II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

IARA PEREIRA RIBEIRO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Iara Pereira Ribeiro; Rogério Luiz Nery da Silva; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-244-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O II Encontro Virtual do CONPEDI ocorreu entre os dias 2 a 8 de dezembro de 2020, proporcionando aos pesquisadores da seara jurídica o intercâmbio de conhecimento científico acerca de temas relacionados ao direito das famílias, bem como do direito sucessório.

O CONPEDI é considerado um dos eventos mais relevantes na área da pesquisa cientifica jurídica de pós graduação, visto que é responsável em viabilizar que os inúmeros programas de mestrado e doutorado apresentem as suas pesquisas acerca de temas atuais e controvertidos.

O grupo de trabalhos “Direito de Família e das Sucessões”, ao qual participamos como coordenadores, contou com a participação de experientes pesquisadores acerca do direito das famílias, bem como do direito sucessório.

Foram discutidos inicialmente vários temas, como por exemplo: a eficácia ou ineficácia da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia da COVID-19; a aplicabilidade do instituto da Tomada de Decisão Apoiada no nosso ordenamento; a violação do direito à imagem das crianças e dos adolescentes, frente as novas tecnologias; as mudanças constitucionais acerca do conceito de família; a aplicabilidade da técnica de constelação familiar nos conflitos oriundos da alienação parental, fenômeno que ocorre rotineiramente devido ao péssimo relacionamento dos pais; o reconhecimento da filiação sócio afetiva de pais homoafetivos; a reserva do patrimônio como uma forma de redimensionar a legítima sob o enfoque da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento foi analisada a aplicabilidade do princípio da afetividade na Jurisprudência do STF; os aspectos frágeis da memória humana no Direito Processual das Famílias, em especial nas provas dependentes da memória; as mudanças quanto a incapacidade absoluta e a possibilidade de desproteção daqueles que não possuem nenhuma capacidade de exprimir sua vontade; a equiparação da união estável ao casamento; a ausência de previsão legal no tocante aos atos praticados pelo inventariante no curso do inventário

extrajudicial; a judicialização das demandas de vacinação em crianças e adolescentes como a busca pela efetivação do melhor interesse e proteção integral; a análise da (im)possibilidade do filho adotado requerer o reconhecimento da parentalidade biológica.

Posteriormente, foi abordada a diferenciação entre o namoro qualificado e a união estável; o direito ao nome do pai socioafetivo no registro; a evolução da jurisprudência acerca da adoção homoafetiva em nosso país; os efeitos da pandemia no direito sucessório por meio do testamento em tempos de isolamento social e a evolução tecnológica; a análise da reprodução humana assistida enquanto mecanismo de exercício do planejamento familiar; o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução humana assistida post mortem; a responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo e por fim o exame dos aspectos gerais da disciplina normativa da sucessão testamentária.

Deste modo, a partir da seleção dos trabalhos acima elencados, percebe-se a seriedade e o compromisso deste congresso científico em trabalhar temas a respeito dos desafios que as pessoas enfrentam no âmbito do direito de família.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva

Profa. Dra. Iara Pereira Ribeiro

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UNIÃO ESTÁVEL: BREVE ANÁLISE SOBRE A GRADUAL EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO

MARRIAGE AND STABLE UNION: A BRIEF ANALYSIS ON THE GRADUAL EQUIPMENT OF INSTITUTES

Rozane Da Rosa Cachapuz [1]
Ana Paula Nacke Paulino [2]

Resumo

A união informal, sob a denominação de concubinato, já foi aceita, tolerada e rechaçada ao longo do tempo. Reconhecida pela Constituição Federal de 1988, a união estável é uma das principais formas de família no Brasil, mas o ordenamento, com o intuito de proteção, vem engessando suas regras. Assim, através do método dedutivo, com levantamento de bibliografia e legislação, observou-se que, com o reconhecimento da união estável e seu gradual regramento, ganha contorno de casamento, perdendo aos poucos a sua natureza informal para amarrar-se aos formalismos do matrimônio, tolhendo a autonomia da vontade das partes.

Palavras-chave: Casamento, Concubinato, Família, União estável, União informal

Abstract/Resumen/Résumé

The informal union, the concubinage, has already been accepted, tolerated and rejected over time. Recognized by the Federal Constitution of 1988, the stable union is one of the main forms of family, but the order, with the purpose of protection, has been blocking its rules. Thus, through the deductive method, with a survey of bibliography and legislation, it was observed that, with the recognition of the stable union and its gradual regulation, it gains the outline of marriage, gradually losing its informal nature to tie itself to the formalities of marriage , hindering the autonomy of the parties' will.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Concubinage, Family, Stable union, Informal union

[1] Doutora em Direito Internacional, ênfase em Direito de Família pela PUC-SP. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Acesso à Justiça no Direito das Famílias, do Mestrado da UEL. E-mail: rozane_cachapuz@hotmail.com

[2] Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa “Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias”, da UEL. E-mail: anapaulanacke@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alargou a concepção de família, reconhecendo expressamente, além do casamento, a família oriunda da união estável e a família monoparental.

Mas as famílias formadas pela união informal remontam à antiguidade, e existiam no Brasil muito tempo antes do reconhecimento constitucional, exigindo amparo do judiciário em diversas situações.

No decorrer do tempo, a união estável, instituto que tem por natureza a informalidade, vem sendo gradualmente regulamentada.

Com o intuito de proteger a família como instituição e os direitos de seus membros, especialmente os hipossuficientes, o Estado vem equiparando à união estável ao casamento em praticamente todos os aspectos, ferindo assim a essência do instituto.

2 OBJETIVOS

Traçar-se-á, em linhas gerais, a gradual equiparação normativa do instituto da união estável ao casamento, engessamento que leva esta estrutura familiar a perder uma de suas principais características, a informalidade, ferindo muitos vezes a autonomia de vontade das partes.

3 MÉTODO E TÉCNICAS DE PESQUISA

Através do método dedutivo, utilizando pesquisa explicativa, pelo procedimento monográfico de levantamento de literatura, pesquisas em fontes bibliográficas, artigos científicos e jurisprudência, apresenta-se o instituto da união estável e sua gradual regulamentação pelo ordenamento jurídico, estabelecendo-se um paralelo entre este instituto e o casamento, analisando-se a atual equiparação entre as duas espécies de família.

4 UNIÃO ESTÁVEL

4.1 Contexto Histórico

A união estável tem origem no Direito Romano, no instituto denominado concubinato. Baron (2016) faz um retrospecto do instituto e explana que na sociedade romana não era possível o casamento entre pessoas de classes sociais distintas, então, unia-se estas de forma extramatrimonial, informal, sendo considerada inferior ao casamento.

Na Grécia, a distinção de classes também era impedimento para o casamento, mas nesta cultura o concubinato era melhor aceito.

No direito canônico, o concubinato sempre foi condenado, mas, com o intuito de manter o controle sobre as famílias, reconhecia-se esta relação como casamento "clandestino" ou "presumido".

Já na Idade Média, a sociedade como um todo e especialmente as relações familiares passaram a sofrer forte influência da Igreja Católica, que estabeleceu o casamento como religioso, ato solene e indissolúvel.

Somente no início do século XIX é que se começou a discutir o reconhecimento judicial das uniões estáveis.

Segundo Pereira (2012), têm-se como marco inicial da proteção dos direitos das concubinas um julgado do tribunal de Rennes (França), em 1883, que reconheceu uma união concubinária, legitimando os filhos e garantindo à concubina o direito à sucessão.

A partir deste precedente, outras decisões foram proferidas, surgindo a primeira lei a tratar de concubinato, resguardando direitos à concubina, em 1912.

Essa lei abriu caminho para várias outras, estabeleceu a França como berço dos direitos à concubina e contribuiu decisivamente para a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

No Brasil, desde a colonização verificou-se forte influência da Igreja Católica nas regras da sociedade, e a ideia do concubinato chegou ao Brasil ainda no período colonial, através das Ordenações Filipinas, que, apesar de terem sido instituídas pela Igreja, não condenavam as uniões livres.

Dessa maneira, apenas os relacionamentos extramatrimoniais eram condenados, as uniões livres eram admitidas e os seus efeitos reconhecidos, tanto na seara jurisprudencial quanto no campo legislativo (FARIAS e ROSENVALD, 2015).

No entanto, com a promulgação do Decreto nº 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, os efeitos jurídicos dessas uniões livres deixaram de ser reconhecidos, passando a denominar-se concubinato qualquer relação não consagrada pelo casamento, não admitidas pelo ordenamento.

Destarte, tanto a Constituição Federal de 1891 quanto o Código Civil de 1916 reconheciam como entidade familiar somente aquela decorrente do casamento. No entanto, essas relações existiam e, após a separação ou morte, os interessados acometiam ao poder judiciário para resolver demandas delas oriundas (DIAS, 2020).

No entanto, a princípio tais litígios tramitavam em varas cíveis, primeiramente sob a condição de indenização por serviços domésticos, e posteriormente as resoluções tinham como fonte o Direito das Obrigações, pois o concubinato era visto pelos juristas como uma sociedade de fato, não como entidade familiar, tendo efeitos apenas patrimoniais (FARIAS e ROSENVALD, 2015).

Importante destacar que a doutrina fazia distinção entre concubinato puro, aquele em que as partes viviam de forma informal, mas não havia impedimentos para o casamento se o desejassem, e concubinato impuro, quando as partes eram impedidas de contrair matrimônio entre si.

A Constituição Federal de 1988 finalmente reconheceu outras formas de família além daquela formada pelo matrimônio, e o antes denominado concubinato puro ganhou a denominação de união estável, em seu artigo 226, §3º, que equipara este instituto com o casamento. O Código Civil de 2002 regulamentou de forma devida o instituto, diferenciando-se as relações de concubinato puro – agora união estável das relações de concubinato impuro ou apenas concubinato.

Ressalta-se que o texto de lei caracteriza a união estável como a relação formada entre um homem e uma mulher, mas é pacífico o entendimento, desde 2011, após decisões do Supremo Tribunal Federal, que é possível constituir-se união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº 4277/DF e ADPF 132).

4.2 Caracterização: Formação e Dissolução

A união estável, pela lei, equipara-se em muitos aspectos ao casamento, e o legislador assim o fez, possivelmente, para proteger a família advinda desta união, bem como os seus membros.

Em relação à caracterização desta relação, diversos autores, como Dias (2020) e Farias e Rosenvald (2015) dividem as características em objetivas e subjetivas.

São características objetivas: durabilidade, continuidade, notoriedade, ausência de impedimento matrimonial e unicidade.

A característica subjetiva trata da vontade de constituição de família.

A durabilidade refere-se à estabilidade do relacionamento, pois embora a lei não estabeleça um tempo mínimo para a configuração da relação, é necessário que seja vista como uma relação duradoura, não efêmera.

A continuidade está ligada à ideia de um relacionamento estável, sem interrupções constantes.

A notoriedade representa o fato de a relação ser pública, ou seja, que a sociedade veja os companheiros de fato como um casal.

A ausência de impedimento para o matrimônio, impedimentos estes previstos no artigo 1521 do Código Civil, faz-se necessária principalmente por que se pressupõe que as partes constituem uma união estável apenas por não desejarem realizar o casamento, mas estariam aptas a contrair o matrimônio se quisessem, tanto é que o ordenamento prevê a facilitação da união estável em casamento.

A única exceção trazida pelo Código Civil, no artigo 1723, §1º, é a possibilidade de pessoas casadas constituírem uma união estável, desde que estejam separadas de fato ou judicialmente, situação que representa um impedimento para um novo casamento.

Interessante ressaltar que as causas suspensivas para a realização do casamento, previstas no artigo 1523 do Código Civil, não impedem a caracterização da união estável, por força do artigo 1723, §2º do Código Civil.

Ainda nesta seara, é importante destacar que entende a doutrina que a capacidade para o casamento também rege a constituição da união estável, mas a não observância desta regra não invalida a relação ou a torna nula, apenas não a configura.

Ainda, deve ser considerada hipótese de emancipação, assim como no casamento, pois apesar da omissão legal, não se pode afastar a mesma eficácia quando da constituição da união estável (DIAS, 2020).

A unicidade representa a necessidade da relação monogâmica, ou seja, a princípio não é possível constituir duas relações concomitantemente, assim como nas relações matrimoniais, por tratar-se de entidade familiar. Apenas em casos muito excepcionais são reconhecidos dois núcleos familiares.

Por fim, a característica subjetiva trata da vontade de constituição de família, o *intuito familiae*. Pereira (2012) destaca que, embora os aspectos objetivos sejam importantes para a caracterização da união estável, este último aspecto, subjetivo, é o mais importante para a configuração do instituto.

No entanto, a jurisprudência e a doutrina vêm entendendo que não é requisito essencial à caracterização da união a coabitação dos companheiros, ou seja, mesmo residindo

em domicílios distintos, a relação pode vir a ser caracterizada, assim como a convivência na mesma residência, por si só, não define a união. Devem ser analisadas, em conjunto, as características estabelecidas em lei.

Um ponto muitas vezes complexo para a caracterização da união estável é precisar-se quando esta relação teve início e quando se encerrou. Esta dificuldade ocorre porque a lei não obriga as partes a documentarem a relação.

É possível aos companheiros registrar a união, mas a maioria das relações se dá de maneira informal, até mesmo pela própria natureza do instituto. Assim, grande parte das uniões de fato começam e findam sem qualquer documentação ou comprovação, principalmente quando da relação não sobrevierem filhos e quando não houver bens a partilhar.

De fato, assevera Gonçalves (2018, p. 614) que "*uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição*". Aduz o autor que, enquanto o casamento é precedido de várias formalidades como a habilitação, a publicação dos proclamas e a celebração, a união estável independe de qualquer formalidade ou ato formal que a constitua, bastando o fato da vida em comum.

Assim, pode-se dizer que a união estável inicia a partir da comunhão entre as partes (convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família), ou seja, essa convivência, segundo Dias (2020), é um simples fato jurídico que acaba por constituir um ato jurídico, uma vez que outras diversas relações jurídicas surgem dessas relações.

Importante destacar que os companheiros podem realizar entre si um contrato de convivência, que, segundo Cahali (2002), é o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação por eles constituída.

Tal contrato não encontra forma pré-estabelecida em lei, mas deve ser de forma escrita, podendo ser realizado mediante convenção solene, escritura de declaração, instrumento contratual particular levado ou não a registro, documento informal e até mesmo através de disposições ou estipulações esparsas, desde que contenham a manifestação bilateral de vontade dos companheiros.

Assevera Dias (2020) que o contrato de convivência, tal qual o pacto antenupcial, está sujeito a condição suspensiva, tendo sua eficácia, neste condicionada a realização do matrimônio, naquele à caracterização da relação, e não simplesmente na vontade expressada no documento. Assim, mesmo tendo sido firmado o contrato, é possível questionar-se a existência da união estável.

No mesmo sentido, Cahali (2002) adverte que, ao contrário da celebração e registro do casamento, que constituem um vínculo, o contrato de convivência tem natureza meramente declaratória, não possuindo força para criar a união estável, tendo sua eficácia condicionada à efetiva caracterização da entidade familiar em razão do comportamento das partes.

É também possível aos companheiros homologar acordo reconhecendo e dissolvendo a união estável, sem a necessidade de realização de audiência, haja vista sua natureza meramente declaratória (FARIAS e ROSENVALD, 2015). Inclusive, o Código de Processo Civil dispensa igual tratamento ao divórcio e a dissolução consensual da união estável, no artigo 732.

A dissolução da união, assim como o divórcio, também pode ser realizada extrajudicialmente, caso haja consenso e não envolva nascituros ou filhos incapazes, conforme previsão do artigo 733 do Código de Processo Civil.

No entanto, se as questões referentes aos incapazes, como alimentos e guarda, já estiverem decididas judicialmente, nada obsta que as questões patrimoniais sejam resolvidas de forma extrajudicial.

Importante observar que o vínculo de convivência é o que determina o término da união estável, assim como determina o seu início. Não é necessária a sua formalização para caracterizar a existência, assim como não é necessário documentar o término, conforme aduz Dias (2020).

Mesmo quando realizado o contrato de convivência, este não constitui a união, apenas a declara, e quando dissolvida a relação, não há necessidade de realizar um "distrato". A união estável termina como nasce, do vínculo de convivência.

4.3 Relações Patrimoniais

Embora sejam institutos distintos, o casamento e a união estável têm regras muito parecidas em relação aos efeitos patrimoniais.

De fato, à união estável aplica-se, a princípio e no que couber, o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato de convivência ou escritura de união estável, por força do artigo 1725 do Código Civil.

De acordo com este regime, previsto no artigo 1658 e seguintes do Código Civil, que também é o regime legal aplicado ao casamento caso os contraentes não optem por outro, comunicam-se, basicamente, os bens adquiridos de forma onerosa na constância da relação, presumindo-se assim o esforço comum.

Assim como no casamento os cônjuges, antes de oficializar a relação, podem escolher outro regime de bens ou definir outras regras patrimoniais, através do pacto antenupcial, também na união estável pode-se eleger as disposições patrimoniais, através do contrato de convivência ou escritura de união estável.

Os companheiros podem celebrar contrato estabelecendo, por exemplo, que não haverá comunicação de bens e que cada um é dono exclusivo dos bens que adquiriu, a qualquer título; que os bens adquiridos durante a convivência serão partilhados em uma proporção distinta, que alguns bens serão de propriedade exclusiva de quem os adquiriu e outros serão partilhados (VELOSO, 2002).

Questão ainda divergente nos tribunais e entre doutrinadores é a situação de casal que celebra pacto antenupcial, por escritura pública, elegendo determinado regime de bens, e não contrai o casamento posteriormente, passando a viver em união estável.

Neste caso, discute-se se devem reger a união entre os conviventes as disposições patrimoniais definidas pelas partes no pacto antenupcial ou se devem ser aplicadas as regras do regime de comunhão parcial de bens.

A doutrina majoritária vem entendendo que deve prevalecer a vontade das partes, adotando-se para a união estável as disposições patrimoniais estabelecidas no pacto antenupcial.

Aduz Tartuce (2019, p. 166) que "passando os envolvidos a viver em união estável, é forçoso admitir que o ato celebrado (pacto antenupcial) seja aproveitado na sua eficácia como contrato de convivência, em respeito à autonomia privada."

Também neste sentido entende Farias e Rosenvald (2015, p. 315): "se os nubentes não casam, mas passam a conviver em união estável, o pacto antenupcial será admitido como contrato de convivência entre eles, respeitando a autonomia privada". Os autores defendem que deve ser aplicado, na hipótese, o artigo 170 do Código Civil, que trata da conversão substancial do negócio jurídico, permitindo-se assim o aproveitamento da vontade manifestada.

O Superior Tribunal de Justiça também já exarou entendimento nesta seara:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CONVIVÊNCIA EM UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO ENTRE CASAMENTOS. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL, DURANTE A UNIÃO, PRÉVIO AO SEGUNDO CASAMENTO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. VIGÊNCIA IMEDIATA. ARTIGOS 1725, DO CÓDIGO

> CIVIL, E 5º, DA LEI Nº 9278/96. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. ALIMENTOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA Nº 7, DO STJ. 1. O regime de bens constante na constância da união estável durante o período entre os dois casamentos dos litigantes é o da comunhão parcial, caso não haja contrato escrito estabelecendo de forma diversa. 2. O contrato pode ser celebrado a qualquer momento da união estável, tendo como único requisito a forma escrita. Assim, o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial entre os conviventes, uma vez que não houve estipulação diversa". Dessa forma, a celebração de pacto antenupcial em 16/4/2003, ocasião em que foi adotado o regime de separação de bens ainda durante o período de convivência em união estável, e não tendo havido ressalva alguma acerca do início de sua vigência, faz imperioso concluir pelo acerto do acórdão recorrido ao decidir que o referido pacto possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação informal entre os conviventes e, portanto, deve reger a união estável a partir dessa data" (STJ, REsp 1.483.863/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/05/2016, *DJe* 22/6/2016).

Outra questão que ainda gera discussões é sobre a necessidade de outorga uxória entre companheiros para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum, considerando-se que o artigo 1647 do CC só faz referência a cônjuges. A dificuldade que se apresenta é que muitas uniões são informais, sem comprovação documental, restando difícil a verificação da ocorrência da relação para terceiros.

Para uma corrente, defendida por Tartuce (2019), Garcia (2003) e Tepedino (2008), por exemplo, não se pode exigir a outorga dos companheiros, por se tratar de norma restritiva de direitos que não comporta interpretação extensiva ou analogia.

Também o STJ já exarou entendimento no sentido de reconhecer a validade do ato praticado sem a vênia do companheiro, quando o registro constar em nome de apenas um deles. (REsp 1424.275/MT, 2014 e REsp 1299.866/DF, STJ, 2014).

Para uma segunda corrente, a outorga do companheiro é necessária para alienação e ou oneração imobiliária. Neste sentido, Gonçalves (2018) e Dias (2020, p. 252), que

entende que “o direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio. Assim, o titular nominal não pode alienar o bem, pois trata-se de bem comum”.

Desde o final de 2014 o STJ vem entendendo por uma análise do caso concreto, dependendo a obrigatoriedade da publicidade conferida à união estável (STJ, REsp 1.424.275/MT, 2014).

Em relação ao direito real de habitação, importante destacar que o Código Civil não prevê este direito ao companheiro, apenas ao cônjuge (artigo 1831), mas a jurisprudência, inclusive o STJ, reconhece este direito, com base no artigo 7º da Lei nº 9.278/96, que regulamentou a união estável.

Percebe-se que a jurisprudência, bem como o legislador, procura aproximar cada vez mais os institutos do casamento e da união estável.

Talvez uma das últimas distinções significativas entre os institutos tenha sido derrubada em 2017, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o artigo 1790 do Código Civil, que fazia distinção entre companheiros e cônjuges no momento da concorrência sucessória, exarando a seguinte decisão:

> O Tribunal, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

Acerca da decisão, afirma Dias (2020) que o STF “acabou com a odiosa diferenciação entre união estável e casamento – tanto heterossexual como homoafetiva – no

que diz com o direito de concorrência sucessória". Mas observa a autora que permanece questionamento sobre a repercussão da tese firmada.

Embora a decisão não pudesse ultrapassar os limites da demanda, que tratava de questões sucessórias, aponta ela que o fundamento para a decisão foi a afronta aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da dignidade humana, decorrente da vedação de proteção deficiente e retrocesso social. Entende assim a autora que a decisão deve ser interpretada de forma mais ampla, colocando o companheiro como herdeiro necessário ao lado do cônjuge (artigo 1845, CC), garantindo ao companheiro sobrevivente a quota mínima da quarta parte da herança e o direito real de habitação. Neste sentido, a decisão teria aplicação para toda diferenciação existente entre os institutos da união estável e do casamento.

4.4 Direitos e Deveres

Em relação aos direitos e deveres das partes na relação, mais uma vez há uma semelhança muito grande entre os institutos do casamento e da união estável.

Em relação aos direitos dos companheiros, antes do reconhecimento constitucional da união estável, eram muitas as limitações encontradas por estes, mas, com o advento da CF/88 os direitos foram aos poucos estabelecendo-se, em equiparação às uniões matrimoniais.

É possível acrescentar-se o sobrenome do companheiro ou companheira, assim como no casamento, mas como o Código Civil (artigo 1565, §1º) trata apenas dos cônjuges, a base para o acréscimo encontra-se na Lei de Registros Públicos, Lei nº 6015/73.

A união estável estabelece o parentesco por afinidade, assim como o casamento, com base no artigo 1595 do Código Civil. Ainda, há a garantia do poder familiar aos pais durante a união estável, assim como durante o casamento (artigo 1631), sendo que a dissolução da união não altera esta relação de pais e filhos. Aos companheiros também se reserva, assim como no casamento, a prioridade para exercer a curatela e inventariança, conforme artigo 612 do Código de Processo Civil e artigo 1775 do Código Civil.

Garante a lei aos companheiros o direito aos alimentos (artigo 1694 do Código Civil, ao benefício previdenciário (artigo 16 da Lei nº 8.213/91) e a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8009/90 e artigo 1711 do Código Civil).

Por outro lado, o artigo 1724 do Código Civil traz os deveres dos companheiros. Comparando-se os deveres dos cônjuges, estipulados no artigo 1566 do mesmo códex, percebe-se que ambos os institutos exigem o dever de respeito mútuo, mútua assistência, guarda, assistência e educação dos filhos. Há duas diferenças, a união estável não exige a vida em comum em domicílio conjugal, conforme já verificado anteriormente, e o casamento exige fidelidade, enquanto a união estável exige lealdade.

Assim, percebe-se que o legislador, ao estabelecer os deveres dos companheiros, mais uma vez procurou traçar regras nos moldes do casamento. Assim como no casamento, na união estável deve existir a reciprocidade de deveres, buscando-se a preservação da relação conjugal e os valores da família.

Observa-se que há certa divergência no ordenamento acerca da fidelidade ou lealdade na união estável. Gonçalves (2018) entende que o dever de fidelidade recíproca está implícito nos deveres de lealdade e respeito, pois lealdade é gênero da espécie fidelidade. Ainda, aduz que não se configura o companheirismo no caso de deslealdade de um dos companheiros.

Diniz (2018) também acredita que a fidelidade ou lealdade constitui um dos requisitos da união estável, sem o qual não há a referida entidade familiar. Contudo, defende que diante do desrespeito à boa fé, as mulheres poderão pleitear que o varão as indenize por danos materiais e morais, pela caracterização do abuso de direito, por desrespeito à boa-fé objetiva, que também se espera na união estável.

Uma segunda corrente entende que a fidelidade ou lealdade não constitui elemento essencial para a caracterização da união estável, mas apenas um dever dela decorrente, desta forma, deveriam ser aplicadas, para o caso em questão, as regras previstas para o casamento putativo. Assim, o companheiro de boa-fé, que ignorasse a existência da primeira união já constituída, poderia pleitear a aplicação analógica do artigo 1561 do Código Civil. Neste sentido entende Oliveira (2003, p. 128), que afirma que "subsistirão, em tais condições, os direitos assegurados por lei ao companheiro de boa-fé, desde que a união por ele mantida se caracterize como duradoura, contínua, pública e com o propósito de constituição de família".

Por fim, uma terceira corrente entende que lealdade não seria o mesmo que fidelidade, e por isso, entre os deveres do companheiro não estaria o de ser fiel. Assim, haveria a possibilidade de reconhecer-se a concomitância de uniões estáveis. É este o entendimento de Dias (2020, p. 593), por exemplo, que aduz que o legislador, ao adotar o termo lealdade para o instituto da união estável, por certo desobrigou a fidelidade. Acrescenta a autora que "se os companheiros não tem o dever de serem fiéis e nem de viverem juntos, a

mantença de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas e nada impede o reconhecimento de vínculos simultâneos" e "negar existência de uniões paralelas, quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis, é simplesmente não ver a realidade".

Embora existam entendimentos diversos, a união estável foi expressamente reconhecida como espécie de família, e a base da família, no ordenamento jurídico brasileiro, é a monogamia. Assim sendo, não seria prudente entender-se que o companheiro estaria livre para ser infiel, simplesmente pela distinção de denominação nos deveres de fidelidade ou lealdade.

Aliás, é importante destacar que, apesar dos inúmeros obstáculos que o instituto da união estável ultrapassou para ser reconhecido e regularizado, não há uma hierarquia entre estas duas espécies de família. A Constituição confere especial proteção a ambas, sendo consideradas do mesmo modo "fonte geradora de família de mesmo valor jurídico e sem qualquer adjetivação discriminatória" (LÔBO, 2002, p. 106).

De fato, de uma relação invisível, discriminada, a união estável passou a gozar de absoluta igualdade, sem qualquer distinção com o casamento, sempre com fundamento na igualdade, na dignidade humana e na proporcionalidade. Como já abordado, talvez a última grande distinção a ser ultrapassada tenha sido a concorrência sucessória, e esta decisão buscou valorizar o afeto como base de qualquer estrutura familiar, de forma a perceber-se que a família funda-se não mais no instituto, nas formalidades, mas nas motivações que movem o núcleo familiar. "*Reconhece-se, assim, a família como instrumento de desenvolvimento e promoção da dignidade de seus membros, não somente como instituição a ser protegida, preservada e legalmente regulamentada*" (DIAS, 2020).

Mas, em contrapartida, a equiparação dos institutos acaba por gerar uma problemática muito discutida na atualidade, pois, embora a natureza da união estável seja a informalidade, à medida que vai sendo regulamentada, ganha contornos de casamento, pois a base comparativa sempre é a união matrimonial.

Assim, aos poucos perde a sua natureza para amarrar-se aos formalismos do casamento. Pereira (2012, p. 206) afirma que "regulamentar a união estável é praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente como estar preso às regras do casamento". O autor denomina de infeliz a tentativa de impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou até mesmo quis fugir dele.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informalidade nas relações remonta à tempos muito antigos, poderia até mesmo afirmar-se que seja anterior ao casamento, instituto este criado e imposto às famílias pelo Estado. Com o tempo, as uniões informais, especialmente as que traziam alguma situação de impedimento para um eventual matrimônio, passaram a ser rechaçadas pelo Estado.

No entanto, como ocorre no direito, e em especial no Direito de Família, a sociedade se estrutura por vezes de maneira diversa daquela ditada pelo ordenamento jurídico, cabendo ao legislador elaborar novas regras para tentar regular as novas situações.

A união estável, de instituto discriminado e rechaçado passou a ser reconhecido a partir da Constituição de 1988. Mas, como consequência pela previsão constitucional e legal, e em alegada defesa dos hipossuficientes, tendo por base o princípio da igualdade, vem sendo cada vez mais regrado pelo Estado, o que acabou por engessar o instituto, aproximando-o excessivamente do instituto do casamento, situação esta que nem sempre condiz com a vontade do casal envolvido.

De fato, esta dualidade está presente nas mais interessantes discussões acerca da união estável, pois ao mesmo tempo em que defende-se a intervenção cada vez menor do Estado nas famílias, nas relações íntimas de afeto, sobretudo nas relações informais da união estável, busca-se em algum momento o Estado para proteger e assegurar direitos à parte hipossuficiente nesta relação, sobretudo nas relações informais da união estável.

O papel do operador do direito, difícil e por vezes contraditório, talvez seja o de estabelecer a intervenção mínima do Estado nas famílias, sobretudo aquela formada pela união estável, de forma apenas que este garanta os direitos fundamentais de seus membros. Deve ser priorizada a liberdade de estruturação desta espécie de família, de forma que o instituto seja apenas um fim para alcançar-se a felicidade de seus membros, sem engessar a relação nos formalismos do matrimônio.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. **Lei nº 6.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6009.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BARON, Kelly. **A união de facto no direito comparado:** Portugal e Brasil. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa do Porto, Porto/Portugal, 2016.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13ª ed. Salvador: JusPodium, 2020.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: família. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 6.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, out/nov 2003. v. 20.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável:** do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões.** IBDFAM, nº 2, fev/mar 2008.

VELOSO, Zeno. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2002. v. XVII.