

STF – *Recurso Extraordinário 878.694/MG* – Plenário – j. 10.05.2017 – m.v. – rel. Min. Luís Roberto Barroso – *DJe* 06.02.2018 – Área do Direito: Família e Sucessões.

UNIÃO ESTÁVEL – Distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro – Inadmissibilidade – Constituição brasileira que contempla diferentes formas de família – Não existe hierarquia entre as entidades familiares – Inconstitucionalidade, ademais, que entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana e da proporcionalidade – Tese firmada em sede de repercussão geral.

Jurisprudência no mesmo sentido

- RT 917/1103 (JRP\2011\4475).

Veja também Jurisprudência

- RT 917/912 (JRP\2011\4469).

Veja também Doutrina

- A natureza jurídica do art. 226, § 3º, da Constituição da República de 1988 e a controvérsia acerca da constitucionalidade do regime sucessório decorrente da união estável, de Carlos Eduardo Minozzo Poletto – *RDPriv* 83/209-225 (DTR\2017\6771); e
- O regime sucessório aplicado ao cônjuge conforme o código civil vigente: avanço ou retrocesso? de Marcelo Cabeleira Escobar – *RDPriv* 34/169-206 (DTR\2008\252).

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: MARIA DE FATIMA VENTURA
ADV.(A/S)	: MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS
ADV.(A/S)	:IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ADV.(A/S)	:DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	:RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. 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.

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.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 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.

4. 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.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, 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”*.

COMENTÁRIOS

**A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
COMENTÁRIOS AO RE 646.721/RS E RE 878.694/MG**

1. O OBJETO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 646.721/RS E NO RE 878.694/MG

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 10 de maio de 2017, o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG e reconheceu, por maioria de votos¹, de forma incidental, a

1. No Recurso Extraordinário 646.721/RS, o relator originário foi o Ministro Marco Aurélio, que restou vencido, designando-se redator para o Acórdão o Ministro Roberto Barroso (relator atual). Nesse julgamento, além do relator originário, ficou vencido o Ministro Ricardo Lewandowski e não votaram os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. No Recurso Extraordinário 878.684/MG, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. "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. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/1994 e n. 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. Provento do recurso extraordinário. Afirmação, 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'" (Ementa do RE 646.721/RS, *DJe* de 11.09.2017). "Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 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. 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. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 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. 4. 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. 5. Provento do recurso extraordinário. Afirmação, 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'" (Ementa do RE 878.694/MG, *DJe* de 06.02.2018).

STF – Recurso Extraordinário 878.694/MG – Comentário por ROBERTA MARIA RANGEL: A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal: comentários ao RE 646.721/RS e RE 878.694/MG. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 15. ano 5. p. 439-586. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil o qual estabelecia, para os conviventes em união estável, regime sucessório diverso do estabelecido no art. 1.829, direcionado aos cônjuges.

No Recurso Extraordinário 646.721/RS, discutia-se a sucessão decorrente de união estável entre pessoas do mesmo sexo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, após consignar ser imprópria a equiparação jurídica do companheiro com o cônjuge para fins sucessórios, aplicou o art. 1.790 do Código Civil (afastando a incidência do art. 1.829), designando 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável ao companheiro sobrevivente e os outros 2/3, além dos bens particulares do falecido, à mãe deste último.

Idêntica discussão jurídica foi objeto do Recurso Extraordinário 878.694/MG, sendo que o caso concreto tratava da sucessão decorrente de união estável entre pessoas de sexo diferente, tendo-se imputado à companheira sobrevivente 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência e, aos irmãos do falecido, os 2/3 restantes.

Cingiu-se, pois, a controvérsia dos recursos extraordinários, na adequação da sistemática estabelecida no art. 1.790 do Código Civil para a sucessão do companheiro sobrevivente (do mesmo sexo ou de sexo distinto do falecido) ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que seria diversa da sistemática prevista para os cônjuges no artigo 1.829 do mesmo Código.

Nos termos do citado art. 1.790, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável cabia ao companheiro supérstite (i) quinhão na mesma proporção e quota do que caberia aos filhos comuns; (ii) 1/2 do que tocaria a cada filho (somente) do falecido; (iii) havendo parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até quarto grau), 1/3 da herança e, (iv) a totalidade da herança na inexistência de parentes na linha sucessória.

Na sucessão do art. 1.829, o cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos do *de cuius*, casado no regime de comunhão parcial de bens e quanto aos bens particulares desse (i) concorre com os descendentes por cabeça, sendo-lhe sempre garantido o mínimo de 1/4 da herança; (ii) recebe 1/3 da herança se concorrer com os dois ascendentes do falecido ou a 1/2, caso sobrevivente apenas um dos pais ou ascendente de grau maior e (iii) herda a totalidade dos bens na inexistência de ascendentes. Os colaterais sucedem apenas quando superadas as ordens acima indicadas.

Acrescente-se ainda que no Recurso Extraordinário 646.721/RS foi (re)afirmada, sem discrepância de entendimentos entre os ministros, a equiparação jurídica entre uniões estáveis homossexuais e heterossexuais, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132², da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Como os dois recursos extraordinários foram julgados sob o rito da repercussão geral, fixou-se a seguinte tese: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no

2. A propósito da ADPF 132, Otavio Luiz Rodrigues Jr., em Tese de Livre-Docência apresentada em dezembro de 2017 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, anota que o Supremo Tribunal Federal interpretou conforme a *Constituição Federal* uma *norma de direito ordinário que era conforme a Constituição Federal*, mas negou-lhe um dos efeitos decorrentes: "um leitor estrangeiro que lesse o acórdão do STF e fosse ao CC/2002 encontraria, de imediato, um problema lógico: reconheceu-se a união estável igualitária, mas se lhe negou a possibilidade de conversão em casamento. Ocorre que o Código Civil é taxativo em afirmar que: 'A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil' (art. 1.726, CC/2002). Logo, se era possível constituir a união estável, tal como declarado pelo STF, não se lhe aplicaria a restrição dos impedimentos matrimoniais (art. 1.723, § 1º, CC/2002). Em sendo assim, não se teria como restringir aos companheiros do mesmo sexo o pedido de conversão em casamento previsto no art. 1.726, CC/2002. Essa incoerência só veio a ser resolvida, também de modo heterodoxo quanto à via, pela Resolução CNJ n. 175, de 14 de maio de 2013, que dispôs sobre a 'habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo'" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 364).

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".

Do voto vencedor-condutor do Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, transcrevem-se as seguintes passagens:

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 consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas 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 adiantes 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 constituição 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, acabe-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 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 de regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade.

Quanto à corrente derrotada, colhem-se os excertos abaixo do voto divergente do Ministro Dias Toffoli, proferido no Recurso Extraordinário 878.694/RS:

As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. *Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime.* Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, *bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.*

[...]

Ocorre que não me parece que a opção legislativa tenha sido injustificada ou desarrazoada. Pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claros os motivos do tratamento diferenciado [...].

[...]

Estou plenamente convicto de que a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitados e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960 [...].

[...]

Nem mesmo a sedutora tese da vulneração da proibição ao retrocesso de direito fundamental à sucessão e, portanto, à propriedade por meio da *saisine* procede, na medida em que tenho, para mim, que a proibição do efeito "catraca" ou *cliquet* tem aplicação somente quando a restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não é a hipótese em questão.

Apresentados os elementos descritivos dos acórdãos sob escrutínio, apresenta-se na seção seguinte os comentários. Adotou-se uma postura crítica quanto à tese vencedora nos dois arestos, que é idêntica quanto à questão jurídica, uma vez que não se vislumbra a declarada inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

2. OS FUNDAMENTOS DOS ARESTOS E SUA REFUTAÇÃO

Os fundamentos dos votos vencedores podem ser sintetizados nestas *três premissas*: (i) a Constituição Federal reconheceu três entidades familiares em seu art. 226, as quais, embora dessemelhantes, não têm hierarquia entre si: a família constituída pelo casamento (§ 1º), a união estável entre homem e mulher (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º)³. A ausência de hierarquia constitucional entre as famílias deve se estender ao campo sucessório, premissa não respeitada pelo art. 1.790 do Código Civil; (ii) o art. 1.790 do Código Civil infringiu o *princípio da dignidade da pessoa humana* ao prever regime jurídico sucessório para os companheiros distinto do regime sucessório das pessoas casadas; (iii) o mesmo artigo, ao revogar tacitamente as Leis 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.05.1996, que estabeleciam regime sucessório substancialmente igual ao estabelecido para os cônjuges, violou os *princípios da vedação ao retrocesso* e da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente*.

Entretanto, refuta-se a *primeira premissa* – de que a Constituição Federal, ao não hierarquizar as entidades familiares, deve também igualar os respectivos regimes sucessórios – com *dois argumentos*.

O *primeiro* é que, a não hierarquia entre as entidades familiares⁴ e sua equiparação não têm os efeitos amplos que se lhes atribuem. Sustenta-se que os efeitos da equiparação estão restritos às disposições constitucionais. Em outras palavras, deve-se garantir aos modelos familiares não hierarquizados que os direitos assegurados às famílias *na Constituição Federal* os atinjam indistintamente, i.e., no que respeita à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 226, § 5º); à liberdade no planejamento familiar e colocação ao dispor, pelo Estado, de recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º); à assistência estatal à família (art. 226, § 8º), dentre outros.

Prova da contenção dos efeitos da equiparação das famílias ao plano constitucional está em que o ordenamento infraconstitucional estabelece diferenciações entre os modelos. Tais distinções são identificáveis por meio da enumeração de algumas: (i) não se exige autorização dos pais ou dos representantes legais de pessoas com mais de 16 e menos de 18 anos para reconhecimento de união estável (artigo 1.517 do Código Civil), ao contrário do casamento; (ii) não há incidência das causas suspensivas do artigo 1.523 para a caracterização da união estável (§ 2º do artigo 1.723 do Código Civil) etc.

A respeito do tema, afirma Regina Beatriz Tavares da Silva⁵:

O *primeiro equívoco* deste raciocínio é não perceber que a Constituição equiparou a união estável ao casamento, mas não os igualou. Se a Constituição determina que dois caminhos levam a um mesmo lugar, isto é, se tanto casamento como união estável formam entidades familiares, o legislador tem ampla margem para disciplinar cada um desses caminhos de modo a permitir que as pessoas que queiram atingir o destino – a constituição de entidade familiar – tenham à sua disposição alternativas reais, e não apenas aparentes, de caminhos a escolher.

3. A doutrina identifica arranjos familiares outros além dos compilados na Constituição Federal, como adverte Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 199): "família é arranjo que se já espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base o afeto cultivado entre seus membros".
4. Lenio Luiz Streck (O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das "famílias paralelas". *Consultor Jurídico*. Disponível em [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018) é da opinião que "a Constituição do Brasil (art. 226) coloca o casamento em primeiro plano com relação a qualquer outra união, independentemente das opiniões pessoais dos juristas a respeito de sua (in)justiça. Isso porque, embora refira que a união estável é reconhecida como entidade familiar, acrescenta que a lei deve facilitar sua conversão em casamento (§ 3º). Ou seja, dá especial proteção ao casamento (§ 1º e 2º)".
5. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

O *segundo* argumento é que a equiparação constitucional dos modelos familiares não implica a equiparação dos regimes sucessórios. O regime jurídico do Direito de Família difere do regime jurídico do Direito Sucessório, cada qual com suas regras e princípios. Tira-se exemplo da Constituição Federal que, em *maior grau*, regrou o primeiro e, em *menor grau*, dispôs sobre os direitos sucessórios, citando-se três normas que tratam do tema: a primeira, que garante o direito à herança (artigo 5º, XXX); a segunda, que estabelece, como regra, a aplicação da lei brasileira mais benéfica ao cônjuge ou a filhos brasileiros, na sucessão de bens estrangeiros aqui situados (artigo 5º, XXXI); a terceira, que limita a obrigação de reparar o dano dos sucessores ao limite do valor do patrimônio transferido (artigo 5º, XLIV).

O Ministro Edson Fachin, no voto proferido no RE 646.721/RS, afirma que "o modelo de conjugalidade não se confunde com o regime de bens"⁶. A troca dos termos da equação também é verdadeira, i.e., as relações sucessórias não se confundem com os regimes de constituição de família. Por essa razão, é de se avaliar criticamente outra afirmação do mesmo ministro no mesmo voto, de que "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"⁷.

A *segunda premissa* dos votos vencedores é que o artigo 1.790 do Código Civil infringiu o princípio da dignidade da pessoa humana, merecendo transcrição trechos do voto do Ministro Roberto Barroso a respeito:

13. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa resignificação 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 próprio.

[...]

15. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, 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.

[...].

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 indevidas⁸.

Entende-se que os argumentos lançados não se encaixam no que se compreende como dignidade da pessoa humana e seu princípio decorrente, apesar da consciência da dificuldade de conceituação, vez que inexistente consenso quanto ao conteúdo semântico da *expressão*.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, "a expressão 'dignidade da pessoa humana' no mundo do direito é fato histórico recente"⁹ e que surgiu pela primeira vez no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, em 1945¹⁰. Afirma que o conteúdo material da expressão-princípio impõe, como *imperativo jurídico categórico*, a *intangibilidade da vida humana* e como *imperativos jurídicos relativos hierarquizados*, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; os pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária¹¹. Assim, ao colocar o

6. Voto do Ministro Edson Fachin no RE 646.721/RS, p. 5.

7. Voto do Ministro Edson Fachin no RE 646.721/RS, p. 5-6.

8. Voto do Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, p. 7-8 e p. 17.

9. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

10. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado* cit., p. 3.

11. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 3-22.

respeito à dignidade humana como o atendimento a *pressupostos mínimos*, materiais e/ou imateriais, de sobrevivência (como contemporaneamente aceitos no mundo ocidental civilizado), o festejado civilista do Largo do São Francisco restringe a expressão e afasta as maximizações que aquela angariou no presente.

Otavio Luiz Rodrigues Jr. informa que "a dignidade humana não é um conceito criado pelo Direito Constitucional, antecedendo-o historicamente, na verdade"¹² e que "sua presença em textos constitucionais não tem o efeito imunizante que muitos podem esperar"¹³.

Sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, um número de excessos judiciais começa a ser reconhecido como indevidamente alto. Lenio Luiz Streck, a tal propósito, refere-se ao "pampricipiologismo", que considera um "recurso teórico-metodológico espúrio". O princípio da dignidade da pessoa humana é, com as ressalvas cabíveis, um elemento fortemente manipulável retoricamente, pois "fundamentaria tudo o que o intérprete quisesse. Diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não por acaso, o Código Civil está refém da subjetividade judicial"¹⁴.

Nas palavras de Gabriel Valente dos Reis, a aplicação da dignidade da pessoa humana "possui três grandes riscos: (i) reducionismo, (ii) fetichismo, e (iii) insegurança jurídica"¹⁵ e que argumentar com base nela é simplista, além de ignorar "as diferentes escolhas dramáticas que se impõem no caso concreto. Tal postura argumentativa não atenta para o fato de que, frequentemente, há mais de uma dignidade humana em jogo"¹⁶.

No entendimento esposado pelo Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, o Estado deve garantir que qualquer um dos modelos familiares cumpra seu papel constitucional de elemento de autorrealização do indivíduo. O art. 1.790 do Código Civil teria violado o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente ao hierarquizar os regimes sucessórios atribuíveis a cada modelo familiar, enfraquecendo a autonomia privada (as escolhas pessoais do indivíduo) pois, ao não disciplinar de forma idêntica a situação jurídica dos casados e dos conviventes quanto à sucessão, estaria impingindo aos primeiros a adoção do casamento para a proteção de seus direitos sucessórios.

Além de não se vislumbrar ter o art. 1.790 do Código Civil violado o *mínimo* existencialmente aceitável, material e imaterial, para se ter uma vida digna, o contrário do afirmado no citado voto também é válido: ao se elevar a dignidade da pessoa humana sobre a autodeterminação dos indivíduos se deprecia esta e a possibilidade de escolha do modelo familiar com as consequências infraconstitucionalmente previstas. Sobre essa questão o Ministro Marco Aurélio advertiu ser "possível que ocorram efeitos perversos e contrários à proteção da união estável, com casais de companheiros"¹⁷. Acrescenta Regina Beatriz Tavares da Silva que os conviventes que optaram por não se casar, ao tomarem ciência da decisão do Supremo Tribunal Federal, venham a fazê-lo em oposição às suas convicções pessoais ou a dissolver a relação¹⁸.

12. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*, cit., p. 319.
13. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais*, cit., p. 321.
14. STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pampricipiologismo a partir do caso das "famílias paralelas". *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018.
15. REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, jan.-mar. 2010. p. 101.
16. REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil... cit., p. 102.
17. Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 646.721/RS, p. 3.
18. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

Em contraste à corrente vencedora, o voto divergente do Ministro Dias Toffoli seguiu a linha da defesa da margem de discricionariedade do legislador democrático, ao não identificar no Código Civil a existência de uma opção legislativa desarrazoada ou injustificada. Deixou-se à autodeterminação ou à autonomia privada, conforme o caso, a escolha dos efeitos jurídicos que o arranjo familiar eleito pudesse acarretar.

Ou seja, o que a sistemática dos artigos 1.790 e 1.829 estabeleciam eram as "regras do jogo": um regime sucessório diverso para os conviventes em comparação com o estabelecido aos casados, *em seara dominada pela autodeterminação* e esta última, pode-se dizer, também realiza o princípio da dignidade da pessoa humana, que encontra fundamento no personalismo ético-social¹⁹, como pontua Otavio Luiz Rodrigues Jr.:

Entretanto, prefere-se o termo *autodeterminação*, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art. 1º, inciso III), pois realiza a *dignidade da pessoa humana*, sob a ótica do *personalismo ético-social* e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana. Logo, a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita *opção sexual* e ao direito de renunciar à própria vida²⁰.

Percebe-se, pois, a armadilha conceitual da dignidade da pessoa humana e a fragilidade de ser utilizada como fundamento jurídico indiscriminado ao se argumentar que violar a autodeterminação também é violar a dignidade humana.

Some-se a tudo a constatação de que nunca se proibiu que os conviventes estabelecessem de forma diversa ao disposto no artigo 1.790 do Código Civil (por testamento, por doação etc.). Na vigência desse dispositivo o que se oferecia era um maior espectro de escolhas, que preservaria a autodeterminação. Quando se eliminam opções, também se tolhem liberdades.

A decisão do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerada paternalista, o que se torna evidente todas as vezes nas quais o tribunal se imiscui por essas searas em desafio ao princípio da legalidade e à regra do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Ao agir assim, a impressão que se tem é que o tribunal parte da inferência de que o cidadão comum e leigo é desconhecedor de seus direitos e deveres.

Quanto ao parecer do Ministério Público²¹, pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, há a advertência para os perigos dos *exercícios de isonomia* do Poder Judiciário, capazes de aniquilar todo o sistema civilístico:

Ora, os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de propiciar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais.

[...]

Aliás, uma interpretação normativa com viés estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação em particular, revelaria que uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou mais justo neste ou naquele aspecto.

19. Antonio Junqueira de Azevedo (Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 115-126, jan.-dez. 2008) escreve que o personalismo ético centra-se no antropocentrismo, na pessoa humana dissociada do fundamento biológico da ética, que se baseia em três emergências, a evolução biológica entre o *homo sapiens* e os animais superiores, não havendo uma radical separação; solidariedade grupal e direito à realização dos impulsos vitais e na igualdade de tratamento e solidariedade universal.

20. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, jul.-set. 2004. p. 127.

21. Proferido no RE 878.694/MG.

Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. Esse exercício, por fim, faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo.

A terceira e última premissa da corrente vencedora é de que teria havido violação aos princípios da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente quando houve a revogação tácita das Leis ordinárias 8.971/94 e 9.278/96 pelo Código Civil. Sobre esse argumento, registre-se a refutação contida no voto do ministro Dias Toffoli:

A restrição imposta pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório da união estável, com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, quando comparado com o regime sucessório que vigorava anteriormente pela Lei 8.971 (art. 2º) e Lei 9.278/96 (art. 7º), me parece absolutamente legítima – assim como tantas outras restrições a direitos civis que foram estabelecidas pelo novo Código Civil e que foram realizados sob o permissivo constitucional-, na medida em que o legislador optou, pelos fundamentos revisitados neste voto, por garantir ao companheiro herdeiro, na hipótese de concorrer com os colaterais, o recebimento de um terço da herança²².

Eventualmente leis posteriores recrudescem institutos, eliminam direitos, modificam situações jurídicas e prejudicam cidadãos. Isso ocorre, até com certa frequência, nas áreas penal, tributária e administrativa. Mas a Constituição Federal, nesses três campos, oferece as balizas de contenção da aplicação da nova lei que são (i) no Direito Penal, a proibição da regra retroagir, a não ser para beneficiar o réu (*novatio legis in melius*, art. 5º, XL, da Constituição Federal); (ii) no Direito Tributário, os princípios da anterioridade e da noventena (art. 150, b e c, da Constituição Federal); (iii) no Direito Administrativo, o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No Direito Civil, há as regras constitucionais e infraconstitucionais que preconizam o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal; art. 6º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Operando-se dentro desses limites, não se vislumbra ofensa direta à Constituição Federal (e, conseqüentemente, causa para a declaração de inconstitucionalidade de normas do direito ordinário), quando uma lei nova estabelece regras diversas das anteriores, mesmo que menos benéficas. A sistemática civilística retroalimenta-se e encontra meios próprios de autocorreção. Em seu âmbito, encontram-se (quase) todas as respostas aos principais anseios individuais, valorados pelo legislador democrático ou criados pela autonomia privada. Não há necessidade da intervenção estatal nesse campo, salvo em situações muito específicas.

A respeito das relações entre a Constituição e o Direito Privado, convém examinar um dos conteúdos semânticos da expressão *constitucionalização* do Direito Civil formulado por Otavio Luiz Rodrigues Jr.:

Constitucionalizar o Direito Civil é reconhecer a *juridicização* da Constituição, com as ressalvas presentes na jurisprudência do STF e na teoria constitucional. A constitucionalização do Direito Civil, nesta terceira acepção, implica que as normas constitucionais não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que elas seriam meros programas políticos, envolvidos em uma forma jurídica²³.

E essa delimitação conceitual há de ser acompanhada de três ordens de observações, mais do que pertinentes a tudo quanto sustentado: (i) que são poucos os preceitos constitucionais diretamente ligados ao Direito Civil (os relativos à propriedade, família, personalidade, livre-iniciativa); (ii) que uma norma, mesmo que autoaplicável e de eficácia imediata, não incide diretamente sobre as relações privadas, que não podem ignorar sua sistemática infraconstitucional; (iii) que a interpretação dos princípios constitucionais

22. Voto do Ministro Dias Toffoli no RE 878.694, p. 11.

23. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 395-396.

exige dos magistrados maior autocontenção, "diante dos sérios riscos de se 'desprestigiarem o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional"²⁴.

3. CONCLUSÃO

Não é imune a apreciações críticas a decisão do Supremo Tribunal Federal, que se tomou na assentada de 10 de maio de 2017, nos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG e que declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 1.790 do Código Civil, equiparando os regimes sucessórios do casamento (artigo 1.829 do Código Civil) e da união estável.

Para estes comentários, o acórdão do Supremo Tribunal Federal pode ser posto em causa porque (i) a equiparação e ausência de hierarquia entre as entidades familiares não implica na identidade entre elas e tampouco na necessária isonomia entre os regimes sucessórios patrimoniais infraconstitucionalmente estabelecidos; (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana, de vaguidade conceitual e polissêmico, só seria violado caso se infringisse o *mínimo* a uma existência digna (material e/ou imaterial), como concebido contemporaneamente na civilização ocidental, sendo que a autodeterminação também perfaz o princípio da dignidade humana e (iii) não há violação aos *princípios da vedação ao retrocesso* e da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente* quando a novel sistemática civil respeita o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Em resumo, o artigo 1.790 do Código Civil prestigiava a autodeterminação, oferecendo uma opção a mais aos indivíduos no que se refere a modelos familiares e sucessórios, sendo que o ordenamento jurídico-civil infraconstitucional sempre possibilitou que os conviventes afastassem essa regra, utilizando-se do arsenal de regras jurídicas nele previstas.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 115-126, jan.-dez. 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 199-299, jan.-dez. 2013.
- REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do Direito Civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, p. 92-109, jan.-mar. 2010.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 113-129, jul.-set. 2014.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

24. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*, cit., p. 396.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das "famílias paralelas". *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018.

ROBERTA MARIA RANGEL

*Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
roberta@redadvocacia.com*

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, em, apreciando o Tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, dar provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar 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, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Acordam, vencido o Ministro Marco Aurélio, em fixar 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, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior.

Brasília, 10 de maio de 2017.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, no qual se discute a constitucionalidade do regime sucessório das uniões estáveis, na forma estabelecida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 (CC/2002). Foi reconhecida a repercussão geral da matéria (tema 809), nos seguintes termos: “*Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código*”.

2. Em primeiro grau, os pedidos da companheira foram julgados parcialmente procedentes, para lhe atribuir a *totalidade* da herança deixada pelo companheiro falecido (excluindo-se da sucessão os irmãos do *de cujus*), e para lhe conceder direito real de habitação e indenização de seguro de vida. A sentença se baseou na ideia de que o Código Civil de 2002 configura um retrocesso ilegítimo ao tratamento sucessório dado ao companheiro, e sua aplicação violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assim como do tratamento paritário das entidades familiares.

3. Um dos irmãos do falecido interpôs apelação, na qual a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a existência de controvérsia constitucional sobre a matéria, de modo que, embora entendendo ilegítima a distinção estabelecida pelo art. 1790 do CC/2002, suscitou incidente de inconstitucionalidade, e remeteu os autos à Corte Superior daquele Tribunal, com base no art. 97 da CF/1988 e na Súmula Vinculante nº 10.

4. Antes de iniciar o julgamento desse incidente, foi constatada a pré-existência de outro incidente de idêntico objeto (nº 1.0512.06.032213-2) no âmbito do TJ-MG, já julgado. Nele, o Ministério Público havia opinado pela *procedência total* do incidente de inconstitucionalidade, mas a Corte Superior do TJ-MG, por maioria, acabou julgando-o improcedente, por entender que “*o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro pode não*

ter sido a melhor opção do legislador ordinário, mas encontra guarida na própria Constituição Federal”. Assim, considerando a existência desse precedente recente, a Corte Superior do TJ-MG não conheceu do incidente de inconstitucionalidade que se originou nos presentes autos.

5. Em seguida, os autos retornaram à 8ª Câmara Cível do TJ-MG para julgamento de mérito do recurso. Quanto ao aspecto fático, ficou consignado que a recorrente vivia em união estável, com regime de comunhão parcial de bens, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido possuía bens e não tinha descendentes nem ascendentes, tendo como parentes mais próximos três irmãos, os quais figuram no polo passivo deste recurso. Esses, portanto, são os fatos incontroversos.

6. Quanto aos aspectos jurídicos, a Câmara, partindo da premissa de constitucionalidade do art. 1790 do CC/2002 (em razão do que fora decidido pela Corte Superior do TJ-MG), deu provimento à apelação para, nos termos do inciso III do art. 1790, limitar o direito sucessório da companheira a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a existência da união estável, excluindo-se os bens particulares do companheiro. O acórdão foi assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a

legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

2) A teor do inciso III do art. 1790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus.”

7. Contra essa decisão, a companheira interpôs recursos especial (REsp) e extraordinário (RE), os quais foram inadmitidos no TJ-MG. O REsp foi julgado intempestivo, e a decisão foi mantida no STJ mesmo após a interposição de AREsp e recursos subsquentes. Já o RE foi inadmitido na origem sob o fundamento de que a controvérsia não possuía natureza constitucional. Essa decisão foi objeto de agravo, ao qual dei provimento, de modo a convertê-lo em recurso extraordinário.

8. Neste recurso, a companheira sustenta que o regime sucessório estabelecido no art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com o dever estatal de proteção à família (art. 226, §3º, da CF/1988) e com o princípio da igualdade (art. 5º, CF/1988) entre as diferentes constituições familiares. Assim, entende que o regime sucessório a ser aplicado à união estável deve ser equivalente àquele previsto para o casamento. Por sua vez, um dos recorridos (os demais não apresentaram contrarrazões) defende a constitucionalidade do citado art. 1.790 do CC/2002, alegando que a CF/88 reconheceu a união estável como entidade familiar, mas não a equiparou ao instituto do casamento.

9. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Além de corroborar os argumentos do recorrido, acrescentou que *“tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento”*.

10. Após, deferi os pedidos de ingresso no feito como *amici curiae* formulados pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

11. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

INTRODUÇÃO

I. A HIPÓTESE

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?*

2. No caso concreto, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de 9 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, caso fosse casada com o falecido, a recorrente faria jus à totalidade da herança.

3. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada a apreciar a compatibilidade do dispositivo impugnado com a Constituição de 1988. Por fim, a Parte III trata da resolução do caso concreto submetido à apreciação desta Corte neste recurso extraordinário.

Parte I

DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

II. A ATUALIDADE DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL

4. O tema objeto deste recurso tem gerado significativa judicialização, com frequentes decisões em sentidos divergentes. A título ilustrativo, os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro chegaram a conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ-SP – a exemplo do TJ-MG – entendeu pela *constitucionalidade* do art. 1.790 do CC/2002¹, enquanto o TJ-RJ manifestou-se pela sua *inconstitucionalidade*². No Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia acerca da constitucionalidade do dispositivo do Código Civil chegou a ser afetada à Corte Especial³. No entanto, ainda não houve decisão final de mérito. Por fim, vale observar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 646.721, reconheceu repercussão geral a outro recurso que trata da validade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, mas que tem como foco sua aplicação às uniões homoafetivas.

III. A CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

III.1. Família e direito sucessório

5. O fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família⁴. O regime sucessório no país envolve a ideia de

1 TJ-SP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000, j. em 14.09.2011, DJ 11.01.2012.

2 TJ-RJ, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, j. em 06.08.2012, DJ 03.09.2012

3 STJ, Arguições de Inconstitucionalidade suscitadas nos Recursos Especiais nº 1.291.636, 1.318.249 e 1.135.354

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

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.

6. Já o grau *forte* refere-se à parte indisponível da herança (a chamada *legítima*), que corresponde à 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.

III.2. Família e casamento

7. 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 casamento⁵. Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916 dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229).

5 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 pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

8. 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. Alguns exemplos ilustram bem essa concepção. Na redação original do CC/1916, a família era chefiada pelo marido (poder marital – art. 233), de modo que a mulher, embora dotada de plena capacidade jurídica enquanto solteira, tornava-se relativamente incapaz ao se casar (art. 6º, II, Parte Geral). A mulher passava então a depender de autorização de seu marido para a prática de diversos atos da vida civil, inclusive para trabalhar. Apenas com a edição da Lei nº 4.121/1962, a mulher casada deixou de ser incluída, junto com pródigos e silvícolas, na relação dos relativamente incapazes.

9. Além disso, na redação originária do CC/1916, o casamento era *indissolúvel*, de modo que mesmo que os cônjuges vivessem em plena infelicidade conjugal deveriam permanecer casados, em prol de um suposto bem maior para a sociedade. Ressalvava-se apenas a possibilidade de desquite, que, porém, impedia novo matrimônio. Foi somente com o advento da EC nº 09/1977, objeto de calorosos debates, que se passou a admitir a possibilidade de separação judicial e de divórcio. Outra ideia existente nessa época era a de “débito conjugal”, segundo a qual a mulher deveria estar sexualmente disponível para o marido, ainda que contra sua vontade. Com fundamento no modelo de família instituído pelo CC/1916, havia quem defendesse que a cópula forçada pelo marido não configurava crime de estupro por se tratar de exercício regular de um direito.

III.3. Família e filiação

10. A mesma concepção que orientava as relações entre cônjuges aplicava-se às relações entre pais e filhos. O pai/marido, na

condição de chefe de família, exercia o pátrio poder (art. 380, CC/1916). Como lembra Gustavo Tepedino⁶, ao pai eram conferidos poderes que permitiam, por exemplo, a imposição de processo educacional extremamente autoritário, que se expressava, por vezes, em castigos corporais severos, contra os quais não era possível haver oposição sem que se contestasse o pátrio poder, e, de forma reflexa, a paz familiar. Apenas com o advento da CF/1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os filhos deixaram a condição de objetos para se tornarem sujeitos de seu processo educacional.

11. Era ainda pior a situação de boa parte dos filhos havidos fora do casamento. A despeito do critério biológico de paternidade, os filhos nascidos de relações adulterinas e incestuosas não poderiam ser reconhecidos por expressa disposição legal (art. 358, CC/1916). Desse modo, estavam condenados a viver sem registro civil que os identificasse de forma digna e condizente com a verdade dos fatos, assim como estavam impedidos de demonstrar parte essencial de sua individualidade – sua origem e história familiar – como se integrassem uma classe inferior de indivíduos. Pagavam o preço de uma conta que não era sua apenas para que o conceito rígido de família então vigente não sofresse abalos.

12. Não é preciso ir mais longe para se perceber que a tradicional concepção jurídica de família, baseada no casamento, tratava a entidade familiar como um fim a ser protegido (ainda que a um custo muito alto), e não como um meio para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros. Seus integrantes eram muitas vezes forçados a relegar projetos individuais de vida boa a um segundo plano, tudo em prol da manutenção de uma dada concepção sobre as relações familiares-matrimoniais e sobre o papel do Estado em sua proteção.

6 Esse e outros bons exemplos sobre os paradigmas familiares do período anterior à Constituição de 1988 podem ser encontrados em: Gustavo Tepedino. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Vicente Barreto (Org.). A nova família: problemas e perspectivas, 1997, pp. 52-56.

III.4. Os diferentes modelos de família

13. 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 estáveis⁷, de uniões homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais (sem pais, como a formada por irmãos ou primos). Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial⁸.

14. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado⁹. Em alguns casos, a injustiça era tamanha que a jurisprudência começou a buscar soluções hermenêuticas para assegurar algum direito aos integrantes dessas uniões, especialmente às mulheres em união estável. Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, chegou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade

7 O último censo realizado pelo IBGE (2010) aponta que mais de um terço das uniões no país é formada consensualmente por pessoas não casadas (36,4%). V. <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes>

8 Essa alteração no conceito de família manifestou-se até mesmo no dicionário. No Dicionário Houaiss, a família não é mais um “1. Grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (especialmente o pai, a mãe e os filhos), que têm ancestralidade comum ou provêm de um mesmo tronco, ou ligadas entre si pelo casamento e pela filiação, excepcionalmente pela adoção”, mas um “1. Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”.

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

de fato constituída com seu companheiro¹⁰. Equiparava-se, assim, uma relação de amor e união a uma relação negocial, como a de uma barraca de verduras em uma feira.

15. 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 instituíu o casamento como condição para a formação de uma família “legítima”.

16. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da 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 próprio¹¹. 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.

10 STF, Súmula 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.

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

III.5. Família e papel do Estado

17. 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.

18. O reconhecimento do caráter instrumental da família para a promoção da dignidade dos indivíduos e deste novo papel do Estado na tutela das entidades familiares encontra amplo amparo no texto constitucional. Nesse sentido, o art. 226, caput, da CF/1988 dispõe que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. Também o art. 226, §7º, da Carta de 1988 determina que o planejamento familiar “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*”, “*é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito*”. Na mesma linha, o art. 205, estabelece que “*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”. Já os arts. 227 e 230 impõem à família, à sociedade e ao Estado os deveres de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem sua dignidade e demais direitos fundamentais, e de amparar pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar.

19. 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 que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional¹². 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

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

IV. EQUIPARAÇÃO E DESEQUIPARAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO EM MATÉRIA SUCESSÓRIA

IV.1. A progressiva equiparação legal entre cônjuge e companheiro

20. 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

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

verá, o Código Civil de 2002 não foi capaz de acompanhar essa evolução no tratamento do regime sucessório aplicável aos companheiros e aos cônjuges.

21. 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 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)¹³ praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916¹⁴, 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.

22. A diferença entre os dois regimes sucessórios era basicamente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só incidia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar¹⁵. Porém, logo essa diferença foi

13 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.”

14 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.”

15 Veja-se: CC/1916, art. 1611, §2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da

suprimida. A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros¹⁶. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo *mais favorável* ao companheiro do que ao cônjuge¹⁷⁻¹⁸.

23. 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.

IV.2. A desequiparação de regimes sucessórios trazida pelo art. 1790 do CC/2002

24. Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar."

16 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."

17 Zeno Veloso, Novo código civil: sucessão dos cônjuges. Revista do Advogado, São Paulo, n. 98, p. 237-238, 2008.

18 Essa discrepância despertou inúmeras críticas da doutrina, que não via razoabilidade na medida. Sobre o tema, v. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. In: Revista Brasileira de Direito de Família, ano III, nº 12, p. 68, jan.-mar./2002.

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 companheiro¹⁹. Assim, caso se interprete o Código Civil em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma união estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira²⁰.

25. 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. O mais curioso é que, relativamente ao direito real de habitação do cônjuge, o CC/2002 incorporou os requisitos mais brandos que a Lei nº 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.

26. O grande marco na involução na proteção do companheiro foi, porém, o art. 1.790 do CC/2002, questionado nesta ação direta, 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

19 CC/2002, art. 1845: Herdeiros necessários são descendentes, ascendentes e cônjuges

20 A herança não se confunde, é claro, com a meação, que corresponde à metade do patrimônio comum do casal, a que faz jus o cônjuge ou o companheiro, a depender do regime de bens adotado.

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.

IV.3. Principais diferenças entre os regimes sucessórios de cônjuge e companheiro no novo Código Civil

27. 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.

28. 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 ponto particular, a situação dos presentes autos é simbólica. No caso concreto, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, até que seu companheiro veio a falecer. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Pelo regramento do CC/2002, em referida hipótese, a companheira recebe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, enquanto os irmãos recebem *todos* os demais bens. No entanto, se, diversamente, a recorrente fosse casada com o falecido, ela teria direito a todo o monte sucessório.

29. De forma ainda mais contrária à lógica do Direito das Sucessões, a distribuição citada acima seria a mesma, caso, ao invés de irmãos, o falecido houvesse deixado apenas um tio-avô, um primo, ou um sobrinho-neto. Esses receberiam todos os bens adquiridos gratuitamente, todos os adquiridos antes da união estável, e mais dois terços daqueles adquiridos onerosamente durante a união estável. É que, nos termos do Código Civil, os colaterais até o quarto grau são parentes sucessíveis (art. 1.729, III c/c art. 1.839). Acerca dessa escolha legislativa, vale destacar a fina percepção de Zeno Veloso:

“A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária”.²¹

21 Zeno Veloso, Do direito sucessório dos companheiros. In: Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Direito de família e o novo código civil*, 2005, p. 249.

30. 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.

31. Porém, o regime sucessório traçado pelo Código Civil de 2002 nem sempre privilegia o casamento em relação à união estável. Mesmo que esta não tenha sido a intenção do legislador, a literalidade do texto dá ensejo a que, em algumas circunstâncias, os companheiros passem a ter mais direitos que os cônjuges na sucessão. Um exemplo pode facilitar a demonstração. Imagine-se uma situação em que o *de cujus* tenha deixado descendentes comuns, que todo o seu patrimônio tenha sido adquirido onerosamente durante a vigência da união estável (sem deixar bens particulares), e que o regime de bens entre os companheiros seja o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial. Nessa hipótese, o companheiro teria direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum (art. 1.790, I). No entanto, caso fossem casados, o cônjuge supérstite não teria direito a participar da sucessão (art. 1.829, I), e, logo, não herdaria nada.

32. O exemplo serve para demonstrar que, ainda que o propósito do legislador fosse a de colocar o casamento em um patamar hierárquico superior ao da união estável, a grande complexidade e variedade de regimes e situações constantes do art. 1.790 do CC/2002 fez com que tal objetivo se perdesse pelo caminho. Hoje, a distinção de regimes sucessórios estabelecida pelo CC/2002 desprotege o companheiro em inúmeras situações, retirando-lhe direitos que já haviam sido conferidos por lei, ao mesmo tempo em que, em outras situações,

privilegia a união estável, protegendo o companheiro, mesmo que involuntariamente, de forma mais intensa que o cônjuge.

33. 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.

V. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL ENTRE AS FORMAS DE FAMÍLIA

V.1. As famílias na Constituição

34. A Constituição de 1988, em seu artigo 226, caput, dispõe, genericamente, que *“a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”*. Nos parágrafos seguintes, o texto constitucional confere previsão expressa a três categorias de organização familiar: o casamento (§§ 2º e 3º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º), nos seguintes termos:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

35. Como se vê, a ampliação do conceito jurídico de família pela CF/1988 não significou uma equiparação absoluta do casamento às demais entidades familiares. Especificamente em relação à união estável, a Constituição, de um lado, dispõe que ela é reconhecida como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, mas, de outro, prevê que a lei

deve 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.

36. 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. Em outras palavras, resta analisar se as diferenças entre casamento e união estável justificam uma disparidade de tratamento no que diz respeito ao regime sucessório de cônjuges e de companheiros.

V.2. Demonstração da ilegitimidade da hierarquização das formas de família

37. Os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático – podem auxiliar na solução desta matéria. Examina-se, em primeiro lugar, a *interpretação semântica*, também referida como gramatical, literal ou filológica. Trata-se do ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da questão que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que os sentidos mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Pois bem: a norma aqui analisada 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 desta proteção. Veja-se: o texto do 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 tais objetivos, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo.

38. Em segundo lugar, a *interpretação teleológica* reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. A interpretação teleológica tem como objetivo a realização dos fins previstos na norma, a concretização, no mundo dos fatos, do propósito abrigado na Constituição. Quais seriam, então, os fins visados pelo art. 226? Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Como já se expôs, 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, sejam eles cônjuges ou companheiros, têm direito a igual proteção legal.

39. 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 segregativa²². 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,

22 Para um estudo dos anais do processo constituinte acerca da norma contida no art. 226 da CF/88, v. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituica-o-cidada/o-processo-constituente.

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.

40. 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. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias. 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.

41. 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. Essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: *o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável*. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de *funcionalização* da família, alcança-se uma segunda constatação importante: *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*.

V.3. Situações de desequiparação legítima entre formas de família

42. Assim, a partir da ideia de que o legislador pode adotar regimes jurídicos diversos para o casamento e a união estável, torna-se necessário separar as situações em que a diferenciação de regimes jurídicos é feita de forma legítima daquelas em que é feita de forma arbitrária. Essa é uma questão importante, pois, para parcela da doutrina e da jurisprudência, o fato de o texto constitucional prestigiar a facilitação da conversão da união estável em casamento significa que o constituinte conferiu um tratamento privilegiado às uniões matrimoniais. Segundo esse entendimento, tal privilégio autorizaria o legislador a instituir, de forma legítima, regimes jurídicos diversos para as duas entidades familiares, inclusive quanto à questão sucessória²³.

43. Essa, porém, não parece ser a leitura mais adequada do texto constitucional. Como já se disse, é possível extrair da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (*e.g.*, arts. 205, 226, §7º, 227, 230), a noção de *funcionalização* da família, que aponta o seu caráter instrumental em prol da dignidade e da realização existencial de seus membros. 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.

44. 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

23 Gustavo Tepedino. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Vicente Barreto (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, 1997, p. 58-59.

partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência. Na verdade, duas pessoas poderiam se conhecer e se casar em período de tempo muito curto, e não haveria qualquer questionamento quanto ao estado civil de ambas. Da mesma forma, se os cônjuges entenderem que não há mais razões para o casamento perdurar, é preciso que passem por um procedimento igualmente formal e solene, ao fim do qual poderão exibir uma certidão que comprove o novo estado civil.

45. 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 verdade que as partes podem comparecer a um cartório e registrar sua existência, mas esse registro será declaratório, e não constitutivo. Se a união estável existir, seu registro apenas refletirá um fato anterior. Já se não houver verdadeiramente uma união estável, o registro não passará de uma declaração falsa, pois não servirá para criá-la.

46. 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. A união estável depende da verificação de uma situação de fato. Não há um documento único que a constitua e que sirva de prova definitiva. Consequentemente, para todos os terceiros que se relacionam com os companheiros, e para a sociedade em geral, há um nível menor de segurança. Imagine-se o caso de um particular que deseja adquirir um imóvel de outro, que esteja registrado apenas no nome do vendedor. Não será possível ao comprador, por exemplo, saber se o vendedor vive em união estável, nem se o imóvel foi adquirido onerosamente durante a vigência da referida união, o que poderá gerar futuros riscos de questionamento da operação por parte de eventual companheira.

47. E a citada insegurança afeta também a Administração Pública em diversas situações. Uma delas, muito comum, é representada por um significativo número de processos judiciais em que, com o intuito de obter benefício previdenciário, a parte requerente busca comprovar a existência de uma união estável com o segurado falecido. Mais recentemente, mesmo na ausência de lei específica, alguns entes públicos passaram a estender aos servidores em união estável direitos de servidores casados, exigindo, porém, requisitos diferenciados que permitam aferir com um mínimo de segurança a existência da união estável, como o registro da união em cartório²⁴. Como se vê, a exigência de documentos que comprovem a existência de união estável não configura hierarquização entre tipos de família, pois decorre naturalmente das peculiaridades da entidade familiar. Tampouco representa distinção no grau de proteção estatal ao indivíduo, pois não confere a este menos direitos unicamente em razão de integrar uma ou outra forma de constituição de família.

48. Ante o exposto, conclui-se 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. No julgamento da mencionada ADPF 132, o Min. Luiz Fux sintetizou o ponto com precisão:

24 É o caso, por exemplo, do deferimento de licença-gala para servidores que formalizam união estável quando a legislação apenas prevê o benefício na hipótese de casamento.

“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.”

49. 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, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

VI. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

VI.1. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

50. 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*. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de

valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações.

51. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração²⁶. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas 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.

52. 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. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Trata-se de uma questão que toca a intimidade de cada indivíduo, de sua vontade de seguir (ou não)

25 Luís Roberto Barroso, "*Aqui, lá e em todo lugar*": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais*, vol. 919, p. 127, maio/2012.

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

tradições, crenças e sonhos, e de viver sua união segundo a sua própria concepção de vida boa. 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.

53. 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 ajusta 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. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer anteriormente à Constituição de 1988.

54. Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento. O fato de as uniões estáveis ocorrerem com maior

frequência justamente nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população apenas reforça o argumento da impossibilidade de distinguir tais regimes sucessórios, sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória.

55. Diante do exposto, conclui-se que a diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia.

VI.2. Violação ao princípio da proporcionalidade

56. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*²⁷. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. 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. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais²⁸.

27 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.

28 Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Enrique Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

57. No caso em discussão, a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. 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 contraposto²⁹. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido.

VI.3. Violação ao princípio da vedação do retrocesso

58. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o *princípio da vedação ao retrocesso*³⁰. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos

29 A proteção insuficiente de determinado direito ou princípio constitucional é apurada através da aplicação dos subprincípios da princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar, no caso concreto, "(a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)." (Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. *Op. cit.*, p. 481)

30 Sobre o tema, ver: 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 princípio no direito brasileiro. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais*

princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

59. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. 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.

60. 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. 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

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; Ingo Wolfgang Sarlet. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 15, set.-nov./2008.

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.

61. 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. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores. Nesse sentido, veja-se que o relatório geral da Comissão Especial do Código Civil apontou uma preferência expressa pelo instituto do matrimônio como fundamento do regime sucessório dos companheiros aprovado pelo CC/2002³¹:

“As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer

31 Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que institui o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza, volume 1, p. 44. V. http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf.

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. (...) Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”

62. Percebe-se assim que, 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. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção.

63. 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*.

Parte III

A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

VII. O EXAME DO CASO CONCRETO

64. Fixadas as premissas jurídicas que devem orientar a

análise de qualquer situação em que esteja em jogo o regime sucessório entre companheiros, é possível alcançar a solução para o caso versado no presente recurso. A decisão impugnada aplicou o texto literal do art. 1.790 do CC/2002, de modo que à companheira do falecido apenas foi reconhecido o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O restante do patrimônio foi conferido aos três irmãos do falecido.

65. No entanto, como se demonstrou anteriormente, a redação do art. 1.790 do CC/2002 não encontra amparo na Constituição de 1988. Trata-se de norma discriminatória e anacrônica, que busca hierarquizar entidades familiares de diferentes tipos, em violação à igualdade entre as famílias e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. No caso dos autos, tal dispositivo produz como resultado a redução da proteção sucessória da companheira unicamente em razão da não conversão de sua união em casamento. Consequentemente, a decisão recorrida (assim como qualquer decisão que se fundamente na regra do art. 1.790 do CC/2002) merece reparo.

66. É preciso, no entanto, esclarecer qual regramento é aplicável para reger a sucessão dos companheiros, tendo em vista a exclusão do art. 1.790 do mundo jurídico. Nesse ponto, duas alternativas poderiam ser aventadas. A *primeira* delas parte da ideia de que, retirada a validade da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade, as relações jurídicas devem ser regidas pela norma anteriormente existente, que supostamente havia sido retirada do ordenamento pela norma declarada inválida. Na presente hipótese, isso significaria restabelecer a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. Já a *segunda* alternativa se funda na concepção de que se deve garantir regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, de modo a não promover uma diferenciação ilegítima dessas duas formas de constituição familiar. Como resultado, no caso, o regime estabelecido pelo próprio CC/2002 para os cônjuges seria estendido aos companheiros.

67. A solução mais acertada é justamente esta última. Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente. Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002.

68. É importante observar, porém, que a declaração de inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no art. 1.790 do CC/2002, não impede uma futura atuação do legislador no sentido de garantir a possibilidade de exercício da autonomia da vontade pelos companheiros (e também pelos cônjuges). Desde que mantenha a equiparação de regimes sucessórios entre o casamento e a união estável como regra geral, o Poder Legislativo poderá criar regime sucessório diverso, ao qual os companheiros poderão optar, em vida, mediante acordo escrito. Nesse caso, porém, para que não se viole a presente decisão, será preciso fixar-se que, não havendo convenção, será aplicável à união estável o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.

69. Por fim, não se pode esquecer que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável *modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado*. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.

CONCLUSÃO

70. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer 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 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.

71. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”*

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, quero inicialmente cumprimentar o eminente Relator pelo voto escrito e pela síntese oral que fez, à exceção evidentemente da menção a este que fala, no mais, portanto, expresse os meus sinceros cumprimentos. Também me associo aos cumprimentos aos ilustres advogados que ocuparam a tribuna e sustentaram as suas respectivas razões. Dos interessados neste tema, também recebi, examinei os memoriais e me permito, de um modo especial, destacar o memorial que recebi subscrito também pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, a quem muito estimo e admiro.

Senhora Presidente, eu tenho uma declaração de voto escrito que, para prestar contas da respectiva fundamentação, irei juntar ao feito na forma devida. Mas, sem embargo, brevemente, procuro resumir as seguintes razões que me levam na conclusão que vai ao encontro da conclusão que Sua Excelência, o eminente Relator, chegou.

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 famílias, 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 muito bem exposta pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, é saber se essa diferença se projeta no campo do direito sucessório como uma desigualdade discriminatória e incompatível com o texto constitucional e os diversos dispositivos que o eminente Relator acaba de mencionar.

Essa diferença, discriminatória ou não - portanto, que faz emergir a questão -, neste caso, está nucleada no teor do art. 1.790. E aqui me

permito uma explicitação que se agrega às premissas e à conclusão do eminente Relator no sentido de dizer que estamos diante de uma discussão de cunho sucessório. Aqui não se está a falar de direito de meação. Portanto, tal como se postou o voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, nós não estamos 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.

Portanto, colocando essa questão no cerne do reconhecimento da diversidade da diferença e indagando-se, daí se extrai uma discriminação que não se justifica à luz do texto constitucional. É preciso ir precisamente onde foi o eminente Relator, especialmente no art. 226, parágrafos e seguintes da Constituição, para saber qual é a *ratio* que dá o governo jurídico da família como base da sociedade. E, efetivamente, nessa *ratio* que está na Constituição, não só nessa parte - o eminente Relator se fundou em outros dispositivos constitucionais que também cito, aqui, nessa declaração de voto -, essa *ratio*, em meu modo de ver, está no reconhecimento de que uma sociedade plural se faz, como escreveu Dworkin num outro contexto, por uma percepção de liberdade dos seus respectivos agentes morais. Em outras palavras, a opção por esse ou por aquele modelo de família não pode impor, àquele que realizou a opção, uma escolha de um modelo preferencial como se houvesse uma restrição da liberdade moral de eleição do respectivo modelo de família.

Essa ideia, parece-me, está na base da *ratio* do capítulo da família, que é a essência da sociedade. E aqui, quiçá cada um de nós poderia, até

mesmo do ponto de vista pessoal, falar das suas inflexões, porque essa é a dimensão aberta e plural das formas de constituição de família - da família monoparental, da família derivada da união estável, da família matrimonializada. Portanto, de diversos desenhos jurídicos que, no meu modo de ver, levam em conta o sentido e a importância estrutural da ideia e da concreção da família na sociedade brasileira sem que haja, portanto, essa intervenção no sentido de indicar um modelo que, num juízo moral, seja preferencial. Porque aquele que pode ser o meu, numa sociedade como cidadão, e que de fato o foi, e que não é o da união estável, não pode ser imposto ao exercício da liberdade de outrem, que até mesmo pode, na relação de solteiro que adota, constituir uma família monoparental, e merecer, em igual dignidade, isonômica proteção constitucional.

Portanto, a declaração de voto que fiz agasalha-se nessa racionalidade, procura distinguir, como disse, meação de direito sucessório para deixar bem evidenciado, tal como o eminente Relator acentuou. Aqui se trata de buscar superar não a diferença, mas algo que, em meu modo de ver, também se traduz numa discriminação sem justificativa de índole constitucional, e que não confunde direito sucessório com direito à meação. E mais, que também separa modelos de conjugalidade de regime de bens, que é uma outra realidade que, de algum modo, aqui, não se coloca em questão.

Há doutrina produzida sobre isso, e eu vou tomar como inspiração um dos pioneiros nessa matéria, que é o Professor Álvaro Villaça de Azevedo, que me permito citar, ilustre professor do Largo de São Francisco. O Professor Álvaro escreveu:

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, admitindo sua coletividade, que vai transpondo gerações.

Esse anseio, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção do instituto jurídico, é um organismo institucional, e o direito humano deve intervir somente para evitar lesões, fazendo reinar a responsabilidade.

Portanto, Senhora Presidente, renovando meus cumprimentos ao eminente Relator, eu entendo que a matemática sucessória do art. 1.790 não se sustenta diante da Constituição, portanto, não estou partindo de um juízo moral sobre as formas de família, mas um juízo de adequação constitucional.

Não me parece que ali tenha uma solução constitucionalmente adequada, portanto, tal como acutissimamente posto no voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, a hermenêutica constitucional conduz a uma equiparação, nos termos do inciso I do art. 5º e do § 3º do art. 226 da Constituição da República, entre regime sucessório dos cônjuges e regime sucessório na união estável, de modo a reconhecer incidentalmente, no presente recurso extraordinário, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Portanto, esta é a percepção que tenho e concluo, também, em duas direções, na linha do que indicou o eminente Ministro-Relator: para que não se estabeleça uma indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar a ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, ou seja, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil. E também, quanto à modulação - se chegarmos a tanto, mas me permito desde já adiantar -, em nome da segurança jurídica, estou também aqui acompanhando a proposta do eminente Relator e, portanto, acompanho integralmente no provimento.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade do regime sucessório das uniões estáveis, nos termos em que foi regulado pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002.

A questão constitucional que se apresenta para a apreciação desta Suprema Corte é saber se as distinções estabelecidas pelo Código Civil entre cônjuges e companheiros, para fins de direitos sucessórios, são compatíveis com os arts. 5º, I, e 226, §3º, da Constituição da República.

Assento 10 (dez) premissas antes de adentrar na questão constitucional posta a 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 entreaajuda, 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 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, passa-se à análise da questão constitucional submetida a esta Suprema Corte.

O art. 1790 do Código Civil estabelece, no *caput*, base de cálculo para a sucessão do companheiro que é 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, o companheiro sobrevivente que concorrer com filhos do *de cujus* 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 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, 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 ambos os modelos de conjugalidade 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 seja restabelecida a sentença de 1º grau.**

No que diz respeito à modulação de efeitos, em nome da segurança jurídica, também acompanho a proposta do eminente Relator, declarando, por fim, que a tese, tal qual sugerida, está de acordo com o meu voto:

“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.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, faço um pedido de esclarecimento ao Relator quanto ao alcance do voto de Sua Excelência.

De qualquer forma, registrando que sou Relator do recurso extraordinário nº 646.721, originário do Rio Grande do Sul, e a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi idêntica à conclusão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, há um terceiro Tribunal decidindo sob a mesma óptica, mas, infelizmente, esse processo, ao contrário do relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, não ficou aparelhado para julgamento.

E devo reconhecer – já que o extraordinário subiu em 2015 – que Sua Excelência é muito mais rápido no “gatilho judicante” do que eu.

A indagação que faço é no tocante ao alcance do voto de Sua Excelência: se a igualização preconizada entre cônjuge e companheiro, ou companheira, resulta também no afastamento da linha sucessória, prevista no Código Civil, dos parentes colaterais. Porque, quanto ao cônjuge, não há menor dúvida, herda, afastando, portanto, a sucessão dos colaterais.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - A solução que proponho, Ministro Marco Aurélio, é que no art. 1.829, que cuida da sucessão legítima, onde consta "cônjuge", leia-se também "companheiro ou companheira em união estável".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em última análise, Vossa Excelência, no caso da companheira, potencializa o parentesco afim em detrimento do sanguíneo, relativamente aos irmãos?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Não. Eu dou à companheira, vamos situar nesse caso, o mesmo direito da mulher casada. Portanto, é esta a leitura que faço do art. 1.829, que estabelece a ordem de vocação hereditária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Satisfeito, Presidente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao referir-se a união estável, Senhor Relator, Vossa Excelência **abrange tanto** a união homoafetiva **quanto** a heteroafetiva?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Certamente sim. Eu não quis me estender nesse ponto, porque o Ministro Marco Aurélio tem um caso que envolve essa questão em termos de uniões homoafetivas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É importante **compreender** no conceito de uniões homoafetivas aquelas que se estabelecem **independentemente** da orientação sexual **ou** da identidade de gênero...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Isso. Portanto, eu concordo com esta tese. Apenas não avancei porque não era o objeto desta demanda e há uma ação específica que cuidará disso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É outra situação; não é o caso retratado no recurso extraordinário nº 646.721? Então, já temos um terceiro.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Há um com Vossa Excelência. Eu até fiz uma anotação aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência tem domínio maior dos meus processos do que tenho!

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Vossa Excelência tem um caso em que se discute se, na união homoafetiva, também haveria direito...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É, realmente, um terceiro; não é o caso do Rio Grande do Sul a que me referi.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mas a resposta, Ministro Celso, é: a minha convicção é a mesma de Vossa Excelência nessa matéria.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Excelente!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas ela não está apenas inserida por causa do quadro fático e jurídico que nós estamos analisando.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Exatamente, e como temos adotado um sistema mais minimalista em matéria de repercussão geral...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mais restritivo, especialmente em repercussão geral.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, quando eu atuava no STJ, tive a oportunidade de me manifestar a respeito do tema em *obiter dictum* e, na oportunidade, eu manifestei opinião no sentido da constitucionalidade desse dispositivo. Fiz isso, evidentemente, influenciado pela própria legislação, que, em matéria de regime patrimonial, atribuía possibilidade de configurações diferentes ao próprio casamento, de modo que não via razão para declarar a inconstitucionalidade da opção do legislador de estabelecer regimes diferentes para efeitos sucessórios. Essa foi a opinião que eu manifestei na época. Todavia, eu reconheço que não é a solução correta.

Eu quero, desde logo, dizer que estou acompanhando o Relator e o Ministro Luiz Edson Fachin, cujos votos me convenceram de que, realmente,

há aqui um tratamento discriminatório em relação a essa entidade familiar decorrente de união estável.

É preocupante, certamente, aquilo que foi colocado da tribuna em relação à prova da união estável, porque casamento se prova com facilidade, mediante uma simples certidão de quem comparece no cartório. A união estável é uma união formada à base de fato, mas ela tem uma configuração muito bem delineada, no Código Civil, no art. 1.723:

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.

Parece-me que, aqui, fica, desde logo, descartada a união estável na hipótese de simples *test drive*. É claro que isso aqui demanda uma configuração probatória que, na prática, é difícil. Mas isso é outro problema. Nós estamos falando de uma união estável demonstrada com essas características; e uma união estável demonstrada com essas características, essa entidade familiar com essas características não tem razão alguma para ser discriminada em relação a outra união estável - ou que até pode nem ser tão estável assim - pela simples razão de ser demonstrada através de uma certidão de casamento.

Substancialmente, há aqui, parece-me, nessa discriminação, uma irrazoabilidade que não é compatível com a Constituição. Então, eu vou acompanhar o Relator, o Ministro Luís Roberto, inclusive quanto à formulação da tese e à modulação de efeitos.

Texto publicado sem revisão.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, Senhores Ministros, eu começo dizendo que ouvi com verdadeiro deleite intelectual o brilhante voto do Ministro Luís Roberto, com a complementação, também riquíssima, trazida pelo Ministro Fachin. Da mesma forma, fiquei muito confortada com a manifestação e o belíssimo voto do Ministro Teori Zavascki quando noticia a alteração da sua compreensão inicial, quando estava no Superior Tribunal de Justiça.

E digo isso, Senhora Presidente, porque, cabendo a mim votar, neste momento, tivesse o Ministro Teori Zavascki inaugurado uma divergência, eu iria talvez cansá-los com o meu voto que, pela delicadeza da matéria, trouxe por escrito. Depois de muita reflexão, de ponderar os argumentos bem lançados nos pareceres recebidos, e agora reiterados nas duas competentíssimas sustentações orais, concluí na mesma linha dos que me antecederam. Basta-me, portanto, acompanhá-los, seguindo a orientação do Ministro Marco Aurélio que sempre diz que, quando vamos concordar, não há necessidade de nos estendermos. Destaco, apenas, e para homenageá-los, o magistério doutrinário, que trago em meu voto, de Maria Berenice Dias, minha colega de turma na Faculdade de Direito de Porto Alegre da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e de José Carlos Teixeira Giorgis, ilustre desembargador gaúcho de Bagé.

Por isso, Senhora Presidente, limito-me a dizer que provejo o recurso extraordinário. Farei a juntada da declaração de voto. Acompanho o eminente Relator na tese conclusiva proposta e, ainda, quanto aos efeitos prospectivos da decisão.

É o voto.

A Senhora Ministra Rosa Weber: Cuida-se de Recurso Extraordinário, admitido por esta Corte Suprema sob o regime da repercussão geral, em razão de ultrapassar os interesses jurídicos, políticos, econômicos e sociais das partes, nos termos do art. 102, § 3º, da CF/1988 e art. 1.035, § 1º, do CPC/2015, objeto do Tema 809.

O problema inerente a este Recurso Extraordinário, em linha hermenêutica, gira em torno da interpretação conjunta dos artigos 5º e 226, § 3º, da Constituição Federal e da compatibilidade constitucional do artigo 1.790¹ do Código Civil, para que esta Suprema Corte, guardiã e intérprete maior da Carta Magna, estabeleça se é constitucional ou não a distinção estabelecida pelo legislador entre o (a) companheiro (a) e o (a) cônjuge para fins sucessórios, a partir do caso concreto.

O eminente Relator, Ministro Roberto Barroso, em seu douto voto, entendeu que a diferenciação entre os regimes sucessórios estabelecidos pelo legislador para as pessoas casadas e para as pessoas unidas em união estável se ressentem de higidez constitucional pela indevida hierarquia entre entidades familiares (casamento e união estável) e violação da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade (em sua feição de vedação da proteção deficiente) e da vedação ao retrocesso. Reconheceu, pois, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, determinando a aplicação à união estável das regras sucessórias do art. 1.829 do mesmo Código, relacionadas ao regime sucessório das pessoas casadas, com modulação dos efeitos de modo a alcançar **apenas os processos judiciais em que não tenha havido ainda o trânsito em**

1 Eis a redação do art. 1790 do Código Civil de 2002: **“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.**

julgado da sentença de partilha, assim como as partilhas extrajudiciais nas quais ainda não lavrada escritura pública.

Há sem dúvida a necessidade de resposta jurisdicional forte no em tratamento baseado no postulado da igualdade, a partir do texto constitucional, com vista a definir se a desigualação realizada pelo legislador (entre os regimes sucessórios do casamentos e da união estável) é razoável e constitucionalmente adequada. De uma maneira geral, como recordado por **ARNLD WALD**, o problema sucessório do (a) cônjuge, e por analogia, o do (a) companheiro (a), está ligado ao regime de bens² e, portanto, também há de ser analisado por este viés.

É que a Constituição Federal de 1988, quando dispõe sobre a igualdade, consagra-a como princípio geral, aplicável em diversos pontos e com distintos graus de incidência, pois exige **igualdade de aplicação do direito em geral** (igualdade perante a lei) e a **igualdade na criação do direito** (igualdade da lei)³, embora no campo de aplicação se possa falar em **“inesgotabilidade conceitual”** da igualdade, decorrente da mutabilidade social que impõe o acompanhamento da igualdade **“às novas concepções políticas e sociais”**⁴.

Divido o voto em tópicos, como forma de melhor permitir sua compreensão.

1. Recordo inicialmente que na origem a autora pleiteou, em "**Ação Declaratória de Reconhecimento de União Estável pós Morte c/c Petição de Herança e Direito Real de Habitação**", o reconhecimento de vínculo estável entre ela e seu companheiro, por terem convivido de 01.12.2000 até 18.5.2009, quando do falecimento dele, durante aproximadamente 9

2 WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972, p. 96.

3 Para uma perspectiva sobre essa distinção, confira-se a reflexão de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, (igualdade de aplicação do direito e igualdade na criação do direito – respectivamente, igualdade perante a lei e igualdade da lei), em: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

4 GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

(nove) anos, portanto, sem prole comum, não tendo deixado o companheiro ascendentes nem descendentes, apenas três irmãos, na linha colateral.

Na discussão travada nos autos, observo que os irmãos do falecido impugnaram a pretensão, mediante peça subscrita pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, alegando, em síntese, que a autora não faria jus a receber a totalidade da herança, limitada sua participação na sucessão a 1/3 dos bens deixados pelo *de cuius*, nos termos do art. 1.790, inciso III, do Código Civil.

A sentença, ao entendimento de que a distinção sobre o regime sucessório entre o (a) companheiro (a) e o (a) cônjuge não seria constitucionalmente adequada, "*por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento*", excluiu da sucessão os parentes colaterais e deferiu à autora a totalidade da herança.

No entanto, tal decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça, à compreensão de que "*o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações*".

Oportuno destacar, aqui, **dados do IBGE** de 2012 (os recentes números igualam as uniões decorrentes de casamentos e/ou uniões estáveis), reveladores de que em dez anos o número percentual de pessoas em **relações estáveis** subiu de 28,6% para 36,4%, representando o equivalente a 1/3 do número de casamentos no país, enquanto reduzido o percentual de pessoas unidas através do casamento civil e religioso (49,4% para 42,9), do casamento apenas religioso (4,4% para 3,4%), e do casamento apenas civil (17,5% para 17,2%).

Com relação às **pessoas do mesmo sexo**, em 2014, foram registradas 4.854 uniões, representando um aumento de 31% em relação aos números registrados no ano anterior, sendo 50,3% entre mulheres, e 49,7% entre

homens. Relevantes, igualmente, os números relativos ao divórcio⁵ e aos “recasamentos”⁶, que potencializam a união entre pessoas de qualquer sexo, uma vez que a tendência humana, como seres gregários, é a de se unirem em novas relações que precisam ser reguladas, considerando, ainda, a morte como elemento inafastável da vida.

2. Necessária breve digressão a propósito do panorama do Direito Civil brasileiro sobre o tratamento igualitário entre o homem e mulher, a indicar que o instituto da herança *ab intestato* relacionado à participação

5 A partir dos dados do IBGE sobre o divórcio, relatório de 2014, destaco: "No primeiro ano da investigação, 1984, a pesquisa Estatísticas do Registro Civil contabilizou 30 847 divórcios concedidos. Ao analisar a evolução dos números de divórcios registrados em 1994, 2004 e 2014 com os registrados no primeiro ano do decênio anterior, verifica-se que esses assentamentos têm aumentado gradualmente, em especial na última década, com as seguintes variações: em 1994, foram registradas 94 126 dissoluções, representando um acréscimo de 205,1%; em 2004, observou-se uma aceleração moderada, com 130 527 divórcios concedidos, evidenciando um aumento de 38,7%; e, em 2014, foram realizados 341 181 assentamentos de divórcios concedidos, perfazendo um crescimento de 161,4% em relação a 2004 (Tabela 10). A elevação sucessiva, ao longo dos anos, do número de divórcios concedidos revela uma gradual mudança de comportamento da sociedade brasileira, que passou a aceitá-lo com maior naturalidade e a acessar os serviços de Justiça de modo a formalizar as dissoluções dos casamentos. Cabe destacar, por outro lado, que entre 2013 e 2014 a variação do número de divórcios registrados foi 5,0%, o que, em termos absolutos, representou 16.260 divórcios a mais. Em decorrência dessa elevação, a taxa geral de divórcios (2,41 por 1 000 habitantes de 20 anos ou mais de idade) teve pequeno acréscimo (0,07‰), porém mantendo o patamar acima dos valores observados antes da alteração legal ocorrida por meio da Emenda Constitucional n. 66, de 13.07.2010". Cfr. BRASIL. **Estatísticas do Registro Civil, 2014**. Volume 41. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>, acesso em 15.08.2016.

6 Sobre os recasamentos, também a partir de dados do IBGE, relatório de 2014, menciono: "Em paralelo, houve crescimento da proporção de recasamentos (quando pelo menos um dos cônjuges tinha o estado civil divorciado ou viúvo), que alcançaram 23,6% do total das uniões formalizadas em 2014, contrastando com as proporções de 13,7% e 17,6% observadas, respectivamente, em 2004 e 2009. Ressaltase que o crescimento do número de recasamentos ocorridos na última década é um dos fatores que têm impulsionado a elevação das taxas de nupcialidade legal, concomitantemente também atrelados ao aumento da idade

da própria mulher casada já passou por diferenciação não razoável, e que as Ordenações do Reino traziam tratamento inaceitável, como também inaceitável, do ponto de vista constitucional, a diferenciação do tratamento sucessório entre mulheres casadas e companheiras.

A referência às mulheres companheiras como destinatárias mais usuais da norma (artigos 1790 e 1829 do Código Civil deve-se ao fato de que, segundo dados do IBGE, de 2015, vivem elas, em média, 7,2 anos a mais que os homens, com uma expectativa de vida de 78,8 anos, contra 75,2 dos homens, ao que se acresce fato de o número de mortes violentas e em acidentes de trânsito vitimar preponderantemente os homens.

Agregue-se a esses dados a referência de que o Brasil é um dos países com maior número de uniões e casamentos infantis (considerados aqueles ocorrentes entre meninos e meninas de 10 a 18 anos), nos quais as meninas se unem a homens mais velhos (em geral nove anos mais velhos), sobretudo em locais carentes, nos termos de importante pesquisa realizada⁷.

A questão primordial a ser formulada, sob as lentes da igualdade por meio do enfoque da historiografia jurídica, visa a saber qual a dimensão de família adotada pelo ordenamento jurídico, e se ela permite tratar diferentemente – e, portanto de maneira discriminatória – os efeitos patrimoniais decorrentes dos aspectos sucessórios do casamento e da união estável. A Constituição Federal, a propósito, baliza suas dimensões de família desde os lindes normativos do artigo 226, que reproduzo:

média de homens e mulheres na data do casamento. Tais fatores, além disso, expressam com mais intensidade as alterações nos padrões de nupcialidade e na formação dos arranjos familiares que se formalizaram no período”. Cfr. BRASIL. **Estatísticas do Registro Civil, 2014**. Volume 41. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>, acesso em 15.08.2016.

- 7 Dados trazidos a lume pelos pesquisadores Alice Taylor, Giovanna Lauro, Marcio Segundo e Margaret Greene, na pesquisa “Ela vai no meu barco” Casamento na infância e adolescência no Brasil”. Cfr.: TAYLOR, A.Y., LAURO, G., SEGUNDO, M., GREENE, M.E. “Ela vai no meu barco.” **Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto**. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US. Setembro 2015.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º 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.”

Como se vê, a Constituição engloba no conceito de família o casamento civil, o casamento religioso, as uniões estáveis e seus variados vínculos, que formam as famílias monoparentais, as famílias anaparentais, as famílias unipessoais, as famílias pluriparentais, as famílias eudemonistas etc.

É que, como observa JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS⁸, o termo entidade familiar, “cinzelado em granito constitucional”, tal como previsto na Constituição de 1988, representou a ruptura com um modelo jurídico

8 GIORGIS, José Carlos Teixeira. *As famílias solitárias*. In: ADV advocacia dinâmica: informativo, v. 28, n. 45, p. 764, nov. 2008, p. 764.

em que só havia uma conjugalidade, e no qual o matrimônio era o único modelo juridicamente admitido para a formação das linhagens. A ruptura foi tão profunda, que inclusive as famílias chamadas de “solitárias” possuem a proteção constitucional, a ponto de até mesmo as pessoas solteiras, separadas ou viúvas” serem albergadas pela proteção do bem de família, como reconhecido pelo **Enunciado nº 364 da Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**.

É importante registrar que transitamos, historicamente, da ginecocracia⁹ para os arranjos plurais, com o tendente declínio do patriarcalismo, num sentido em que a história das famílias é “*um roteiro de rupturas sucessivas, onde os agrupamentos se acomodam às mudanças das épocas: família romana, família patriarcal; depois família nuclear, a eudemonista, a pós-moderna; também a família homoafetiva e a família solitária; as famílias simultâneas e as reconstruídas*”¹⁰.

A “cara da família mudou”, conforme observa também **MARIA BERENICE DIAS**¹¹, ao mencionar que o elemento central para o atual marco normativo-constitucional não é outra coisa senão a presença dos laços de afetividade:

“A “cara” da família moderna mudou. O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos. Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. E mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a

9 Confira-se, também a partir de José Carlos Teixeira Giorgis a arqueologia do matriarcado originário de relações matrilineares e a posterior mudança social referente ao domínio masculino em posterior relação de dominação patrilínea, em: GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Família Matriarcal**. ADV advocacia dinâmica: informativo, v. 28, n. 39, p. 666-665, set. 2008.

10 GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

11 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

imagem da família patriarcal, o pai como a figura central, na companhia da esposa e rodeados de filhos, genros, noras e netos. Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu com o tempo uma profunda transformação. Além de ter havido uma significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho levou-a para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família passando a ser exigida a sua participação nas atividades domésticas. O afrouxamento dos laços entre Estado e Igreja acarretou uma profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família, que se transformou em verdadeiro caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e se consolida em cada geração. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as identifique. Famílias formadas por pessoas que saíram de outras relações, sem que seus componentes tenham lugares definidos. Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de encontrar-se uma conceituação única para sua identificação. Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação.”

Importante ressaltar, com efeito, algumas dimensões da igualdade/desigualdade, tais como: (1) princípio ou regra, (2) como regra de justiça, (3) como direito fundamental, (4) como ideal político, (5) como valor moral, e, (6) como solidariedade, afigurando-se necessária a evidenciação de que existem ao menos três modos de aplicar a igualdade, como aponta o jurista JEFFERSON CARÚS GUEDES, baseado em MARIA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, a saber:

“tratamento igualitário, tratamento proporcional e tratamento equitativo. O primeiro é aquele que considera merecido o tratamento igual aos iguais; o segundo ocorre quando o trato é desigual aos

*desiguais, na proporção das desigualdades, sendo ambos quantitativos e numéricos; ao passo que o último, tratamento equitativo, se ampara em valores e não em quantidades ou medidas*¹².

No caso da proteção às famílias, a Constituição Federal adotou tratamento protetivo igualitário, albergando todas as modalidades mencionadas sob o manto protetor do reconhecimento formal e substancial. Não se admite, portanto, diferenciação discriminatória, se a própria Lei Fundamental não abraça tipologias de famílias preferenciais ou de primeira e/ou segunda ordem, consagrando isto sim verdadeiro direito fundamental de tratamento familiar igualitário.

Estamos diante da premissa de que alguns direitos fundamentais são garantidores não só de direitos subjetivos, mas também de instituições, objetivamente consideradas, ou seja, enquanto as chamadas *garantias de instituto* (*Institutsgarantien*) garantem instituições de direito privado, as *garantias institucionais* (*institutionelle Garantien*) garantem instituições de direito público, no sentido de que o legislador não pode extinguir o casamento (ou a união estável) nem a família, e os dispositivos normativos em que estão previstos também garantem – simultaneamente – o direito subjetivo de celebração do casamento (ou do reconhecimento da união estável) e de constituição de família¹³.

Por esse mesmo raciocínio, “a família” protegida pelo casamento não apenas se transformou – e já não é mais o que era em passado remoto, representado pela frase latina “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*”¹⁴ (D. 23.2.1)”, identificada pela tríplice identificação: *Conjunctio* (a união), *Consortium* (vínculo indissolúvel), e, *Communicatio* (sacralidade do matrimônio), mas também, como forma de proteção, se encontra vinculada institucionalmente ao tratamento igualitário entre todas as

12 GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

13 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

14 SOUSA, Jose Pedro Galvao de. **O Sentido Comunitario do Casamento e da Familia**. Revista Chilena de Derecho, Vol. 7, 1980, pp. 321-334.

formas familiares, e portanto o regramento discriminatório de uma tipologia familiar equivale a violação do direito fundamental enquanto garantidor do instituto e da instituição: e.g., a família enquanto decorrente (também, mas não apenas) da união estável e o direito ao seu reconhecimento, e as consequências normativas daí advindas, como no caso da sucessão.

Este Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo em 2011, na **ADPF 132/RJ** e na **ADI 4277/DF**, o fez a partir da densificação do conceito “das famílias” que está vinculado aos “*princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica*”.

Embora devam ser guardadas as devidas proporções, também é significativo que, quando a Suprema Corte americana reconheceu o direito ao casamento entre as pessoas do mesmo sexo (como direito fundamental ao casamento entre pessoas do mesmo sexo) no caso **Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015)**, o fez a partir de narrativa historiográfica do casamento, e se baseou primacialmente em uma questão de gênero, com destaque para o fato de que à medida que a condição da mulher ia mudando, a instituição “casamento” também ia se alterando¹⁵, uma vez que sob a ótica da então vigente “*doutrina da coverture*” (*the doctrine by which a married man and woman became a single legal entity*), um homem e uma mulher casados eram tratados pelo Estado como uma individualidade, consistente em uma entidade dominada pela precedência do homem.

Tal questão também é observada a partir da historiografia jurídica da mulher no Brasil, uma vez que a mulher era considerada relativamente incapaz pelo Código Civil de 1916, figurando ao lado dos menores de idade, dos pródigos e dos silvícolas, conforme preceituavam os artigos 6º, inciso II, e, 178, § 7º, inciso VII, além do impedimento para casamento

15 A este respeito, a propósito, o fragmento contido na opinião da Corte: “As the role and status of women changed, the institution further evolved. Under the centuries-old doctrine of coverture, a married man and woman were treated by the State as a single, male-dominated legal entity”. Cfr. **Caso Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015)**.

disciplinar idades mínimas diferentes para o homem e para a mulher, respectivamente 18 e 16 anos, conforme o art. 183, XII, bem como o estabelecimento do marido como “chefe da sociedade conjugal”, a quem competia autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do leito conjugal, e ainda, a administração dos bens comuns, e dos bens particulares da mulher, conforme art. 233, incisos II e IV, situação alterada apenas em 1962 com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada.

O acidentado caminho, da construção à sedimentação normativa, do princípio da igualdade (e seus subprincípios) certamente comportaria vasta digressão, que foge, contudo, aos limites do objeto do presente feito.

3. Breve abordagem historiográfica se impõe para evidenciar as raízes não razoáveis da distinção de tratamento jurídico dado à mulher no aspecto patrimonial, de pronto identificáveis no direito pátrio influências portuguesa, romana e germânica.

Trata-se, a toda evidência, de temática que diz com o transplante de ideias jurídicas, vinculado à influência que um determinado ordenamento exerce sobre outro, aspecto identificado com precisão por **ARNALDO GODOY**¹⁶, no que se refere às raízes de filogermanismo em **TOBIAS BARRETO**, que viria a influenciar toda uma geração de juristas responsáveis pela elaboração do Código Civil de 1916, bem como, nas percepções de **OTAVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR**¹⁷, que bem identificou a influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX.

No caso brasileiro, as influências possuem relações evidentes com as transformações sofridas pelo próprio Direito português, que para cá foi trazido, razão pela qual, como observou **ANTÔNIO DOS SANTOS JUSTO**¹⁸, professor da Universidade de Coimbra, ao aportarem no Brasil

16 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar**. Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law) v. 13, n. 1 (2016).

17 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A Influência do BGB e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX**. Revista dos Tribunais, v. 938, dez./2013, p. 79-155.

18 JUSTO, Antônio dos Santos. **O Direito Brasileiro: Raízes Históricas**. Revista

os portugueses trouxeram para cá o seu Direito, "que tem como termo a quo, a independência de Portugal que ocorreu acerca do ano 1140", cujos antecedentes remontam aos primitivos povos (Iberos, Celtas, Celtiberos, Lusitanos) e aos invasores (Gregos, Fenícios, Cartagineses, Romanos, Germanos e Árabes), que influíram na regulação jurídica, além, evidentemente, da franca influência do Direito Germano (especialmente o código Visigótico) e do Direito Romano.

Vale recordar a poderosa linguagem metafórica de **PONTES DE MIRANDA** quanto ao fato de o direito brasileiro não poder ser apreendido desde suas sementes, pois "*nasceu do galho de planta que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente*"¹⁹.

Conforme anota **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**²⁰, a romanização do direito português se deveu, em grande parte, às Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, e essa influência se fez sentir no direito brasileiro:

"Com efeito, se grande parte dos princípios nelas inseridos foram tomados de empréstimo ao direito romano, ou, pelo menos, neste inspirados, suas lacunas não tiveram papel menor na incorporação das regras romanas ao direito luso. Isso se deveu à utilização das fontes subsidiárias para o preenchimento dessas lacunas. Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam que nos casos não disciplinados pelas leis do Reino, pelos estilos da Corte, ou pelos costumes, aplicar-se-iam as leis imperiais (direito romano) ou, em matéria que envolvesse pecado, os sagrados cânones (direito canônico); e, na ausência de norma romana ou canônica, mister seria que se observassem as glosas de Acúrsio, e, na insuficiência destas, as opiniões de Bártolo,

Brasileira de Direito Comparado, n° 20, jan-jun, 2001.

19 **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello, 1928. p. 49.

20 **MOREIRA ALVES**, José Carlos. **Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das Origens aos Dias Atuais**. Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88, 1993, p. 185 e ss.

ainda que delas dissentissem os demais doutores. Nesse sistema de fontes subsidiárias, foram introduzidas duas alterações pelas Ordenações Manuelinas: as leis imperiais (o direito romano) somente se deviam guardar pela boa-razão em que eram fundadas, e as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser aplicadas se contrárias ao entendimento comum dos doutores. A propósito, nada se modifica nas Ordenações Filipinas.”

No entanto, o uso abusivo do direito romano no direito português levou os iluministas a se contraporem a tal prática, que predominava na praxe forense portuguesa, a partir da reação iniciada a favor do direito lusitano, inicialmente com o Marquês de Pombal, e consagrada a partir da Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão - assim batizada nos comentários críticos realizados por **JOSÉ HOMEM CORREA TELLES**²¹, ainda segundo preciosas lições de **MOREIRA ALVES**:

"Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, havia uma restrição ao direito romano como fonte subsidiária: as leis imperiais só se deviam guardar pela boa-razão em que eram fundadas. Omitiam-se, porém, ambas essas Ordenações quanto ao sentido dessa expressão. Nos mais de cento e cinquenta anos que medeiam entre as Ordenações Filipinas e a Lei da Boa-Razão, tanta foi a força que ganhou o direito romano que Luiz Antônio Verney, em 1746, criticando os estudos jurídicos em Portugal na primeira metade do século XVIII, exclamava: "Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito nas leis de Justiniano, que só

21 Eis a frase de batismo da Lei: **“Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da Boa Razão, porque refugou as Leis Romanas, que em Boa Razão não forem fundadas. Um sábio teria nesta Lei vasto assumpto para uma obra de grande preço. Mas ainda que este pequeno Comentário ateste o meu pouco saber, nada se perde em o dar à luz, enquanto não aparece outro melhor”**. Em: **CORREA TELLES, José Homem. Comentário Crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typografia de Maria da Madre de Deus, 1865.

servem faltando a lei municipal, e nada saibam daquela lei por que se hão de governar²².

Grande parte dos princípios inseridos nas Ordenações do Reino remonta ao direito romano, seja pela inspiração ou mesmo pelas lacunas dos textos, por causa da utilização das fontes subsidiárias empregadas para o preenchimento das lacunas, uma vez que havia previsão de que “*nos casos não disciplinados pelas leis do Reino, pelos estilos da Corte ou pelos costumes*”, deveriam ser aplicadas as leis imperiais (**direito romano**), e nas matérias que envolvessem a noção de pecado, a aplicação se daria a partir dos sagrados cânones (**direito canônico**), e ainda que houvesse ausência de norma romana ou canônica, seriam aplicadas as glosas de Acúrsio, e também as opiniões de Bartolo, mesmo que contrariassem as opiniões dos doutores²³.

Foi justamente neste sistema de fontes subsidiárias que se introduziram alterações nas Ordenações do Reino, através das quais se estabeleceu que o direito romano somente deveria ser aplicado se guardasse a “boa-razão”, e as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bartolo somente incidiriam se não contrariassem as demais opiniões dos doutores²⁴.

É importante registrar, no entanto, que a influência romana – através das Ordenações do Reino, se fez sentir mais forte no Brasil que em Portugal, uma vez que com a proximidade da independência do Brasil, e a reação portuguesa ao direito romano, que a **Lei de 20 de outubro de 1823** determinou que permanecesse em vigor a legislação portuguesa promulgada até 25 de abril de 1821, muito embora as Ordenações Manuelinas e Filipinas trouxessem uma restrição ao direito romano como fonte subsidiária, pois as leis imperiais só deviam ser aplicadas, conforme

22 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das Origens aos Dias Atuais**. Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88, 1993, p. 185 e ss.

23 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das Origens aos Dias Atuais**. Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88, 1993, p. 185 e ss.

24 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das Origens aos Dias Atuais**. Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88, 1993, p. 185 e ss.

registrado, através da “boa-razão” em que estivessem fundadas, apesar de não estar inicialmente claro o sentido da expressão, até que, mais de cento e cinquenta anos depois, conforme mencionado, a “**Lei da Boa-Razão**” alterasse o emprego e o uso das fontes subsidiárias²⁵.

Tal fato é digno de registro, e importante para a construção do raciocínio, Senhor Presidente, pois conforme recordado por **ARNALDO WALD**, a partir da normatividade das Ordenações do Reino a mulher só herdava *ab intestato* após os colaterais, e tal situação apenas fora alterada depois da promulgação da Lei Feliciano Pena (**Decreto nº 1839/1907**), que modificou a ordem sucessória²⁶ para colocar o cônjuge em relação de preferência sobre os colaterais²⁷.

Sobre o tratamento diferente entre homens e mulheres, **PONTES DE MIRANDA** já observava, em 1928, o que chamou de “*dissimetria absurda*” estabelecida pelo Código Civil de 1916, em que o pai, viúvo, que se casasse, não perderia o usufruto dos bens do filho do leito anterior, mas a mãe viúva que contraísse novas núpcias o perderia, quando o referido jurista trata do tema a partir das categorias que chama de **simetrias/dissimetrias intraindividuais**, e de **simetrias/dissimetrias interindividuais**, que fortemente marcou o Código anterior²⁸.

A propósito, ainda com **PONTES DE MIRANDA**, a diferença de tratamento operada entre os homens e as mulheres, no velho direito das ordenações portuguesas, que vigoraram no Brasil até 1917, não era

25 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das Origens aos Dias Atuais**. Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88, 1993, p. 185 e ss.

26 Eis a redação do antigo Decreto nº 1839/1907: “Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.”.

27 WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972, p. 95.

28 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello, 1928. p. 25.

concedido pátrio poder à mulher, em uma realidade na qual os *fueros* restringiam a sua capacidade: a filha, inclusive a viúva ou esposa, não podiam comparecer em juízo, nem assumir obrigação sem assistência dos parentes ou marido, com a previsão da permissão de castigos físicos e cárcere privado pelo tempo que “exigisse a emenda”, bem como “outras limitações derivadas do direito romano e canônico, que tornavam assaz inferior a condição da mulher”²⁹.

De fato, as **Ordenações Filipinas, criadas em 1595 e ratificadas em 1603, no Livro IV, Título 91** (Como o pai e mãe sucedem na herança do filho e não o irmão), deixam patente o tratamento patrimonial destinado à mulher, que no caso de sucessão encontrava proibição de convolar novas núpcias, para poder suceder (e que, aliado à expectativa de vida maior da mulher, como observado, a torna a destinatária mais patente da norma), expondo às vísceras normativas do sistema legal patrimonialista, ressaltando a lógica da limitação:

“**Título XCI:** Como o pai e a mãe sucedem na herança do filho, e não o irmão. Finando-se o filho, ou filha, sem testamento em vida de seu pai, ou mãe, ou de ambos, o pai e mãe, ou qualquer deles, que vivo for ao tempo, herdará todos seus bens e fazenda, posto que haja outros filhos irmãos do defunto, porque o pai e mãe excluem em todo os irmãos do defunto de sua herança.

1. E falecendo o filho, ou filha com testamento, e sendo em idade para com direito o poder fazer, quer seja emancipado, quer esteja em poder de seu pai (nos casos, em que o filho, que está sob poder de seu pai, pode fazer testamento), deve necessariamente deixar as duas partes de seus bens à seu pai, ou a mãe, se os tiver, e da terça parte poderá ordenar, como lhe aprouver. E isto mesmo haverá lugar no avô e avó, e outros ascendentes, porque onde houver ascendente, não herdará o irmão.

2. Porém, se o filho, ou filha, que tiver bens, que houve do patrimônio, ou herança de seu pai, ou do avô da parte do pai,

29 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello, 1928. p. 76.

se finar *ab intestato* sem descendentes, e sua mãe lhe suceder nos ditos bens, e ela se casar com outro marido, ou já ao tempo que sucedeu, era casada, se ela do primeiro marido tiver outro filho, ou filhos, irmãos do filho defunto, haverá sua mãe o uso e fruto somente dos ditos bens em sua vida; os quais não poderá alhear, nem obrigar nem haverá o segundo marido parte da propriedade deles. E por falecimento dela os haverão livremente os filhos do primeiro matrimônio, que por falecimento de sua mãe ficarem vivos, sem os filhos do segundo matrimônio em os ditos bens suceder, nem haver neles parte alguma. E se ao tempo do falecimento de sua mãe não ficarem filhos vivos do primeiro matrimônio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haverá lugar a disposição desta Lei.”

Tais dispositivos normativos, observo, não podem ser analisados isoladamente. Para a mesma reflexão, o tratamento conferido à mulher viúva, que sucede ao marido, conforme **Título 94 (mesmo título) das referidas Ordenações**:

“Falecendo o homem casado *ab intestato*, e não tendo parente, até o décimo grau contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira.

E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau. E nestes casos não terão que fazer em tais bens os nossos Almoxarifes.”

Por consequência, a mulher viúva que, após o falecimento do marido, tendo filhos, e, em idade avançada (de cinquenta anos), viesse a se casar novamente, encontraria restrições sucessórias, conforme o **Título CV das Ordenações**:

“Das mulheres viúvas que casam de cinquenta anos, tendo filhos. Quando alguma mulher casar, sendo de cinquenta anos, ou dai pra cima, tendo filhos, ou outros descendentes, que por Direito lhe possam suceder, não poderá alhear, por título algum que seja, em sua vida, nem ao tempo de sua morte, as duas partes dos bens que tinha ao tempo, que concertou de se casar, nem as duas partes dos bens que depois de ser casada, houve por qualquer título de seus ascendentes, ou descendentes, e somente poderá dispor da terça dos ditos bens à sua vontade. E alheando as duas partes, por qualquer modo que seja, havemos a tal amealhação por nenhuma e de nenhum vigor. E se ao tempo de sua morte, não tiver descendentes, ou ascendentes, as duas partes, que mandamos, não possa alhear, ficarão aos parentes mais chegados, e da terça poderá testar à sua vontade. E tendo bens que haja de nomear, em nenhum deles poderá nomear o marido, com que na tal idade casar.”

Também registro o tratamento conferido à viúva que se casava antes de decorrido o prazo de “ano e dia”, nos termos do **Título CVI das Ordenações**, numa tentativa de superação do gravoso tratamento que antes era conferido às mulheres que se casavam em segundas núpcias, uma vez que pela normatização anterior, que deita raízes no direito romano (e também o **Código Visigótico Livro III, Título I**, que proibia o casamento da viúva antes de um ano da morte do marido), o viúvo ou viúva que passasse a segundas núpcias perdia a dignidade do primeiro matrimônio, a tutela dos filhos, a propriedade dos bens havidos do primeiro cônjuge ou por suceder a seus filhos, os bens deixados com a condição de permanecer em viuvez, e o direito de revogar, por ingratidão, as doações feitas aos filhos do primeiro matrimônio, além de não poder doar ou deixar ao segundo cônjuge mais do que tocar a um dos filhos:

“Das viúvas que casam antes do ano e dia. As viúvas que se casarem antes de ser passado ano e dia, depois da morte dos

maridos, não sejam por isso infamadas, nem os que com elas casassem, nem lhes levem por isso penas algumas, de dinheiro.”

O tratamento conferido à mulher, a partir da normatização nas Ordenações, era verdadeiramente o de propriedade do marido, como se pode observar do famoso **Livro V das mesmas Ordenações Filipinas**, sendo importante registrar disposição, com pena capital, para o infiel que dorme com uma cristã (**Título XIV**³⁰), ou a proibição para qualquer que entre em Mosteiro e Durma com Freira (**Título XV**³¹), ou a penalidade

30 Eis a Redação do Título XIV, do Livro V, das Ordenações Filipinas: “Do Infiel que dorme com alguma Cristã, e do Cristão que dorme com alguma infiel. Qualquer Cristão que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra Infiel, ou Cristã com Mouro, ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o Infiel. E isto quando tal ajuntamento for feito por vontade e a sabendas; porque se alguma mulher de semelhante condição fosse forçada, não deve por isso haver pena alguma, somente haverá a dita pena aquele que cometer a tal força. E isso mesmo que tal pecado fizer por ignorância, não sabendo, nem tendo justa razão da saber como a outra pessoa era de outra Lei, não deve haver por ele pena de justiça. E somente a pessoa que da dita infidelidade for sabedor, ou tiver justa razão de o saber, será punida, segundo a culpa que for achada”.

31 Eis a Redação do Título XV, do Livro V, das Ordenações Filipinas: “Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa. Todo homem, de qualquer qualidade e condição que seja, que entrar em Mosteiro de Freiras de Religião aprovada, e for tomado dentro, ou lhe for provado que entrou, ou esteve de dia, ou de noite dentro do Mosteiro; em casa, ou qualquer lugar dentro do encerramento dele, que pareça que era para fazer alguma coisa ilícita contra a honestidade do dito Mosteiro, pagará cem cruzados para o dito Mosteiro, e mais morra por ele morte natural. E o homem, a que for provado, que tirou alguma Freira de algum Mosteiro, ou que ela por seu mando e induzimento se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for com ela, se for peão, morra por isso. E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o Mosteiro, e mais será degradado para o Brasil. Mas a execução da morte não se fará nos sobreditos casos, sem primeiro no-lo fazerem saber. E sendo provado, que algum homem dormiu com Freira de Religião aprovada fora do Mosteiro, em caso que a ele não tirasse cinquenta cruzados para o Mosteiro, e será degradado dois anos para a África, e além disso se for peão, será açoitado publicamente, com barão e pregão. E defendemos que nenhuma pessoa recolha,

prevista para quem dorme “com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda” (**Título XVI**).

Digna de reflexão é a previsão de inusitado dispositivo proibitivo, no sentido de que se alguém casasse com mulher virgem ou viúva honesta, menor de 25 anos à força, receberia penalidade, excepcionada esta se o homem possuísse mais patrimônio que o pai da mulher (**Título XXII**), ou a disposição normativa permissiva de que o homem matasse sua mulher por ela ter cometido adultério, e também aquele que com ela fosse apanhado, exceto se o marido fosse “peão” e o outro possuísse maior *status*, e conseqüentemente patrimônio:

“**Título XXXVIII**. Do que matou sua mulher, por achá-la em adultério. Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para África com pregão na audiência pelo tempo que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três anos.”

Essa condição feminina no direito brasileiro, como observado, é refletida na restrição patrimonialista, que a considerava não apenas como propriedade do marido, mas também impunha severas disposições limitadoras da transmissão do patrimônio através da sucessão. Tais influências são perceptíveis, e impuseram severos desdobramentos legislativos.

Não se pode esquecer, a propósito, da regulamentação então prevista no art. 17 do **Decreto-Lei nº 3.200/1941**, alterado pelo **Decreto-**
nem receba em sua casa, nem pousada Freira alguma sem nossa licença especial, posto que ela tenha qualquer Registro ou Provisão para poder andar fora do Mosteiro; e recolhendo-a, ou tendo-a em casa sem nossa licença, perca toda sua fazenda, a metade para quem o acusar, e a outra para nossa Camera.”

Lei nº 5187/1943, para melhorar a situação da mulher brasileira casada com estrangeiro, que concedia direito a 1/4 dos bens deixados pelo marido, se houvesse concorrência de colateral³², ou a linguagem normativa da **Lei nº 883/1949**, baseada em diferenciação hoje inaceitável, que estendeu à concorrência da mulher com o filho adúlterino reconhecido (chamado de filho ilegítimo pela lei³³).

O caminho normativo da legislação brasileira sobre o tratamento conferido à mulher, a partir das influências que sofreu, e as consequências de tal tratamento provocam até os dias de hoje resultados repelidos pela Constituição Federal, como a distinção entre duas “classes” de mulheres: as unidas através do matrimônio e as unidas através da união estável. Embora o homem também esteja sujeito ao mesmo regramento, a condição feminina, a partir do resgate historiográfico, é que fica refletida como mote de tal discriminação.

Nessa perspectiva é que se há de aferir a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, uma vez fortemente marcado o modelo normativo brasileiro por uma “*continuidade jurídica dentro da tradição cultural proveniente das Ordenações*”, pois nele, “*a ruptura entre o antigo e o novo se fez de forma bem mais sutil do que nos países europeus*”.³⁴

Registro que o projeto de reforma do Código Civil de 1916 (o anteprojeto Orlando Gomes³⁵), apresentado em 1963 para alteração da

32 Eis a redação do antigo art. 17 do Decreto-Lei nº 5187/1943: “**Art. 17. À brasileira, casada com estrangeiro sob regime que, exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se vão os houver**”.

33 Eis a redação dos antigos arts. 1º e 3º da Lei nº 883/1949: “**Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação. (...) Art. 3º Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei.**”.

34 SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio. **Da Codificação: Crônicas de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99.

35 GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965; GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**.

codificação civil então em vigor, foi rejeitado por ser considerado “divorcista”, como referido por **GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO**³⁶, refletindo a resistência à alteração da condição da mulher, pois contemporâneo à promulgação do Estatuto da Mulher Casada.

Mais do que isso, é preciso ter em mente que os códigos, como é da tradição brasileira, são representativos da perene disputa entre razão (*ratio*) e autoridade (*autorictas*), significando um sistema, vale dizer, um modo de ordenar as matérias do Direito, aliado a existência de razões históricas que conjugam um elemento técnico (o sistema) e um elemento político³⁷.

4. Registrados alguns aspectos da historiografia jurídica da condição normativa da mulher, analiso, no particular, o atual regramento da sucessão dos companheiros no Código Civil, tendo em vista pressupostos relativos ao modelo familiar previsto desde o artigo 226 da Constituição Federal, e as imperiosas relações de igualdade que devem presidir as entidades familiares, que não admitem a existência de famílias de primeira e de segunda categoria, e cujo elemento central deve ser a afetividade.

Conforme **SÍLVIO DE SALVO VENOSA**, o art. 1.790 do Código Civil transmite a impressão de que o legislador teve “rebuços” em classificar o companheiro ou companheira como herdeiros, no intuito de “evitar críticas sociais”, valendo-se de eufemismo para dizer que “o consorte da união estável ‘participará’ da sucessão, como se pudesse haver um meio termo entre herdeiro e ‘mero participante’ da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!”³⁸.

Salvador: Progresso, 1958.

36 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 65.

37 SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio. **Da Codificação: Crônicas de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

38 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 160.

O referido doutrinador, em observação atilada, menciona que a má redação e engenharia normativa da disciplina da sucessão dos (as) companheiros (as) no art. 1.790 do Código Civil não são integralmente desvantajosas quanto ao regime de sucessão entre as pessoas casadas. Haveria, em determinado ponto, um tratamento privilegiado, pois elevada a distinção normativa dos companheiros quando admitido que concorressem na herança com descendentes e outros parentes no que toca à sucessão sobre bens adquiridos onerosamente na vigência da união, chocando-se com o disposto no art. 1.829, inciso I, do mesmo Código, que impõe ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes de maneira restrita a alguns tipos de regime de bens, excluída expressamente a hipótese de casamento nos regimes de comunhão universal, da separação obrigatória ou na comunhão parcial, desde que ausentes bens particulares³⁹.

Em todo caso, sobre a sucessão pelo (a) companheiro (a), destaque-se, com **PABLO STOLZE** e **RODOLFO PAMPLONA**, que causa espécie a localização topográfica das regras do art. 1.790 do Código Civil, pois inadvertidamente o legislador inseriu regramento específico da sucessão legítima pelo (a) companheiro (a) viúvo (a) entre as regras gerais e postulados principiológicos do Direito das Sucessões, capaz de gerar preconceitos sub-reptícios, além de seu conteúdo não ser bom, conforme asseveram, padecendo de inconstitucionalidade.⁴⁰

Tal inconstitucionalidade, no entender dos referidos autores, decorre da violação da proibição de retrocesso uma vez que o legislador minimizou e praticamente aniquilou os direitos sucessórios do (a) companheiro (a) viúvo (a), haja vista que legislação anterior e a jurisprudência já haviam caminhando no sentido do reconhecimento da equiparação dos direitos entre cônjuge e companheiro (a), ainda que de forma lenta e insuficiente.⁴¹

39 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161.

40 STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235.

41 STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 236.

O dispositivo normativo previsto no art. 1.790 do Código Civil, além do vício da inconstitucionalidade, também padece de outras insuficiências, como aponta a doutrina, até por não prever uma situação corriqueira, qual seja, a existência tanto de filhos comuns quanto de filhos de um só dos companheiros. Em interpretação literal da norma, se o companheiro (a) supérstite concorrer na sucessão com filhos comuns do casal, ele (a) herdará por igual, tendo direito a uma cota equivalente à atribuída ao filho, mas, se por outro lado, houver concorrência com descendentes somente do (a) autor (a) da herança, exclusivos dele (a), terá direito apenas à metade do que couber a cada um deles. Já para a hipótese de hibridismo, quando há concorrência tanto de filhos comuns quanto de filhos de apenas um dos companheiros, o Código não apresenta solução.

Portanto, é possível observar a faceta complexa do exame da sucessão do companheiro prevista no art. 1.790 do Código Civil, que também pode requerer aplicação para a hipótese de concorrência entre o companheiro supérstite com filhos exclusivos e comuns do *de cuius*. Tal questão, da maneira como regulada para o caso de sucessão entre cônjuges, assim como disposto no art. 1.832 do mesmo Código, parece indicar que o problema central seria o regime de bens, para falar em tratamento paritário entre os dois modelos de sucessão.

O regime de bens na união estável, se não pactuado de outra forma, como consabido, é o da comunhão parcial, mas admitida opção por outro regime, caso seja a vontade do casal, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, que expressamente dispõe:

“Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Desta maneira, há parcial identidade com o casamento, no que se refere ao regime de bens mais comum (comunhão parcial de bens), na hipótese de não haver outra opção pelo casal, além de permitir alteração de regime, conforme artigos 1.536 e 1.640 do Código Civil, bem como a

disposição referente à comunicabilidade dos bens. Além disso, os mesmos impedimentos para o casamento também são previstos para a união estável, nos termos do art. 1.723, § 1º, do mesmo Código.

A pergunta que precisa ser feita, a propósito, refere-se à razoabilidade da distinção que desiguala (e, portanto, inserida a discussão no campo do princípio da igualdade) a sucessão entre companheiros e cônjuges. De uma maneira relativamente singela, observo que ambas são entidades familiares, ainda que em um caso as formalidades sejam maiores, mas o que está em evidência é o fato de que ambas são consideradas família, segundo o art. 226 da Constituição.

A partir desta observação, não se encontra motivo razoável para tratar de maneira desigual tais entidades familiares, incorrente permissão constitucional para privilegiar o casamento em confronto com a união estável. Anoto que a Constituição de 1988 é anterior ao Código Civil em vigor, datado de 2002, mas o núcleo central deste reside na década de 1969, data de nomeação de Miguel Reale para coordenar o projeto de modificação do código⁴².

5. Nesse norte, e com tais observações, **acompanho o eminente Relator e dou provimento** ao recurso extraordinário para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar 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.

6. Acolho a tese proposta, quanto ao Tema 809 da repercussão geral, 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.

É o voto.

42 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 66.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Egrégia Corte, Excelentíssima Senhora Presidente, Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, ilustres membros, senhores advogados e estudantes.

Senhora Presidente, o Ministro Teori trouxe a experiência dele do STJ, onde ele pode abordar essa matéria e eu, naquela época, não estava mais naquela Corte. Mas trago, aqui, a experiência de quem integrou o Ministério Público e também a magistratura de carreira, frequentando as comarcas do interior.

Eu já tive a oportunidade de dizer isso aqui algumas vezes - em algum caso eu devo ter dito, mas, se não disse, vou dizer agora; e se já disse, vou repetir - eu sempre destaco que o Direito vive para o homem e não o homem para o Direito. Foi exatamente através dessa constatação que ilustres autores - e aqui a Ministra Rosa citou um gaúcho, vou citar o professor Tepedino, que é carioca da nossa Universidade do Estado do Rio de Janeiro -, só para nós falarmos da beleza do Brasil.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu poderia citá-lo também com muita admiração.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Professor Gustavo Tepedino revela, à luz das obras do professor Perlingieri sobre a mudança dos perfis do Código Civil, que o Direito Civil mudou as suas premissas metodológicas, superando o ter pelo ser; e, mais ainda, superando o afeto, superando os laços consanguíneos, tanto que hoje se fala em paternidade socioafetiva - o Ministro Barroso mencionou aqui a existência da família monoparental, que, coloquialmente, se fala em "produção independente". Enfim, hoje o que é importante, realmente, é a questão socioafetiva, da qual um dos maiores e destacados autores é o nosso querido Ministro Edson Fachin.

E, aqui então, é que eu trago um pouco da minha experiência como promotor e como magistrado. Nas comarcas do interior e, também, no

centro do Rio de Janeiro, verificou-se que 50% das famílias eram famílias espontâneas. Eram casas e lares por onde nunca tinham passado um juiz ou um padre, mas ali havia amor, ali havia filhos, até já em idade acadêmica, e ali havia efetivamente uma família. E foi exatamente isso que conduziu o legislador depois, digamos assim, de uma evolução jurisprudencial, de considerar a companheira prestadora de serviço e, depois, companheira concubina, a consagrar, na Constituição, a união estável. Então, o que diz a Constituição Federal? A Constituição Federal estabelece:

“Art. 226.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]”

Então, essa é uma afirmação da Constituição Federal. Quer dizer, essas famílias espontâneas foram reconhecidas como entidades familiares. E os seus componentes, evidentemente, equiparados àqueles que compõem uma família tradicional: marido e mulher. E ainda, acrescenta a Constituição Federal:

“[...] devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

Então, o que pretendeu o legislador? Nós, aqui, podemos analisar a *mens legis* e a *ratio legis*, não vou adivinhar o que estava na *mens legislatoris*, mas a *ratio legis* está aqui. O que estabelece o constituinte? Que todos aqueles responsáveis pela elaboração de leis ou do direito, em geral, devem propiciar a conversão dessa união estável em casamento. Então, num primeiro momento, eu destaco que essa norma tem, evidentemente, como destinatário o legislador. Mas, hoje, com as repercussões gerais, com a teoria geral da jurisprudência, obediência do *stare decisis* vertical e horizontal, nós não podemos mais afirmar que a jurisprudência não seja uma fonte formal do Direito. Nós, hoje, vivemos

num momento em que protagonizamos o sistema *judge made law*. Por quê? Não só a lei, mas também aquelas teses que nós criamos, através de repercussões gerais, inclusive, elas às vezes são passíveis até de fundamentar uma ação rescisória, que antigamente só era admitida pela violação de literal disposição de lei, e que, agora, se admite também uma ação rescisória por violação da tese jurídica.

De sorte que, num primeiro momento, eu entendo que realmente o artigo da Constituição, ele não só se dirige ao legislador ordinário, mas também ao aplicador do Direito. Quer dizer, nós temos que facilitar a conversão em casamento dessas uniões estáveis, que são reconhecidas como entidade familiar. Não só o legislador, mas nós também. O legislador fez a parte dele - conforme destacou o brilhante voto do Ministro Roberto Barroso -, o legislador deu com uma mão, depois deu de novo, esse direito à companheira. E, então, como o Código Civil tramitou durante muitos anos (25 anos) no Congresso Nacional, ele já surgiu ultrapassado, neste particular, porque as leis esparsas já haviam consagrado esse direito das conviventes.

De sorte que não só porque somos destinatários dessa regra constitucional, e devemos facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis, em nome da proteção do Estado à família, mas, mais ainda, nós devemos fazê-lo também com a certeza do nosso âmbito de cognição. O Supremo Tribunal Federal julga essa questão, partindo de uma premissa inafastável: há uma união estável conducente à conversão em casamento. Porque nós não podemos, na análise da questão de fato, qualificar se há ou não há uma união estável, nós só podemos julgar a partir da constatação inequívoca de que há uma união estável. E eu fui pesquisar em todo o decorrer do processo: se há algo incontroverso, é de que havia, efetivamente, uma união estável.

Então, esse risco de se conceder efeitos drásticos a qualquer tipo de relacionamento efêmero, em primeiro lugar, desaparece, porque nós estamos aqui diante de uma premissa fática insindicável e inafastável. Em segundo lugar, eu gostaria de reiterar, porque aqui também o Ministro Teori já o fez, que a comprovação de uma união estável - e eu tive a

experiência de juiz de primeiro grau - é uma comprovação que deve se fazer à luz daquela cláusula da prova do Direito evidente. Não tem fumaça do bom Direito, não tem aparências que enganam. Deve ser a prova inequívoca conducente à verossimilhança - porque a verdade é uma utopia no processo -, à verossimilhança, a delegação de que aquilo ali foi uma união estável.

Então, veja Vossa Excelência que o art. 1.723 traz segurança jurídica, no momento dessa conversão, na medida em que dispõe: "*Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável*" - test drive não é estável, o próprio nome diz que é apenas um teste - "*entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*"

Então, a sociedade pode contemplar, como aqui, há em vários pareceres, uma série de uniões que fazem parte de projetos de vida das pessoas. Há alguns projetos que são assimilados pelo contexto social, outros que não são, mas, no fundo, cada um faz a sua proposta de como ser feliz, salvo, evidentemente, se houver uma proposta de felicidade que beire a ilicitude.

Pois bem, então, o art. 1.723 exige requisitos muito estritos para se considerar a existência de uma união estável conducente ao casamento. Então, não pode a união estável ser conducente ao casamento de uma pessoa casada, porque haveria, aí, uma chancela de bigamia. Quer dizer, vai se promover um duplo casamento. É claro, tem razão esses que se opõem a isso, mas não é disso que se trata. O que se trata aqui - e a realidade é essa -, é que quando há essa união estável entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição da família, é porque a família daquela pessoa é aquela convivente. Porque quem tem uma família que coparticipa da existência de um dos integrantes dessa controvérsia, efetivamente essa família não dá ensejo a esse abandono, em que os parentes só se aproximam no momento de recolher os frutos da existência daquele seu parente consanguíneo.

De sorte, Senhora Presidente, que nem à luz da dignidade da pessoa humana, que hoje é o centro axiológico do sistema jurídico, digamos assim, a dignidade humana ilumina o universo jurídico. Não se pode julgar uma causa dessas sem perpassar pelo valor da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Então, à luz do princípio da dignidade humana, tão bem explorado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, à luz do princípio da igualdade, da razoabilidade, com todas as suas subespécies, e, principalmente, pela vedação da proteção ao retrocesso, a solução que o Ministro Luís Roberto concedeu ao caso é uma solução que eleva ao mais alto patamar esse valor Justiça, em função do qual tantas mentes privilegiadas do Universo já se dedicaram.

Eu colho, aqui, por fim, numa obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, exatamente uma crítica pontual e muito certa a essa desigualdade injusta, empreendida pelo artigo do Código Civil, que faz essa distinção entre o que é convivente... Até sugeriria a Vossa Excelência, Ministro Roberto Barroso, que, como estamos no campo do Direito Civil, e para evitar qualquer tipo de especulação quanto à fragilidade do que se quis dizer, que utilizemos a expressão "convivente", como diz aqui "convivência", do art. 1.723 do Código Civil. Essa "convivência", da forma como está no Código Civil, ela elimina qualquer tipo de especulação de relacionamentos oportunistas ou efêmeros.

Então, aqui, na obra do Professor e nosso eminente Ministro, Colega César Peluso, há uma passagem, *in verbis*:

"(...) É importante registrar e endossar a crítica veemente do jurista Zeno Veloso" - e aqui é citada a obra - "(...) ao retrocesso apresentado pelo art. 1.790. Como visto, a Constituição de 1988, ao estabelecer que a união estável e outras formas familiares merecem proteção jurídica, reconheceu não se poder diferenciar, em termos de dignidade, famílias fundadas ou não no casamento. A quase equiparação, promovida pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96" - aqui também citadas no brilhante voto do Ministro Roberto Barroso - "(...) tinham sido absorvida pela sociedade sem traumas" - então, essa chancela da equiparação da convivente ao conjuge tinha sido absorvida pela sociedade sem traumas -, "não se justificando retrocesso verificado com o atual Código Civil".

Quer dizer, a questão toda é que o Código Civil, quando veio, já não era mais atual.

"A solução adequada, portanto, parece ser a já defendida, de se considerar o art. 1.790 inconstitucional em sua totalidade" - como fez o eminente Relator em seu brilhante voto, como é de praxe -, *"aplicando-se ao companheiro a mesma disciplina legal prevista para o cônjuge sobrevivente"*.

Então, Senhora Presidente, egrégia Corte, com fundamento nesses argumentos que procurei trazer apenas para revelar a seriedade que o tema encerra, acompanho integralmente o erudito e justo voto do Ministro Roberto Barroso, fundado na dignidade da pessoa humana, na isonomia e na vedação de proteção deficiente ou ao retrocesso.

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, inicio por cumprimentar também o voto do eminente Relator, todos os votos proferidos pelos eminentes Colegas que o acompanham, mas não poderia deixar de destacar as manifestações orais das doutoras Ana Luíza Maia Nevares e Regina Beatriz Tavares da Silva. Você escuta uma delas e com ela concorda; escuta a outra e com ela concorda plenamente. Sem dúvida nenhuma, este é um tema brilhante e importante para se discutir.

Antes de mais nada, a Constituição, evidentemente, diz que a união estável merece uma proteção, mas também não diz que união estável é casamento. O Código Civil, ao tratar do Direito de Família, no art. 1.725, diz que: "Na União estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Ou seja, é possível, na união estável, que os companheiros ou conviventes façam um acordo e registrem esse acordo sobre as relações, inclusive patrimoniais, que incidirão naquele relacionamento.

Em relação a sucessões, temos um dispositivo que diz a ordem. E é evidente que o testamento sempre é algo disponível a qualquer um que tenha patrimônio e que queira, então, fazer um testamento. Minha grande preocupação aqui é nós estarmos anulando a autonomia da vontade. Da mesma maneira que, no art. 1.725, quando se fala do Direito de Família, os conviventes podem alterar aquele regime, que seria o regime legal, por que não no caso do dispositivo do 1.790, por meio de testamento, ou por meio daquele mesmo acordo que incidiria sobre a união estável, com relação à divisão de bens patrimoniais? Então, há esse engessamento que estaríamos a fazer - isso foi dito pela Dra. Regina da tribuna - da autonomia da vontade.

Por outro lado, é evidente, a professora Giselda, titular da USP em Direito Civil, já destacou que esse dispositivo do art. 1.790, matematicamente, é inexplicável.

Faço a leitura 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; (...)."

Concorrendo com filho comum, tem uma cota equivalente àquilo correspondente ao filho. E se tiver mais de um filho?

Já o inciso II:

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

Pode-se levar a uma situação em que acaba por se receber menos, quando tem filhos comuns, e mais, quando os filhos são isolados do companheiro. Uma redação confusa e que atormenta a teoria jurídica das sucessões do Direito privado quanto ao tema.

Entretanto, não posso aqui, a partir de uma redação mal-feita desta lei, imaginar que o legislador ordinário não pode fazer um **distinguishing**, em relação à ordem de sucessão, porque ele pode fazê-lo entre os parentes, ascendente, descendentes, colaterais, consanguíneos, afins e também entre cônjuges. O legislador é que estabelece a ordem da sucessão.

Portanto, Senhora Presidente, eu tenho muita dificuldade em acompanhar o voto do eminente Relator, mas também gostaria, diante da densidade dos votos proferidos, de refletir melhor sobre o tema. Penso que é um tema que merece uma reflexão profunda, porque atingirá relações familiares de toda a nação brasileira e, conforme destacou o Relator, há divergências entre aplicações de tribunais de justiça em todo o País e também de juízes em varas de sucessões, ou em varas únicas, conforme o tamanho da comarca, as quais me levam, então, a pedir vista para melhor refletir sobre o tema.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço licença ao eminente Ministro DIAS TOFFOLI para antecipar o meu voto. E, ao fazê-lo, desejo destacar que o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** este julgamento, **está a viabilizar a plena realização** dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, **tornando efetivo, assim, o princípio** da isonomia, **assegurando** o respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, **conferindo** primazia à dignidade da pessoa humana, **rompendo** paradigmas históricos, culturais e sociais e **removendo** obstáculos que se antepõem, *até mesmo em matéria sucessória, como se vê*

das diversas posições jurisprudenciais dos tribunais locais, **em relação** aos integrantes de uniões estáveis, **tanto** as heteroafetivas, **quanto** as homoafetivas.

Acompanho, por isso mesmo, o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Relator, **declarando**, “*incidenter tantum*”, **a inconstitucionalidade** do art. 1.790 do Código Civil de 2002, **reconhecendo** à ora recorrente **o direito** de participar da herança de seu companheiro **segundo** as prescrições **e nos termos** estabelecidos no art. 1.829 do Código Civil.

Também acolho a proposta de tese **formulada** pelo eminente Relator (Tema 809 da repercussão geral), **no sentido de ser inconstitucional** a distinção de regimes sucessórios **entre** cônjuges e companheiros **prevista** no art. 1.790 **do vigente** Código Civil, **devendo incidir** o regime jurídico **instituído** no art. 1.829 desse mesmo diploma legislativo **nas hipóteses** de casamento **ou** de união estável.

É o meu voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Peço licença ao Ministro Dias Toffoli, que pediu vista, e ao Ministro Marco Aurélio, que vai aguardar. Em geral também costumo aguardar a vista. Dá-se que fiz o estudo e até preparei o voto, sem embargo de reajustar quando sobrevier tanto o voto do Ministro Dias Toffoli, e eventualmente haverá o voto do Ministro Gilmar, do Ministro Lewandowski mesmo e do Ministro Marco Aurélio, principalmente.

Gostaria de registrar o meu voto, que não destoa absolutamente do voto do Ministro-Relator e de todos os que o seguiram até aqui, basicamente porque de um fato, que é, no caso que estamos tratando, a morte de um daqueles que estão na relação de convivência, duas relações jurídicas, uma que se refere ao desfazimento, ao final dessa relação, e o segundo do que estamos tratando e de que trata o artigo 1.790 do Código Civil, que é exatamente a questão sucessória.

E, neste ponto específico, sem embargo de todas as observações que foram feitas, muito adequadas e apropriadas, relativamente a outras consequências, também chego à conclusão de que houve uma dessintonia entre o que posto na Constituição, relativamente tanto ao princípio da dignidade quanto ao princípio da igualdade, sobretudo, e que me parece que, neste caso, confronta de alguma forma o art. 226, que quer conduzir a que a união estável possa se transformar em um casamento, mas sem embargo de todos os direitos, especialmente aqueles que são tidos como fundamentais e que garantem, portanto, a possibilidade de as pessoas terem iguais direitos, em iguais condições. E aqui se consideram as condições fáticas que geram direitos. E, por isso, também conluo na mesma linha do que já foi posto. Também considero que, neste caso, aplica-se o princípio da vedação do retrocesso. O Ministro Barroso lembrou das condições. É claro que estamos falando de qualquer dos conviventes. Mas, na verdade, isso se aplicou sempre muito mais à mulher, por causa da condição - como o Ministro Barroso se valeu no voto, e até anotei - de uma falta de capacidade civil, porque ela tinha uma capacidade apenas servil. Em grande parte, é tratada desse jeito, não obstante isso possa se aplicar, evidentemente, a outras...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Ministra Cármen, há uma razão pela qual as mulheres são as principais beneficiárias desse entendimento. É que as mulheres vivem mais do que os homens e, portanto, normalmente são elas que sucedem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós vivemos pelos homens. Nós gostamos tanto deles que a gente vive mais para cuidar deles até o final. É só isso.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - A expectativa de vida das mulheres é cinco ou seis anos acima da dos homens.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É por amor. Já que estamos falando desses cuidados, podem ter certeza: a gente não quer dar a dor de nos perder. É só isso.

De toda sorte, de uma maneira extremamente breve e fazendo coro a todas as observações que foram feitas com base nos fundamentos da Constituição, também considero incompatível o posto e interpretado até

aqui no art. 1.790 do Código Civil com o que está estabelecido principalmente em termos de vetores fundamentais da Constituição de 1988. Razão pela qual também dou provimento para declarar inconstitucional o art. 1.790, fazendo com que se aplique, nesses casos, o disposto no art. 1829 do Código Civil com a modulação tal como foi proposto.

Como a maioria, estou aberta aos votos que sobrevierem e que possam nos levar a eventuais reajustes.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MARIA DE FATIMA VENTURA

ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO (102282/MG) E OUTRO(A/S)

RECO.(A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (SP011178/)

ADV.(A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA (46360/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pelos *amici curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que aplicou orientação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual, em julgamento de incidente de inconstitucionalidade, reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, entendendo que,

“a teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus”.

Em seu percuciente voto, o eminente Relator, Ministro **Roberto Barroso**, deu provimento ao recurso para “reconhecer 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” e declarou, por consequência, o direito da recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Nesse sentido também foram os votos dos eminentes Ministros **Edson Fachin**, **Teori Zavascki**, **Rosa Weber**, **Luiz Fux**, **Celso de Mello** e **Cármen Lúcia**.

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, em especial, diante das ponderações apresentadas nas sustentações orais.

Há algumas premissas fáticas deste caso concreto que devem ser salientadas, a saber: i) o reconhecimento da união estável de nove anos (2000 a 2009) se deu **post mortem**, não havendo notícia de testamento ou de qualquer declaração deixada pelo falecido sobre as questões postas nestes autos; e ii) não há ascendentes ou descendentes do falecido, sendo os herdeiros com quem concorre a companheira sobrevivente os três irmãos do falecido.

Vê-se, portanto, que na espécie há, em tese, a subsunção da hipótese prevista no inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002. No entanto, pretende o nobre Ministro Relator ampliar a tese a ser fixada, sugerindo seja assentado o seguinte entendimento com repercussão geral:

“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.”

Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Ministro Relator, após nova reflexão sobre o conteúdo dos autos e da questão central posta no extraordinário, com a devida vênia, penso não existir a inconstitucionalidade apontada. Com efeito, vejamos.

Como proêmio, **data venia** dos que têm entendimento distinto, há que se deixar bem claro que não há como se dar uma interpretação ampliativa ao que restou decidido na ADI nº 4.277, na medida em que esta Suprema Corte se limitou a dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. O referido acórdão não equiparou o casamento à união estável, nem, muito menos, os efeitos jurídicos da escolha de uma ou de outra espécie de entidade familiar.

A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”.

Como tive a oportunidade de me manifestar na referida ação direta de inconstitucionalidade, na condição de Advogado-Geral da União, a compreensão do art. 1.723 do Código Civil não pode ignorar o princípio da isonomia, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Também salientei que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 226, que o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) são espécies de “entidades familiares”, não se podendo afirmar que o conjunto de suas normas permita excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns (fls. 406 e 407).

Na referida manifestação, acentuei, também, que não se poderia admitir diferenciação entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas, porque não existiria justificativa plausível para essa indiferenciação sob a óptica do princípio da igualdade, na medida em que uma união homoafetiva estável, uma vez preenchidos os requisitos legais, estaria a se fundar **nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões estáveis – as quais se distinguem do casamento -**, tendo, na oportunidade, lembrado que países como França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconheciam juridicamente a união homoafetiva, sem equipará-la, contudo, ao casamento, e concluí que

“(...) o pedido formulado na (...) ação revela procedência, na medida em que se afigura necessário o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar a fim de que aos participantes da união homoafetiva sejam assegurados os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis” (fls. 413).

Retomo agora duas premissas jurídicas que adiantei por ocasião de meu pedido de vista. As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união

estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. **Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime.** Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, **bem como o respeito à autonomia de vontade** para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

A questão constitucional posta no apelo extremo pode ser assim resumida: o art. 1.790 do CC estipula regras sem razões justificadas para o discrimen, ou o legislador, ao fazer a opção, fez o juízo adequado da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito?

Para uma melhor compreensão do regime jurídico que se está a analisar, **vide** os arts. 1.829, 1.830 e 1.832, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

“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 (...); 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.”

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao **cônjuge sobrevivente** se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

“Art. 1.832. **Em concorrência com os descendentes (...) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.**”

Façamos um resumo paralelo desses regimes sucessórios.

Vê-se, pela leitura dos textos, que, com o Código Civil de 2002, o cônjuge passou a concorrer com descendentes e, na falta desses, com ascendentes do autor da herança, se houver, e, quando é chamado à sucessão em concurso com descendentes, o cônjuge herda um quinhão da parte que não lhe cabe por força do regime de bens, mas sempre como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes (cf. arts. 1.829, incisos I e II e 1.845, do CC).

Por sua vez, na hipótese da herança do companheiro, embora o art. 1.790 tenha garantido, relativamente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, que o companheiro sobrevivente concorrerá com os descendentes apenas do falecido na proporção da metade do que cabe a cada um deles e com os filhos comuns na mesma proporção de cada um deles – com a mesma quota –, quando o companheiro sobrevivente concorre com os demais parentes sucessíveis, ele tem direito a um terço da herança (incisos I a III).

Ocorre que não me parece que a opção legislativa tenha sido injustificada ou desarrazoada. Pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claros os motivos do tratamento diferenciado, e, para a certeza das coisas, tomo a liberdade de relatar o que se consignou como fundamentos da decisão legislativa.

Inicialmente, na exposição de motivos do art. 1.790 do CC, ficou explicitado que

“as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõe 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”.

Não bastasse isso, no documento publicado pelo Senado Federal em 2012, sobre a Memória Legislativa do Código Civil¹, podemos verificar os principais motivos que levaram o Congresso a não equiparar os efeitos sucessórios para os dois institutos. É que o que se extrai da leitura dos fundamentos utilizados para a aprovação, em segundo turno, na Câmara dos Deputados, da Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56 (Deputado Ricardo Fiúza), a qual ocorreu após parecer final pela aprovação emitido pelo Senador José Fogaça, a saber:

“É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável. Nesse particular, qualquer dos cônjuges pode suceder ao de cujus na categoria de herdeiro necessário (art. 1.857), podendo inclusive concorrer, dependendo do regime de bens existente, com os ascendentes e até mesmo com os descendentes. (Esta Relatoria-Geral permite-se, neste momento, um comentário, ainda que breve, sobre guindar-se o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, para dizer que discorda dessa orientação. Porém, tendo em vista tratar-se de texto original do projeto, não emendado pelo Senado, nada se poderia fazer, a esta altura.)

(...)

Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge.

Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que perfaz razão relevante para a não supressão da emenda.

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente

1 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno**. Vol. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 72 a 74.

tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988.

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 seqüenciados (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.

Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável” (destaques nossos).

Não se verifica, nos fundamentos, uma inferiorização de um instituto em relação ao outro, ou deliberada criação de uma situação desvantajosa. O legislador cuidou, no entanto, de dar a eles tratamento diferenciado, até para que não houvesse a equiparação entre os regime dos dois institutos.

Nesse sentido, correta se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das

entidades familiares pode representar a “aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não pretenderam se submeter ao regime formal do casamento”. Ou pior, que isso possa significar até mesmo

“o fim da própria união estável, pois, à medida que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, estar-se-á alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes. É o que chamo de ‘casamento forçado’, ou, ainda, ‘dormir com alguém e acordar com o Estado’, como diz Zeno Veloso”².

Estou plenamente convicto de que a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitados e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares em face do Estado, ideia que se desenvolveu na sociedade germânica e que influenciou seu ordenamento jurídico, culminando na doutrina da “Finalidade Individual do Estado”, segundo a qual deveria haver uma menor intervenção estatal na vida dos indivíduos³.

Na atualidade, ainda prevalece nesse país essa concepção libertária, tanto é que não há sequer previsão normativa para o dever de sustento mútuo para os conviventes em união estável, regras sobre a sucessão, ou mesmo sobre a aquisição de bens durante a convivência, “de modo que os bens adquiridos em nome apenas de um dos conviventes permanecem na propriedade exclusiva dele” (MARTINY, Dieter. *Family Law*. In, REIMAN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. The

2 Em 7 de agosto de 2016, 8h05.

3 Vide interessante trabalho de Venceslau Tavares Costa Filho. Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 2). *Revista Consultor Jurídico*, de 17 de outubro de 2016, 8h00, em que lembra o pensamento que então se instalava (*Lehre von individualistischen Staatszweck*).

Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 255).

Assim, reitero entender não ser possível a equiparação entre casamento e união estável, tal como ocorre na maioria dos países europeus, os quais nem sequer disciplinam as relações sucessórias. **Exempli gratia**, na França, nem os concubinos nem os membros do pacto civil de solidariedade – formas de união admitidas naquele sistema jurídico - herdam um do outro.

Nem se diga que a liberdade de escolha da espécie de “entidade familiar” estaria tolhida porque só as pessoas com condições econômicas é que teriam condições de se casar. A legislação tratou de garantir a gratuidade do casamento a quem preenche os requisitos legais (**vide** art. 1.512 do Código Civil de 2002 e as legislações estaduais que dispõem sobre os requisitos), e os casamentos comunitários têm ajudado a viabilizar os matrimônios, que ocorrem diariamente em todo o país.

Certo é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Em sintonia com esse pensamento, trago as inteligentes ponderações feitas pelo eminente civilista da Faculdade de Direito da USP, Professor José Fernando Simão, que elencou as regras constitucionalmente válidas dos regimes jurídicos diferenciadores do casamento e da união estável⁴, no que tange às normas sobre: i) sua criação (procedimentos registrais e sua dispensa); ii) comprovação jurídica, iii) extinção, iv) efeitos perante terceiros, v) outorga uxória e marital (que não se aplica ao segundo regime); vi) presunção de paternidade (que por ora inexistente para a união estável); vii) e até o procedimento para a mudança de regime de bens⁵.

Nem mesmo a sedutora tese da vulneração da proibição ao retrocesso de direito fundamental à sucessão e, portanto, à propriedade

4 Além da própria regra do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

5 Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, sob o título “**E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)**”, em 25 de dezembro de 2016, 9h07. Abordou também em seu trabalho as eventuais consequências jurídicas caso mantida a maioria já formada neste julgamento.

por meio da **saisine** procede, na medida em que tenho, para mim, que a proibição do efeito “catraca” ou **cliquet** tem aplicação somente quando a restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não é a hipótese em questão.

A restrição imposta pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório da união estável, com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, quando comparado com o regime sucessório que vigorava anteriormente pela Lei 8.971/94 (art. 2º) e Lei 9.278/96 (art. 7º), me parece absolutamente legítima - assim como tantas outras restrições a direitos civis que foram estabelecidas pelo novo Código Civil e que foram realizados sob o permissivo constitucional -, na medida em que o legislador optou, pelos fundamentos revisitados neste voto, por garantir ao companheiro herdeiro, na hipótese de concorrer com os colaterais, o recebimento de um terço da herança.

Portanto, não se vislumbra irrazoabilidade ou desproporcionalidade na opção legislativa, como bem sustentou o eminente Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que, em seu primoroso parecer, além de descrever o histórico dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro a relatar o vai e vem desses direitos, concluiu, em sua análise sistêmica, que

“[o] art. 1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares.

A apontada inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC apoia-se no argumento que essa diferença de tratamento tem por consequência rebaixar a família decorrente da união estável em comparação à advinda do casamento. Ora, os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de propiciar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais.

(...)

Aliás, uma interpretação normativa com viés estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação em particular, revelaria que uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou mais justo neste ou naquele aspecto.

Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. Esse exercício, por fim, faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo” (destaques nossos).

Mesmo que utilizada a estratégia do festejado professor Robert Alexy para estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, com a aplicação dos elementos que formam a estrutura da ponderação, quais sejam, a ponderação, a fórmula de peso e a proporcionalidade - observadas as intensidades das argumentações-, na hipótese que se descortinou, não há como se desrespeitar, em especial quando aplicada a teoria externa dos direitos fundamentais, o sistema democrático e a separação de poderes, a opção discricionária feita pelo legislador.

Portanto, como salientado por mim em tantas oportunidades, na espécie cabe também a aplicação da máxima jurídica **in dubio pro legislatore**, que, para alguns doutrinadores, como Juan Antonio García Amado⁶, é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador.

Da mesma forma, se se vislumbra, pela abertura constitucional – como é o caso dos autos - uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar, como uma defesa da própria democracia, o pensamento possibilista - há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio

6 Apud PULIDO, Carlos Bernal. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17

de Niklas Luhmann (*Komplexität und Demokratie*, **PSV**, 4, 1968, p. 494 e ss.) -, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as alternativas surjam dos marcos constitucionais⁷.

Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a alteração dessa norma, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da norma e seus respectivos impactos no ordenamento social.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência me permite?

Há mais uma opção no Código Civil com lastro no dualismo que nos vem do artigo 226 da Constituição Federal: a meação com equiparação, no campo patrimonial, ao regime de comunhão parcial. Refiro-me ao artigo 1.725:

"Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros" – que equivale ao pacto antenupcial dos nubentes –, "aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

Hoje, a comunhão parcial é a regra quando os nubentes não se manifestam expressamente. Antes do Código de 2002, a regra era a comunhão total. Hoje é a parcial.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu estou me atendo aqui ao regime da sucessão, e não ao da copropriedade, mas, como muito bem lembrado, já há até a parte relativa à copropriedade.

7 HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. p. 68.

STF – Recurso Extraordinário 878.694/MG – Comentário por ROBERTA MARIA RANGEL: A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal: comentários ao RE 646.721/RS e RE 878.694/MG. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 15. ano 5. p. 439-586. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sou o Relator de uma situação muito semelhante a essa, com a particularidade de envolver união estável homoafetiva. Liberei, é certo, o processo para julgamento e, considerado o número do recurso extraordinário e o do extraordinário sob a relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, vejo que Sua Excelência é muito mais rápido no gatilho, “no gatilho judicante,” pois o que está sob os meus cuidados tem o número 646.721 e o dele, 878.694. Estou debruçado sobre a matéria, refletindo muito porquanto em jogo se faz sistema dual constitucional em vigor há 30 anos, praticamente, e, sob o ângulo legal, presente o Código Civil em vigor, há 15 anos, sem contar as duas Leis a que se referiu o ministro Dias Toffoli.

Creio não ser aconselhável – e assim vejo – votar de improviso nesta assentada e acredito mesmo devermos refletir um pouco mais porque, inclusive, não houve discussões maiores no Plenário sobre a matéria – sobre a repercussão que decisão, conforme está se delineando, poderá provocar em termos de estrutura dessa instituição, o casamento. Isso sem colocar em plano secundário a união estável.

Eu mesmo trouxe à balha artigo esquecido do Código Civil, o 1.725, o qual prevê a meação entre os companheiros, pouco importando – concordo com o ministro Luís Roberto Barroso, creio que Sua Excelência chegou, no voto, a sinalizar – a opção sexual desses companheiros.

Por isso, vou me permitir – e já faria apelo a Vossa Excelência – pedir vista. Que apelo é esse? Colocarmos em pauta a devolução da vista com o recurso extraordinário sob a minha relatoria, para que tenhamos – porque, reafirmo, não houve discussão maior no Plenário – essa discussão; que, ao retomarmos o julgamento, assim o façamos analisando o recurso extraordinário nº 646.721, da minha relatoria, ou seja, iniciando a retomada do julgamento com o pregão desse extraordinário, já liberado para pauta, e prolação de voto, tomando-se, inclusive, os demais votos.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Presidente, como Relator, só um breve comentário.

Eu li hoje pela manhã o voto do eminente Ministro Dias Toffoli e agora o ouvi, com interesse, prazer e proveito, em razões bem lançadas que correspondem ao entendimento de Sua Excelência.

Eu gostaria de muito brevemente, em dois minutos, reiterar os meus argumentos, até porque o Ministro Marco Aurélio irá fazer uma reflexão e pode, eventualmente, querer levá-los em conta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou sempre pronto a ouvi-lo e a evoluir tão logo Vossa Excelência me convença.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Vou tentar.

O argumento desenvolvido no voto é o de que a Constituição prevê três modalidades de família de maneira expressa: a família que resulta do casamento, a família que resulta da união estável e a família monoparental. Essas três categorias estão equiparadas na Constituição e, a elas, agregou-se, por decisão do Supremo Tribunal Federal, uma quarta modalidade de entidade familiar, que é a constituída pelas uniões homoafetivas. Portanto, há quatro famílias previstas na Constituição, todas elas objeto de estudos relevantes do Ministro Luiz Edson Fachin.

Depois de promulgada a Constituição, foram editadas duas Leis que equipararam os direitos da mulher casada à companheira que vive em união estável. Para deixar claro e não haver nenhuma dúvida, nós estamos falando aqui da companheira e não estamos falando de amante ou de alguém com uma relação paralela; nós estamos falando de uma relação equiparada pela Constituição a uma entidade familiar. Portanto, vêm essas duas Leis, 8.971/94 e 9.278/96, e contêm a proposição de que, para fins sucessórios, a mulher casada e a companheira estão sujeitas ao mesmo regime jurídico.

E, portanto, esse tratamento jurídico da matéria vige por diversos anos até que, em 2003, entra em vigor o Código Civil, o novo Código Civil. Como nós sabemos - e há aqui novamente um trabalho importante do Ministro Luiz Edson Fachin a esse respeito -, embora promulgado em 2003, o Código Civil foi objeto, verdadeiramente, de discussões e baseado em um anteprojeto que é da década de 70 e, conseqüentemente, traz em si ideias e valores correspondentes àquele momento da vivência brasileira, de 40 anos atrás. Então, o novo Código Civil promove este retrocesso, que é desequiparar - com todas as vênias, retrocesso no meu ponto de vista, que, evidentemente, não corresponde ao ponto de vista bem defendido pelo Ministro Toffoli - aquilo que, a meu ver, a constituição havia equiparado e a legislação havia concretizado. E, ao desequiparar a esposa da companheira, o Código Civil termina por hierarquizar as famílias, para dizer que a família que resulta do casamento é melhor e gera mais direitos do que a família resultante da união estável. E eu penso que não poderia fazê-lo, porque, do contrário, você obrigaria as pessoas a se casarem.

Na verdade, há duas situações pelas quais as pessoas não se casam no Brasil. Quase metade, mais de um terço, dos casais vivem em união estável no Brasil. Portanto, eles não são casados. No mais das vezes, ou com muita frequência, por circunstâncias da vida. Outras pessoas não se casam porque elas não querem se casar, não querem esse tipo de formalização. Mas isso não deve diminuir os direitos dessas pessoas. Portanto, se nós admitirmos que o Código Civil hierarquize essas famílias e dê direitos diferentes, você tira a liberdade de quem tenha feito a opção de não casar, ou de quem, por desinformação ou por qualquer outra circunstância da vida não tivesse se casado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, Ministro **Barroso**, a pessoa pode se casar com separação total de bens, então, esse raciocínio, com a devida vênias, não se sustenta.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Pode, mas o efeito prático aqui é diverso. Vejam o efeito prático neste caso: essa senhora viveu com o autor da herança por 9 anos. Se eles fossem casados,

ela teria direito à totalidade da herança. Como eles não eram casados, ela só tem direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente. O resto vai para os irmãos que moram lá longe.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas ela já terá a meação desses bens, porque ela tem a copropriedade desses bens. Então, é um terço sobre a metade.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eles não viveram com o autor da herança e não têm nenhuma relação de proximidade com o autor da herança. Portanto, você cria o fator totalmente aleatório que beneficia não quem viveu conjugalmente, mas quem está vivendo uma vida a milhares de quilômetros de distância. Assim, eu acho que se cria um sistema de sucessão aleatória que desfavorece a mulher que viveu anos a fio.

Eu estou falando da mulher, embora, na verdade, isso se aplique ao companheiro ou a companheira, porque - Ministra Cármen Lúcia, nem tudo são desvantagens nessa vida - geralmente é a mulher que sucede ao homem, já que as mulheres têm maior longevidade. Portanto, geralmente, você está discutindo a sucessão pela mulher.

Presidente, basicamente, os argumentos do meu voto são: a Constituição não hierarquizou as famílias; a legislação equiparava a companheira e a esposa, e o Código Civil produz um retrocesso nesse tratamento jurídico equiparado, dizendo que a mulher casada vale mais do que a companheira para fins de sucessão.

Desse modo, respeitando todos os pontos de vista diversos e muito bem defendidos pelo Ministro Dias Toffoli, continuo convencido de que aqui existe uma incompatibilidade com a Constituição.

Obrigado, Presidente.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694**

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MARIA DE FATIMA VENTURA

ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO (102282/MG) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (SP011178/)

ADV.(A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA (46360/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pelos *amici curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, 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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, neste caso, minha concepção é diferente. Acompanho o ministro Dias Toffoli na divergência.

Procederei à juntada do voto, repetindo o que acabei de lançar no anterior:

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 vigorantes, 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

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

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 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 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

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

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

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 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 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.

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.

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.

Creemos, 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.

Cumprir 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.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recurso volta-se a infirmar acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concluiu constitucional o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, assentando encontrar respaldo no Diploma Maior o tratamento diferenciado entre casamento e união estável (§ 3º do artigo 226), inexistindo equiparação ante regências distintas, devendo-se respeitar a autonomia da vontade de quem assumiu o ônus do casamento e daqueles que preferiram viver em união estável. No caso concreto, observa-se a concorrência da companheira sobrevivente com os irmãos do falecido, não havendo ascendentes ou descendentes. Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

2) A teor do inciso III do art. 1790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus.

2. O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, I, e 226, § 3º, ambos da Constituição. Defende-se a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por prever tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada. A recorrente alega, ainda, a violação à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o acórdão permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente. Requer ainda que, verificada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, seja declarada a aplicação do art. 1.829 do mesmo Código, em consonância ao disposto na Constituição.

No extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a transgressão ao disposto nos artigos 5º, cabeça, e 226, § 3º, da Constituição Federal. Alega não haver diferença entre famílias constituídas por meio de união estável e as formadas mediante casamento. Consoante aduz, ambas merecem a mesma proteção e garantia do Estado. Afirma prever a Lei nº 8.971/1994 concorrência do companheiro somente com ascendentes e descendentes do falecido, tendo aquele direito à totalidade da herança na ausência destes, silenciando sobre o tema a Lei nº 9.278/1996. Ressalta violarem o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais as disposições do artigo 1.790 do Código Civil.

Na sessão de 31 de agosto de 2016, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, votou pelo provimento do recurso, fixando a tese no sentido da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Iniciada a tomada dos demais votos, o ministro Dias Toffoli pediu vista, devolvendo o processo para julgamento em 30 de março de 2017. Na oportunidade, Sua Excelência inaugurou a divergência por entender inexistente inconstitucionalidade na disciplina versada no artigo 1.790 do Código Civil. Concluiu legítima a opção do legislador de conferir tratamento diferenciado à sucessão na união estável em relação ao casamento, ante a falta de equalização dos institutos pelo Diploma Maior.

Pedi vista por ser relator do recurso extraordinário nº 646.721, no qual discutida situação semelhante – diferenciação de cônjuge e companheiro no tocante aos direitos sucessórios, sob a óptica de relação homoafetiva. Sinalizei estar em jogo um sistema dual constitucional em vigor há trinta anos, praticamente, e, sob o ângulo legal, presente o Código Civil, vigente há quinze. Entendi pertinente que ambos os recursos fossem pautados e julgados em conjunto, permitindo uma reflexão mais aprofundada quanto à solução a ser implementada.

Pois bem, 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. 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 Lei Fundamental 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 na sessão de 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 vigorantes, 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 suplantarem 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.

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

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 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 Schüller 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 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.

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

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

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 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, entidade admitida como terceira interessada, referindo-se ao início do julgamento do presente extraordinário em sessão de 31 de agosto de 2016, 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 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.

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.

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 lícitamente 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 lícitamente 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.

Ante o quadro, acompanhando a divergência inaugurada pelo ministro Dias Toffoli, desprovejo o extraordinário, por entender constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável.

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - É a mesma tese, Presidente, que é a seguinte: *“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”*.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE. (S) : MARIA DE FATIMA VENTURA

ADV. (A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO (102282/MG) E OUTRO (A/S)

RECD. (A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO (A/S)

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

ADV. (A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (SP011178/)

ADV. (A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA (46360/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV. (A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

ADV. (A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pelos *amici curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar 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, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, 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, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. 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