

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF – Recurso Extraordinário 646.721/RS – Plenário – j. 10.05.2017 – m.v. – rel. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso – Áreas do Direito: Constitucional; Família e Sucessões.

UNIÃO ESTÁVEL DE PESSOAS DO MESMO SEXO – Distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros – Inadmissibilidade – Constituição federal que contempla diferentes formas de família – Hierarquização, ademais, que fere os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade – Tese firmada em sede de repercussão geral.

Veja também Jurisprudência

- RT 958/647 (JRP\2015\2185); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2011\4127.

Veja também Doutrina

- Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, de Guilherme Henrique Lima Reinig – RT 931/117 (DTR\2013\2713);
- Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro, de Luiz Edson Fachin – *Soluções Práticas* 2/39-57 (DTR\2012\393);
- Novo projeto de lei pretende corrigir a sucessão do cônjuge e do companheiro, de Inacio de Carvalho Neto – RT 932/91-102 (DTR\2013\3142);
- O inventário extrajudicial e os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil em procedimento de controle difuso, de Assuero Rodrigues Neto – *RDI* 84/73-92 (DTR\2018\14297);
- Os direitos sucessórios dos companheiros, de *RDFAS* 2/205-222 (DTR\2014\21396); e
- Sucessão de cônjuge e companheiro no direito alemão, de Maria Carolina Nery – *RDPriv* 92/179-190 (DTR\2018\18270).

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: SÃO MARTIN SOUZA DA SILVA
ADV.(A/S)	: ROSSANO LOPES
RECDO.(A/S)	: GENI QUINTANA
ADV.(A/S)	: CARLOS EDUARDO FERREIRA
ASSIST.(S)	: ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES ? ADFAS
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a *“inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”*, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do

retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: *“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 art. 1.829 do CC/2002”*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em, apreciando o Tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, dar 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, acordam, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), em fixar a 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.

Brasília, 10 de maio de 2017.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Pedro Júlio Sales D'Araújo:

O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão mediante o qual a Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul desproveu agravo de instrumento protocolado pelo recorrente em face de decisão de partilha proferida em ação de inventário. Na oportunidade, o Tribunal assentou herdarem os companheiros apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes requisitos, aludindo ao artigo 1.790 do Código Civil. Consignou ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge, afastando a aplicação do artigo 1.829, incisos I e II, do citado diploma legal. Assentou não ter a Constituição Federal igualado, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, reportando-se ao artigo 226, § 3º, nela contido. O acórdão impugnado encontra-se assim ementado (folha 66):

SUCCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. O DIREITO DO COMPANHEIRO À HERANÇA LIMITA-SE AOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO. EXEGESE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

Embargos de declaração foram desprovidos (folhas 79 e 80).

No extraordinário, formalizado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente sustenta ofensa aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso I, e 226, § 3º, do Diploma Maior. Frisa não haver, na legislação infraconstitucional, a possibilidade de reconhecimento do

casamento civil homoafetivo, o que, segundo argumenta, impossibilita a escolha da forma de constituição familiar e os consequentes efeitos patrimoniais. Diz do dever de assegurar ao homossexual o direito à sucessão legítima, mencionando o artigo 1.837 do Código Civil. Assevera que, apesar de inexistir previsão legal acerca do casamento civil homoafetivo, a Lei Maior garante a todos igualdade e dignidade, independentemente da orientação sexual. Salaria que a aplicação do artigo 1.790 do aludido Código viola os preceitos citados, padecendo de inconstitucionalidade. Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso até o trânsito em julgado da decisão.

No tocante à repercussão geral, anota a importância da questão sob os pontos de vista social, econômico, político e jurídico. Afirma necessário dar-se tratamento sem distinção ou discriminação a casais homossexuais. Ressalta a possibilidade de a situação refletir-se em incontável número de processos no Judiciário nacional, ultrapassando o interesse subjetivo das partes.

Apesar de regularmente intimada, a recorrida não apresentou contrarrazões (folha 100).

O extraordinário foi admitido na origem (folha 102 frente e verso).

Em 11 de novembro de 2011, o Supremo, no âmbito do denominado Plenário Virtual, reconheceu estar configurada a repercussão geral do tema. Eis a ementa elaborada:

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS –
SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL –
COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL

CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso. Sublinha não poder a orientação sexual interferir no conceito constitucional de família. Entende ter o Supremo estendido à união estável homoafetiva a mesma proteção jurídica conferida à heteroafetiva, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF e da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/DF. Potencializa a manifestação da autonomia de vontades dos cidadãos na escolha do regime jurídico quando da constituição da unidade familiar. Afirma haver a Constituição Federal estabelecido tratamento assimétrico à união estável em relação ao casamento.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça está subscrita por advogado regularmente constituído (folha 32). O ato impugnado foi publicado no Diário da Justiça eletrônico de 24 de março de 2011, quinta-feira (folha 82), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 8 de abril, sexta-feira (folha 85), no prazo legal.

O tema envolve necessário debate acerca da constitucionalidade do regime de sucessão nas uniões estáveis estabelecido no artigo 1.790 do Código Civil, à luz do alcance do artigo 226 da Carta Federal, e os possíveis reflexos da interpretação nas relações homoafetivas, considerados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Eis o teor do dispositivo:

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

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

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

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

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

O Direito é uma verdadeira ciência, surgindo inadequado confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

Nesse sentido, o Código Civil encerra um sistema. Assim, tem-se o Título II – Do Direito Patrimonial –, com subtítulos e capítulos. Versa o regime de bens entre os cônjuges, dispondo ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver – artigo 1.639; regras referentes ao pacto antenupcial – artigos 1.653 a 1.657; o regime de comunhão parcial – artigos 1.658 a 1.666; o regime de comunhão universal – artigos 1.667 a 1.671; o regime de participação final nos aquestos – artigos 1.672 a 1.686; o regime de separação de bens – artigos 1.687 e 1.688.

Relativamente à união estável, tem-se o Título III, prevendo o reconhecimento como entidade familiar – artigo 1.723; as relações pessoais entre os companheiros, versada lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos – artigo 1.724; a meação, afastada se houver contrato escrito entre os companheiros, aplicando-se, no que couber, no tocante às relações patrimoniais, o regime de comunhão parcial de bens – artigo 1.725; a conversão em casamento mediante pedido dos companheiros ao Juiz e assento no registro civil – artigo 1.726; que as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato – artigo 1.727.

O que surge é uma disciplina específica muito próxima da relativa ao casamento. Observem que, em se tratando de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente tem a meação dos bens adquiridos após o casamento, bem como uma quota parte considerados os herdeiros necessários. Da mesma forma, encerrando, mediante remissão ao regime da comunhão parcial de bens, a previsão do artigo 1.725 a meação, salvo contrato escrito entre os companheiros, equivalente ao pacto antenupcial, ocorre, presente o 1.790, disciplina próxima, quanto à quota em concorrência com herdeiros, da alusiva ao próprio casamento.

Percebam haver distinção entre os institutos, admitida pelo próprio texto constitucional, tendo em vista a redação do artigo 226, § 3º, cujo teor é o seguinte:

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

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização.

Presentes as balizas constitucionais, o Código Civil, bem ou mal, disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez. Conforme consignado pelo ministro Dias Toffoli, em voto-vista proferido no exame do extraordinário de nº 878.694, relator o ministro Luís Roberto Barroso, em 30 de março de 2017, a questão foi

objeto de debates pelo legislador quando da tramitação do projeto. Transcrevo trecho dos fundamentos constantes da Subemenda de Redação do Relator-Geral nº 56, formalizada pelo deputado Ricardo Fiúza:

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito : "... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (CF, art. 226, § 3º).

É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma "entidade familiar. A natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos sequenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817).

A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimônio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas. Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial.

A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos

(arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de lei.

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável.

A distinção entre os institutos é evidente. Tanto o é que foi reforçada em outros dispositivos do diploma legal, presente o disposto no artigo 1.726 do Código Civil – a possibilidade de a união estável converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao Juiz e assento no Registro Civil. Para alteração do regime, faz-se necessária a formalização da situação de fato, com expressa manifestação de vontade.

Não se vê a linearidade. Trata-se de institutos díspares, com regimes jurídicos próprios, especialmente no âmbito patrimonial. Inexiste campo para potencializar a união estável, sob risco de suplantar o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes. Nesse sentido discorreu Wilson Ricardo Ligiera, no artigo “A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil brasileiro”¹:

Não se trata, portanto, de considerar uma suposta superioridade ou inferioridade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, mas sim de reconhecer que cada entidade familiar é única no seu modo de constituição e funcionamento, devendo-se considerar cada uma das suas peculiaridades inerentes na definição dos direitos das pessoas envolvidas nestas relações.

Refutando a alegação de que a Constituição Federal pudesse ter equiparado a união estável ao casamento, Álvaro Villaça Azevedo demonstra que isso não ocorreu: “Realmente, não houve a aludida equiparação, pois a união estável foi reconhecida, como integrante do direito de família, como uma das formas de constituição familiar, nos moldes como foi escolhida pela sociedade”.

Concordamos com o autor que não houve equiparação. Embora todas as entidades familiares mereçam proteção, isso não significa que devam ser tratadas exatamente da mesma maneira. O casamento constitui uma família de direito, que nasce no momento da sua celebração, gerando, naquele exato instante, independentemente do período da relação ou mesmo da quantidade de esforços despendidos, os direitos patrimoniais previstos na lei e desejados – ou ao menos admitidos – pelo casal. A união estável, por outro lado, constitui uma família de fato, a qual, conforme o grau de empenho dos

1 LIGIERA, Wilson Ricardo. Revista dos Tribunais, vol. 3, 2015.

conviventes durante a relação, gerará os efeitos patrimoniais pretendidos pelo legislador.

A sucessão do companheiro, destarte, não pode ser considerada menos ou mais vantajosa, por exemplo, pelo fato de que ele herda dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, ao passo que o cônjuge herda dos bens particulares do falecido. Tudo dependerá do modo como o patrimônio foi conquistado. O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento: neste, o propósito foi não deixar o cônjuge desamparado, quando não tivesse direito à meação, naquela, foi permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio para cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou piores entre si. Talvez não tenham sido a escolha mais adequada que o legislador poderia ter tomado (e com certeza não são critérios perfeitos), mas também não podem ser considerados, por este único motivo, inconstitucionais.

Outrossim, não entendemos que o art. 1.790 viole a Constituição da República Federativa do Brasil, nem por conferir ao companheiro um tratamento pior, nem melhor, do que o do cônjuge. O valor da herança, no caso concreto, dependerá de uma série de fatores. O modo diferenciado com que o Código Civil regula a sucessão no casamento e na união estável não é causa, em si mesma, de inconstitucionalidade.

Nem mesmo a articulação quanto à disciplina anterior – Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 – afasta a conclusão pela legitimidade do regime instituído com a promulgação do atual Código Civil. Está-se diante de campo de atuação do legislador, decorrente da própria Constituição Federal, a qual, repita-se à exaustão, não equaliza regimes que dizem respeito a institutos próprios, diferentes, díspares.

Entender de modo diverso, igualando casamento e união estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para

os sucessores, desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável.

Não cabe ao Judiciário, após a escolha legítima pelos particulares, sabedores das consequências, suprimir a manifestação de vontade com promoção de equiparações, sob pena de ter-se manifesta violação a um dos pilares do Estado Democrático de Direito – o direito à liberdade, à autodeterminação. Ao tratar do assunto no prefácio da obra “Pensadores da Liberdade – Volume 3”, organizada pelo professor Fernando Schüler e Patrícia Blanco, do Instituto Palavra Aberta, assim destaquei:

A liberdade é um bem maior. Como pensamento, pode-se falar no liberalismo clássico que se desenvolveu considerados John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Adam Smith (1723-1790), Benjamin Constant (1767-1830), James Madison (1751-1836), Alexis de Tocqueville (1805-1859), John Stuart Mill (1806-1873). Ainda que veiculassem diferentes pontos de vista, todos tinham a noção da liberdade individual como valor inerente ao homem e fundante da sociedade. Da perspectiva histórica, as liberdades clássicas são associadas às revoluções dos séculos XVII e XVIII, notadamente à Revolução Francesa e ao surgimento do Estado Liberal.

Esses acontecimentos estão relacionados ao estabelecimento dos direitos fundamentais como típicos à oposição ao Estado (*direitos de defesa*), áreas imunes à intervenção estatal, de primeira geração. Há aqueles que vinculam a liberdade à capacidade de a pessoa desenvolver projetos de vida. Essa distinção foi bem percebida pelo filósofo Isaiah Berlin, que discorreu sobre *liberdade negativa* e *liberdade positiva*².

A negativa é a de coerção externa. De acordo com Berlin, para o cidadão ser livre, não deve sofrer interferência nas atividades por nenhuma outra pessoa ou pela comunidade sem

2 BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: _____. Four Essays on Liberty. New York: Oxford University Press, 1969, p. 119-172.

respaldo no exercício de faculdades alheias. Essa dimensão da liberdade opõe-se ao Estado, embora deste se possa precisar para ser assegurada.

Já a positiva diz respeito ao poder e aos recursos que os cidadãos possuem para realizar potencialidades, definir e controlar os projetos de vida por si delineados. É a liberdade *para*, envolvida a capacidade de autorrealização. De acordo com o filósofo britânico:

O sentido positivo da palavra “liberdade” deriva do desejo por parte do indivíduo de ser seu próprio mestre. Eu desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de qualquer espécie. Eu desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não da vontade dos outros. Eu desejo ser um sujeito, não um objeto; ser movido por razões, por propósitos conscientes que são meus, e não por causas externas que me afetam. Eu desejo ser alguém, não ninguém [...]³.

Incumbe a cada cidadão formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade, não podendo o Estado-juiz fazer tábula rasa da opção realizada. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que sem dúvida faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo projeto encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no

3

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. Op. cit, p. 131.

exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

A prevalecer óptica direcionada à equiparação dos institutos, é possível que ocorram efeitos perversos e contrários à proteção da união estável, com casais de companheiros. Em artigo intitulado “O afeto será prejudicado pelo STF”, publicado no jornal O Estado de São Paulo de 2 de fevereiro de 2017, Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões, referindo-se ao julgamento do recurso extraordinário nº 878.694, bem colocou:

Se o STF equiparar indevidamente a união estável ao casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar.

Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios!

Quem ainda não vive em entidade familiar, possivelmente temeroso de seus efeitos sucessórios, permanecerá sozinho, fará declarações de namoro para assegurar que a relação que vive não é de união estável, enfim, não poderá extravasar seu afeto, terá que contê-lo, tornar-se-á infeliz e isto em razão de uma decisão equivocada do STF.

O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e a destruir o afeto.

Se não houver posicionamento pelos Ministros que ainda não votaram pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e revisão dos votos já proferidos, o STF tirará das pessoas o seu direito de amar.

Tais consequências não podem ser ignoradas. Está-se diante de regramentos vigentes há longa data – mais de uma década, no caso do Código Civil, e quase trinta anos, considerado o texto constitucional –, estabilizando expectativas em torno da regência dos institutos.

É temerário igualizar os regimes familiares, a repercutir nas relações sociais, desconsiderando, por completo, o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento, e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois. A fortalecer a autonomia na manifestação da vontade, tem-se o instituto do testamento. 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 venham os companheiros a prover benefícios maiores do que os assegurados em Lei, para o caso de falecimento.

É impróprio, após a dissolução da unidade familiar com a morte de um dos companheiros, convertê-la em outra diversa, inobservando a adoção, quando em vida, de certo regime jurídico, inclusive no tocante aos direitos patrimoniais. Não há como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo à união estável, surgindo incompatível justamente com a autodeterminação da pessoa a revisão após o óbito. Esse é o entendimento revelado nos ensinamentos do professor Miguel Reale⁴ ao tratar da força normativa do pacto antenupcial voluntariamente estabelecido pelos nubentes:

Assim ocorre no Direito Civil brasileiro. A escolha do regime de separação total de bens não sendo sequer supletiva, mas absolutamente facultativa, expressa ato de liberdade conjuntamente exercida, obedecendo, como tal, ao regime

4 REALE, Miguel. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, vol. 24, outubro a dezembro de 2005.

contratual. Portanto, é esse justamente o regime no qual os princípios da autonomia privada e da confiança mais fortemente atuam como cânone hermenêutico.

Na doutrina mais recente, Karime Costalunga, traça as ligações inter-sistemáticas entre a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental; a proteção da personalidade e da esfera de liberdade humana; bem como os princípios da exclusividade (Código Civil, art. 1.513, segundo o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida, instituída pela família”) e do “livre exercício da vida privada”. Dessas conexões resulta a conclusão pela qual,

Se facultar ao casal decidir sobre o regime de bens está em acordo com as premissas do princípio da exclusividade, conforme nos ensina Tércio Sampaio Ferraz, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no Direito sucessório.

Por isso propõe interpretação à mencionada regra de modo congruente “aos demais princípios e regras do ordenamento”, de modo a evitar que, por intermédio de uma interpretação meramente literal e assistemática, seja atingido o princípio da exclusividade; ferida “a lícita autodeterminação em matéria patrimonial, contradizendo a própria finalidade do regime de separação de bens”; e “atingido, assim, direito de personalidade”.

Essa proposição não apenas se afina à função hermenêutica do princípio da autonomia privada assinalada por Francisco dos Santos Amaral Neto. Também guarda atenção para com o princípio da confiança, que acima mencionamos e com o princípio da coerência axiológica do Ordenamento.

Com efeito, pensamos que não faria o menor sentido (i) assegurar-se constitucionalmente às pessoas a proteção de sua dignidade, na qual se inclui a autodeterminação; (ii) garantir-se a tutela de sua personalidade; (iii) possibilitar-se aos cônjuges a

lícita escolha do regime da separação total de bens; (iv) facultar-se que expressem tal ato de autonomia em pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros; (v) alterar-se, respeitadamente ao Código de 1916, a regra relativa à outorga conjugal para a alienação de seus bens, dispensando-se a outorga conjugal quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis; (vi) determinar-se, no Código, que a vida do casal é regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo defeso a terceiros ou ao Estado interferir nas escolhas licitamente feitas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar; para, ao final, dar-se ao indigitado art. 1829, I, interpretação que contraria todas aquelas premissas e nega aos efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido.

Cremos, mesmo, que tal interpretação contrariaria as “balizas de licitude” dos negócios jurídicos postas no art. 187 do Código Civil, de modo especial as da finalidade econômico-social do negócio e da boa-fé.

[...]

Por sua vez, a boa-fé, como emanção da lealdade que efetivamente é, estaria também sendo ferida. É que o regime da separação total, quando voluntário, decorre de uma afirmação formal da vontade de ambos os nubentes. Assim sendo, o nubente que voluntariamente escolheu o regime da separação total, formalizando-o em pacto antenupcial não pode, quando morto seu consorte, valer-se de uma interpretação meramente literal para, no momento sucessório, contraditar ou desconsiderar a vontade lícita e formalmente emanada por ambos.

Cumpra analisar os reflexos da interpretação para as relações homoafetivas, à luz, é claro, dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não me impressiona o argumento quanto à inexistência de previsão de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Não está em jogo o reconhecimento de lacuna legislativa a tratar do tema, e sim a possibilidade de, presente o artigo 226, § 3º, da Carta Maior, equiparar, para fins sucessórios, o regime da união estável homoafetiva ao do casamento.

Há de se ter em conta que o Supremo, ao apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, relator o ministro Carlos Ayres Britto, reconheceu como família a união entre pessoas do mesmo sexo, estendendo a esse núcleo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Corre-se o risco de afrontar princípios, caso estabelecido o regime diferenciado, considerada a orientação sexual do cidadão, o qual, ao escolher pela formação de núcleo familiar a partir de união estável, poderá se submeter a regime jurídico completamente díspar.

Desprovejo o extraordinário, fixando a tese segundo a qual é constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, poderia fazer o uso da palavra? Gostaria de antecipar o meu voto. Inclusive, já combinei com o eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Presidente, esse caso é conexo com o Recurso Extraordinário 878.694, da minha relatoria, em que se discute se é constitucionalmente legítimo desequiparar-se, para fins de sucessão hereditária, as uniões resultantes do casamento e as uniões estáveis. Eu já votei no RE 878.694 - inclusive a maior parte dos ministros já votou -, em que nós pronunciamos, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

A única singularidade deste caso é que se trata de hipótese de união homoafetiva. Porém - e como bem observou o eminente Ministro-Relator -, este Supremo Tribunal Federal já equiparou juridicamente as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. A Constituição prevê diferentes modalidades de família, além daquela que resulta do casamento. E, dentre essas modalidades de família, encontra-se a que resulta das uniões estáveis: seja a união estável heteroafetiva, seja a união estável homoafetiva.

Qual foi o argumento que prevaleceu no Recurso Extraordinário 878.694, e que, a meu ver, deve prevalecer aqui? Penso que, dos Colegas presentes, apenas o Ministro Alexandre de Moraes não participou do julgamento anterior. Ali, assinalou-se que, após a Constituição de 1988, que previa essas diferentes modalidades de família, sobrevieram duas leis ordinárias - as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 - que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável. Portanto, esse foi o regime jurídico que vigorou durante muito tempo.

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 2003, modificou essa situação. Como sabemos - e há textos expressivos do eminente Ministro Edson Fachin nessa linha -, o Código Civil foi aprovado nos anos 2000, mas foi produto de um debate que se fez na década 70, um

debate anterior a inúmeras questões, que somente se colocaram tempos depois, diante da sociedade e das escolhas legítimas das pessoas. Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de direito de família.

Desse modo, o Código Civil, contrariando a legislação vigente pós 88, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis, e, assim, promoveu um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite. Penso que a Constituição trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, sendo merecedoras da mesma dose de respeito e consideração. Portanto, o art. 1.290 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.

O caso concreto aqui em discussão envolve o recorrente, que viveu em união estável com o seu companheiro por quarenta anos. O companheiro vem a falecer, abre-se a sucessão, e o companheiro supérstite concorre na sucessão com a mãe do *de cuius*. Portanto, é uma situação jurídica em que o companheiro de quarenta anos é sucessor em concorrência com a mãe.

Se nós aplicarmos, como me parece que seja o correto, o mesmo regime jurídico que vale para o casamento, esse companheiro por quarenta anos terá direito à metade da herança e a mãe terá direito à outra metade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite um aparte?

De qualquer forma, e principalmente entre os menos afortunados, não ocorre, inexistente o contrato. Há a meação. Estamos a cogitar de um *plus*, além da meação.

O SENHOR LUÍS MINISTRO ROBERTO BARROSO - Nós estamos aqui a cogitar da sucessão. O que já era dele continua dele.

Na sucessão, portanto, se se aplicasse as mesmas normas que valem para pessoas que eram casadas, ele teria direito à metade. Porém, ao se

aplicar o dispositivo do art. 1.790 do Código Civil, que rege a sucessão em uniões estáveis, ele só tem direito a um terço dos bens que tenham sido adquiridos onerosamente.

Portanto, o Código Civil instituiu um regime sucessório para as uniões estáveis totalmente desequiparado e mais desfavorável para o companheiro ou a companheira - porque a sucessão, evidentemente, pode ser do homem ou da mulher -, em contraste com o de pessoas que eram casadas. E o Supremo, a meu ver, em boa hora, equiparou as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas.

É preciso observar que, no momento em que se abriu a sucessão - e isso é muito importante para o caso concreto, embora não para a tese -, ainda não havia a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se todos estiverem lembrados, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. Algum tempo depois, o Conselho Nacional de Justiça, à época sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa, regulamentou por resolução a possibilidade de casamento. Portanto, no caso desse casal homoafetivo, sequer havia a possibilidade de casamento. Desse modo, não foi, em rigor, uma opção; o que tornaria ainda mais injusta a desequiparação neste caso.

Um último ponto, Presidente, porque abordado com a qualidade e a técnica de sempre pelo eminente Relator: então por que razão o art. 226, § 3º, da Constituição, ao prever a união estável e legitimá-la, prevê também a sua eventual conversão em casamento? Porque, para a ordem jurídica, o casamento é melhor do que a união estável, por motivo de segurança jurídica. O casamento, mediante um contrato formal assinado, não deixa a menor dúvida, ao passo que a união estável, em certos casos, pode precisar ser comprovada por meio de provas e evidências. Logo, é uma questão de segurança jurídica, e não uma questão de o instituto do casamento ser hierarquicamente superior ao instituto da união estável.

Portanto, quando a Constituição diz que a lei deve facilitar a conversão, é porque, para a ordem jurídica, é melhor lidar com o casamento do que com a união estável, para fins de segurança jurídica. Mas a ordem jurídica, evidentemente, e a sua conveniência, não deve se

sobrepôr às escolhas legítimas que as pessoas fazem relativamente às suas relações pessoais.

Desse modo, na sua histórica decisão de 2011, que teve o voto, como bem lembrado, do próprio eminente Relator, o Supremo tomou uma decisão, que considero historicamente relevantíssima, de dizer que as pessoas têm o direito de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo e serem tratadas com respeito e consideração, e em igualdade de condições com as outras pessoas.

Por essa razão, Presidente, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Relator, e ao eminente Ministro Alexandre de Moraes, por eu estar adiantando o meu voto, estou - em divergência do estimado Ministro Marco Aurélio - dando provimento ao recurso extraordinário. Assim, da mesma forma em que havia feito no recurso extraordinário sob minha relatoria, o RE 879.694, pronuncio incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e propondo a seguinte tese: "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 art. 1.829 do Código Civil de 2002".

Ademais, tal como fizera anteriormente, Presidente, para preservar a segurança jurídica, estou propondo que a nossa deliberação não desconstitua partilhas que já tenham sido julgadas ou acordadas validamente por escritura pública, porque senão acho que criaríamos um problema. De sorte que é nesta linha, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, que encaminho a votação, em sintonia com o Recurso Extraordinário 878.694.

Muito obrigado, Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. O presente recurso extraordinário analisa a validade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 (CC/2002), que outorga ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829 do mesmo Código. A controvérsia constitucional em questão pode ser sintetizada na seguinte proposição: é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável homoafetiva?

2. No caso concreto, o recorrente vivia em união estável homoafetiva há 40 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes, mas sua mãe ainda era viva. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório do recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pela mãe, juntamente com os outros dois terços dos bens adquiridos durante a união estável. Caso fosse casado – o que, à época do falecimento do *de cujus*, sequer era possível em uniões homoafetivas –, o recorrente faria jus a 50% da herança.

3. A hipótese em discussão neste processo está compreendida no objeto do RE 878.694, de minha relatoria e com repercussão geral reconhecida, cujo julgamento foi iniciado em 31 de agosto de 2016. Esse caso discute igualmente a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, no ponto em que concede aos companheiros direitos sucessórios distintos e inferiores àqueles conferidos aos cônjuges. Seu objeto é, porém, mais amplo, já que não distingue as uniões estáveis, se

decorrentes de relações hetero ou homoafetivas.

4. Embora seu julgamento ainda não tenha sido concluído, já há manifestações da maioria dos Ministros desta Corte no sentido da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros estabelecida pelo art. 1.790, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Em meu voto, entendi que essa distinção viola aos princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, já tendo sido acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

5. Pois bem. Não há razão para aplicar ao caso de uniões estáveis homoafetivas solução diversa da que apliquei em meu voto no RE 878.694. Como afirmei naquele julgamento, inexistente fundamento constitucional para estabelecer-se diferenciação entre os múltiplos modelos de família, que, embora não constituídos pelo casamento, sejam caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, incluindo-se aí as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, já reconheceu a *“inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”*, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Confira-se trecho da ementa deste julgado:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE

CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS

CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio,

faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011)

6. Portanto, os argumentos que utilizei no RE 878.694 aplicam-se igualmente a este caso. Em síntese, naquele julgamento, assentei que não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos aos cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

7. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II trata do histórico de equiparação e desequiparação legal entre casamento e união estável em matéria sucessória. Por fim, a Parte III é dedicada a apreciar a compatibilidade do art. 1.790 do Código Civil com a Constituição de 1988 e a solucionar o caso concreto submetido à apreciação desta Corte neste recurso extraordinário.

Parte I

DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

8. O fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família¹. O regime sucessório no país envolve a ideia de proteção em dois graus de intensidade. O grau *fraco* aplica-se à parte disponível da herança, em relação à qual o sucedido tem liberdade para dispor, desde que respeitados os requisitos legais para sua manifestação de vontade. Quanto a essa parte, a lei tem caráter supletivo, conferindo direito de herança aos herdeiros vocacionados somente no caso de inexistir testamento.

9. Já o grau *forte* refere-se à parte indisponível da herança (a chamada *legítima*), que corresponde a metade dos bens da herança que a lei impõe seja transferida a determinadas pessoas da família (os *herdeiros necessários*), que só deixarão de recebê-la em casos excepcionais também previstos em lei. Sobre essa parcela, o sucedido não tem liberdade de decisão, pois se trata de norma cogente. Apenas se não houver herdeiros necessários, não haverá legítima, e, portanto, o sucedido poderá dispor integralmente de sua herança. Esse regime impositivo justifica-se justamente pela necessidade de assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado.

10. O regime sucessório encontra-se, assim, vinculado ao conceito de família. Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento. Seu objetivo principal era a preservação do patrimônio e da paz doméstica, buscando-se evitar interferências de agentes externos nas relações intramatrimoniais e nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, todas as Constituições anteriores à de 1988 que trataram expressamente do tema dispunham que a família se constitui pelo casamento². Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916

1 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano III, nº 12, jan.-mar./2002, p. 65.

2 Cf. Constituição de 1934 – art. 144, Constituição de 1937, art. 124, Constituição de 1946 – art. 163, e Constituição de 1967, art. 167 – posteriormente renumerado para art. 175

dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229).

11. Até pouco tempo atrás, o prestígio ao matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como *ente autônomo*, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. A família era tutelada pelo Estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados. Durante a segunda metade do século XX, porém, operou-se uma lenta e gradual evolução nesta concepção na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Era o caso de uniões estáveis, inclusive homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais. Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado³.

12. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Três entidades familiares passaram a contar com expresso reconhecimento no texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico tradicional da família, que instituíra o casamento como condição para a formação de uma família “legítima”.

13. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da

pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

3 Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, 2008, p. 397, e Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2013, p. 43-44.

República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a *repersonalização do Direito Civil*, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio⁴. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo.

14. Paralelamente, modificou-se a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa. *Essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos*. É, portanto, sua justa medida. Qualquer intervenção a mais ou a menos será tida como ilegítima.

15. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu

4 Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski, A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.35, p. 108, jul/set. 2008.

que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional⁵. Como assentou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 132,

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe.

Parte II

EQUIPARAÇÃO E DESEQUIPARAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO EM MATÉRIA SUCESSÓRIA

16. A Constituição de 1988, como se viu, constitui o marco de uma importante mudança de paradigma em relação ao conceito – social e constitucional – de família. A família passa a ser protegida não como um “bem em si”, mas como meio para que as pessoas possam se realizar, o que independe da configuração de família adotada. Entretanto, como se verá, o Código Civil de 2002 não foi capaz de acompanhar essa evolução no tratamento do regime sucessório aplicável aos companheiros e aos cônjuges.

17. Antes do CC/2002, embora existissem algumas leis esparsas conferindo, a conta-gotas, alguns direitos aos companheiros, o regime jurídico da união estável (incluindo aspectos sucessórios) apenas ganhou

5 ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

o devido destaque com a edição de duas leis específicas, as Leis nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.02.1996. A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916⁶, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no CC/1916. Já a segunda lei, a Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros⁷. Assim, os regimes sucessórios do casamento e da união estável passaram a ser praticamente idênticos.

18. As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente textualizando aquilo que a CF/1988 já deixava claro: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna.

19. Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo

6 Lei nº 8.971/1994, art. 2º: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: (...) III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

CC/1916, art. 1611: “Na falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

7 Lei nº 9.278/1996, art. 7º, parágrafo único: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. Além disso, o CC/2002 não previu direito real de habitação para o companheiro, embora o tenha feito para o cônjuge (art. 1.831, CC/2002). Passou-se, então, a debater se o companheiro ainda teria esse direito com base na Lei nº 9.278/1996 ou se ele teria sido revogado pelo novo Código Civil.

20. O grande marco na involução na proteção do companheiro foi, porém, o art. 1.790 do CC/2002, ora questionado, que dispôs sobre o regime da sucessão legítima nas uniões estáveis de forma diversa do regime geral previsto no art. 1.829 do mesmo Código em relação ao cônjuge. Veja-se a redação de ambos os dispositivos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

21. Da leitura conjunta desses artigos do Código Civil, a primeira diferença que se nota é que o novo regramento restringe a participação hereditária do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em relação aos quais o companheiro já possuía meação. A regra de que o companheiro só é herdeiro quando for meeiro não possui qualquer similar no regime sucessório do cônjuge, e, além disso, não se coaduna com a ideia de proteção do regime sucessório, já que, em relação a esses bens, o companheiro já teria direito à meação. Por outro lado, o caput do art. 1.790 do CC/2002 exclui da sucessão qualquer bem adquirido gratuitamente pelo falecido, assim como qualquer bem adquirido onerosamente em período anterior à vigência da união estável.

22. A segunda diferença entre as ordens de vocação hereditária nos dois regimes é que, em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido. Nesse panorama, é possível constatar a discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite. O CC/2002 confere amplos recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, em um momento em que estará psicológica e economicamente mais vulnerável, mas, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se este fosse merecedor de menor proteção.

23. É preciso, então, verificar se essa diferenciação de regimes jurídicos sucessórios tem algum amparo constitucional ou se, ao contrário, viola os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Parte III

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

24. Tal como assentei no julgamento do RE 878.694, o art. 1.790 do CC/2002 é formalmente inconstitucional, por violar a igualdade entre as

famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente.

25. Em relação à igualdade entre as famílias, é certo que a Constituição de 1988, em seu artigo 226, não equiparou de forma absoluta o casamento às demais entidades familiares, ao dispor, no § 3º, que “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. À luz do texto constitucional, casamento e união estável são, assim, organizações familiares distintas. Caso não o fossem, não haveria sentido tratá-las em trechos distintos da Constituição, nem se afirmar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

26. Na verdade, há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Entendo que não. A ilegitimidade da hierarquização das formas de famílias pode ser demonstrada a partir dos quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático.

27. Em primeiro lugar, a *interpretação semântica*, também referida como gramatical, literal ou filológica. O art. 1.790 do CC/2002 estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor dessa proteção. Veja-se: o art. 226, seja em seu *caput*, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal. Se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para tal objetivo, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo.

28. Em segundo lugar, a *interpretação teleológica* reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. Todos os indivíduos têm direito a igual proteção legal, sejam eles cônjuges ou companheiros, sejam eles casais homoafetivos ou heteroafetivos.

29. Em terceiro lugar, a *interpretação histórica* do dispositivo constitucional aponta para o mesmo resultado. A partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa. Não se buscou dividir as famílias em classes de primeira e segunda ordem. Muito pelo contrário, o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes *de fato* na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então. Tudo isso com o objetivo de assegurar que todos possam ser igualmente respeitados e protegidos, independentemente da formalização de suas uniões pelo matrimônio. Nesse sentido, a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva.

30. Por fim, a *interpretação sistemática* traz uma importante contribuição para a análise do ponto. Como se sabe, o sistema

constitucional, como qualquer outro, pressupõe unidade e harmonia. No caso em exame, cabe verificar as interações entre o *caput* e os parágrafos do art. 226, bem como de outros dispositivos constitucionais que tratam dos papéis da família. Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do §3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Todavia, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (*e.g.*, arts. 205, 226, §7º, 227, 230), que trazem a noção de *funcionalização* da família, *só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.*

31. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. 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.

32. 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. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica.

33. Conclui-se, então, que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer, como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

34. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração⁸. Isso implica a proibição de discriminações

8 Ronald Dworkin, *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*, 2002, p. 1-7.

illegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar.

35. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de consituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido.

36. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se adequa aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime

sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade.

37. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo art. 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da *proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*⁹. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto.

38. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o *princípio da vedação ao retrocesso*¹⁰. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás

9 Sobre o tema, ver: Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e sgs; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015.

10 Cf: Christian Courtis (org.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en material de derechos sociales*, 2006; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 370. Felipe Derbli, *Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*, In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007.

possa ser dado na proteção de direitos. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis.

39. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável.

40. Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à *igualdade de hierarquia entre entidades familiares*, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da *dignidade da pessoa humana*, (ii) o da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente*, e (iii) o da *vedação ao retrocesso*.

CONCLUSÃO

41. Ante o exposto, divirjo do voto do Ministro Relator, para dar provimento ao recurso, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro 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, que deve ser aplicado nos casos de uniões hetero e homoafetivas.

42. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “*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*”

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, duas observações que faço com pureza da alma, e presentes as colocações do estimado e amigo ministro Luís Roberto Barroso.

Em primeiro lugar, só não posso concluir que a melhor situação é a da concubina! Em segundo lugar, estimaria que essa visão liberal, progressista do Colega, estimado ministro Luís Roberto Barroso, em termos de costumes, fosse transportada para o campo penal.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, peço até vênua aos Colegas, irei representar o Supremo Tribunal Federal, agora, no “*Encontro dos Juizes Afrodescendentes do Brasil*”. Eu não terei tempo, efetivamente, de votar, aguardando todos os Colegas. Serei bastante sintético, Senhora Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132, estabeleceu que, ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório não resolúvel à luz deles próprios, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva. O Pleno decidiu isso, e eu estava presente.

Ora, se a união estável homoafetiva segue as mesmas regras da união estável heteroaferiva, também neste caso, por coerência, deve ser tido por um inconstitucional o art. 1.790 e, com a vênua do Ministro Marco Aurélio, o decano da nossa Turma, eu acompanho a divergência ora inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhora Presidente, eu não tenho nenhuma dúvida, como alegou o Relator, o eminente Ministro Marco Aurélio, que casamento e união estável são institutos diversos, obviamente, senão a Constituição não teria pleiteado que o legislador ordinário igualasse as condições e, inclusive, favorecesse a transformação da união estável em casamento.

O Professor Álvaro Vilaça, ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, expõe, num artigo sobre a questão da família, que a união estável nada mais é do que o casamento de fato. Diz o Professor: "Casamento de fato que existiu há quase quatro mil anos até o

Decreto 181, de 1890". Ou seja, são situações diversas mas que pretendem a mesma coisa.

Nessa questão, na presente hipótese, pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, parece-me que o centro da questão não é propriamente igualar ou não a união estável com o casamento, o centro da questão é a análise da proteção à família. Em relação à proteção à família, essa Corte - como lembrado pelo Ministro Barroso - já definiu que a família não é só constituída pelo casamento civil - diz o artigo 226 da Constituição. A proteção à família, e conseqüentemente - aí me parece a distinção e a desnecessidade de se igualar ou não a união estável ao casamento -, engloba a extensão de todos os instrumentos protetivos à família que devem ser igualmente aplicados, independentemente do tipo de família, da constituição da família. Não importa se a família é constituída pelo casamento, não importa, ao meu ver, se a família é constituída pela união estável, não importa se a família é constituída pela união estável homo ou hetero afetiva. Exatamente porque não me parece que o Código Civil, que retrocedeu em relação à legislação anterior, traga um elemento discriminador, um *discriminem* razoável para diferenciar aquela pessoa, o companheiro que viveu - como aqui, na presente hipótese - 40 anos do cônjuge que também viveu 40 anos.

O estudo é do direito sucessório, e a questão do direito sucessório, inclusive por longas décadas, foi um embate ideológico entre sistemas econômicos, mas o grande móvel para a manutenção do direito sucessório é exatamente a proteção à família. Nesse sentido, e também, aqui, eu relembro um outro grande professor, já falecido, e Diretor do Largo de São Francisco, o professor titular de Direito Civil, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, que dizia que são dois os princípios que devem reger a família e o direito sucessório: a igualdade e a solidariedade. Não me parece estarmos - no caso aqui, o Código Civil - respeitando nem a igualdade, muito menos a solidariedade ao privar um companheiro de quase 40 anos de convívio, privá-lo do que seria o seu direito, o seu quinhão na herança, tão somente por não ter o que a gente chamava de papel passado, casamento por papel passado.

Assim, Presidente, para não me alongar, mas fazendo questão aqui de uma referência também importante de dois doutrinadores - o professor Guilherme Calmon e a professora Gisela, também da Universidade de São Paulo -, além do ferimento ao princípio da igualdade, a meu ver, ao princípio da solidariedade, ambos presentes no art. 226 da Constituição, quando protegidos, no *caput*. Por isso, eu desloco, inclusive, a discussão do parágrafo, que iguala, ou, pelo menos, pretende igualar o casamento à união estável, e fico no *caput*, que diz que é dever do Estado a proteção à família. E a interpretação de família corretamente dada, a meu ver, pelo Supremo Tribunal Federal é mais ampla.

Em relação a isso, houve inclusive, aqui, o ferimento à vedação do retrocesso, porque a legislação anterior, a Lei 8.971 e a Lei 9.728, de 1994 e de 1996, não traziam essa diferença entre companheiro e cônjuge. O Código Civil, realmente, talvez pela demora de sua aprovação, acabou trazendo, no seu interior, conceitos que geraram retrocesso à igualdade entre os diversos tipos de família.

Dessa forma, independentemente da diferença de institutos, casamento e união estável, o que se protege, com o Direito Sucessório, é a família. E a família, independentemente da forma como se constituiu, não pode ter tratamento diferenciado.

Nesse sentido, acompanho, pedindo novamente vênias ao Ministro Marco Aurélio, a divergência para que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e, conseqüentemente, para que se dê provimento ao presente Recurso Extraordinário.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes pares, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, também vou procurar sintetizar a declaração de voto que irei juntar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Aliás, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida nenhuma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanta pretensão, por haver pedido que a Presidente apregoasse primeiro o meu processo, para iniciarmos o julgamento, antes do processo cujo julgamento já estava em curso – e pedi vista –, com uma votação acachapante, mas não intimidadora.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não há intimidação aqui, até porque os juízes são livres, Ministro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Como dizia, então, Senhora Presidente, vou procurar sintetizar a declaração de voto que farei juntar nos autos que segue, pedindo vênia ao eminente Ministro-Relator, a linha que já adotei no Recurso Extraordinário nº 878.694, da relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso.

Apenas pontuaria alguns aspectos, Senhora Presidente, que estão nessa declaração de voto e que também se espelham na declaração de voto que apresentei naquele recurso extraordinário.

A primeira dessas premissas - e creio que nisso estamos em consonância com uma das premissas do eminente Ministro-Relator -, não há dúvida alguma que, nos termos da Constituição, a família é a base de uma sociedade livre, plural, solidária e responsável. E, portanto, partimos disso que está no comando constitucional e está mesmo na essência de uma sociedade que se estrutura para a formação livre e responsável de seus cidadãos e cidadãs.

Isso significa que, evidentemente, as diversas estruturas que espelham a percepção que se tem de família numa sociedade livre e, portanto, que se dispõe a traduzir essa liberdade, apresentam diferenças. Não há dúvida alguma que há distinção entre casamento e união estável. Mas também não me parece haver dúvida alguma que essa diferença - e aqui peço todas as vênias à extração que o eminente Relator faz do comando constitucional - não pode, sob o abrigo da Constituição, constituir-se numa discriminação e numa hierarquização, como se houvesse, na sociedade que, pelo menos no comando constitucional, se dispõe a ser uma sociedade livre, cidadãos de primeira e segunda classe, famílias de primeira e segunda classe.

Essa discriminação não faz jus à diferença, essa hierarquização também não tem, substancialmente, simetria com a diferenciação, diferença que contempla, obviamente, percepções diferentes - por mais pleonástico que seja - do modo de ser e de estar, do modo de viver, livre e responsável. Ademais, no meu modo de ver, isso significaria estabelecer uma assimetria entre conjugalidade e regime de bens. E supor-se que há uma informalidade que permitiria uma liberdade de pactuação, em meu modo de ver, como disse, voltar-se-ia precisamente contra a proteção que a Constituição também defere aos diferentes modos de se perceber, de orientar-se na vida em sociedade.

Portanto peço todas as vênias ao eminente Relator, estou acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na esteira, aliás, do acutíssimo e sensível voto que Sua Excelência produziu no Recurso Extraordinário 878.694. Nada obstante, Senhora Presidente, registro que reconheço, como não poderia deixar de ser, os sólidos argumentos que estão no voto do eminente Ministro-Relator. Há um debate aberto, há controvérsias, seguramente, sobre este tema, não há uma última palavra, mas, neste momento, no estado da arte e na percepção constitucional que se tem de uma sociedade, como disse o Ministro Alexandre de Moraes, que também chama para si o dever de ser solidária, além de livre e responsável, entendo mesmo que a matemática sucessória desse artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, e, portanto, também dou provimento ao recurso, acompanhando a divergência.

É como voto.

* * * * *

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário que, na mesma senda do RE 878.694, no qual se discutia a constitucionalidade do regime sucessório das uniões estáveis, nos termos em que foi regulado pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002, renova idêntico debate jurídico, agora para as uniões estáveis homoafetivas.

A questão constitucional que se apresenta para a apreciação desta Suprema Corte é de todo semelhante a do RE 878.694, considerando que na esteira do assentado na ADPF 132 e ADI 4277, as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas submetem-se às mesmas regras e produzem as mesmas consequências jurídicas.

Assim sendo, como declarei em meu voto, no julgamento do RE 878.694, creio que não há divergência nem na doutrina, nem na jurisprudência, ao reconhecer que a família é a base da sociedade e, portanto, estamos a partir dessa percepção para encontrar diferentes formas de constituição de família. Por isso, união estável e casamento são diferentes formas de constituição de família, e correspondem, portanto, a reconhecer que essa diferença, ou essa diversidade, tem assento constitucional.

A questão que se interroga no núcleo deste recurso, tal como também ocorre com o RE 878.694, é saber se essa diferença se projeta no campo do direito sucessório como uma desigualdade discriminatória e incompatível com o texto constitucional.

Essa diferença, discriminatória ou não - portanto, que faz emergir a questão -, neste caso, está nucleada no teor do art. 1.790. Aqui não se está a falar de direito de meação. Portanto, não se está a discutir os efeitos da meação, que implicaria num outro debate; estamos, aqui, num terreno que está no campo de direito sucessório.

Portanto, voltando à questão inicial, o art. 1.790 promove uma diferença ou uma discriminação injusta que é incompatível com o texto

constitucional? A diferença ou a discriminação parte do pressuposto - aliás, o caso concreto, pelo que relatado pelo eminente Relator, apresenta essa ordem de ideias - de que o sentido teórico e prático embutido nesse dispositivo leva a uma distribuição sucessória para a companheira ou para companheiro de uma maneira diversa daquela que levaria para a cônjuge ou para o cônjuge; e de uma maneira diversa, substancialmente diversa, inclusive na distribuição dos respectivos direitos sucessórios.

Assento, preliminarmente, 10 (dez) premissas imprescindíveis para o debate.

A primeira delas é que tanto o casamento como a união estável são modalidades de conjugalidade constitucionalmente asseguradas, inexistindo, portanto, hierarquia entre essas modalidades no texto constitucional, impondo-se, quanto ao que igual, tratamento isonômico.

A segunda é de que a família é base da sociedade livre justa e solidária do artigo 3º da Constituição, de modo que a Constituição de uma sociedade livre e solidária não hierarquiza pessoas por suas opções familiares, atribuindo-lhes direitos em menor extensão ou, mesmo, diferentes – sem que esse discrimen se justifique na efetiva distinção entre as situações jurídicas em que os indivíduos estão inseridos.

A terceira premissa é de que a proteção à família é direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, não sendo possível diferenciar pessoas, com a atribuição de mais ou menos direitos, em virtude do modelo de conjugalidade eleito. Trata-se da aplicação do princípio eudemonista, constante do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição da República:

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Atribuir direitos sucessórios em maior extensão a casados ou conviventes ou, mesmo, direitos diferentes, que não se justifiquem pela efetiva diferença entre as situações jurídicas, é tratar de modo distinto indivíduos em situações iguais, o que não encontra guarida no texto

constitucional (art. 5º, I, CRFB).

A quarta premissa é de que distinguir os direitos a serem atribuídos aos casados e aos conviventes seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as formas de convivência familiar, o que a Constituição não permite. Não há família de primeira e segunda classes, porque não há cidadãos de primeira e segunda classes. A pluralidade familiar apreendida pelo texto constitucional é expressão da pluralidade moral que a Constituição de uma República livre, justa e solidária tem como princípio vetor. Eleger como dotado de primazia um ou outro modelo de família conjugal seria eleger morais particulares de alguns cidadãos como dotadas de superioridade sobre as morais particulares de outros.

Aqui, pode-se citar Ronald Dworkin, que, em síntese, reconhece a essencialidade de uma liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política ‘verdadeira’, assim entendida como aquela que i) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, seu membro moral, bem como ii) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e iii) “seja feita de agentes morais independentes”, não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes. (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 32-40).

Como quinta premissa a ser considerada, tem-se que quando o parágrafo 3º do artigo 226 dispõe que deve a “lei facilitar a sua conversão em casamento”, não está a oferecer tratamento privilegiado ao casamento. Por isso, ‘facilitar’ a conversão nada mais é do que oferecer instrumentos para que, no exercício da liberdade individual, os companheiros possam migrar de um modelo de conjugalidade de fato – união estável – para um modelo formal – casamento.

A sexta premissa é que há um traço comum essencial para as duas formas de conjugalidade, qual seja, a marca do afeto e da entreatada, existindo apenas um aspecto em que o casamento e a união estável se

diferenciam: a presença, ou ausência, de formalidade em sua constituição. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, tomo I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008)

Como sétima premissa, tem-se que a desigualdade na forma de Constituição não pode afetar a sucessão, pois se trata apenas de questão de prova sobre a conjugalidade. Daí porque é facilitada a conversão, uma vez que a prova pré-constituída do casamento facilita o exercício dos direitos. Para se provar casado, basta apresentar uma certidão. Isso não ocorre na união estável. O casamento traz maior segurança jurídica formal. Por isso, a vantagem de migrar do modelo informal para o modelo formalizado, não pode ser motivo para a atribuição de direitos diferentes entre os modelos de conjugalidade. (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**, Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 333-334).

Como oitava premissa, emerge o argumento quanto à existência de desigualdade no elemento subjetivo que conduz alguém a optar pela união estável e não pelo casamento. Sob esse argumento, quem vive em união estável pretenderia maior liberdade. União estável, porém, não é união livre. União estável pressupõe comunhão de vida. Eventual desigualdade quanto à pressuposição de maior liberdade na união estável, por ser união informal, não justifica menor proteção às pessoas em regime de convivência do que àquelas casadas.

Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*. Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou diretos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.

Como nona premissa, tem-se que a ordem constitucional, na disciplina da família, se pauta, pois, na realidade das relações de afeto e no valor da solidariedade. É isso que restou apreendido pelo Constituinte ao proteger as diversas formas de família. Daí a inadmissibilidade de se oferecer tratamento discriminatório às pessoas que elegem um ou outro modelo de entidade familiar.

E, nesse particular, ganha relevo as lições pioneiras e percucientes do Professor Álvaro Villaça Azevedo, para quem não caberia ao legislador, nem mesmo o constituinte, dizer ao povo como deve constituir sua família. Afirma expressamente o ilustre professor:

“O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor. O homem é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico, é um organismo institucional, que se fundamenta no Direito Natural. O Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres. A união estável, concubinato puro, não adúlterino e não incestuoso, sempre encontrou esse apoio institucional, na figura antiga do casamento de fato.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O direito civil na Constituição**, in MORAES, Alexandre de. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo: Atlas, 2009, p. 375)

Por fim, a décima premissa é no sentido de que o modelo de conjugalidade não se confunde com regime de bens. Tanto o casamento quanto a união estável são atos essencialmente existenciais em sua natureza, ainda que dotados tanto de efeitos pessoais quanto patrimoniais. Trata-se, em um ou outro modelo, de comunhão de vida afetiva: um ninho com moldura e outro sem, mas sempre um ninho.

Por isso, é falacioso o emprego do argumento de que, se o legislador diferencia os efeitos sucessórios entre os regimes de bens do próprio

casamento, poderia criar diferentes efeitos sucessórios para casamento e união estável. Os efeitos sucessórios de casamento e união estável, inclusive a homoafetiva, devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros.

Postas estas premissas, analiso a questão constitucional submetida a esta Suprema Corte.

O art. 1790 do Código Civil estabelece, no *caput*, base de cálculo para a sucessão da companheira ou do companheiro diversa daquela definida no casamento: apenas os bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, qualquer que seja a hipótese de concorrência – descendentes, ascendentes ou colaterais. No casamento, a base de cálculo é toda a herança, independente do tempo em que ocorreu a aquisição – exceto na comunhão parcial de bens, em que, na parte em que houver meação, não haverá sucessão, a qual incide apenas sobre os bens particulares.

Isso quer dizer que, na comunhão parcial de bens, a companheira ou companheiro sobrevivente que concorrer com filhos do *de cuius* sucederá apenas na parte do acervo adquirida onerosamente durante a união estável. Se casados fossem, a sucessão seria sobre os bens particulares. Tal distinção, independentemente do resultado ser, em cada caso, mais favorável ao companheiro ou ao cônjuge, é inconstitucional, pois ocorre no âmbito de relações de conjugalidade dotadas das mesmas características, salvo, como exposto, a forma de constituição.

Assim, privilegiar o cônjuge ou o companheiro por meio da aplicação de regras sucessórias diversas é tratar de modo diferente pessoas em igual situação – conjugalidade *lato sensu*, originada na coexistência em comunhão de vida. Os casados não podem ter direitos em menor extensão que os conviventes e estes não podem ter direitos em menor extensão que os casados.

Ocorre que, quando se avança para o exame dos incisos do artigo 1790 do Código Civil, a distinção inconstitucional se mostra ainda mais flagrante – e, agora, sempre em detrimento dos conviventes. É que os

quinhões do companheiro sobrevivente sobre o acervo passível de concorrência sucessória são sempre inferiores àqueles atribuídos aos casados.

Assim, em concorrência com os descendentes comuns, o cônjuge sobrevivente tem direito a quinhão igual aos que sucederem por cabeça, sendo garantida a quota mínima de 1/4 da herança, ainda que tenha mais de três filhos – art. 1832. O companheiro, na concorrência também com seus próprios descendentes não tem garantida a quota mínima de 1/4 (um quarto), sucedendo sempre por cabeça.

Na concorrência com descendentes só do autor da herança (enteados do viúvo), o viúvo, no casamento, tem direito a quinhão igual ao dos descendentes que concorrem por cabeça (1832). O companheiro, a seu turno, também na concorrência com seus próprios enteados, recebe apenas metade do quinhão que caberia a cada um deles.

Em concorrência com ascendentes, o viúvo, no casamento, recebe 1/3 (um terço) se concorrer com ambos os pais, 1/2 (metade) se concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau, e 1/2 (metade) se concorrer com ascendentes de grau maior. Nesse caso, qualquer que seja o regime de bens do casamento, a concorrência se dá sobre toda a herança, sem diferenciar bens adquiridos antes ou depois do casamento, a qualquer título.

Na união estável, em concorrência com qualquer ascendente, em qualquer número e qualquer grau, terá apenas 1/3 (um terço) dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os demais bens serão de titularidade exclusiva dos ascendentes. Tudo isso, remarque-se, em relações jurídicas também idênticas: tanto o cônjuge como o companheiro sobrevivente são parentes afins dos ascendentes do outro cônjuge ou companheiro.

Inexistindo ascendentes, o cônjuge sobrevivente será herdeiro universal, qualquer que seja o regime de bens. O companheiro, a seu turno, terá apenas 1/3 (um terço) dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, cabendo os outros dois terços e todos os demais bens adquiridos a qualquer título aos colaterais, até o quarto grau.

Somente se não houver colaterais haverá atribuição ao companheiro da totalidade da herança. Todavia, mesmo nessa hipótese, eventual hermenêutica de sujeição do inciso IV ao limite do *caput* do 1790 permitiria afirmar que ao companheiro caberia apenas a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os demais, seriam herança jacente.

Essa matemática não encontra respaldo na Constituição de 1988, pois não há guarida no texto constitucional vigente para as distinções estabelecidas entre as opções dos membros de uma família por um ou outro modelo de conjugalidade.

Tal qual acutíssimamente posto no voto do Ministro Roberto Barroso, no RE 878.694, a hermenêutica constitucional conduz a uma equiparação, em prestígio ao princípio da isonomia (art. 5º, I, e art. 226, §3º, da Constituição da República), dos regimes sucessórios dos cônjuges e companheiros, de modo a reconhecer-se, incidentalmente, no presente recurso extraordinário, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de todos os modelos de conjugalidade, inclusive as uniões estáveis homoafetivas, as mesmas regras, quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso extraordinário para que se aplique ao companheiro do *de cujus* as regras do art. 1829 e seguintes do Código Civil de 2002.

Declaro, por fim, que a mesma tese lavrada para o RE 678.694 deve ser aproveitada para o presente caso: :

“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do Código Civil de 2002.”

É como voto, Presidente.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio pelo voto proferido, sempre percuciente, mas ratifico a compreensão que já aqui externei quando do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, à luz dos artigos 5º e 226 da Constituição da República, com a interpretação que lhes empresto, que me parece mais adequada. E sem com isso, de forma alguma, Ministro Marco Aurélio, querer retirar o direito de amar, esse de forma alguma. Eu ratifico e endosso todas as considerações de Vossa Excelência, como sempre muitíssimo bem lançadas.

Então, acompanho a divergência inaugurada e voto pelo provimento do recurso extraordinário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, não preparei voto escrito, vim com o espírito aberto para ouvir as discussões e fiquei impressionado com as posições de ambos os lados.

Eu vou pedir vênias à divergência e prestar deferência ao legislador, que é aquilo que convém a uma suprema corte e a todas as supremas cortes do mundo. Quando há dúvida razoável, e aqui me parece que há uma dúvida mais do que razoável, é preciso, a meu ver, prestigiar o legislador.

É certo que Sua Excelência o Ministro Luís Roberto Barroso disse que este Código Civil, embora editado em 2002, é fruto de discussões de décadas anteriores a essa data, quando ainda não vigorava a presente Constituição, que avançou muito, como nós sabemos, em termos de direito de família, a ponto de nós equipararmos união estável de pessoas de sexo distinto às uniões homoafetivas.

E quero, desde logo, dizer que aqui não se trata da questão da união homoafetiva e aquilo que nós estamos dizendo aqui em nada afeta aquela posição, a meu ver, bastante pioneira e progressista que a Corte tomou ao decidir pela equiparação entre as duas situações: a união de pessoas do mesmo sexo e a união de pessoas de sexo distinto.

O eminente Ministro Luís Roberto Barroso, com ponderáveis razões, declara a inconstitucionalidade incidental do art. 1.790 do Código Civil de 2002, porque Sua Excelência entende que se viola a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da Carta Magna. E assim, Sua Excelência - se entendi bem - preconiza que os companheiros participem da sucessão nos moldes previstos no art. 1.829 do Código Civil, ou seja, em igualdade de condições, casados e companheiros.

Eu estou acompanhando não só o voto do eminente Relator e também o parecer da Procuradoria-Geral da República, que assenta que não há irrazoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Por quê? Porque, a mim me parece que há uma clara distinção entre essas duas situações, entre esses dois institutos, melhor dizendo, que ficou consignada, a meu ver de maneira cristalina, no art. 226, § 3º, da Constituição, quando o legislador constitucional diz que:

"§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável" - se reconhece ou não estável - "entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Ou seja, aqui, claramente, o constituinte distinguiu entre esses dois institutos: da união estável e o casamento. São dois institutos distintos, claramente distintos. E distintos como consigna também o parecer do Ministério Público no que tange à formalidade, à invalidação, à eficácia, à dissolução, ao regime patrimonial e sucessório. Então, essa distinção que o constituinte fez no art. 226, § 3º, entre essas duas situações, ou esses dois institutos - se quisermos ser mais precisos, em termos jurídicos -, justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

Então, agora, neste momento, apesar do caso concreto não seja dos mais favoráveis, porque trata de uma união estável de mais de quarenta anos, eu entendo, mais uma vez, que nós devemos deferência ao legislador, *in dubio pro legislatore*, de maneira que estou negando provimento ao recurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu pediria a Vossa Excelência um pequeno aparte para fazer um comentário, não é nem me contrapondo a Vossa Excelência, mas é porque eu não gostaria de deixar de fazer porque vai constar do meu voto.

Eu acho que seria perfeitamente legítimo que os companheiros em união estável pudessem pactuar diferentemente. Portanto, não seria uma imposição. Isso atende, não inteiramente, mas a alguma das preocupações do Ministro Marco Aurélio e que eu acho que são legítimas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Caso contrário, Presidente, ter-se-á que declarar inconstitucional a cláusula de um dos artigos do Código Civil que prevê não só a possibilidade de ter-se contrato, afastando, portanto, a meação, como também a regência do sistema pela comunhão parcial!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. Portanto, vale também para os companheiros. Só para fazer o registro porque vou colocar no meu voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Em adendo, se porventura avançarmos para a modulação, eu sugeriria que a nossa decisão valesse para sucessões abertas a partir do julgamento, ou seja, a partir da morte do autor da herança, porque os que já estão mortos, evidentemente, não têm mais como interferir e reagir relativamente à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Então, penso que, se nós formos modular, essa seria, com o devido respeito uma solução mais razoável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ao menos se respeita a vontade do falecido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Que não pode mais ser modificada.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Também farei juntada de voto e, rapidamente, apenas para reconhecer que, na linha do que votei no RE nº 878.694, concluo haver uma ligação estreita entre eles, embora não de vinculação, quanto à compreensão dos fundamentos aqui elencados, em parte no que se refere à sucessão.

Naquele outro caso, temos a situação dos dispositivos do Código Civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Mas aqui acompanho, com as vênias do Ministro-Relator e do Ministro Lewandowski, a divergência iniciada pelo Ministro Roberto Barroso, fazendo algumas referências.

Primeiro, como a Ministra Rosa Weber já mencionou, apenas *a latere*, de uma das belas citações feitas no brilhante voto do Ministro-Relator, acho que esta alegação de que o Supremo estaria a interferir até no direito de amar, sempre afirmo que o Estado integra as relações quando “meu bem” vira “meus bens”, porque, enquanto está tudo bem, ninguém nem se lembrando da existência do Estado. Quanto ao amor em si, claro, como dizia outra Carmem, famosa: “O amor não conhece leis”.

A união que estabelece relações com repercussões patrimoniais, jurídicas e sociais, de ordem, portanto, a interferir na sucessão, como é o caso aqui tratado, é que chama o Estado legislador - e, agora, neste caso, o Estado juiz e mais ainda o juiz constitucional - a definir do que se trata em termos de direitos garantidos a cada um. Tenho, portanto, que a declaração incidental reconhece ou homenageia a tentativa que fizemos, na interpretação da equiparação das uniões estáveis àqueles que formalizam os seus contratos de casamento, com a igualdade de direitos, ao princípio maior desta Constituição, que é o da dignidade, que supõe a liberdade com responsabilidade, e o da igualdade em todos os tipos de relações, a partir das opções feitas livremente.

Esta é razão pela qual, a despeito dos fundamentos muito ponderáveis e expostos, peço vênias para divergir e acompanhar, portanto, a posição contrária, provendo o recurso e, também, como foi feito relativamente aos votos que me antecederam no mesmo sentido, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Em 10.5.2012, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada no processo, no qual discutido o direito sucessório de companheiro supérstite em regime de união estável homoafetiva.

Tem-se por relatado na manifestação do Ministro Marco Aurélio:

*“UNIÃO ESTÁVEL COMPANHEIROS SUCESSÃO
ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL COMPATIBILIDADE COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM
RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.*

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Submeto a Vossa Excelência o tema debatido no Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, para exame da oportunidade de incluir a matéria no sistema eletrônico da repercussão geral.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 70039688452, entendeu que companheiros só herdaram os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável quando presentes determinados requisitos, consoante os termos do artigo 1.790 do Código Civil. Consignou ser descabida a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge, afastando a aplicação do artigo 1.829, incisos I e II, do citado diploma legal. Assentou não ter a Carta Federal igualado, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, segundo disporia o artigo 226, § 3º, da Constituição da República.

O acórdão impugnado encontra-se assim ementado (folha 66):

*SUCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO*

JUDICIALMENTE. O DIREITO DO COMPANHEIRO À HERANÇA LIMITA-SE AOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO. EXEGESE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos (folhas 79 e 80).

No extraordinário protocolado com base na alínea a do permissivo constitucional, o recorrente sustenta ofensa aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso I, e 226, § 3º, do Diploma Maior. Diz do dever de ser assegurado ao homossexual o direito à sucessão legítima, haja vista o artigo 1.837 do Código Civil. Assevera que, apesar de inexistir previsão legal acerca do casamento civil homoafetivo, a Lei Maior garante a todos a igualdade e a dignidade, independentemente da orientação sexual. Saliencia que a aplicação do referido artigo 1.790 viola os preceitos citados, padecendo, por conseguinte, de inconstitucionalidade. Requer o efeito suspensivo do processo até o trânsito em julgado da decisão.

No tocante à repercussão geral, anota a importância da questão sob os pontos de vista social, econômico, político e jurídico. Afirma a necessidade de tratarem-se os casais homossexuais sem qualquer distinção ou discriminação. Ressalta a possibilidade de a presente hipótese refletir-se em incontável número de processos no Judiciário nacional, ultrapassando o interesse subjetivo das partes.

Apesar de regularmente intimada, a recorrida não apresentou contrarrazões (folha 100).

O extraordinário foi admitido na origem (folha 102 frente e verso).

2. O recurso está subscrito por advogado regularmente constituído (folha 32). A publicação do ato impugnado deu-se no Diário da Justiça eletrônico de 24 de março de 2011, quinta-feira (folha 82), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 8 de abril, sexta-feira (folha 85), no prazo legal.

Cumpra ao Supremo definir o alcance do artigo 226 da Constituição Federal, presente a limitação do artigo 1.790 do Código Civil. O tema alusivo à sucessão, à união estável homoafetiva e a suas repercussões jurídicas está a reclamar o crivo do Supremo.

3. *Pronuncio-me pela existência de repercussão geral.*

4. *À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.*

5. *Publiquem.*

Brasília residência, 3 de outubro de 2011, às 20h05.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator “.

2. No acórdão recorrido se concluiu “no que interessa, tem-se que efetivamente o companheiro concorre na forma do art. 1.790, III, do CC/02, e não como pretendido”.

3. O Recorrente afirma ter requerido que a partilha oriunda da morte de seu companheiro fosse calculada “conforme o art. 1.837 do Código Civil, ou seja, 50% para o cônjuge/herdeiro e 50% para a ascendente/herdeira”, mas que o pedido foi indeferido, determinando-se que “fosse calculada a herança em 1/3 para o recorrente e 2/3 para a parte recorrida/ascendente, aplicando-se o art. 1.790 do CC”.

Alega que “a Constituição Federal trata igualitariamente a união estável em relação ao casamento” e que, “no entanto, (...) o Código Civil em vigor ao abordar sobre a sucessão entre companheiros, rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite”, o que não se adequaria com o art. 226, § 3º, da CF e contrariaria os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

4. A Procuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso em parecer assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: MESMO REGIME JURÍDICO PREVISTO ÀS RELAÇÕES HETEROSSEXUAIS DE MESMA NATUREZA (ADI Nº 4.277/DF E ADPF Nº 132/DF). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

NOS AUTOS.

1. *Não faz a Constituição qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável, entidades que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade.*

2. *Embora a CF/SS seja omissa quanto às uniões estáveis homoafetivas, ela própria estabelece que os direitos e garantias previstos explicitamente não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, S 2º, da CF).*

3. *As diferenças quanto à orientação sexual não constituem fundamento racional à incidência de discriminações negativas.*

4. *As diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.*

5. *A Constituição Federal dispensa tratamento assimétrico à união estável e ao casamento, tanto que determina à lei facilitar a conversão da primeira no segundo. A diferença dispensada a ambos os institutos revela-se quanto a formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório. Constitucionalidade do artigo 1790 do CC, que estabelece regime sucessório diferenciado na união estável em relação ao casamento.*

6. *Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário”.*

5. Em 5.5.2011 (Dje 14.10.2011), no julgamento conjunto¹ da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, este Supremo Tribunal Federal, à

1 O Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

unanimidade, assentou a tutela constitucional das uniões homoafetivas, a serem juridicamente reconhecidas “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. É o que se tem na ementa daqueles julgados:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado

ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter,

interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À

FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (ADPF n. 132, Relator Ministro Ayres Britto, Pleno, DJ 14.10.2011).

Com base no art.². 1º, incs. II, III e IV, da Constituição (direito fundamental à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político/social) combinados com seus arts.³. 5º, *caput* (princípios da

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

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

3 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

liberdade e igualdade) e inc. X (inviolabilidade do direito à intimidade); 3º, inc. IV⁴ (princípio da não discriminação) e, finalmente, com o art⁵. 266, § 3º (especial proteção da família), conferiu-se ao art⁶. 1.723 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) interpretação conforme para igualmente aplicá-lo na regência da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Reafirmei, então, lição do constitucionalismo contemporâneo, fundada no princípio magno da dignidade da pessoa humana, segundo a qual, *“todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito”*:

“Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da Constituição se contém.

Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema.

Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

4 *“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

5

6 *“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*

Dispõe o art. 226 e seu parágrafo 3º:

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

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

4. Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que “a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’ (SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a

dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, caput, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa

mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”.

8. É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: “o intérprete da Constituição tem que partir da idéia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a

interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material” (Op. cit., p. 14).

Daí porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que “a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. Ex facto oritur jus – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?” (Op. cit., p. 863).

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, “abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome,

imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo” (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

11. Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto.” (voto por mim proferido no julgamento conjunto da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, Relator Ministro Ayres Britto, Pleno, DJ 14.10.2011).

6. Observados a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante daqueles julgamentos, nos quais reconhecida “a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo”, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução⁷ n. 175 de 14.5.2013

7 “CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada

dispondo sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”.

7. Desde então, as uniões estáveis homoafetivas submetem-se ao mesmo regime infraconstitucional das uniões estáveis heteroafetivas, segundo o qual, os companheiros supérstites somente herdam os bens adquiridos onerosamente na vigência da união, nas seguintes cotas partes, definidas pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002:

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

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

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

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

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

em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

8. Na espécie, a moldura fática constante do acórdão recorrido não deixa dúvidas quanto ao reconhecimento judicial, incontroverso nos autos, da união estável, havida por aproximadamente 40 (quarenta) anos⁸, entre Moacir Quintana e seu companheiro, o Recorrente, a unicamente concorrer com a mãe do *de cuius* na linha sucessória de seus bens. Essa a hipótese prevista no inc. III do art. 1.790 do Código Civil.

Tem-se no acórdão impugnado:

“O recurso versa sobre o direito do companheiro, que obteve o reconhecimento da união estável mantida com o falecido (ação nQ 001/1.05.2464701-5), à metade da herança.

Aliás, sobre a chamada relação homoafetiva, com as reservas que a tese possa encontrar, não há discussão, frente ao anterior reconhecimento judicial (fl. 10/12).

(...)

Assim, no que interessa, tem-se que efetivamente o companheiro concorre na forma do art. 1.790,111,do CC/02, e não como pretendido.” (acórdão recorrido, fl. 2).

9. O Recorrente suscita a inconstitucionalidade dos critérios de divisão e sucessão de bens do art. 1.790 do Código Civil, pelo que reclama, em seu favor, a aplicabilidade do art. 1.837 daquele diploma legal, a prever divisão igualitária (meação) do monte mor entre cônjuge e ascendente supérstites:

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

10. Em 31.8.2016, este Supremo Tribunal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral, n. 878.694, Relator o Ministro Roberto Barroso, no qual discutida a alegada inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil (julgamento retomado nesta data, com a devolução de vista pelo Ministro Marco Aurélio).

8 Sentença de reconhecimento da união estável, fl. 42.

Naquela assentada, adiantei meu voto para acompanhar o Ministro Roberto Barroso em conclusão quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002

“por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “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” (voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário n. 878.694, sessão 31.8.2016).

Em minhas considerações, ressaltei:

“do fato jurídico ‘morte’ de um dos companheiros, em relação de convivência, duas relações jurídica se projetam: uma, do desfazimento ou término dessa relação; outra, de que trata o art. 1.790 do Código Civil exatamente afeta à questão sucessória. Neste ponto específico, também eu chego à conclusão de um dessintonia entre o que posto na Constituição relativamente, tanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto, e principalmente, ao princípio da igualdade, a confrontar o art. 226 da Constituição. Norma que conduz não apenas à transmutação da união estável em casamento, sem embargo de todos os direitos especialmente aqueles tidos como fundamentais e que garantem, portanto, a possibilidade de as pessoas terem iguais direitos se em iguais condições fáticas.

Considero igualmente aplicável, na espécie, o princípio da vedação do retrocesso no resguardo e promulgação dos direitos, especialmente, dos da mulher (companheira), que deixa a condição de sujeito de direitos ‘servis’, a sujeito de direitos ‘civis’, em sua plenitude, não obstante contemple ambos os conviventes.

Tenho, portanto, como incompatível o disposto no art. 1.790 do Código Civil com os vetores fundamentais da Constituição de 1988, razão pela qual também eu dou provimento ao recurso para, incidentalmente, declarar inconstitucional o art. 1.790, fazendo com que se aplique, no caso, o disposto no art. 1.829 daquele diploma legal” (voto por mim proferido no Recurso Extraordinário n. 878.694, sessão 31.8.2016).

Na mesma sessão, acompanharam o Relator os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e, também adiantando voto, o Ministro Celso de Mello⁹.

Retomado o julgamento em 30.3.2017, após o voto Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

11. A expressão “união estável” remonta à década de 1960, com a qual Edgar de Moura Bittencourt¹⁰ pioneiramente qualificou a figura do concubinato, assim entendido como “*a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher que não são ligados entre si por matrimônio*”.

Todavia, no Anteprojeto da Constituição de 1988, elaborado em 1986 pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, intitulada “Afonso Arinos”¹¹, a união estável ombreou, em igualdade de condições, o instituto do casamento, na forma do que seria seu art. 362: “*a família, constituída pelo casamento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado*”. O anteprojeto, todavia, não seguiu ao Congresso Nacional dado às acirradas divergências políticas¹².

9 Retomado o julgamento em 30.3.2017, após o voto Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

10 BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Concubinato*. São Paulo: Leud. 1975, p. 40.

11 A comissão recebeu o patronímico de seu presidente, o jurista, ex-deputado federal e ex-senador Afonso Arinos de Melo Franco.

12 Para o Senador Cristovam Buarque, “*as pressões das corporações acabaram “aprisionando” a Constituição de 1988 a curto prazo e em itens específicos, e não em questões nacionais. Ele declara que ‘não se pensou o país como um todo, mas como um quebra-cabeça de*

*anterior, quando estabelecia o prazo de cinco anos para a caracterização da união estável. E, por último, a incorporação ao texto do Código Civil de 2002 de um título sobre união estável (arts. 1.723 e 1.727) consolidada, de uma vez por todas, a compreensão dessa forma de família em nosso ordenamento jurídico” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: *Tratado de Direito das Famílias: União Estável*. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015, p. 197).*

Com a edição das referidas Súmulas ns. 380 (“*comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”) e 382 (“*a vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*”) também agora este Supremo Tribunal Federal é chamado a dizer o direito à vida sob o influxo dos valores atuais assumidos pela sociedade.

Cumpra a este Supremo Tribunal avançar contra as perversas e antidemocráticas barreiras do preconceito que, historicamente, apartam o que a Constituição deseja harmonizar, desde seu preâmbulo.

12. A dicotomia legal em análise não se respalda nos princípios constitucionais preponderantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da cidadania (art. 1º, inc. II), da igualdade e liberdade (art. 5º, *caput*), do pluralismo político (art. 1º, inc. IV), da não discriminação (art. 3º, inc. IV) e da especial tutela da família plural (art. 226), em suas históricas¹³ conformações afetivas.

13. Como ressalta Maria Berenice Dias, “*a lei não define, nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características*

13 Ainda nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira: “*a antropologia estruturalista de Claude Lévi Strauss e a Psicanálise lacaniana já demonstram ao mundo que a família pode sofrer variações culturais e por isso transcende sua própria historicidade. Em algum momento pode ser mais reduzida ou ampliada, mais patriarcal ou matriarcal, mais democrática ou mais autoritária. Contudo, o que todas tem em comum é que elas serão sempre o núcleo formador estruturante do sujeito*” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: *Tratado de Direito das Famílias: União Estável*. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015, p. 198).

(CC, art. 1.723): *convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família*" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 180).

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o direito sucessório dos companheiros, em união estável, inicialmente cuidado na Lei n. 8.971/1994, era equiparado ao previsto para os cônjuges em regime matrimonial. Situação aprimorada pela Lei n. 9.278/1996 que passou a igualmente reconhecer aos companheiros o direito real de habitação do imóvel familiar¹⁴.

Como anotou o Ministro Relator, Roberto Barroso, o Código Civil de 2002 promoveu verdadeira "involução" na tutela das famílias em regime de união estável, abolindo direitos antes consagrados, esbarrando na cláusula de vedação ao retrocesso:

"As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna. Conforme já adiantado, o Direito Sucessório brasileiro funda-se na noção de que a continuidade patrimonial é fator fundamental para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família.

(...)

Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios

14 *"Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.*

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

diversos, uma para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. (...)

Além disso, o CC/2002 não previu direito real de habitação para o companheiro, embora o tenha feito para o cônjuge (art. 1.831, CC/2002). Passou-se então a debater se o companheiro ainda teria esse direito com base na Lei n. 9.278/96 ou se ele teria sido revogado pelo novo Código Civil. O mais curioso é que, relativamente ao direito real de habitação do cônjuge, o CC/2002 incorporou os requisitos mais brandos que a Lei n. 9.278/96 previa para as uniões estáveis. Ou seja, melhorou a situação do cônjuge, dando a ele os direitos atribuídos ao companheiro, mas nada disse em relação a este último.

O grande marco na involução na proteção do companheiro foi, porém, o art. 1.790 do CC/2002 (...) que dispôs sobre o regime de sucessão legítima nas união estáveis de forma diversa do regime geral previsto no art. 1.829 do mesmo Código em relação ao cônjuge (...)

O art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5^a, § 1^o), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais (...) A proibição do retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial” (voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário n. 878.694, sessão 31.8.2016).

14. Nos dizeres do Ministro Ayres Britto “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos” (ADI 4277, Relator Ministro Ayres Britto, Pleno, Dje 14.10.2011). Ainda nesse sentido:

“Como é cediço, o art. 226, caput, da Constituição de 1988 estabelece que a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma garantia institucional, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida”. (cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542).

(...)

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – rectius, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, v.g., o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.” (voto do Ministro Luiz Fux na ADI 4277, Relator Ministro Ayres Britto, Pleno, Dje 14.10.2011).

15. Em reforço aos argumentos quanto à inconstitucionalidade da norma, a advertência de Rodrigo da Cunha Pereira, quanto às tormentosas injustiças que se podem respaldar no art. 1.790 do Código Civil, que, a exemplo, perversamente opta em destinar ao erário, sem causa justa de direito, o patrimônio próprio do companheiro morto, em gravoso detrimento do companheiro supérstite:

“O art. 1.790 merece censura e crítica porque é deficiente em sua substância e ocasiona injustiças em determinadas situações. Por exemplo, caso o falecido não tenha parentes sucessíveis, a totalidade da herança transmite-se ao companheiro supérstite. Todavia, a totalidade da herança que será transmitida é aquela que o sobrevivente está autorizado a concorrer, ou seja, os bens adquiridos durante a união a

título oneroso, uma vez que, por interpretação sistemática, devemos ler os parágrafos acordes com os mandamentos do caput do art. 1.790. Se o de cujus tinha outros bens, anteriores à convivência, passarão ao Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando no Território Federal (art. 1.844 do CCB/2002).

Tais dispositivos do Código estão em desacordo com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que está havendo uma discriminação à união estável, preconceituosa e que certamente estrá, como todo preconceito, provocando injustiças” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: Tratado de Direito das Famílias: União Estável. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015, p. 232-233).

E também observado por Zeno Veloso:

“A companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma de companheiro, se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará esta mulher – se for pobre, - literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento, ou foi surpreendido pela morte antes de outorgar o testamento que havia resolvido fazer” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: Tratado de Direito das Famílias: União Estável. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015, p. 232-233).

A presente decisão realinha-a à pirâmide normativa que tem a Constituição em seu vértice, aos valores e princípios que lhe dão lastro, constituindo o fundamento de validade da atuação legislativa.

16. Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso, fixando a seguinte tese, com repercussão geral: *“o art. 1.790 do Código Civil/2002 é inconstitucional, regendo-se o direito sucessório de companheiro supérstite em regime de união estável homoafetiva pelo disposto no art. 1.829 e 1.837 daquele mesmo diploma legal”.*

É o meu voto.

PROPOSTA DE TESE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhora Presidente, é a mesma tese do caso anterior (o RE 878.694), que passo a ler:

“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 art. 1.829 do Código Civil”.

Essa é a proposta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A tese que sufrago é única: é constitucional a distinção estabelecida pelo Código Civil.

VOTO SOBRE PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Voto acompanhando a tese do Ministro Roberto Barroso, que fica sendo, portanto, a tese deste caso.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : SÃO MARTIN SOUZA DA SILVA

ADV.(A/S) : ROSSANO LOPES (55205/RS)

RECD.(A/S) : GENI QUINTANA

ADV.(A/S) : CARLOS EDUARDO FERREIRA (49400/RS)

ASSIST.(S) : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES ?
ADFAS

ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (69282/PR, 60415/SP)

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.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário