heterossexual e homossexual entre companheiros respectivamente.

Quanto à repercussão geral, notória sua justificativa. No RE 878.694/MG, o Ministro Luís Roberto Barroso se pronunciou afirmando a natureza constitucional da matéria, por estar fundamentada no princípio da isonomia e no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e sua consequente repercussão em termos sociais, devido a proteção necessária frente ao abalo emocional e financeiro que pode advir da perda familiar, e jurídicos, porque essa proteção estatal é texto constitucional disposto no art. 226 da CF. Além disso, arguiu a necessidade da repercussão por se tratar de discussão aberta a repetições e onde o Judiciário deve se posicionar de forma semelhante.

Ora, justamente por serem a União Estável e o Casamento entidades familiares cuja proteção é constitucionalmente assegurada é que surge a exigência da norma receber um tratamento que não seja alterado unicamente em um caso específico, mas sim para todos aqueles que por ela são regidos. Deve ser garantido, pelo próprio princípio da segurança jurídica, aplicação igualitária para aqueles que estejam em semelhante situação jurídica. Daí a necessidade de repercussão geral aos casos, uma vez que a questão ultrapassa a esfera pessoal e subjetiva do caso específico.

No RE 878.694/MG, a recorrente alegou em síntese que o art. 1790 seria inconstitucional por tratar de forma diferenciada e discriminatória o companheiro em relação ao cônjuge, ferindo inclusive a dignidade da pessoa humana. Já no RE n° 646.721/RS, cuja relação entre os companheiros é homoafetiva, o recorrente argumenta não havia possibilidade no CC do reconhecimento do casamento civil homoafetivo e que deve prevalecer a igualdade prevista na Constituição. Inclusive, o Ministério Público se manifestou no caso contra o recurso interposto, por entender que o Supremo,

em julgados anteriores (ADPF 132 e ADI 4277), já teria assegurado a União homoafetiva a mesma proteção estabelecida para a heteroafetiva, declarando que a Constituição previa assimetria entre a união e o casamento.

O Relator Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 646.721/RS, julgou desprovido o recurso extraordinário ao alegar, em breve síntese, a Constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, onde justificou que a própria Constituição distinguiria os institutos, pois ela prevê a facilitação da conversão da união em casamento, destacando a diferenciação deste em relação àquele, tanto nas disposições sobre sua tutela, como em termos de estabilidade.

Assim, a igualdade entre eles se limitaria ao reconhecimento de ambas como Família, ou entidade familiar, por se tratarem de institutos diversos, e qualquer entendimento acima disto descaracterizaria os institutos na forma prevista pela Lei Maior e desrespeitaria a escolha do casal quanto à constituição e aos direitos previstos para a sua relação.

Acompanhou este voto o Ministro Ricardo Lewandowski, se posicionando a favor do legislador, por entender que este foi muito claro ao estabelecer as distinções entre ambos os institutos. Havendo dúvidas razoáveis sobre o caso, deve assim prevalecer a legislação.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, que votou pelo provimento do recurso, trazendo a tona a conexão com o RE 878.694/MG, defendeu sua tese afirmando que as discussões sobre o direito de família que basearam a estrutura do Código Civil de 2002 eram anteriores a própria Constituição de 1988, e que inclusive leis mais recentes que esta (precisamente a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996) já equiparavam os regimes jurídicos dos institutos.

Daí a razão do retrocesso que o artigo 1790 do CC teria trazido ao desfavorecer a união estável em relação ao casamento. Nas palavras do Ministro: “o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, porque viola princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente e o da vedação do retrocesso”. (STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, Ministro Luís Roberto Barroso).

A disposição constitucional sobre a conversão da união em casamento visaria apenas oferecer maior segurança jurídica à relação, e não o estabelecimento de uma hierarquia entre os institutos, por se tratar o casamento de contrato formal que facilita o seu reconhecimento, enquanto que a União estável,

como relação de fato, por vezes necessita de outros meios de comprovação. Portanto, entendeu o Ministro que a diferenciação dos regimes prevista no CC fere os termos da Constituição vigente, devendo ser aplicado a ambos o art. 1829 do Código Civil de 2002.

Destacou também que no caso em análise ainda não era reconhecido o casamento entre casais homossexuais, visto que o companheiro conviveu com o de cujus por mais de 40 anos, razão pela qual o instituto não poderia sequer ser considerado uma opção de constituição familiar para o casal. O voto foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

Os efeitos da decisão e a extensão da igualdade abarcada pela declaração de inconstitucionalidade do artigo serão discutidos no tópico seguinte, onde será feita uma análise acerca dos entendimentos e aplicações, principalmente as jurisprudenciais, da Decisão do Supremo Tribunal Federal.

2 EFEITOS DA DECISÃO: ATÉ ONDE SE ESTENDE A IGUALDADE ENTRE OS INSTITUTOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL?

Em termos constitucionais, quanto aos efeitos da Decisão, os Ministros entenderam por aplicar a inconstitucionalidade de forma incidental. Por se tratar de controle de constitucionalidade difuso, o efeito seria em regra inter partes e *ex-tunc*. Entretanto, dado o sistema de repercussão geral, o julgado tem um teor persuasivo, devendo ser utilizado como precedente para fundamentar decisões em tribunais inferiores, bem como possui efeito vinculante para, além dos órgãos judiciários, a Administração Pública direta e indireta. Pode-se dizer que houve modulação dos efeitos de forma implícita, sendo o efeito *ex-nunc*, não atingindo as partilhas já realizadas judicialmente e nem as registradas em cartório. Neste sentido, Tartuce destaca:

Em suma, a tese da repercussão geral aplica-se, sim, aos processos de inventário em curso, desde que não haja decisão transitada em julgado sem pendência de recurso. Por outra via, em havendo sentença ou acórdão aplicando o art. 1.790 da codificação material, esse deve ser revisto em superior instância, com a subsunção do art. 1829 do Código Civil. Em relação aos inventários extrajudiciais pendentes, as escrituras públicas devem ser elaboradas com o novo tratamento dado pela nossa Corte Máxima. Em todos esses casos, as afirmações valem desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003, conforme determina o art. 2041 do Código Civil de 2002, *in verbis*: "as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (artigos 1829 à 1844) não se aplicam à sucessão aberta

antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916)". (TARTUCE, 2017, p. 02)

Assim, é certo que os tribunais devem respeitar o posicionamento adotado pelo STF e aplicá-lo efetivamente em qualquer julgado posterior. A esse respeito, o STJ já abordou a questão:

Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a diferenciação dos regimes jurídicos sucessórios entre o casamento e a união estável. [...] A tese fixada pela Corte Suprema em ambos os casos ficou assim sintetizada: "(...) No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/02". [...] Havendo, portanto, respaldo na jurisprudência do Supremo, não há justo motivo para o descrímen. (STJ, Recurso Especial n. 1.332.773-MS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva)

Tem-se, portanto, a exclusão da hierarquização e superioridade do Casamento à União Estável, aplicando-se ao companheiro todos os direitos sucessórios previstos ao cônjuge pelo art. 1829, como a concorrência nos bens da herança, ainda que anteriores a relação, a reserva de um quarto em se tratando de filhos comuns e quinhão igualitário sendo apenas descendentes exclusivos, e concorrendo com os ascendentes mais próximos em quinhão igualitário ou com os mais remotos em pelo menos metade dos bens.

Sem dúvidas, um dos maiores avanços se deu na exclusão da concorrência com os colaterais, dispositivo que era amplamente criticado. Inclusive, o STJ também já se pronunciou sobre esse ponto: "Parentes colaterais não são legitimados ativos para a ação de anulação de adoção proposta após o falecimento do adotante, em virtude da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil declarada pelo Supremo Tribunal Federal". (STJ, Recurso Especial n. 1.337.420-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão)

Em relação às controvérsias destacadas no tópico anterior, com a inaplicabilidade do art. 1790, os questionamentos também são sanados. Na ausência de outros parentes, o companheiro herda o patrimônio total deixado pelo de cujus. Quanto aos bens doados a este em vida, torna-se pacífico igualmente o entendimento de que o cônjuge tem direito à herança integral desses, sem concorrência com o Estado.

Ainda, quanto a concorrência simultânea com filhos comuns e exclusivos, ao companheiro é aplicada mesma quota do cônjuge. Apesar da lacuna legal sobre essa hipótese específica, Diniz (2016) traz que a interpretação vigorante aplica o princípio da igualdade entre os filhos, previsto na LINDB,

ao caso. Dessa forma, o cônjuge não tem a reserva de um quarto prevista, recebendo quinhão igual aos filhos, considerando todos como exclusivos. Expressa ainda que está já era posição adotada na V Jornada de Direito Civil, pelo Enunciado n. 526 do Conselho da Justiça Federal. A questão ainda não está pacificada.

Porém, as incertezas que se insurgem dizem respeito a mensuração dessa aplicação, vez que não foram impostos limites ou termos explícitos de igualdade entre os institutos do casamento e da União Estável. Faz-se menção apenas a aplicação do art. 1829 do CC, que trata da sucessão hereditária legítima, aplicada originalmente aos herdeiros necessários e aos colaterais.

A primeira indagação se dá em torno da classificação do Companheiro: seria este herdeiro legítimo ou necessário? Em verdade, a este foi aplicado o art. 1829, mas é o artigo 1845 que define como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Assim, o posicionamento não estava expresso. Na publicação da decisão do Supremo nos autos do RE 646.721/RS, em 11 de setembro de 2017, foi declarado que o companheiro não é herdeiro necessário, tendo o IBDFAM, que atua no caso como *amicus curiae*, interposto embargos de declaração à mesma. O STF ainda não se manifestou sobre estes.

É notável que a discussão acerca da inconstitucionalidade paira sobre a desigualdade existente entre o cônjuge e companheiro, e nela se inclui o fato deste não ser considerado herdeiro necessário, trazendo questionamentos quanto a validade da aplicação do art. 1829.

“O companheiro da União Estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro **legítimo** e não herdeiro necessário (CC 1.790). Como herdeiro **facultativo** pode imotivadamente ser excluído da sucessão (CC 1.850)”. (DIAS, 2013, p. 76).

Como seria possível garantir igualdade aos direitos por ambos (cônjuge e companheiro) adquiridos se um deles, o companheiro, pode ser excluído da herança por testamento fora das hipóteses legalmente previstas de deserdação ou indignidade?

Por um lado, o cônjuge pode receber, de acordo com o art. 1.849 do CC, patrimônio da parte disponível do testador, além de ter garantida a legítima, justamente por ser herdeiro necessário. Por outro lado, conforme destacado pelo voto do Ministro Marco Aurélio “Existindo herdeiros necessários, é possível testar 50% do patrimônio. Não havendo, embora presente pessoa

que inicialmente herdaria, pode-se dispor, em vida, de 100% do patrimônio. Em síntese, nada impede que venham os companheiros a prover benefícios maiores do que os assegurados em Lei, para o caso de falecimento”. (STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, Relator Ministro Marco Aurélio).

Mais uma vez, a casuística se forma, pois ao não considerar o companheiro herdeiro necessário, mas equipará-lo ao cônjuge, admite-se que aquele além de não mais concorrer com os outros herdeiros legítimos (colaterais), se sobreponha aos descendentes e ascendentes, que antes disputavam uma proporção maior, justamente por ser o companheiro herdeiro legítimo, e mesmo assim, possa ainda não ter garantidos os seus direitos, tendo em vista a hipótese de exclusão. A solução não parece justa a nenhum dos institutos.

Qual o sentido de permitir ao companheiro os mesmos direitos do cônjuge e não o considerar necessário? A questão ainda deve ser debatida pela Jurisprudência. Por enquanto, conclui-se que o companheiro é herdeiro legítimo, aplicando a ele as disposições referentes a esta classificação, acrescidas dos direitos previstos pelo art. 1829 do CC.

Outro ponto relevante sobre a igualdade entre os institutos diz respeito ao caso de concorrência na herança entre cônjuge e companheiro, isto é, quando o falecido conviveu com o cônjuge e posteriormente com o companheiro, de forma não simultânea.

Anteriormente, prevalecia o entendimento de que o cônjuge separado de fato há mais de dois anos quando da morte do de cujus não mais poderia concorrer a herança do mesmo. No entanto, antes desse lapso temporal, a concorrência com o companheiro, acaso já constituído, seria possível.

As formas encontradas para resolver esta segunda situação se davam tendo por base o fato do companheiro herdar apenas o que fosse adquirido na constância da união estável. Gonçalves (2015) destaca três soluções dadas pela doutrina: a primeira trazia o companheiro como herdeiro do patrimônio comum do casal, cabendo ao cônjuge os bens adquiridos anteriormente ao reconhecimento da união, a segunda seria a divisão salomônica, cabendo a cada um metade da totalidade da herança, e a terceira seria a entrega de apenas um terço dos bens auferidos durante a união estável ao companheiro. Tartuce (2014) adiciona ainda uma quarta corrente, que destinava todo o patrimônio ao companheiro.

A partir disso, é possível extrair duas conclusões: De maneira inarredável, com a aplicação do art. 1829 ao companheiro, em igualdade com o cônjuge, a primeira e terceira corrente não poderiam mais ser aplicadas. Isto porque

ambos concorrerem na totalidade dos bens, não só nos adquiridos na constância da relação, e apenas com os herdeiros necessários. Logo, as teorias da divisão salomônica e a destinação total ao companheiro poderiam ainda ser adotadas, em moldes semelhantes à anterioridade da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil.

Percebe-se que, em ambos os casos, ainda não há como se falar em igualdade plena entre o companheiro e o cônjuge, pois, apesar de regidos pela mesma norma, não se pode concluir que a interpretação que conceder metade do patrimônio ao companheiro ou a que lhe der a completude dos bens sejam sequer semelhantes.

Por fim, a extensão da igualdade entre os cônjuges e os companheiros ainda pode ser questionada quanto às causas impeditivas e suspensivas do casamento, previstas respectivamente nos arts. 1521 e 1523 do Código Civil, e que, em regra, não se aplicam a União Estável. Seria possível que o casal estabelecesse uma união estável nestes casos como forma de burlar a legislação para garantir sua validade e conseqüentemente direitos sucessórios?

Em relação às causas suspensivas, o problema é amenizado pelo fato da norma não tipificar essa relação como proibida, mas apenas como não aconselhável. De qualquer maneira, essa disposição se dá justamente por trazer, ressalvada a hipótese de gravidez, uma confusão patrimonial ligada ao inventário e partilha ainda não realizadas dos bens do falecido. Já quando há o impedimento para se casar, o caso se agrava, pois trata-se de causa de nulidade do matrimônio, em regra com efeito ex tunc (retroativo), assim prevista para não ferir os ideais de ética familiar e da concepção de família trazida pela própria constituição.

Entende a doutrina e a jurisprudência pela aplicação ao companheiro apenas das causas impeditivas do casamento, excluindo-se a hipótese da pessoa somente separada de fato e as causas suspensivas. Importante ressaltar que isto não é pacificado, uma vez que não foi editada súmula vinculante sobre o assunto. Quanto aos efeitos da aplicação, dispõe Lobo:

A boa-fé perdura até que haja decretação da ineficácia ou desconstituição da união estável. Nesta hipótese não se cogita de invalidade (nulidade ou anulabilidade) porque a união estável é situação de fato à qual o direito atribui eficácia jurídica (ato-fato jurídico). [...] Se apenas um dos companheiros uniu-se em boa-fé, desconhecendo o fato obstativo, os efeitos civis, inclusive os sucessórios, só a ele aproveitam. Os efeitos da desconstituição retroagem em relação ao companheiro de má-fé, como se união estável não tivesse havido. (LOBO, 2014, p. 155-156)

Ainda assim, na hipótese de aplicar os efeitos da nulidade à união de má-fé, o problema reside justamente na sua comprovação. Sendo a união estável uma relação mais branda, que não passa pelo processo de habilitação como o casamento, é mais difícil verificar ou anteceder causas de invalidade. Porém, mesmo quando presentes, não há como limitar seu alcance sem previsão legal para tanto.

Conseqüentemente, ao não enquadrar o companheiro nas hipóteses previstas pelo Código, posteriormente isso geraria efeitos para além do tempo de convivência, na mesma proporção que ofereceria o matrimônio. A desigualdade, portanto, se daria em relação ao cônjuge, uma vez que a união atuaria como escapatória para estes benefícios.

Se antes a preocupação da doutrina e jurisprudência se dava no sentido de não respeitar a livre escolha do casal pelo instituto que o regeria, tendo em vista a disparidade de garantias do casamento em relação à união estável, agora os papéis se invertem: aqueles que não visualizam maneiras de validar seu casamento, optam pela união estável para evitar a perda de direitos. A igualdade proposta perderia, então, seu objeto.

Resta apenas a problemática desenvolvida pelo próximo tópico: Dados os termos de igualdade entre os institutos, quais os motivos que levam um casal a optar pelo matrimônio e o que o diferencia atualmente da união estável.

3 AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS PRÁTICAS ENTRE OS INSTITUTOS E A IMPORTÂNCIA ATUAL DO CASAMENTO: QUAL A RAZÃO PARA SE CASAR?

A declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil traz consideráveis mudanças para o companheiro, mas implicitamente também afeta o cônjuge. Ao tratar, em termos sucessórios, cônjuge e companheiro como iguais, dentro dos limites de igualdade anteriormente discutidos, é necessário tecer comentários acerca dos institutos, principalmente sobre o que os diferencia, uma vez que a aplicação da mesma norma a ambos não resulta na unidade ou indistinção entre os institutos, atestando assim a validade do casamento e demonstrando a razão pela qual este ainda se mostra forma única de constituição familiar.

Em termos de semelhanças, além dos pontos já destacados com a aplicação do art. 1829 do CC ao companheiro, dentro do ramo sucessório é importante destacar que para ambos se aplica o direito real de habitação, que consiste na possibilidade do cônjuge/ companheiro continuar residindo no imóvel em

que convivia com o de cujus, independentemente da quota hereditária que lhe pertença.

O art. 1831 do Código Civil dispõe que o direito é previsto ao cônjuge referindo-se apenas àquele imóvel destinado à residência familiar, sem maiores ressalvas. Já o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, traz o mesmo direito aos companheiros, limitando estes a condição de não contrair nova união ou casamento para mantê-lo, restrição que não é prevista pelo Código.

Complementando este pensamento, Venosa (2015) afirma ser possível a aplicação do direito real de habitação inclusive quando o de cujus faleceu apenas separado de fato, mas que a Lei 9.278/96 não traz restrições sobre a situação do companheiro sobrevivente.

Era entendimento adotado pela doutrina e jurisprudência a aplicação do disposto na Lei 9.278/96 para o companheiro, pois com a publicação e entrada em vigor do Código Civil de 2002, que não aborda a questão, não houve a revogação expressa da lei anterior do ordenamento, e esta continuou a complementar o novo Código. Gonçalves (2015) traz que está também foi a conclusão do Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil.

Tartuce (2017) destaca que, devido ao silêncio do STF a respeito do tema, não se sabe ainda se o companheiro terá esse direito assegurado pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996 ou nos termos do art. 1831 do Código Civil, em equiparação ao cônjuge, cabendo sua resolução pela doutrina e jurisprudência.

Entretanto, o que mais afirma a identidade de cada instituto são suas diferenças. No ramo sucessório elas são mais sutis, já que prevalece, a partir do julgado do STF, o entendimento de que a Constituição não comporta hierarquização e desproporção de regimes sucessórios entre o casamento e a união estável. Já no direito de família as divergências surgem com maior vigor, pois estão no seu conceito, constituição, elementos e dissolução. Interessa no presente trabalho tratar das normas de formalidade, sobre as quais discorre Tartuce:

A propósito, surge corrente respeitável, encabeçada por Anderson Schreiber e outros, no sentido de haver equiparação somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas a existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para ação de alteração do

regime de bens do casamento (art. 1639, § 2º do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total. (TARTUCE, 2017, p.03)

Inicialmente, a importância do casamento é demonstrada de duas formas no ponto da existência formal: pela sua constituição e comprovação. Para o casamento ser constituído, necessária primeiramente a habilitação dos nubentes, descrita por Diniz (2014) como o processo estabelecido perante o oficial do Registro Civil, onde o casal apresenta o rol de documentos especificados pelo art. 1525 do CC e o oficial afixa durante 15 dias os proclamas de casamento, para que sejam apresentados impedimentos ao matrimônio. Não o sendo, estão os mesmos habilitados dentro dos 90 dias previstos pelos arts. 1531 e 1532 do CC.

A união estável não passa por esse procedimento prévio, permitindo inclusive que pessoas apenas separadas de fato estabeleçam união. O casamento, portanto, oferece uma maior garantia e estabilidade, uma vez que certamente impede que uma pessoa mantenha dois casamentos simultâneos, inclusive por se tratar do crime de bigamia, tipificado pelo art. 235 do Código Penal. Não existe nenhuma disposição legal que impeça alguém de estabelecer uniões estáveis plúrimas, que causam grandes conflitos patrimoniais, especialmente nos casos em que um deles era casado sem que o companheiro soubesse, e se apresentam com massiva repetição no judiciário.

Ademais, o casamento celebra-se publicamente, em cerimônia formal e solene, da qual participa autoridade competente, responsável por declarar os nubentes casados. Não existe cerimônia que declare o início da união estável. Apesar de ser possível efetivar a união estável em cartório ainda durante sua vigência, é costume no Brasil apenas procurar reconhecer a união quando esta se extingue, através da ação de reconhecimento e dissolução de união estável.

Existe inclusive, a possibilidade de casamento de brasileiro com estrangeiro perante um cônsul dos dois países, dentro ou fora do consulado, conforme dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro - LINDB. É regra dentro do direito internacional a possibilidade de aquisição de nacionalidade em país estrangeiro através do casamento. Nada impede que um brasileiro se torne companheiro de um estrangeiro, mas a união não é capaz de garantir ao mesmo a dupla nacionalidade, além de dificultar pela lei estrangeira o reconhecimento dos direitos sucessórios caso um deles venha a falecer.

Quanto à comprovação das relações, a prova do casamento se dá de forma incontestável com a certidão do registro, de acordo com o art. 1543 do Código Civil. Em caso de perda ou impossibilidade de apresentação da mesma, outros meios são aceitos, uma vez que o próprio Código traz, no parágrafo único do referido dispositivo, que é admissível qualquer outro tipo de prova.

Venosa (2015) comenta que a prova pode também ser feita através de sentença em processo com este objeto, e que essa se inicia com a comprovação do denominado estado de casado, onde o casal é reconhecido como marido e mulher no meio social a que pertencem, devendo ser complementada por outros documentos. In verbis:

A lei não define esse Instituto. O casal deve ter um comportamento social, público e notório, de marido e mulher, assim se tratando reciprocamente. Quem assim se comporta, presumivelmente encontra-se no estado de casado. No entanto, a prova cada vez mais deve ser vista com restrições, porque a união estável, com mais ou menos profundidade, também traduz a posse de estado nesse sentido. Casamento não se presume. Impõe-se, nesse sentido, que se prove que efetivamente ocorreu a celebração do casamento, sob pena de se abrir margem a fraudes. (VENOSA, 2015, p. 108)

Desta maneira, o casamento tem uma maior segurança e facilidade no momento de seu reconhecimento, vez que pode ser atestada simplesmente pela apresentação de documento formal. Por este motivo, também, é que o casamento é considerado instituto formal. Nas palavras do Ministro Roberto Barroso:

Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável. O casamento é um instituto formal, solene, e permite às partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência. Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. (STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, Ministro Luís Roberto Barroso).

Esse elemento específico, o objetivo de constituir família, é o diferencial da união estável em relação a outras, daí porque é outro alvo bastante criticado. Ora, trata-se de elemento extremamente subjetivo, que pode ser contraditado

facilmente por testemunhas, especialmente se estas forem herdeiras. Além disso, apresenta dificuldades até para o próprio casal, acaso esteja apenas em um namoro qualificado (denominação dada a relação pública, contínua e duradoura, mas sem o animus de constituição familiar), em proteger seu patrimônio.

Atualmente, não são poucos os casais de namorados que residem juntos, que têm longos namoros, que participam intensamente da vida social e familiar um do outro e que compartilham, inclusive, contas bancárias e cartões de crédito. [...] A insegurança jurídica é tão grande na caracterização da união estável, na sua diferenciação em relação ao namoro, que muitos Órgãos Públicos e Bancos exigem a declaração de união estável feita por escritura pública para garantir um mínimo de segurança quanto à existência da sociedade de fato. (FISCHER, 2017, p.02)

A reforma quanto aos elementos da união estável, que não mais demandam a residência conjunta ou tempo mínimo de convivência, dificultam ainda mais a diferenciação entre a efetiva união ou a mera expectativa futura desta. Destaca-se, portanto, o papel efetivo do casamento, para afirmar com clareza a escolha pela relação e pelos objetivos, direitos e deveres dela decorrentes.

O presente trabalho não tem por escopo tratar o casamento como a melhor escolha ou trazer qualquer tendenciamento à autonomia da vontade do casal na seleção de seu instituto. Objetiva-se aqui, apenas, comparar elementos de cada um destes e destacar as razões pelas quais o casamento não há de ser confundido com a união estável. Os elementos de constituição e comprovação da união estável são diferentes, mas não por isso inferiores aos do casamento. Naturalmente, uma união de fato, como em qualquer outro ramo civil, necessita de maior comprovação para ser atestada que uma formal, mas isso não a torna menos real ou digna, razão pela qual assiste a ela o respeito aos seus direitos.

O segundo ponto dentre as normas de formalidade diz respeito a ação de alteração de regime de bens do casamento. É cediço que, por vezes, o casal necessita mudar o regime de bens por eles escolhido quando da celebração do matrimônio, como para contratarem uma sociedade entre si, por exemplo. Para estes casos, o art. 1639 do CC dispõe, em seu § 2º, serem indispensáveis o requerimento dos cônjuges, com a devida motivação, e a autorização da autoridade competente, ressalvados os direitos que couberem a terceiros.

A escolha do regime de bens pode se dá tanto no casamento, através do pacto antenupcial, como na união estável, pelo contrato de convivência, apesar destes recursos serem praticamente inutilizados na realidade brasileira. Em regra, quando não adotado anteriormente um destes regimes, aplica-se a

ambos o regime da comunhão parcial. No entanto, as proibições expressas no Código, como a sociedade conjunta e a venda sem outorga, que será discutida mais a frente, são aplicadas apenas ao cônjuge, não ao companheiro.

Logo, presume-se que os companheiros não necessitam de mudanças no regime, dada a oportunidade anterior de escolha deste, e o fato de que concorriam apenas no patrimônio comum do casal. Além disso, como destacado anteriormente, a maioria das uniões são reconhecidas apenas após o seu término, do que é possível deduzir a razão pela qual o próprio legislador não cogitou a entrada do companheiro neste dispositivo. Não que este tenha sido o entendimento mais feliz.

Assim, da forma como a legislação é apresentada atualmente, somente teria legitimidade ativa para interpor uma ação de alteração de regime de bens aquele que estabelecesse matrimônio, até porque, dentro das disposições do Código, é o único que teria motivo razoável para tanto, o que não deixa de ser uma vantagem.

Finalmente, o terceiro ponto diz respeito a outorga conjugal, abordada expressamente pelo Código Civil em seus arts. 978, 1418 e 1647 a 1650. Em suma, trata-se da anuência do cônjuge, entre outras hipóteses como doação, para a venda de imóvel, não importando se foi adquirido anteriormente ao matrimônio ou se está registrado em nome de apenas um dos cônjuges. Sua ausência causa anulabilidade do ato, a ser pleiteada pelo próprio cônjuge ou seus herdeiros, em até dois anos da dissolução do matrimônio. Essa outorga pode ser suprimida judicialmente, na impossibilidade ou negativa imotivada do cônjuge.

Em relação aos direitos sucessórios do cônjuge, a aplicabilidade e importância do instituto é extremamente clara, uma vez que impede que seu patrimônio seja atingido indevidamente. A vida em comunhão demanda confiança e partilha, e isso inclui os bens que os cercam, inclusive aqueles adquiridos antes do matrimônio. O desfazimento de algum deles exige o conhecimento e concordância por aquele que também os usufrui. O mesmo direito não é previsto ao companheiro.

A falta de previsão determinando que os conviventes assim se qualifiquem pode gerar insegurança jurídica e acarretar prejuízos ao parceiro e a terceiros de boa-fé. Basta figurar a hipótese de um dos companheiros vender bem adquirido durante a união, mas que se encontre registrado somente em seu nome. Como o vendedor não precisa informar que vive em união estável, o adquirente não tem como saber que a propriedade não é exclusiva do

alienante. O fato de não constar do título de propriedade a condição de coproprietário do companheiro não exclui o seu direito à metade do bem. [...]A saída é manter o negócio e assegurar ao companheiro prejudicado direito indenizatório. Indenização, no mais das vezes, difícil de cobrar. (DIAS, 2013, p. 74-75).

Este é, portanto, outro benefício ofertado ao cônjuge sem respaldo para o companheiro. Diferentemente do que foi dito anteriormente quanto ao primeiro ponto, os dois últimos devem ser questionados, pois as diferenças por eles trazidas geram, sim, desigualdades entre o companheiro e o cônjuge, pois é negado ao primeiro aquilo que assiste ao segundo, e não apenas argumentado de maneira diferenciada.

É possível haver, dentro das peculiaridades do direito de família, a garantia da existência do casamento como instituição única, não se confundindo com a união estável, sem a necessidade de negar direitos ao companheiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde 2002, com a publicação do Código Civil, há uma discussão pela doutrina e jurisprudência acerca da inconstitucionalidade das disposições sobre os direitos sucessórios do companheiro, pois este era tido como inferior ao cônjuge. Isto porque havia desigualdade nas garantias asseguradas entre eles, uma vez que aquele possuía quinhão hereditário menor que o do cônjuge em todas as hipóteses, e ainda concorria com os parentes sucessíveis (colaterais). Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, supera-se um debate para se iniciar outro: a extensão da igualdade proposta.

A aplicação do art. 1829 foi fundamental para equiparar os direitos básicos da sucessão, corrigindo desigualdades históricas que davam maior importância ao casamento do que à união estável. Ainda, através do dispositivo foi possível sanar as controvérsias quanto a herança total destinada ao companheiro na ausência de outros parentes, inclusive nos bens doados ao de cujus. Excluiu-se qualquer possibilidade de concorrência desse com o Estado, a quem deve se destinar apenas a herança jacente e vacante. Neste ponto, estima-se que a igualdade entre os institutos realmente foi alcançada, e o companheiro na união estável passa a ter uma divisão que traduz equidade para sua forma de constituição familiar, como deve ser destacado por futuros julgados, tendo em vista a modulação dos efeitos da decisão para além dos casos que geraram a análise da igualdade.

Importante também lembrar que os efeitos da decisão do STF se aplicam somente a relacionamentos anteriores ao julgamento que ainda estejam em trâmite, sem sentença transitada em julgado, e não para aqueles que já

concluíram judicialmente suas partilhas ou registraram as mesmas em cartório.

Porém, novas críticas surgiram quanto às questões que ameaçam a garantia desses direitos, mecanismos que se mantiveram inalterados, como a classificação do companheiro como herdeiro legítimo, podendo ser facilmente excluído da herança, a concorrência com o cônjuge na totalidade dos bens e, de maneira reversa, a ausência de posicionamento sobre a aplicação dos impedimentos e causas suspensivas do casamento na união estável, que cria uma instabilidade na escolha do casal pelo instituto que os rege.

Ainda, há uma discussão acerca da liberdade dessa escolha e a interferência estatal na decisão, considerada indevida pelos autores que defendiam como constitucional o art. 1790 do Código Civil, por esta ter retirado a opção de constituir uma família sem atribuir ao parceiro os mesmos direitos do casamento, passando o Estado a regular uma relação que deveria ser livre.

No entanto, a interferência foi necessária para equiparar a norma à realidade social, uma vez que a maioria dos casais que optam pela união estável não o faz com o intuito de diferenciar os direitos de seu companheiro, os menos esclarecidos então nem tem conhecimento desse efeito quando fazem sua escolha, mas sim constituir uma família sem ter que passar pela burocracia que o casamento exige. O Estado não retirou a liberdade de escolha, pois os institutos ainda mantêm suas peculiaridades, apenas garantiu para esta paridade de direitos sucessórios, desconstruindo a ideia de um instituto superior ao outro.

Percebe-se, portanto, que apenas a exclusão do art. 1790 do ordenamento jurídico, seguido da aplicação do art. 1829 à sucessão da União Estável, não é suficiente para trazer uma igualdade efetiva entre os institutos, uma vez que vários questionamentos foram deixados em aberto e necessitam da devida atenção dos Tribunais Superiores para serem pacificados.

O artigo abordou ainda diferenças conduzidas pelo direito de família, denominadas normas de formalidade, que demonstram a importância do casamento. O primeiro ponto conduz elementos de constituição e comprovação de cada instituto. Já o segundo e terceiro, que falam da ação de alteração do regime de bens do casamento e a outorga conjugal, sofreram críticas, pois tratam de forma desigual o companheiro ao não prever a eles os mesmos direitos.

Não é necessária a equiparação total dos dois tipos de constituição familiar para que sejam sanadas as disparidades discutidas. Em verdade, essa era a maior preocupação dos Ministros no julgamento: resolver as desigualdades entre os institutos sem eliminar as diferenças características de cada um, sob pena de criar uma mescla que os tornassem indissociáveis.

Destarte, o tratamento igualitário é necessário, mas para isso as normas que dispõem sobre estes assuntos necessitam de reformulação, contraditando apenas as desigualdades nos institutos, não suas diferenças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 setembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.332.773-MS. Recorrente: Sônia Regina Franco Teodoro. Recorrido: Antonio Pereira de Brito - Espólio e Município de Ribas do Rio Pardo. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=37313521&num_registro=201201396745&data=20170801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.337.420-RS. Recorrente: A C J C (menor). Recorrido: A C e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 de agosto de 2017. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76650188&num_registro=201201621135&data=20170921&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 878.694/MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 16 de abril de 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**, Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+878694%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+878694%2EPRCR%2E%29&base=>

baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pey8s55>. Acesso em: 19 setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721/RS. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+646721%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+646721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8req8e>>. Acesso em: 19 setembro de 2017.

DELGADO, M. L. **Sucessão e união estável após o julgamento do STF**. *Revista IBDFAM*, Minas Gerais, n.28, p. 10, 2016.

DIAS, M. B. **Manual das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, J. F. B. **A constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil: Porque equiparar o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge vai gerar um caos jurídico**. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODkxMA==>> Acesso em: 22 outubro de 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, v. 7. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, P. **Direito Civil: sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, R. D. C. **União Estável e Casamento: o paradoxo da equiparação**. *Revista IBDFAM*, Minas Gerais, n.28, p. 11, 2016.

SILVA, R. B. T. D. **O afeto será prejudicado pelo STF**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/>> Acesso em: 31 outubro de 2017.

TARTUCE, F. **Direito Civil, v. 6: direito das sucessões**. 7 ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, F. **STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/%20Fl%C3%A1vio%20Tartuce>> Acesso em: 22 outubro de 2017.

VELOSO, Z. **O Artigo 1.790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional.** [Editorial]. *Revista IBDFAM*. n.28, p. 5-6, ago./set., 2016.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil:** direito das sucessões. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil:** direito de família. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.