



FACULDADE MILTON CAMPOS
ÂNIMA EDUCAÇÃO
FELIPE GONTIJO SOARES LOPES

**DISCRIMINAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO:
OS DESDOBRAMENTOS DA EQUIPARAÇÃO SUCESSÓRIA**

Nova Lima

FELIPE GONTIJO SOARES LOPES

**DISCRIMINAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO:
OS DESDOBRAMENTOS DA EQUIPARAÇÃO SUCESSÓRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, das Faculdades Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado. Relações Econômicas e Sociais, Estado Democrático de Direito e Políticas Públicas. Autonomia e Interferência Estatal nas Relações Privadas.

Orientadora: Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Maфра.

Nova Lima

2023

LOPES, Felipe Gontijo Soares.

L864 d Discriminação entre união estável e casamento: os desdobramentos da equiparação sucessória. / Felipe Gontijo Soares Lopes. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2023.

125 f. enc.

Orientadora: Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra.

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção de título de Mestre, área de concentração em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, Estado Democrático de Direito e Políticas Públicas, Faculdade de Direito Milton Campos, 2023.

Referências: f. 113 - 125

1. Herdeiro necessário. 2. Direito de herança. 3. União estável. 4. Casamento. 5. Legítima. I. Mafra, Tereza Cristina Monteiro. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.

CDU 347.66
347.66(043)

FELIPE GONTIJO SOARES LOPES

**DISCRIMINAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO:
OS DESDOBRAMENTOS DA EQUIPARAÇÃO SUCESSÓRIA**

Dissertação apresentada à Faculdade Milton Campos como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais.

Nova Lima, ____ de _____ de 2023.

Prof. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra
Faculdade Milton Campos

Prof. Dr.
Faculdade Milton Campos

Prof. Dr.
Faculdade Milton Campos

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a minha mãe, quem mais me incentivou a concluir este trabalho. Sou grato também à Gabriela, companhia essencial nas horas de descanso, pela compreensão, sem deixar de pedir-lhe desculpas pelo estresse deste período. De igual modo, não posso deixar de agradecer a todos do Escritório JF Gontijo, com menção especial de gratidão à Samira e à Priscilla, que supriram a minha ausência. Agradeço sobretudo a minha família, que sempre me apoia e incentiva, cumprindo-me destacar o suporte das minhas irmãs Laura, Thais e Alice, além do inestimável incentivo recebido da minha avó Dorinha.

Cumpre-me expressar toda a admiração que tenho pela pessoa da Professora Doutora Tereza Mafra, bem como minha gratidão por ter aceitado orientar-me nesta desafiante jornada. Faz-se inevitável observar como a minha vida tem sido abençoada, de forma tão notável, pela presença de tantas mulheres fortes.

Por fim, agradeço as minhas companhias felinas, Gengibre e Canela, que literalmente dividiram a cadeira comigo durante o processo de pesquisa e redação.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar as consequências e desdobramentos do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Inicialmente, avaliar-se-á a fundamentação dos votos de cada um dos Ministros, destacando-se os argumentos mais repetidos. Após, observar-se-á como a doutrina vem interpretando a tese fixada pelo STF, bem como cada um dos julgamentos em que o Superior Tribunal de Justiça mencionou os referidos acórdãos. Em seguida, a partir do Direito Civil-Constitucional, buscar-se-á o que deve ser considerado discriminação entre união estável e casamento, e quando é possível tratar esses institutos de maneira diferenciada, concluindo-se que o companheiro se tornou herdeiro necessário. Assim, questionar-se-á a possibilidade de exclusão de cônjuge e companheiro do rol de herdeiros necessários. Para tanto, far-se-á uma análise histórica de como o direito à herança foi inserido na Constituição como um direito fundamental, passando-se por cada uma das discussões na Assembleia Constituinte, para concluir-se que a garantia ao direito fundamental da herança deve ser interpretada sob a perspectiva do autor da herança e não do herdeiro. Por fim, serão realizados questionamentos sobre a quota legítima, buscando-se um equilíbrio entre a solidariedade familiar e a liberdade.

Palavras-chave: Casamento. União Estável. Intervenção Estatal. Discriminação. Herdeiro Necessário. Legítima.

ABSTRACT

The purpose of the present work is to analyze the consequences of the judgment of the “Recursos Extraordinários” 878,694/MG and 646,721/RS by the Brazilian Supreme Court, which considered unconstitutional the differentiation of succession regime between marriage and civil union. Initially, the foundation of the votes of each of the judges will be analyzed, highlighting the most used arguments. Afterwards, it will be observed how the legal doctrine is interpreting the thesis set by the Supreme Court, as well as each of the judgments in which the “Superior Tribunal de Justiça” mentioned the said judgments. Then, from civil-constitutional law, it will seek what should be considered discrimination between stable union and marriage, and when it is possible to treat them differently, concluding that the civil partner became a mandatory heir, entitled to forced heirship. Thus, will be questioned the possibility of exclusion of spouse and civil partner from the list of forced heirs. To this end, will use a historical research of how the right to inheritance was inserted in the Brazilian Constitution as a fundamental right, to conclude that the guarantee to the fundamental right of inheritance must be interpreted from the perspective of the deceaseds and not from the heirs. Finally, the work will make inquiries about the forced heirship, seeking a balance between family solidarity and the right to freedom.

Key-words: Marriage. Civil Union. State Intervention. Discrimination. Forced Heirship.

ÍNDICE DE QUADROS

Quadro 1 – Contagem dos fundamentos mais utilizados pelos Ministros do STF	27
Quadro 2 – Argumentos favoráveis ao companheiro ter se tornado herdeiro necessário	36
Quadro 3 – Argumentos contrários ao companheiro ter se tornado herdeiro necessário	37
Quadro 4 – Acórdãos do STJ mencionando o RE 878.694/MG.....	40
Quadro 5 – Acórdãos do STJ mencionando o RE 646.721	44

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA FUNDAMENTAÇÃO DO STF NOS ACÓRDÃOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 e 646.721	14
2.1	VOTO DO MINISTRO ROBERTO BARROSO	14
2.2	VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN.....	16
2.3	VOTO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI	17
2.4	VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER	17
2.5	VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX.....	18
2.6	VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO	19
2.7	VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA	19
2.8	VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI	20
2.9	VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO.....	20
2.10	VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI	22
2.11	DA CONCLUSÃO DO JULGAMENTO DO RE 878.694	22
2.12	DO JULGAMENTO DO RE 646.721.....	22
3	DESDOBRAMENTOS DA TESE FIXADA PELO STF RECONHECENDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL	29
3.1	DAS DECISÕES DO STJ COM CITAÇÃO DOS RE 878.694 E 646.721	38
4	COMPREENDENDO OS FUNDAMENTOS DO STF QUANTO À DISCRIMINAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO	46
4.1	DO SENTIDO DA PALAVRA DISCRIMINAÇÃO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721	49
4.2	DO HISTÓRICO DO TRATAMENTO LEGAL DA FAMÍLIA NO BRASIL	53
4.2.1	Da indissolubilidade do casamento até a regulamentação do divórcio no Brasil.....	55
4.2.2	Da regulamentação das relações afetivas informais no Brasil: do concubinato à união estável.....	63
4.3	DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.....	69
4.4	A DISCRIMINAÇÃO ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL	70

5	DO DIREITO À LEGÍTIMA	77
5.1	DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA	81
5.1.1	Da Assembleia Nacional Constituinte e da Comissão Afonso Arinos.....	82
5.1.2	Da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais	84
5.1.3	Da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.....	86
5.1.4	Da Comissão de Sistematização	86
5.1.5	Do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte	90
5.1.6	Entendendo a garantia ao direito fundamental à herança	93
5.2	REPENSANDO A QUOTA LEGÍTIMA: O EQUILÍBRIO ENTRE SOLIDARIEDADE E LIBERDADE	95
6	CONCLUSÃO.....	107
	REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

No Código Civil de 2002, o cônjuge foi erigido à categoria de herdeiro necessário ao lado dos descendentes e ascendentes, incluído expressamente no artigo 1.845¹. Assim, ele passou a excluir colaterais da sucessão, e a concorrer com descendentes e ascendentes do falecido. Contudo, tal tratamento não foi dado ao companheiro (CARVALHO, 2018).

É imprescindível destacar que herança não se confunde com meação. A meação decorre do regime de bens do casamento ou da união estável e não da morte. A meação se refere aos bens que se comunicam pelas regras patrimoniais do relacionamento, razão de sequer haver incidência de ITC(M)D sobre este quinhão, uma vez que ele já pertence ao cônjuge supérstite, e apenas será individualizado em relação aos bens que se encontravam em mancomunhão, ainda que no monte mor.

Em contrapartida, o direito hereditário só surge com a morte, e será regido pelo Direito das Sucessões, que disciplina a capacidade, ou não, de o cônjuge ou companheiro sobrevivente receber, além da meação, a herança do *de cujus*.

Portanto, o cônjuge sobrevivente pode ser meeiro em razão do regime de bens que rege o casamento (Direito das Famílias), além de herdeiro em virtude da morte do seu marido/mulher (Direito das Sucessões).

A legislação sucessória elenca a categoria de “herdeiros necessários”, a quem se estabelece a reserva de metade do acervo hereditário. Essa quota mínima se denomina usualmente de “legítima” em contraposição à “disponível”. Isso porque, caso o falecido possua herdeiros necessários, deduzida a reserva legitimária, sua livre disposição restringir-se-á à outra metade de seus bens. Logo, a herança, em havendo herdeiros necessários, é formada pela legítima (50%) e disponível (50%), que pode ser destinada a quem o autor da herança desejar, por meio de testamento.

Lado outro, há liberdade para dispor da integralidade dos bens na hipótese de se deixar apenas herdeiros facultativos, como seria o caso da pessoa em união estável, que não possua ascendentes e descendentes, uma vez que o

¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

companheiro não está no rol de herdeiros necessários.

Entretanto, a reestruturação de todo o Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 não se deu com o primor e cuidado que se esperava. O texto original do Projeto de Lei 634/1975 foi objeto de 324 emendas ao longo dos seus 26 anos de tramitação e até a votação final em 6/12/2001. A má técnica do legislador resultou numa colcha de retalhos disfuncional quanto às questões sucessórias.

São tão graves as falhas da nova disciplina legal que, para um caso de sucessão de pessoa casada no regime da comunhão parcial de bens, que deixou descendentes e cônjuge sobrevivente, pode haver dez soluções diferentes, em razão das divergências de interpretação doutrinária e jurisprudencial, como bem apontam Felipe Quintella Machado de Carvalho e Tereza Cristina Monteiro Mafra.

Uma das polêmicas decorrentes deste novo estatuto sucessório (CARVALHO; MAFRA, 2019), instaurada imediatamente após a vigência do Código Civil, foi sobre a constitucionalidade do artigo 1.790², que regulamentava a sucessão do companheiro, face ao tratamento sucessório diferenciado, para cônjuges, previsto no artigo 1.829³.

O companheiro só sucederia em parte dos bens comuns adquiridos a título oneroso durante a união estável, enquanto, no casamento, dependendo do regime de bens adotado, o cônjuge sobrevivente seria herdeiro sobre os bens particulares. Além disso, dependendo dos descendentes com quem concorresse, o cônjuge passaria a ter direito a um quinhão mínimo de um quarto da herança (art. 1.832 do CC⁴), garantia não concedida aos que viviam em união estável.

² Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

³ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

⁴ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (BRASIL, 2002).

A constitucionalidade desse tratamento diferenciando, para a sucessão do cônjuge e do companheiro, levou o Supremo Tribunal Federal a atribuir repercussão geral aos Recursos Extraordinários 878.694/MG, sobre união heteroafetiva, e 646.721/RS, sobre união homoafetiva.

Em julgamento iniciado em 31 de agosto de 2016 e concluído em 10 de maio de 2017, o relator do recurso RE 878.694, Min. Luís Roberto Barroso, votou no sentido da inconstitucionalidade do tratamento diferenciado, com o que concordaram os Mins. Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia (BRASIL, 2018a). O Min. Marco Aurélio, relator do RE 646.721 (BRASIL, 2017), bem como os Min. Dias Toffoli e Lewandowski, foram vencidos, votando pela constitucionalidade da disposição, divergindo, assim, dos 7 (sete) ministros que já haviam votado. Houve a ausência justificada do Min. Gilmar Mendes,

Foi aprovada, por maioria, a seguinte tese tanto no RE 878.694 quanto no RE 646.721, publicados em fevereiro de 2018:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018a; BRASIL, 2017).

Apesar disso, muitas questões permaneceram sem uma solução definitiva. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) participou do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 como *amicus curiae*, e opôs Embargos de Declaração para o fim de que fosse sanada uma omissão quanto à possível discriminação do artigo 1.845 do Código Civil, que não inclui o companheiro como herdeiro necessário, diferentemente do cônjuge.

O recurso foi rejeitado, sem exame de seu mérito, tendo o Supremo Tribunal Federal alegado que não se tratava de hipótese de Embargos de Declaração (BRASIL, 2018b).

Ante a ausência de resposta definitiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a doutrina, desde a publicação do acórdão, debruçou-se na discussão que perquire se o fato de o cônjuge ser herdeiro necessário, sem que o companheiro o seja, constitui “inconstitucional diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros”, termo utilizado pelo Tribunal para considerar inconstitucional o

artigo 1.790 (MAFRA; CARVALHO, 2021).

Assim, tal pesquisa buscará responder se o companheiro se tornou ou não herdeiro necessário em decorrência da tese fixada pelo STF quando do julgamento do RE 878.694 e do RE 646.721.

No primeiro capítulo será abordada a fundamentação utilizada pelo STF no acórdão do Recurso Extraordinário 878.694/MG, tratando-se individualmente de cada um dos votos, na sequência em que foram proferidos, e depois no Recurso Extraordinário 646.721/RS. No final, foi realizada uma pesquisa individual de palavras que mais se repetiram na fundamentação dos Ministros.

No capítulo seguinte, analisa-se como a doutrina entendeu os desdobramentos da tese fixada pelo STF, tratando-se da divergência quanto ao companheiro tornar-se ou não herdeiro necessário. É feita análise, ainda, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com todos os recursos em que há menção aos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS.

Em face dessa divergência interpretativa referente à tese fixada pelo STF, é realizada uma análise histórica do tratamento legal do casamento e das uniões estáveis. Faz-se, então, uma interpretação das fundamentações da decisão do STF, com vistas a uma definição do que seria discriminação entre união estável e casamento dentro do Direito Civil-Constitucional, buscando-se perceber quando é possível o tratamento legal diferenciado entre união estável e casamento.

Após essa compreensão de que as diferentes formas de constituição de família só podem ser tratadas de maneira diferenciada no que é da essência de sua diferenciação, ou seja, as formalidades, é questionada a condição de herdeiro necessário do cônjuge e do companheiro.

Assim, no capítulo seguinte é feita uma análise sobre a reserva legítima, a partir de uma análise histórica de como o direito fundamental à herança foi incluído entre as garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, sendo ponderado sobre a autonomia privada. No final, é feito um estudo do descompasso entre o direito sucessório e os modelos amplos e complexos de família atualmente, realizando-se questionamentos a respeito da sucessão legítima na busca de um equilíbrio entre a solidariedade familiar e a liberdade.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO STF NOS ACÓRDÃOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 e 646.721

Antes de entrarmos nos desdobramentos das decisões sobre a decisão do STF que concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, é importante compreendermos as fundamentações dos votos na tentativa de se encontrar uma lógica que possa ser aplicada para outras questões.

Inicialmente o STF reconheceu a repercussão geral de dois recursos especiais que discutiam regras da sucessão do companheiro: o Recurso Extraordinário 878.694, relativo a uma união estável heteroafetiva de origem no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), de relatoria do Min. Roberto Barroso, e o Recurso Extraordinário 646.721, relativo a uma união estável homoafetiva proveniente do TJRS, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

O RE 878.694 foi levado ao julgamento do Tribunal Pleno STF primeiro, em 31/8/2016, mas ambos os julgamentos foram concluídos simultaneamente, em 10/5/2017.

2.1 VOTO DO MINISTRO ROBERTO BARROSO

O julgamento do RE 878.694 teve início com o voto do Relator, Min. Roberto Barroso. Sintetizando seus argumentos, ele afirmou que a Constituição não equiparou a união estável ao casamento e, por isso, estes institutos continuariam sendo formas diferentes de constituição de família, com consequências diferentes.

Entretanto, ainda segundo o Relator, o fato de serem institutos diferentes não autorizaria a concessão de proteção diversa às entidades familiares respectivamente formadas. Só seria legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicasse hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra (BRASIL, 2018a, p. 16).

Por fim, o Min. Roberto Barroso discorreu sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil por violar os princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso, uma vez que durante a vigência do Código Civil de 1916 as regras estabelecidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, a sucessão do companheiro praticamente haviam equiparado a sucessão do companheiro à do cônjuge então prevista.

É interessante notar a estrutura do voto do Relator. Ele inicia seu voto analisando a progressiva equiparação legal entre cônjuge e companheiro, depois passa a analisar a distinção de regimes sucessórios trazida pelo artigo 1.790 do Código Civil, abordando individualmente essas diferenças, para, então, tratar de como não há hierarquia constitucional entre as formas de família. No final, ele compreende que o tratamento diferenciado ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de proteção deficiente e vedação ao retrocesso, e, por isso, seria inconstitucional.

Destacam-se os seguintes trechos do voto do Min. Roberto Barroso:

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 a dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto a dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações. 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.

[...]

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 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.

[...]

No caso em discussão, a violação a proporcionalidade como vedação a 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.

[...]

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.

[...]

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 (BRASIL, 2018a, p. 23-38).

Da fundamentação do voto do Min. Roberto Barroso — pela proibição de hierarquização entre as formas de família, a abordagem da progressiva equiparação entre família e união estável e os princípios invocados — depreende-se uma tendência à equiparação total.

2.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

Na sequência, votou o Ministro Edson Fachin, acompanhando o Relator. Destacam-se alguns trechos do voto do Min. Fachin:

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.

[...]

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.

[...]

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 (BRASIL, 2018a, p. 41-48).

É relevante observar ter o Ministro Fachin afirmado expressamente, em seu

voto, que “[...] deve-se aplicar a ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, ou seja, aquelas do artigo 1.829 e seguintes do Código Civil” (BRASIL, 2018a, p. 48), isto é, também insinuando concluir pela equiparação total entre união estável e casamento.

2.3 VOTO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Em seguida, o Ministro Teori Zavascki também acompanhou o Relator, destacando-se o seguinte trecho de seu voto:

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 (BRASIL, 2018a, p. 57).

Foi um voto curto, oral, de apenas duas páginas, sem mais considerações que valham ser mencionadas.

2.4 VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER

Em comunhão com o Relator, o voto da Ministra Rosa Weber — mais elaborado, com vinte e cinco páginas — faz um resgate historiográfico, no qual é destacada a discriminação da posição feminina na família:

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

[...]

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.

[...]

A pergunta que precisa ser feita, a propósito, refere-se à razoabilidade da distinção que desigualdade (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 (BRASIL, 2018a, p. 67-83).

É interessante notar que a maior parte do voto da Ministra foi dedicada às questões de desigualdade de gênero, sendo bastante destacado o aspecto discriminatório.

2.5 VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX

O quinto Ministro a votar foi Luiz Fux, que apresentou entendimento no sentido da total equiparação dos regimes sucessórios, conforme se destaca de seu voto:

[...] 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 (BRASIL, 2018a, p. 89).

Não há qualquer menção à palavra discriminação na fundamentação constante do voto do Min. Luiz Fux; contudo, ele foi o primeiro a tratar da previsão inserida na Constituição Federal, segundo a qual a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, *verbis*:

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 (BRASIL, 2018a, p. 85).

Ressalte-se a importância dada pelo Ministro à utilização da hermenêutica histórica, buscando a intenção do constituinte quando da inclusão da conversão da união estável em casamento.

2.6 VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O próximo a votar seria o Ministro Dias Toffoli, que pediu vista. Então, o Ministro Celso de Mello antecipou seu voto, acompanhando o Relator:

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 (BRASIL, 2018a, p. 93).

Trata-se de voto oral, de apenas três parágrafos, no qual o Ministro procura ressaltar o entendimento do Supremo nesse julgamento em que confere ênfase aos valores essenciais à construção de uma real sociedade democrática e à dignidade da pessoa humana.

2.7. VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Também antecipando seu voto, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Ministro Relator Roberto Barroso e não trouxe argumentos novos. Afirmou não destoar em nada o seu voto, dos até então proferidos. Embora não fale de modo expresso sobre discriminação, a Min. Cármen Lúcia aborda-a tangencialmente ao discutir o princípio da igualdade:

[...] 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 concluo na mesma linha do que já foi posto. Também considero que, neste caso, aplica-se o princípio da vedação do retrocesso (BRASIL, 2018a, p. 95).

Também se tratou de voto oral, breve, em que basicamente foram reiterados os argumentos do voto do Ministro Relator.

2.8 VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI

O julgamento foi suspenso e retomado após quase um ano, no dia 30/3/2017. Em seu voto vencido, o Ministro Dias Toffoli deixou claro entender que a distinção sucessória seria natural, por se tratarem de institutos diferentes. Fundamentou a sua posição na assertiva de que o legislador privilegiou a liberdade do indivíduo de escolher, conforme o formato de família, o regime sucessório que julgue conveniente, sem que isso signifique uma hierarquia entre os institutos, nem crie situação prejudicial.

Assim, inaugurando divergência, destacam-se do voto do Ministro Dias Toffoli as seguintes passagens:

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. (p. 101/102)

[...] 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 regimes dos dois institutos. (p.106)

[...] 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 (BRASIL, 2018a, p. 108).

Foi um voto curto, oral, mas em foi destacada a confusão da redação do artigo 1.829 do Código Civil, “[...] que atormenta a teoria jurídica das sucessões” (BRASIL, 2002).

2.9 VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

Em seguida foi a vez de o Ministro Marco Aurélio pedir vista para melhor examinar a questão, e para que fosse possível julgar conjuntamente o Recurso Extraordinário 646.721, de sua relatoria.

No dia 10/5/2017, menos de dois meses desde o pedido de vista, o julgamento foi retomado. Vale frisar que, na sessão de julgamento, o Recurso

Extraordinário 646.721 foi apreciado antes, mas, para evitar desordem e por ser mais didático, prosseguiu-se com os votos no Recurso Extraordinário de uniões estáveis heteroafetivas, já que o Min. Marco Aurélio repetiu no RE 878.694 seu voto no RE 646.721: “Procederei à juntada do voto, repetindo o que acabei de lançar no anterior” (BRASIL, 2018a).

Assim, adentrando nos fundamentos do voto do Ministro Marco Aurélio, ele abordou a previsão constitucional para que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Contudo, em sentido contrário ao voto do Min. Luiz Fux, o Min. Marco Aurélio considerou essa previsão um fundamento para reforçar a distinção dos institutos:

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 (BRASIL, 2018a, p. 121).

Em prosseguimento, o Ministro Marco Aurelio Melo destacou a possibilidade de os efeitos patrimoniais levarem pessoas a optar por não constituírem relacionamentos, citando Regina Beatriz Tavares da Silva, “O afeto será prejudicado pelo STF”, publicado no jornal O Estado de São Paulo de 2 de fevereiro de 2017:

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 (SILVA *apud* BRASIL, 2018a, p. 128-129).

O Ministro Marco Aurelio Melo, no final, propôs a seguinte tese: “É constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros” (BRASIL, 2018a, p. 129).

2.10 VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Consta no extrato da ata que o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência, mas seu voto não está inserido no acórdão; contudo, no RE 646.721 ele acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Dias Toffoli, entendendo haver distinção entre a união estável e casamento, o que justifica a desigualdade de tratamento sucessório prevista no Artigo 1.790 do Código Civil.

2.11 DA CONCLUSÃO DO JULGAMENTO DO RE 878.694

Assim, a conclusão do julgamento do Tema 809 de Repercussão Geral foi pelo reconhecimento de forma incidental da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, declarando o direito da recorrente de participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil, nos termos dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Foram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sendo registrada em ata a ausência justificada do Ministro Gilmar Mendes, que não votou.

No final, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese, vencido o Ministro Marco Aurélio:

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 (BRASIL, 2018a, p. 96).

Como se depreende, a tese se limitou a tratar diretamente da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e da aplicação do artigo 1.829 do Código Civil em seu lugar.

2.12 DO JULGAMENTO DO RE 646.721

A sessão do dia 10/5/2017 foi tumultuada. Embora estivessem pendentes apenas os votos do Ministro Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski no RE 878.694,

ela se iniciou com o julgamento do RE 646.721.

Destaca-se passagem em que o próprio Ministro Marco Aurélio reconhece seu equívoco em pedir para que o RE 646.721 fosse julgado primeiro:

Quanta pretensão, por haver pedido que a Presidente apregoasse primeiro o meu processo, para iniciarmos o julgamento, antes do processo cujo julgamento já estava em curso – e pedi vista –, com uma votação acachapante, mas não intimidadora (BRASIL, 2017, p. 51).

A verdade é que o fato de um tratar de união estável homoafetiva, e o outro, de união estável heteroafetiva, era absolutamente irrelevante. A orientação sexual não alterou em absolutamente nada qualquer dos votos dos Ministros.

Ao iniciar o julgamento do RE 646.721, o Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, independentemente da orientação sexual dos companheiros.

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso antecipou seu voto e o encerrou com a propositura da mesma tese sugerida no julgamento do outro recurso:

[...] esse caso é conexo com o Recurso Extraordinário 878.694, da minha relatoria, em que se discute se é constitucionalmente legítimo desequiparar-se, para fins de sucessão hereditária, as uniões resultantes do casamento e as uniões estáveis. Eu já votei no RE 878.694 - inclusive a maior parte dos ministros já votou -, em que nós pronunciamos, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. A única singularidade deste caso é que se trata de hipótese de união homoafetiva. Porém - e como bem observou o eminente Ministro-Relator -, este Supremo Tribunal Federal já equiparou juridicamente as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. (p. 21).

[...] os argumentos que utilizei no RE 878.694 aplicam-se igualmente a este caso. Em síntese, naquele julgamento, assentei que não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos aos cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso (BRASIL, 2017, p. 29).

O Ministro Luiz Fux também antecipou seu voto, posicionando-se no sentido de que não podem as uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas serem submetidas a regras diversas. Com isso, acompanhou o voto do Ministro Roberto Barroso na íntegra:

[...] O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132, estabeleceu que, ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório não resolúvel à luz deles próprios, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. O Pleno decidiu isso, e eu estava presente. Ora, se a união estável homoafetiva segue as mesmas regras da união estável heteroafetiva, também neste caso, por coerência, deve ser tido por um inconstitucional o art. 1.790 e, com a vênia do Ministro Marco Aurélio, o decano da nossa Turma, eu acompanho a divergência ora inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2017, p. 47).

O próximo a votar foi o Ministro Alexandre de Moraes. Importante lembrar que ele substituiu o Ministro Teori Zavascki, que já havia votado no RE 878.694, acompanhando o Ministro Roberto Barroso, então esta foi a primeira vez que ele se pronunciou sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil; contudo, em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes votou no mesmo sentido de seu antecessor, afirmando que, apesar de união estável e casamento serem institutos diversos, a proteção da família não poderia ser diferente, independentemente do modo de constituição:

Não importa se a família é constituída pelo casamento, não importa, ao meu ver, se a família é constituída pela união estável, não importa se a família é constituída pela união estável homo ou hetero afetiva *[sic]*. Exatamente porque não me parece que o Código Civil, que retrocedeu em relação à legislação anterior, traga um elemento discriminador, um discriminem razoável para diferenciar aquela pessoa, o companheiro que viveu - como aqui, na presente hipótese - 40 anos do cônjuge que também viveu 40 anos (BRASIL, 2017, p. 48).

O Ministro Edson Fachin foi o quinto a votar, também acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso, em voto-vogal, do qual se destaca a seguinte passagem:

Não há dúvida alguma que há distinção entre casamento e união estável. Mas também não me parece haver dúvida alguma que essa diferença - e aqui peço todas as vênias à extração que o eminente Relator faz do comando constitucional - não pode, sob o abrigo da Constituição, constituir-se numa discriminação e numa hierarquização, como se houvesse, na sociedade que, pelo menos no comando constitucional, se dispõe a ser uma sociedade livre, cidadãos de primeira e segunda classe, famílias de primeira e segunda classe. Essa discriminação não faz jus à diferença, essa hierarquização também não tem, substancialmente, simetria com a diferenciação, diferença que contempla, obviamente, percepções diferentes - por mais pleonástico que seja - do modo de ser e de estar, do modo de

viver, livre e responsável.

[...]

A questão constitucional que se apresenta para a apreciação desta Suprema Corte é de todo semelhante a [Sic] do RE 878.694, considerando que na esteira do assentado na ADPF 132 e ADI 4277, as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas submetem-se às mesmas regras e produzem as mesmas consequências jurídicas (BRASIL, 2017, p. 52-54).

O próximo voto foi da Ministra Rosa Weber, bastante sintético, que pode ser reproduzido na íntegra:

Senhora Presidente, cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio pelo voto proferido, sempre percuciente, mas ratifico a compreensão que já aqui externei quando do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, declarando incidenter tantum a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, à luz dos artigos 5º e 226 da Constituição da República, com a interpretação que lhes empresto, que me parece mais adequada. E sem com isso, de forma alguma, Ministro Marco Aurélio, querer retirar o direito de amar, esse de forma alguma. Eu ratifico e endosso todas as considerações de Vossa Excelência, como sempre muitíssimo bem lançadas. Então, acompanho a divergência inaugurada e voto pelo provimento do recurso extraordinário (BRASIL, 2017, p. 63).

Na sequência, votou o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou o Relator Marco Aurélio. Lewandowski frisou a importância de “prestigiar o legislador” ante uma dúvida, como se destaca da seguinte passagem:

Quando há dúvida razoável, e aqui me parece que há uma dúvida mais do que razoável, é preciso, a meu ver, prestigiar o legislador. [...] Eu estou acompanhando não só o voto do eminente Relator e também o parecer da Procuradoria-Geral da República, que assenta que não há irrazoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Por quê? Porque, a mim me parece que há uma clara distinção entre essas duas situações, entre esses dois institutos, melhor dizendo, que ficou consignada, a meu ver de maneira cristalina, no art. 226, § 3º, da Constituição, quando o legislador constitucional diz que: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável” - se reconhece ou não estável - “entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Ou seja, aqui, claramente, o constituinte distinguiu entre esses dois institutos: da união estável e o casamento. São dois institutos distintos, claramente distintos (BRASIL, 2017, p. 64-65).

É Interessante que o Ministro Luiz Fux no RE 878.694 utilizou o mesmo argumento da “intenção do legislador” quanto à “conversão da união estável em casamento”, em uma análise teleológica, para votar em sentido contrário ao do Ministro Ricardo Lewandowski.

Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência do Ministro

Barroso. Trata-se de um voto interessante, já que menciona expressamente os artigos 1.829 e 1.837⁵ do Código Civil:

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, fixando a seguinte tese, com repercussão geral: “o art. 1.790 do Código Civil/2002 é inconstitucional, regendo-se o direito sucessório de companheiro supérstite em regime de união estável homoafetiva pelo disposto no art. 1.829 e 1.837 daquele mesmo diploma legal (BRASIL, 2017, p. 92).

Não há qualquer menção a outros dispositivos que regem a sucessão de cônjuges no voto da Ministra, o que não ajudou em nada a dúvida quanto ao artigo 1.845 do Código Civil, que trata sobre os herdeiros necessários. De qualquer forma, o Ministro Relator notou a diferença em relação a seu voto e, em um aparte, reiterou sua tese e questionou Cármen Lúcia, que aderiu à tese por ele sugerida.

Como estavam ausentes os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, com o voto da Ministra Cármen Lúcia foi concluído o julgamento do RE 646.721.

O Tema 498 de Repercussão Geral foi pelo reconhecimento de forma incidental da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, declarando o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil, de maneira idêntica ao RE 878.694. A maioria foi formada pelos votos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Ausentes justificadamente os Ministros Dias Toffoli, Celso de Melo e Gilmar Mendes.

A tese fixada nos Temas de Repercussão Geral 809 e 498 foi idêntica:

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 (BRASIL, 2017, p. 8)⁶.

Tereza Mafra e Felipe Quintella (2021) defendem que o voto vencedor do Ministro Roberto Barroso teve como fundamento determinante o fato de a Constituição não autorizar que se atribuam diferentes níveis de proteção estatal a

⁵ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (BRASIL, 2002).

⁶ A mesma tese foi fixada para o Tema 498.

peessoas casadas em comparação com pessoas conviventes de união estável.

Realizando uma busca por palavras ao longo dos acórdãos, a palavra “liberdade” é citada 54 vezes RE 878.694, e 42 no RE 646.721, ou seja, 96 vezes no total. Ela é seguida de perto pela palavra “dignidade”, mencionada 56 vezes no RE 878.694, e 38 vezes no RE 646.721, totalizando 94 repetições. Em seguida, como mais mencionada entre os argumentos dos votos, vem a palavra “igualdade”, que aparece 49 vezes no RE 878.694, e 36 vezes no RE 646.721, totalizando 75. As variações de “discriminação” (discriminar, discriminatório, discriminações), são mencionadas 21 vezes RE 878.694, e 30 vezes no RE 646.721, totalizando 51 vezes (quadro 1).

Assim, é possível afirmar que estes foram os pilares dos votos dos ministros que reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Quadro 1 – Contagem dos fundamentos mais utilizados pelos Ministros do STF

PALAVRA	MENÇÕES NO RE 878.694	MENÇÕES NO RE 646.721	TOTAL
LIBERDADE	54	42	96
DIGNIDADE	56	38	94
IGUALDADE	49	36	75
DISCRIMINAÇÃO	21	30	51

Fonte: Elaborado pelo autor, 2023

Comparativamente, as variações de “isonomia” (isonômica, isonômico) aparecem pouco, só 5 vezes no RE 878.694 e 4 vezes no RE 646.721, o mesmo para “plural” (pluralismo, pluralidade) aparece 8 e 16 vezes, respectivamente.

É interessante que foi encontrada uma única menção da palavra “metodológicas”, apenas no RE 878.694, embora tenham sido pesquisadas todas as variações de metodologia em ambos os acórdãos. Tratou-se de uma passagem em que o Ministro Luiz Fux menciona Gustavo Tepedino e Perlinger para falar que o Direito Civil mudou suas premissas metodológicas. Já “hermenêutica” e suas

variações “hermenêutico” e “hermenêuticos” aparecem 11 (onze) vezes no RE 646.721, sendo 6 (seis) no voto em uma citação de José Afonso da Silva pela Ministra Cármen Lúcia, e 11 (onze) vezes no RE 878.694, sendo 2 (duas) vezes apenas no título de uma obra de Miguel Reale que aparece em nota de rodapé no voto do Ministro Marco Aurélio.

Podemos concluir, então, analisando inclusive a frequência com que os argumentos são mencionados ao longo dos acórdãos, que os fundamentos determinantes nos votos dos ministros do STF firmaram o entendimento de que a definição de regimes sucessórios distintos entre união estável e casamento é uma discriminação incompatível com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana previstos na Constituição, que ofende a liberdade dos indivíduos.

Assim, é preciso analisar como a doutrina e a jurisprudência do STJ vêm aplicando a Tese fixada pelo STF; qual vem sendo o alcance dado e seus desdobramentos, já que na tese fixada por esse órgão julgante, só houve menção expressa à aplicação do artigo 1.829 do Código Civil, abrindo margem para questionamentos.

3 DESDOBRAMENTOS DA TESE FIXADA PELO STF RECONHECENDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

As Ordenações Filipinas, de 1603, e ainda repercutiam o Direito Romano do tempo do Imperador Justiniano (séc. VI d. C.). Nesse contexto, a preferência dos colaterais ao cônjuge decorria da primogenitura, pela qual o filho mais velho do sexo masculino era o herdeiro universal (CARVALHO, 2018).

Antes da codificação do Direito brasileiro, a ordem de vocação hereditária que se depreendia das Ordenações Filipinas era deferida, em primeiro lugar aos descendentes; em segundo lugar aos ascendentes; em terceiro lugar aos colaterais até o 10º grau, e só então, ao cônjuge, em quarta posição.

O casamento, como sistema de trocas e de incremento de patrimônio, não poderia ser colocado em risco pela manifestação de vontade da mulher, que nada entendia sobre a gestão financeira da família. Nesse contexto, se justificava a indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens e a relativa incapacidade da mulher casada (SOUZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2021).

O Decreto 1.839 de 1907, chamada de Lei Feliciano Pena, colocou o cônjuge em terceiro lugar, após os descendentes e ascendentes, passando à frente dos colaterais:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão 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 domicílio em territorio não incorporado a qualquer delas (BRASIL, 1907).

O Código Civil de 1916 manteve essa estrutura em que o cônjuge sobrevivente precedia aos colaterais, em uma ordem simples e clara: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - Aos descendentes.
II - Aos ascendentes.
III - Ao cônjuge sobrevivente.
IV - Aos colaterais.
V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União (BRASIL, 1916).

A Lei 8.049 de 1990 apenas substituiu, no inciso V, Municípios por Estados, adequando a redação à nova ordem tributária da Constituição Federal de 1988. No Código Civil de 2002 o cônjuge continuou ocupando o terceiro lugar na hierarquia sucessória, de maneira isolada, mas passou a concorrer com os ascendentes e descendentes, dependendo do regime de bens:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

A redação do artigo 1.829 - dispositivo aplicável para as uniões estáveis, segundo a tese fixada pelo STF em relação ao tema 809⁷ - causou um verdadeiro caos interpretativo devido a sua péssima redação.

Felipe Quintella Machado de Carvalho e Tereza Cristina Monteiro Mafrá (2019) apontam dez possibilidades de soluções diferentes em razão de divergências interpretativas na doutrina e na jurisprudência para um caso hipotético de sucessão de pessoa casada no regime da comunhão parcial de bens, que deixar descendentes e cônjuge sobrevivente.

Não se busca na presente pesquisa a solução deste imbróglio, mas as outras implicações da inconstitucionalidade do regime sucessório do companheiro do artigo 1.790 do Código Civil.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família, como *amicus curiae* no RE 878.694, opôs Embargos de Declaração contra o acórdão assinado pelos advogados Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Ana Luiza Maia Naves e Ronner Botelho Soares. Como o processo tramita em segredo de justiça, não é possível acessar o recurso diretamente no STF, mas o IBDFAM o disponibilizou em seu site (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018a).

Como bem pontuado pelo IBDFAM, “o regime sucessório do cônjuge não se

⁷ 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.

restringe ao artigo 1.829 do Código Civil” e, se foi reconhecida a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, seria uma omissão a não consideração de outros dispositivos legais que tratam do tema (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018a).

Em seu recurso, o IBDFAM citou alguns exemplos de distinções sucessórias que permaneciam, apesar da tese fixada, os quais foram repetidos por Felipe Quintella Machado de Carvalho e Tereza Cristina Monteiro Mafra (2021, p. 7-9).

O artigo 1.831⁸ prevê o direito de habitação, para o cônjuge sobrevivente sobre o imóvel que serviu de lar conjugal, desde que seja o único bem dessa natureza a se inventariar.

O artigo 1.832⁹ trata do que a doutrina denominou quinhão mínimo de um quarto ao cônjuge na sucessão com descendentes, quando for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Como não há previsão para os casos em que o cônjuge não seja ascendente dos herdeiros com que concorrer, presume-se que nesses casos a sucessão seja por cabeça. No mesmo sentido, Giselda Hironaka (2011) chama atenção quanto ao fato de não haver previsão para os casos de filiação híbrida, com filhos comuns entre o autor da herança e outros filhos que não sejam descendentes do cônjuge sobrevivente.

Em sequência, o artigo 1.837¹⁰, que trata da partilha entre o cônjuge e os ascendentes, estabelece que, quando há concorrência com os pais do autor da herança, a participação se dá por cabeça, mas quando a participação se dá com ascendentes além do primeiro grau, o cônjuge sobrevivente tem direito à metade da herança.

Por fim, o mais importante é o artigo 1.845¹¹, que prevê o cônjuge como herdeiro necessário, mas não o companheiro. Se essa diferenciação for constitucional, a situação permite que companheiros possam, por testamento,

⁸ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

⁹ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (BRASIL, 2002).

¹⁰ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (BRASIL, 2002).

¹¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

excluir o outro de sua sucessão, de maneira que ele não participe da ordem de vocação hereditária.

É imprescindível destacar que herança não se confunde com meação. A meação decorre do regime de bens do casamento e não da morte, referindo-se aos bens que se comunicam pelas regras patrimoniais do matrimônio. Até mesmo por isso não há incidência de ITC(M)D, o imposto que incide sobre a herança, uma vez que já pertence ao cônjuge supérstite, e apenas será individualizado em relação ao acervo hereditário.

Em contrapartida, o direito à herança só surge com a morte, sendo regulamentado pelo Direito das Sucessões, que disciplina a aptidão, ou não, do cônjuge ou companheiro sobrevivente para participar da sucessão, ou seja, de receber além da meação, que já lhe é devida em decorrência do regime de bens, a herança do *de cujus*.

Portanto, o cônjuge sobrevivente pode ser meeiro em razão do regime de bens que rege o casamento (Direito das Famílias), além de herdeiro em virtude da morte do seu marido/mulher (Direito das Sucessões).

A legislação brasileira, desde sempre, enumerou, em proteção da família, a categoria de “herdeiros necessários”, aos quais se estabelece a reserva legítima de no mínimo metade do acervo hereditário. Essa quota mínima denomina-se usualmente de “legítima” em contraposição à “disponível”. Isso porque, caso o falecido possua herdeiros necessários, deduzida a reserva legítima, sua livre disposição se restringirá à outra metade de seus bens.

Logo, em havendo herdeiros necessários, a sucessão será formada pelas quotas legítima e disponível do autor da herança, cada uma correspondendo à metade desse patrimônio, podendo a disponível ser destinada a quem o autor da herança desejar, por meio de testamento, como estabelecido pelos artigos 1.846, 1.847 e 1.857 do Código Civil:

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º. A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento (BRASIL, 2002).

Assim, se o companheiro for considerado apenas um herdeiro facultativo, haverá liberdade para o autor da herança que mantenha uma união estável, na ausência de ascendentes ou descendentes, disponha da integralidade dos bens, sem precisar beneficiar seu companheiro.

Desde a fixação da tese pelo STF, há uma insegurança quanto ao cônjuge ter se tornado herdeiro necessário ou não, já que o artigo 1.829 não pode ser aplicado de maneira isolada, e não houve qualquer sinalização na tese fixada a respeito dos outros dispositivos do Código Civil que tratam do regime sucessório do cônjuge.

O principal representante da corrente que interpreta a tese do STF, no sentido de que o companheiro não se tornou herdeiro necessário, é Rodrigo da Cunha Pereira - um dos advogados signatários dos Embargos de Declaração opostos contra o acórdão que fixou a tese do Tema 809 do STF - o qual afirmou em entrevista disponível no site do IBDFAM:

Se equiparar cônjuge e companheiro em todas as premissas, incluindo o de ser herdeiro necessário, estará tolhendo a liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de família. Poderia, na verdade, sucumbir o instituto da união estável. Se em tudo é idêntica ao casamento, ela deixa de existir, e só passa a existir o casamento. Afinal, se a união estável em tudo se equipara ao casamento, tornou-se um casamento forçado. Respeitar as diferenças entre um instituto e o outro é o que há de mais saudável para um sistema jurídico. Um dos pilares de sustentação do Direito Civil é a liberdade. Se considerarmos o(a) companheiro(a) como herdeiro necessário estaremos acabando com a liberdade de escolha entre uma e outra forma de constituir família, já que a última barreira que diferenciava a união estável do casamento já não existiria mais (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018b).

É possível sintetizar o argumento de Rodrigo da Cunha Pereira como uma ressalva da liberdade do indivíduo de escolher entre casar e viver em união estável, formas de constituição de família constitucionalmente reconhecidas, com a possibilidade de diferentes efeitos jurídicos não só no âmbito do direito de família, mas também no sucessório.

Outra das vozes mais fortes contra a equiparação irrestrita é Mario Luiz Delgado:

Defendo, com inabalável convicção, que os companheiros não fazem jus à legítima, não havendo se tornado herdeiros necessários recíprocos, mesmo

após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 pelo STF (DELGADO, 2022, p. 12-13).

E, dando prosseguimento à sua lógica, resume em quatro argumentos as razões expendidas (DELGADO, 2022, p. 11-12). O primeiro argumento diz respeito ao atendimento ou não de formalidades entre união estável e casamento. O *status* de herdeiro necessário decorreria do preenchimento de formalidades próprias do casamento, dispondo a lei que apenas aqueles que possuem o estado civil de casado poderiam ser considerados herdeiros necessários.

O segundo argumento seria que o artigo 1.845 configura uma norma restritiva do direito de dispor, na medida em que estabelece que ao cônjuge deve, necessariamente, ser reservada uma quota parte na legítima, impedindo que o autor da herança tenha a livre disponibilidade de seus bens. E, por se tratar de uma limitação imposta a um direito fundamental, esse dispositivo deveria ser interpretado de forma restritiva. Assim, o rol do artigo 1.845 do Código Civil deveria ser considerado taxativo, sendo inadmissível sua ampliação para abranger o companheiro.

O terceiro argumento elencado por Mario Luiz Delgado seria um descompasso entre a realidade social e a restrição testamentária do autor da herança. Segundo o autor, as uniões informais se constituem e se dissolvem mais fácil do que o casamento, e a necessidade de reconhecimento judicial *post mortem* da união estável geraria insegurança jurídica.

Por fim, o último argumento seria de que, caso o STF quisesse assegurar a condição de herdeiro necessário ao companheiro, poderia tê-lo feito, mas os debates durante o julgamento levariam a concluir que o STF não só não quis assegurar esse *status* ao companheiro, como expressamente ressaltou a prevalência da liberdade do testador.

Felipe Viana de Mello (2017, p. 151-155) também defende que o companheiro não se tornou herdeiro necessário, argumentando a impossibilidade de interpretação extensiva, preservação da autonomia da vontade e segurança jurídica do testamento. Por fim, ele afirma que a repercussão geral se restringe à sucessão legítima.

Outro defensor desta posição é Conrado Paulino da Rosa (2021), fundado principalmente na autonomia privada das pessoas para determinarem os efeitos patrimoniais de seus relacionamentos. Tratam-se, contudo, de posições

minoritárias na doutrina.

Muito antes da fixação da tese pelo STF quanto ao tema 809, Wilson Ricardo Ligiera sustentou em sua tese de doutorado, defendida na Universidade de São Paulo, que o companheiro deveria ser reconhecido como herdeiro necessário, sendo o último parágrafo bem enfático:

Somente por meio do reconhecimento de que o companheiro é herdeiro necessário do falecido, em concorrência com os demais reservatários, se atingirá uma adequada proteção patrimonial, coerente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar que devem reger a matéria (LIGIERA, 2013, p. 460).

Ana Luiza Nevares defende que o companheiro se tornou herdeiro necessário:

Entre as entidades familiares não há hierarquia, já que todas desempenham a mesma função – promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros. Não há superioridade de uma em relação à outra, mas igualdade diante da proteção estatal (CF/88, art. 226, caput), uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) é igual para todos e não se poderia tutelar mais ou menos pessoas pelo simples fato de integrarem famílias diversas. [...]. Dessa forma, o julgamento do Supremo Tribunal Federal veio reforçar a posição do companheiro como herdeiro necessário, agora sem a menor dúvida de que aquele deve receber os mesmos direitos do cônjuge (NEVARES, 2020).

Flávio Tartuce argumenta que a decisão do STF gerou uma equiparação apenas sucessória, elevando o companheiro à condição de herdeiro necessário, mas sem, contudo, gerar uma equiparação total:

Da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma *equiparação sucessória* das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma *equiparação total* que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mario Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um *casamento forçado*. Em resumo, o *decisum* do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório (TATURCE, 2018, p. 870, grifos do autor).

Outro que entende que o companheiro se tornou tornado herdeiro necessário, é Elder Gomes Dutra (2017, p. 80), ao alegar que, embora não tenha havido discussão expressa sobre a questão na decisão da Suprema Corte, os fundamentos “conduzem para um cenário de total equiparação do cônjuge e do

companheiro em matéria de direito sucessório”.

No mesmo sentido, Tereza Mafra e Felipe Quintella também se posicionam pela equiparação total da sucessão do cônjuge à do companheiro:

Conclui-se que a adequada interpretação da tese do STF, que deve ser lida à luz das mesmas regras que ditam a interpretação constitucional, tem que ser no sentido da equiparação total da sucessão do cônjuge à do companheiro, para que se alcance, assim, a máxima eficácia da Constituição (MAFRA; CARVALHO, 2021, p. 73-74).

Por fim, é de se destacar que foi aprovado o Enunciado 641 na VIII Jornada de Direito Civil:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável (BRASIL, 2018c).

Segundo a justificativa, quando a *ratio* da norma tiver como fundamento a publicidade, será possível a distinção entre união estável e casamento. Contudo, quando o fundamento for o convívio familiar, não poderá haver distinção entre união estável e casamento, pela impossibilidade de se estabelecer critérios hierárquicos entre modelos familiares, citando como exemplo a exigência de outorga conjugal, que só seria possível no casamento.

Assim, para facilitar a visualização, os argumentos favoráveis à elevação do companheiro à condição de herdeiro podem ser resumidos da seguinte maneira:

Quadro 2 – Argumentos favoráveis ao companheiro ter se tornado herdeiro necessário

ARGUMENTO FAVORÁVEL	RESUMO
Ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade	A dignidade da pessoa humana seria um 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 e não haveria justificção para o tratamento diferenciado entre união estável e casamento.

ARGUMENTO FAVORÁVEL	RESUMO
Ofensa ao princípio da solidariedade familiar	A possibilidade de exclusão do companheiro da condição de herdeiro necessário violaria a solidariedade familiar, por deixar de garantir uma adequada proteção patrimonial.
Ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso	A Lei 8971 garantia às uniões estáveis mais direitos sucessórios do que o Código Civil de 2002. Esta alteração seria um retrocesso histórico considerando a tendência de maior equiparação observada entre união estável e casamento desde a Constituição Federal de 1988.
Máxima eficácia da constituição	A Tese fixada pelo STF deve ser interpretada para que se alcance a máxima eficácia da constituição, o que só seria possível com a equiparação total da sucessão do cônjuge à do companheiro.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2023

Da mesma forma, os argumentos contrários à elevação do companheiro à condição de herdeiro podem ser sintetizados da seguinte maneira:

Quadro 3 – Argumentos contrários ao companheiro ter se tornado herdeiro necessário

ARGUMENTO CONTRÁRIO	RESUMO
Autonomia privada e princípio da interferência mínima do Estado	Seria garantido ao cidadão o direito de escolha entre casar e viver em união estável como entidades familiares, tendo possibilidade de diferentes efeitos jurídicos não só no âmbito do direito de família, mas também no sucessório.
Proibição de interpretação ampliativa de norma restritiva de direito	A sucessão legítima seria uma norma restritiva do direito de dispor, por reservar uma quota parte do patrimônio do indivíduo para a legítima, obrigatoriamente, o que impede que o autor da herança exerça livremente sua autonomia privada. Por se tratar de uma regra restritiva de direito, deveria ser interpretada de forma restritiva. Dessa forma, o rol do art. 1.845 do CC/02 deve ser considerado taxativo, sendo inadmissível sua ampliação para abranger o companheiro.
Garantia constitucional do direito à herança	O art. 5º, XXX, da CF não trataria do direito de receber herança, mas de uma reafirmação do direito à propriedade privada para além da vida, assegurando o direito de o autor da herança transferir o seu patrimônio a quem e como desejar.

ARGUMENTO CONTRÁRIO	RESUMO
Inexistência de ofensa à solidariedade familiar	A solidariedade familiar existiria para garantir, entre outras, as repercussões de ordem econômica entre familiares. Existem diversos meios para se assegurar a dignidade do companheiro sobrevivente, como o direito real de habitação, a pensão por morte e até mesmo eventual seguro de vida. Portanto, a condição de herdeiro necessário não teria vinculação com a solidariedade familiar.
Condição de herdeiro necessário decorre da formalização do relacionamento	A condição de herdeiro necessário decorreria do preenchimento de formalidades próprias do casamento.
Insegurança jurídica pela informalidade	A necessidade de reconhecimento judicial <i>post mortem</i> da união estável geraria uma insegurança testamentária.
A repercussão geral do STF se restringia à sucessão legítima	O STF poderia assegurar a condição de herdeiro necessário ao companheiro de maneira expressa, foi provocado a respeito, mas não o fez. Isso se daria porque quando foi atribuída repercussão geral, o STF se limitou a abordar a sucessão legítima, mas não a testamentária.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2023

Em que pese mostre-se majoritário o entendimento na doutrina de que o companheiro se tornou herdeiro necessário, há considerável divergência, sendo importante analisar como o Superior Tribunal de Justiça está decidindo a respeito desta polêmica.

3.1 DAS DECISÕES DO STJ COM CITAÇÃO DOS RE 878.694 E 646.721

A análise jurisprudencial tem especial relevância no Direito de Família, porque as decisões atuam como um “termômetro mais sensível das alterações da sociedade”. No âmbito familiar, é comum que as mudanças comecem no Poder Judiciário e só depois passem para a lei.

A título de exemplo, em que pese já tenha se passado mais de uma década do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que reconheceram as uniões estáveis para casais homoafetivos, ainda não existe lei regulamentando a matéria.

Justamente por isso, fala-se em um “direito judicial de família”, em que as realidades fáticas são levadas ao Juiz, que acaba ampliando os horizontes ao decidir (MUNIZ, 1992, p. 8).

É por obra dos juízes que o direito de família se modifica e se adapta, gerando um ambiente decisional “frouxo”, principalmente pela ampla utilização de expressões lacônicas e abertas, como o “melhor interesse do menor” e os “objetivos da família.” (WAMBIER, 2012, p. 55/66) Não se nega que essa lógica instável abre portas para discricionariedade exacerbada.

No âmbito jurídico, o emprego do conceito de precedentes costuma estar ligado à prática de decisões judiciais, no sentido de que o decidido por uma Corte no passado deve orientar os julgadores de hoje. É um posicionamento com força suficiente para condicionar e orientar decisões futuras!

Diversamente do sentido de “Ciência do Direito” difundido nas experiências jurídicas estrangeiras, no Brasil, por jurisprudência entende-se um conjunto de decisões judiciais, independentemente de coerência ou consistência (XAVIER; XAVIER, 2022). Dessa forma, muitas vezes a “jurisprudência” brasileira é formada por decisões diametralmente opostas e incoerentes. Chega-se ao absurdo de termos decisões que se fundamentam em uma mesma teoria doutrinária, mas chegam a conclusões diferentes (MARTINS-COSTA, 2013, p. 297).

Por isso é tão importante a investigação sobre como o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando sobre os desdobramentos da Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da sucessão de cônjuges e companheiros.

O Superior Tribunal de Justiça já tem alguns julgados sobre a equiparação entre união estável e casamento, desde o primeiro precedente, em 2011, no julgamento do REsp 1.145.060/MG (BRASIL, 2011c).

No caso, a discussão era restrita ao foro de competência da ação de reconhecimento da união estável, questionando-se a aplicação do artigo 100, I do Código de Processo Civil de 1973, que previa a competência “da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento” (BRASIL, 1973).

Contudo, em seu voto, a Ministra relatora Nancy Andrighi extrapolou a questão específica, traçando, há mais de uma década, uma equiparação “sempre que possível” da união estável e casamento:

O comando constitucional determina que, apesar da norma infraconstitucional, à união estável foi garantido o status de entidade familiar, fato que deve orientar o intérprete na aplicação, sempre que possível, de posicionamentos unívocos para o sistema entidade-familiar, o que, in casu, significa adotar a fórmula já preconizada, que estabelece o domicílio da mulher como foro competente para se discutir as questões relativas à união estável (BRASIL, 2011c).

Em busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foram localizados 22 acórdãos em que há citação do Recurso Extraordinário 878.694-MG, sendo que o AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1318.249/GO aparece em duplicidade, devido a um erro material que resultou na sua republicação:

Quadro 4 – Acórdãos do STJ mencionando o RE 878.694/MG

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
REsp 2003759/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 6/9/2022, DJe 13/9/2022	A discussão foi a respeito da modulação temporal quanto ao Tema 809 de repercussão geral pelo STF. No caso, foi celebrado um acordo de partilha, mas a sentença homologatória foi posterior à fixação da tese pelo STF. Entendeu a relatora que o marco temporal da sentença de partilha não se aplica às sentenças homologatórias de acordos, que têm executividade imediata às obrigações contraídas.
EDcl no REsp 1844229/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 15/3/2022, DJe 28/3/2022	A discussão também foi a respeito da modulação temporal quanto ao Tema 809 de repercussão geral pelo STF. No caso, entendeu-se que haveria supressão de instância e que caberia ao juízo do inventário decidir se houve o trânsito em julgado da sentença de partilha e se seria hipótese de aplicação ao caso concreto da modulação dos efeitos do RE 878.694/MG.
AgInt no AREsp 1631112/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 26/10/2021, DJe 14/2/2022	A discussão foi sobre a possibilidade de celebração de contrato escrito entre os conviventes dispondo de maneira retroativa sobre regime de bens. O entendimento foi de que só seria possível a atribuição de efeitos <i>ex nunc</i> . A Ministra Isabel Gallotti, quem cita o RE 878694-MG, afirma que seria necessária prévia autorização judicial, aplicando por analogia o art. 1.639 do CC/02 ¹² . Se não é possível a dispensa de autorização judicial para a alteração do regime de bens do casamento, também não seria possível a atribuição retroativa do regime de bens da união estável. Houve voto vencido do Min. Raul Araújo, considerando que não se tratava de alteração de regime de bens, mas de formalização do regime de bens na união estável, um direito disponível ao qual é possível de atribuição de efeitos retroativos.

¹² Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (BRASIL, 2002).

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
AgInt no REsp 1874610/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 11/10/2021, DJe 17/11/2021	A discussão foi se a companheira sobrevivente concorreria com os herdeiros quanto aos bens particulares ou também quanto aos bens comuns, dentro da dificuldade interpretativa do inciso I do art. 1.829 do CC/02. Citando o RE 878694-MG, o relator aplica, em igualdade de tratamento, os precedentes do STJ desde o REsp 1.368.123/SP: "nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares"
REsp 1844229/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17/8/2021, DJe 20/8/2021	A discussão foi sobre a condição de herdeira necessária da companheira sobrevivente. Inicialmente, aplicaram o art. 1.830 do CC/02 e, como não estavam separados de fato quando da abertura da sucessão, foi reconhecido seu direito sucessório. Depois, quanto ao questionamento sobre a regra de aplicação do art. 1.829, I, do CC/02, foi reconhecido o direito de concorrência da companheira, como herdeira necessária, com os filhos do <i>de cujus</i> quanto aos bens particulares, citando-se o REsp 1.368.123/SP. Embora tenha sido unânime, os Ministros Moura Ribeiro e Nancy Andrighi manifestaram suas ressalvas no sentido de que o cônjuge sobrevivente só concorreria na herança quanto aos bens comuns.
AgInt no AREsp 1813380/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 16/8/2021, DJe 19/8/2021	Sustentavam os recorrentes que, pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, os colaterais deveriam concorrer com a companheira sobrevivente. Foi decidido, nos termos do REsp 1538147/SP, que o reconhecimento de inconstitucionalidade possui eficácia retroativa, de modo que, inexistindo descendentes e ascendentes, a sucessão se dará por inteiro ao companheiro sobrevivente, afastada a participação dos colaterais.
REsp 1904374/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 13/4/2021, DJe 15/4/2021	A discussão foi a respeito da modulação temporal quanto ao Tema 809 de repercussão geral pelo STF. No caso, havia decisão que versava sobre a concorrência da companheira em um bem específico, em que, nos termos do art. 1.790 do CC/02, tinha sido negado o direito à participação sucessória. Foi determinado que o juiz deixasse de aplicar a lei inconstitucional, já que ainda não havia sido prolatada sentença de partilha.
AgInt no RE no AgInt no REsp 1538147/SP, Corte Especial, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 9/2/2021, DJe 17/2/2021	Mais uma vez, a discussão foi a respeito da modulação temporal quanto ao Tema 809 de repercussão geral pelo STF. No caso, como não havia trânsito em julgado do inventário, deveria incidir a tese fixada pelo STF. Foi negado provimento ao recurso por unanimidade na Corte Especial.
REsp 1759652/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 22/9/2020, DJe 25/9/2020	A discussão foi sobre a necessidade de inclusão dos herdeiros colaterais da falecida em ação de reconhecimento e dissolução de união estável <i>post mortem</i> movida pelo alegado companheiro e a possibilidade de concessão a ele da integralidade dos bens inventariados. Foi reconhecido que o companheiro exclui os colaterais, nos termos do art. 1.829, III do CC/02. Quanto aos colaterais, foi decidido que é temeroso admitir que quaisquer pessoas que compõem a vocação hereditária teriam legitimidade passiva necessária. Desta forma, o interesse dos parentes colaterais serve apenas para qualificá-los à habilitação voluntária no processo, como assistentes simples do espólio.

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
AgInt nos EDcl no AREsp 1639710/RJ, Quarta Turma, Rel. Min Antonio Carlos Ferreira, j. em 24/8/2020, DJe 28/8/2020	A discussão era sobre a existência e validade de escritura pública estabelecendo o regime da separação total de bens. Sustentavam os recorrentes que a companheira sobrevivente deixaria de ser herdeira. Entendeu-se pela irrelevância da discussão sobre a separação de bens entre a agravada e sua falecida companheira, já que eventual ajuste nesse sentido seria insuficiente para excluir sua condição de herdeira necessária.
AgInt no REsp 1878044/GO, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 24/8/2020, DJe 1/9/2020	Após negativa de exclusão dos colaterais pelo TJGO, foi dado provimento ao REsp em decisão monocrática para reconhecer a companheira como única herdeira do <i>de cujus</i> . Aplicando o entendimento do STF, foi mantida a decisão monocrática.
AgInt no REsp 1538147/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 8/6/2020, DJe 12/6/2020	Como a maioria dos acórdãos, a discussão foi a respeito da modulação temporal quanto ao Tema 809 de repercussão geral pelo STF. Embora a abertura da sucessão tenha ocorrido muito antes da decisão do STF, em 2010, o reconhecimento da inconstitucionalidade tem eficácia retroativa. Como não havia sentença transitada em julgado, deveria ser aplicado o art. 1.829 do CC/02 e não o art. 1.790 do CC/02.
AgInt nos EDcl no AREsp 1474645/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 11/2/2020, DJe 3/3/2020	No caso, havia decisão afastando o companheiro da sucessão, mas sem decisão quanto à partilha. Entendeu o relator que, como não havia sentença de partilha transitada em julgado, o companheiro deveria integrar a partilha.
AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1318249/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/9/2019, DJe 30/9/2019	Foi reconhecida pelo TJGO união estável de 1991 a 2004. Havia discussão quanto ao regime de bens, já que foi lavrado pacto antenupcial pelo regime da separação convencional, que não foi seguido de casamento. Foi atribuído efeito ao pacto quanto às relações posteriores da união estável. Como não havia trânsito em julgado da sentença de partilha, foi determinada a aplicação do art. 1.829, I em vez do art. 1.790 do CC/02. O acórdão afirma expressamente que a companheira é herdeira necessária.
REsp 1617650/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 11/6/2019, DJe 1/7/2019	Trata-se de uma união estável com filiação híbrida, concorrendo a companheira com filho comum e filhos exclusivos do autor da herança. O Ministério Público recorreu requerendo a aplicação do inciso II do art. 1.790 do CC/02. O relator, em decorrência do RE 878.694/MG, entendeu ser aplicável o art. 1.832. Quanto à filiação híbrida, foi elaborado um quadro com 5 teses em relação à concorrência com sucessão híbrida: 1) inexistência de direito de reserva da quarta parte; 2) reserva da quarta parte, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns; 3) divisão da herança igualitária entre todos os filhos, fracionamento em bloco dos filhos comuns e bloco dos filhos exclusivos, reserva da quarta parte do bloco dos filhos comuns, partilha do restante entre os filhos do bloco comum; 4) divisão da herança igualitária entre todos os filhos, criação de 2 sub-heranças, dos filhos comuns e dos filhos exclusivos, divisão da sub-herança dos filhos exclusivos entre os filhos pertencentes ao grupo e o consorte; o quinhão do cônjuge será a soma das quotas que a ele pertence em cada um dos

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
	grupos; 5) divisão entre todos os filhos e o cônjuge, apura-se o montante da reserva ao cônjuge, excluindo a parte dos filhos exclusivos, subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos (comuns e exclusivos). Foi aplicado o entendimento 1, no sentido de que só há reserva do mínimo de $\frac{1}{4}$ quando o consorte do de cujus concorrer com seus próprios descendentes, e forem mais de 3 filhos.
REsp 1617501/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 11/6/2019, REPDJe 6/9/2019	Tem o mesmo objeto do REsp 1617650, sendo este recurso interposto contra Agravo de Instrumento interposto por outro dos herdeiros, razão pela qual o relator reeditou os fundamentos que levaram ao provimento daquele REsp.
REsp 1713426/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 4/6/2019, DJe 7/6/2019	Trata-se de um clube cujo estatuto social permitia o direito de ex-cônjuges frequentarem as dependências, mas sem previsão de igual direito a ex-companheiro. O relator ponderou que, em que pese a garantia de não intervenção estatal no funcionamento de associações, deve prevalecer a necessidade de proteção estatal quanto à união estável como entidade familiar. Assim, em decorrência do RE 878.694, foi garantido o direito à licença especial para que o companheiro frequente as dependências do clube.
AgInt no REsp 1318249/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22/5/2018, DJe 4/6/2018	Já analisado no AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1318249/GO, não há nenhuma discussão adicional relevante.
REsp 1357117/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13/3/2018, DJe 26/3/2018	Trata-se de um inventário em que o autor da herança vivia em união estável e não possuía ascendentes ou descendentes vivos. Os colaterais recorreram alegando que seria aplicável o art. 1.790, de maneira que eles concorreriam com a companheira. Aplicando o art. 1.829, foi reconhecido que a companheira teria direito de receber unilateralmente a herança do falecido, sendo reconhecida expressamente sua condição de herdeira necessária.
REsp 1139054/PR, Quarta Turma, Rel. Lázaro Guimarães (Des. conv. do TRF-5), j. em 6/6/2018, DJe 9/2/2018	A companheira requereu o direito ao usufruto vidual, relativo ao art. 2º da Lei 8.971/94. Ao tempo da abertura da sucessão, estava vigente o CC/02. A discussão era se o CC/02 havia revogado de maneira tácita, por incompatibilidade com o art. 1.790 do CC/02. Aplicando o entendimento do STF foi negado provimento ao recurso, com a ressalva quanto a “eventual direito real de habitação”.
REsp 1337420/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22/8/2017, DJe 21/9/2017	Trata-se de ação de anulação de adoção pelos colaterais, que, caso fosse provida, supostamente se tornariam herdeiros do autor da herança. Entretanto, o <i>de cujus</i> tinha uma companheira. Foi reconhecida a aplicação do art. 1.829 do CC/02, nos termos do RE 878694-MG, mas, no mérito, foi reconhecida a legitimidade dos colaterais para a anulação de adoção.

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
REsp 1332773/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 27/6/2017, DJe 1/8/2017	A discussão era justamente sobre a concorrência de companheira com colaterais, se seria aplicável o inciso III do art. 1.790 ou se o inciso I do art. 1.829 do CC/02. Foi dado provimento ao REsp para afastar da sucessão os parentes colaterais, sendo a companheira herdeira universal.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2023

Da mesma forma, em busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foram localizados 11 acórdãos em que há citação do Recurso Extraordinário 646.721-RS, sendo que em apenas 2 não há menção ao 878.694-MG; portanto, já abordados anteriormente:

Quadro 5 – Acórdãos do STJ mencionando o RE 646.721

DADOS DO ACÓRDÃO	RESUMO DO ACÓRDÃO
AgInt nos EDcl no REsp 1434564/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 4/5/2020. DJe 6/5/2020	O <i>de cujus</i> faleceu em maio de 2001, sendo a sucessão regida pelo CC/16, e Leis 8.971/94 e 9.278/94. A Lei 8.971/94 afastou a participação de colaterais quando concorrendo com o companheiro. O RE 646721 é citado apenas para rebater a alegação de que seria aplicável ao caso o art. 1.603 do CC/16, entendendo a relatora que seria inconstitucional o tratamento sucessório diferenciado entre cônjuges e companheiros.
APn 912/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 7/8/2019, DJe 22/8/2019	Queixa-crime oferecida pela mãe, pai, irmã e companheira da vereadora assassinada Marielle Franco, em face da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira do TJRJ. O RE 646721 é citado para reconhecer a legitimidade da companheira para figurar no processo penal como representante da falecida.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2023

Da análise dos acórdãos, verifica-se a existência de precedentes do STJ reconhecendo expressamente o companheiro como herdeiro necessário em cinco acórdãos diferentes, bem como um em que foi aplicado à união estável o artigo 1.832 do Código Civil, em desdobramentos dos Recursos Extraordinários, indo além da discussão dos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil.

Assim, para solucionar essa divergência, é necessário compreender com maior profundidade os fundamentos do STF quanto à discriminação entre união estável e casamento, buscando um meio de extrapolar a discussão sobre a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, já que existem tantas

hipóteses de tratamentos distintos entre as diferentes formas de constituição de família que podem gerar problemas.

4 COMPREENDENDO OS FUNDAMENTOS DO STF QUANTO À DISCRIMINAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

Inicialmente, é preciso deixar cristalino que os princípios da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como a própria definição de discriminação, são temas por demais extensos, que merecem ser objeto de pesquisas epistemológicas aprofundadas para avançarmos na própria compreensão dos princípios em si.

Contudo, o objetivo desta pesquisa é buscar a compreensão das implicações, dos desdobramentos decorrentes dos acórdãos do STF nos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS. Há ainda tratamentos diferenciados entre união estável e casamento que podem gerar questionamentos.

Num sistema constitucionalizado, é impossível interpretar-se o Direito em abstrato. Interpretar é sempre um ato aplicativo. Por isso, o intérprete do Direito tem o compromisso de produzir a norma jurídica do caso concreto em harmonia com os preceitos constitucionais, colaborando para a concretização da constituição (FURTADO, 2021, p.174).

Um exemplo que é bastante comum é como, se levada ao extremo, a dignidade da pessoa humana pode servir como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental, o que torna impossível sua aplicação hermenêutica.

Essa trivialização da dignidade humana pode ser considerada o estopim do decisionismo. É um problema metodológico decorrente da aplicação do ordenamento jurídico como um todo axiologicamente unitário, que incorre em perda de juridicidade. A invocação da dignidade humana, — e de qualquer outro princípio — deve ser acompanhada de zelo com todo o ordenamento jurídico e com o contexto do caso, embasando soluções inovadoras e universalizáveis (RAMOS, 2021).

A invocação velhaca dos valores constitucionais nada tem de civil-constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas fundantes do ordenamento jurídico brasileiro (SHREIBER, 2013, p. 23).

A dignidade da pessoa humana deve, portanto, ser identificada nas situações reais em que concretiza os princípios da liberdade, igualdade, integridade ou solidariedade, de maneira que uma situação jurídica existencial prevaleça sobre aquelas patrimoniais (MULHOLAND, 2021, p. 395).

A doutrina do “Direito Civil-Constitucional” contemporâneo vive uma profunda transformação, que é simultaneamente uma crise e uma oportunidade. Está acontecendo uma “libertação” de rigores metodológicos tradicionais, o que por um lado abre espaço para novos métodos, mas por outro pode gerar uma tirania arbitrária do intérprete sob a falácia da liberdade e da informalidade (KONDER, 2021, p. 72).

Embora aleguem ser guiados pelo “Direito Civil-Constitucional”, muitas vezes doutrina e jurisprudência fazem tudo, menos aplicar o método da constitucionalização do Direito Civil. O Direito é um sistema que demanda coerência e harmonia entre seus diversos elementos para seu funcionamento. O sistema, contudo, não é fechado, em constante estado de complementação e evolução por meio de elementos extraídos da realidade social (KONDER, 2021, p. 72).

Lamentavelmente, o cenário atual é aterrador, com decisões que, sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e abertura de princípios, estão banalizando o Direito, gerando alto grau de insegurança e possibilitando arbitrariedades.

Na tentativa de interpretação da norma, o jurista não pode se subtrair do condicionamento histórico-ideológico, mas também não pode recusar a interpretação do dado normativo e propor que seja justamente essa bagagem cultural, histórico-ideológica, a construir garantia de justiça (PERLINGIERI, 2008, p. 100).

Essa incorporação de elementos externos, extrajurídicos, não pode se dar de forma arbitrária. A normatividade dos princípios, principalmente aqueles hierarquicamente superiores, permite que valores sociais e culturais entrem no mundo do direito, mediados por um cuidadoso mecanismo científico de sua aplicação (KONDER, 2021, p. 72).

A consideração do impacto social na análise de constitucionalidade deve se dar pela análise e ponderação dos princípios constitucionais em jogo. Nesse sentido, só é viável uma interpretação extensiva quando se der tecnicamente, mediante análise da *ratio* do dispositivo e da presença de justificativa (KONDER, 2021, p. 76-77).

O método da ponderação e a utilização da razoabilidade visam compatibilizar os interesses conflitantes à luz dos valores constitucionais. Tanto a técnica regulamentar, quanto o recurso às cláusulas gerais mostram-se indispensáveis, quando incorporada de valores constitucionais, e afastadas de valores subjetivos do

intérprete, alheios ao debate democrático (TEPEDINO, 2021, p. 11).

Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão discorre sobre sua dificuldade com a subjetividade do princípio da razoabilidade para solução de casos complexos:

Ronald Dworkin fala do “juiz Hércules” para solucionar os casos complexos. A teoria de Alexy estabelece um somatório de regras, mas alguns pontos são uníssomos na doutrina em torno desse enfrentamento. De acordo com o princípio da unidade da Constituição, não há antinomias, o juiz precisa solucionar com as ferramentas que tem. E não há hierarquia entre direitos de natureza constitucional. Por fim, o princípio da razoabilidade, que é bastante subjetivo. Como diz o processualista Eduardo Juan Coutre, o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade. É com isso que o Judiciário maneja a solução no caso concreto (SALOMÃO, 2021, p. 30).

Em busca da maior uniformidade das decisões, defender-se o retorno da técnica regulamentar, a qual, só por si, não dá alento à segurança jurídica. Pelo contrário, muitas vezes o apego ao texto legal, isoladamente considerado, é maneira de o magistrado se esquivar da devida fundamentação da decisão, valendo-se da literalidade de uma regra qualquer, por mais pedestre que seja sua posição na hierarquia constitucional (TEPEDINO, 2021, p. 11).

Para assegurar que o intérprete decida em coerência com um sistema de normas e princípios fundados em valores sociais e culturais, ganha importância a fundamentação argumentativa. É pela fundamentação que se encontram os parâmetros para sua compreensão e verificação se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por elementos normativos, se tratam de valores sociais e culturais e não pessoais, ou seja, um controle sobre os argumentos adotados (KONDER, 2021, p. 80).

A derrubada do limite externo, que restringia o intérprete, não implica em consagração do arbítrio, mas numa imposição de limite interno, metodológico, que exige a fundamentação das decisões judiciais. A determinação constitucional que exige a fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX) não é uma mera formalidade, mas um pilar central dessa metodologia de interpretação e aplicação do Direito (KONDER, 2021, p. 81).

A questão fundamental no Direito atualmente é a compreensão de que fundamentar não é um problema de metodologia ou de procedimento argumentativo, mas que hermenêutica é a filosofia que sustenta o raciocínio jurídico (STRECK, 2007, p. 57).

A metodologia civil-constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação ocorre de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo.

É interessante como os Ministros do STF atribuem uma pluralidade de significados para a palavra discriminação. Essa dubiedade serve para justificar a compreensão de que não haveria discriminação, por se tratarem de institutos distintos, como no voto do Ministro Dias Toffoli, quanto o exato oposto, como no voto do Ministro Roberto Barroso, que compreende ambos como família e, portanto, seria inconstitucional o tratamento diferenciado.

Entretanto, inúmeros são os casos de tratamentos diferenciados entre união estável e casamento. Qual seria o interesse estatal por trás desse tratamento diferenciado entre união estável e casamento? É legítima e razoável essa discriminação?

4.1 DO SENTIDO DA PALAVRA DISCRIMINAÇÃO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721

Desde a redemocratização, muitas normas foram promulgadas para tentar prevenir ou punir práticas discriminatórias. Entre tantas, vale lembrar, exemplificativamente, do Estatuto do Idoso, Lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994, do Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.228, de 20 de julho de 2010, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, normas direcionadas a proteção de grupos específicos que enfrentam uma história de discriminação (MOREIRA, 2017).

Em comum, todas essas leis utilizam uma concepção de discriminação clara, implicando um conceito de intencionalidade e arbitrariedade, como, por exemplo, o artigo 3º da Lei 7.716: “Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”; artigo 4º: “Negar ou obstar emprego em empresa privada;” artigo 5º: “Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador” (BRASIL, 1989).

Nessas leis, como podemos ver, são regulamentados comportamentos que pressupõem a existência de agentes sociais que tentam impedir o exercício de

algum direito, bem como uma noção de que o ato constitui um desvio do dever do tratamento igualitário.

Para a maioria dos legisladores, de maneira simples, o sentido do termo discriminação é o ato que contraria a vedação geral de arbitrariedade. É o caso de Antônio Celso Bandeira de Mello, que expressa entendimento de que a discriminação é uma forma de tratamento que não pode ser jurídica ou moralmente justificado (MELLO, 2006).

Ou seja, julgadores, legisladores e doutrinadores compreendem discriminação na sua concepção direta, como um termo que designa uma imposição arbitrária a um indivíduo, baseada em um critério de diferenciação daquilo que normas jurídicas consideram inválidas. Na questão dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, o questionamento era se o tratamento diferenciado entre união estável e casamento é uma imposição arbitrária ou justificada.

Assim, atos discriminatórios ofenderiam ao princípio da isonomia, princípio que assegura aos indivíduos tratamento igual entre as pessoas na mesma situação. E mesmo assim, ainda há grande confusão, como nos inúmeros trechos dos votos dos Ministros do STF nos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, com uma multiplicidade de significados que, muitas vezes, servem para fundamentar posições até mesmo antagônicas, como a questão de a constituição prever que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento. Esta previsão é utilizada pelo Ministro Luiz Fux como um indicativo da equiparação entre união estável e casamento, e pelo Ministro Marco Aurélio como um indicativo da necessidade de diferenciação.

Parte-se, portanto, da premissa de que o princípio da igualdade tem por finalidade, entre outras, eliminar atos irracionais, por partirem de um *discrímen* incompatível com os interesses estatais.

Apesar da prevalência desse posicionamento, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 132, em 2011, o Supremo Tribunal Federal equiparou, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos (BRASIL, 2011a).

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, de relatoria do já aposentado Ministro Ayres Britto, a dignidade pessoal teve um papel fundamental em sua argumentação. O ministro afirmou que o princípio da igualdade vai além da intencionalidade e arbitrariedade discriminatória:

O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano (BRASIL, 2011b, p. 67).

O relator entendeu que o princípio da igualdade serviria para promover o reconhecimento da dignidade de grupos tradicionalmente marginalizados. E, para tanto, não basta a lei assegurar a igualdade de tratamento, sendo necessária a transformação dos padrões culturais de minorias, citando Ayres Britto a professora norte-americana Nancy Fraser:

Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento (BRASIL, 2011b, p. 83).

Importante lembrar que quando do julgamento do RE 646.721, que cuidava do tratamento sucessório de uniões estáveis homoafetivas, a questão da orientação sexual foi tão somente pontuada pelos ministros, que prosseguiram com seus votos idênticos aos do RE 878.694, que tratava das relações heteroafetivas. Já estava superada a discussão pelo STF a respeito da isonomia de tratamento das uniões afetivas, tanto de casamento quanto união estável, independentemente da orientação sexual.

As minorias sexuais sempre foram tratadas como inferiores, aparecendo na mídia sempre de forma estereotipada e estigmatizada; isto é, foi atribuída pelo STF uma dimensão emancipatória ao conceito de igualdade, porque serviria para eliminar padrões excludentes. Ou seja, a concepção de discriminação como simples vedação de arbitrariedades é insuficiente quando estamos diante de exclusões de natureza estrutural. A estrutura entende esta vedação como natural e muitas vezes passa despercebida, precisando ser abordado sob a perspectiva emancipatória do conceito de igualdade. Seria o caso de casamento e união estável?

Da mesma forma, a compreensão de discriminação, baseada na comparação de grupos a partir de um critério, também é insuficiente para identificação de formas excludentes baseadas em um privilégio sistemático.

A erradicação da marginalização social é um dos objetivos que guiam as ações estatais dentro do sistema jurídico brasileiro, previsto na própria Constituição Federal¹³. Para a promoção do bem comum é preciso considerar as distinções reais dos indivíduos dentro de suas classes, para que seja possível criar medidas para garantir melhores condições de vida a quem está em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, quando há interesse governamental, é legítima a diferenciação, criando distinções entre as pessoas e institutos, porque não se trata de discriminação arbitrária. Essa distinção tem finalidades que são protegidas pelos objetivos constitucionais e, portanto, não violam o princípio da igualdade.

A intenção de discriminar alguém está baseada no objetivo de preservação de um arranjo social que mantém determinados grupos em posição privilegiada e outros grupos em situação de subordinação. A prática destes comportamentos decorre de uma série de estereótipos criados por grupos majoritários para difundir sentidos culturais.

Ou seja, esses atos discriminatórios são parâmetros que justificariam ações estatais de proteção de determinados grupos, sendo o exemplo de mais fácil visualização o longo histórico enfrentado por negros e mulheres na nossa sociedade. Contudo, também houve um longo processo histórico na busca pela igualdade entre os diferentes tipos de constituição de família.

¹³ Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (BRASIL, 1988).

4.2 DO HISTÓRICO DO TRATAMENTO LEGAL DA FAMÍLIA NO BRASIL

A organização da família patriarcal rural brasileira foi uma adaptação do modelo de família trazido pelos portugueses ao modelo socioeconômico vigente. Os primeiros colonos estabeleceram uma ordem econômica e social de acordo com seus interesses, mas sem interferir nos interesses de Portugal (ARAÚJO, 2011).

Gilberto Freire (2008) defende que a família patriarcal rural, extensa, funcionava como um verdadeiro clã, com o *pater familias* concentrando todas as funções, inclusive a proteção da mulher, filhos, parentes, escravos e agregados. Roberto da Matta (1987) complementa que o modelo patriarcal oferecia um paradigma social e era uma forma dominante de constituição até mesmo política. Era inegável seu poder no controle dos recursos sociais.

As questões de família eram reguladas pelo Alvará de 12 de setembro de 1564 do Arcebispado da Bahia (PIMENTEL, 2011):

Eu El-Rey faço saber aos que este meu Alvará virem, que, considerando a obrigação que todos os Fiéis Catholicos devem ter em guardar a observância das cousas, ordenadas pelos Santos Concílios Ecumênicos Geraes, legitimamente aprovados por autoridade e ordenança da Santa Sé Apostólica e dos Summos Pontífices, que presidem Nella, por serem dirigidos e governados pela direção e assistência do Espírito Santo; e a especial obrigação que os Reys e Príncipes têm, de assistir em favor e ajuda de sua jurisdição a todas as cousas, que convem a guardar a execução dos decretos dos ditos Concílios aprovados e confirmados pelos Summos Pontífices, principalmente, quando pelos Concílios lhes he encarregada, e por letras dos Santos Pontífices, encomendada a observância, assistência e ajuda, para efeito das cousas, conteúdas nos ditos Decretos deles.

E vendo a mercê, que Nosso Senhor houve por bem de fazer a toda Christandade em nossos tempos no ajuntamento progresso e conclusão do Sagrado Concílio Tridentino, Geral, Ecumênico, convocado primeiramente pelo Papa Paulo III, de boa memória, na cidade de Trento, e prosseguido depois na dita cidade pelo Papa Julio III, outrosi de boa memória; e finalmente concluído na dita cidade pelo Papa Pio IV, ora na Igreja de Deos Presidente, com grande número e frequência de Cardeaes, Patriarchas, Arcebispos, Bispos e outros Prelados Seculares e Regulares, com grande concurso de Embaixadores do Imperador, Reys, Principes e Potentados da Christandade, sendo presidentes no dito Concilio os Cardeaes Legados, em nome de Sua Santidade, e ordenando se fizessem nelle tantos Decretos, por serem todos Santos, assi no que tocava à doutrina e cousas de nossa Santa Fé Catholica, como no que convêm à reformação dos abusos, que em todos os Estados da Christandade e da Igreja Catholica, pela malicia e corrupção do mundo, forão introduzidos, e depois augmentados pela negligencia e remissa execução das cousas, ordenadas pelos Sagrados Canones e Decretos dos Santos Concílios Ecumenicos Geraes, a petição do dito Concílio e a instância dos ditos legados forão todos confirmados, aprovados e mandados guardar, e dar à devida execução por nosso Santo Padre Pio IV, não somente por seu Decreto Consistorial, autenticado e impresso no fim do Livro dos Decretos; mas além disso por sua Bulla

publica e solemne, dada em Roma a 26 de Janeiro deste presente anno (PORTUGAL, 1564).

O Alvará se refere ao Concílio de Trento — a reunião de bispos da Igreja Católica — convocado pelo Papa Paulo III, na tentativa de assegurar a unidade no contexto da Reforma Protestante, e concluído em 1563, após dezoito anos de debates, pelo Papa Pio IV.

O casamento estava limitado ao âmbito religioso, sem nenhuma normatização quanto à possibilidade de casamento civil, que sequer existia. Era necessária a celebração religiosa do casamento (sacramental), que atribuía, à união entre homem e mulher, caráter espiritual.

O casamento religioso era o único instituto válido, e a Igreja Católica o “órgão” competente para sua realização e regulamentação. E, dentro da visão religiosa, “Não separe o homem o que Deus uniu.” (Mt 19, 6)

O Concílio trentino foi uma resposta à catequese reformista protestantista, que se insurgira contra vários dogmas da Igreja Católica, em especial quanto ao celibato dos padres e à separação entre o casamento eclesiástico e civil. A Igreja, ao atentar para tais circunstâncias, entendeu que, com isso, após os juristas legislarem sobre direito dos filhos, questões patrimoniais, não haveria limites para que se legislasse sobre a própria celebração e permanência do matrimônio, diminuindo significativamente o poder e influência católica. Era interessante para a Igreja Católica manter o monopólio sobre o casamento.

A solução encontrada pela Igreja Católica foi atribuir ao casamento o mais absoluto rigor, fixando, de uma vez por todas, a completa repulsa à dissolubilidade do vínculo (COSTA, 1987).

Yussef Said Cahali (2002) chama atenção para a divergência entre os evangelistas, sendo o divórcio largamente tolerado e consentido nos primeiros séculos do Cristianismo, mas, independentemente, fato é que no Século XIX prevalecia a indissolubilidade do vínculo conjugal.

Posteriormente, em 1765, as prescrições do Concílio de Trento foram codificadas nas Constituições do Arcebispado da Bahia de 1765 (PIMENTEL, 2011).

Elementos culturais modernizadores só começaram a ser introduzidos no Brasil com a chegada da Corte Portuguesa em 1808 (ARAÚJO, 2011). Paralelamente ao processo de urbanização, começou a incorporação no Brasil do modelo de família burguesa europeia. Esse modelo tinha uma estrutura reduzida,

composta pelo casal e filhos, e uma organização hierárquica baseada em uma rígida divisão de papéis sexuais e separação dos espaços público e privado.

4.2.1 Da indissolubilidade do casamento até a regulamentação do divórcio no Brasil

Após a independência do Brasil, sob a égide da Constituição Imperial de 1824, a primeira regulamentação sobre casamentos foi o Decreto de 3 de novembro de 1827 (VIEIRA; SILVA, 2015), que tornou obrigatórias as disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia (BRASIL, 1827).

Não houve, portanto, qualquer alteração, já que o Alvará de 12 de setembro de 1564 do Arcebispado da Bahia também previa a aplicação do Concílio de Trento no Brasil colonial.

O Estado possuía religião oficial, a Católica, e, até então, os casamentos de pessoas que professavam diferentes religiões simplesmente não eram reconhecidos, o que se tornou um problema, com a chegada de imigrantes protestantes no Brasil, a partir da década de 1850: “Ao fato de os casamentos dos colonos evangélicos se processarem apenas por escritura pública, o que criava uma situação complexa, uma vez que as leis só reconheciam o casamento celebrado na igreja” (COSTA, 1994, p. 164-165).

Na Consolidação das Leis Civis de 1858, de Augusto Teixeira de Freitas, era previsto no artigo 95 que a celebração do matrimônio deveria seguir a efetiva observância das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia (FREITAS, 1876).

O Decreto 1.144 de 11 de setembro de 1861 inovou, ao atribuir a pessoas que professassem religião diferente da do Estado, efeitos civis para seus casamentos segundo os ritos ou as Leis a que estivessem sujeitos, permitindo até mesmo o afastamento de impedimentos matrimoniais do casamento católico. Além disso, o governo passou a regular o registro e provas destes casamentos (BRASIL, 1861), acabando com o monopólio da Igreja Católica.

O pensamento católico teve enorme influência na formação dos valores e mudanças operadas na família brasileira de 1870 a 1950 (AZZI, 1987). O modelo de família hierárquica com papéis, posições e comportamentos bem definidos; o chefe da família, o homem, marido, pai e provedor, a mulher, esposa e mãe, a quem cabia

o cuidado da casa, procriação e educação dos filhos, submissa e fiel; por sua vez, os filhos também deviam ser submissos e obedientes aos pais.

Apesar disso, no Brasil, onde a contrarreforma teve maior influência, o poder da Igreja Católica permaneceu incontestável até o final do Século XIX, com a Proclamação da República em 1889 (LEITE, 1991).

Yussef Said Cahali (2002) destaca que foram várias as tentativas de plena secularização do casamento, o que pode ser percebido nos projetos de codificação civil, mas somente com a laicização do Estado, pelo Decreto 119-A de 7/1/1890¹⁴, o instituto pôde finalmente perder o caráter confessional.

Isso se deu pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, promulgado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, o qual instituiu o casamento civil no Brasil. Foram regulamentados, em detalhes, os requisitos para formalização do matrimônio, traçando critérios quanto à celebração, provas, efeitos e critérios de nulidade (BRASIL, 1890b).

Foi a primeira vez que houve uma vinculação expressa entre casamento e a instituição familiar, conforme o seguinte dispositivo:

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos (BRASIL, 1890a).

Antes só existia o casamento dentro dos ditames da Igreja Católica; então passou a existir a família legítima, aquela que surge no casamento e pelo casamento, de maneira que qualquer modelo familiar que não o matrimonial, tornou-

¹⁴ Art. 1º E' prohibido à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas (BRASIL, 1890a).

se ilegítimo.

É interessante notar que o Decreto 181 regulamentou o divórcio no Brasil. Entretanto, como explica Yussef Said Cahali (2002), divórcio tem em Direito duas acepções distintas: uma que designa a simples separação de corpos, que não dissolve o vínculo e, portanto, impede novas núpcias. E, ainda, o divórcio vincular, absoluto, que dissolve o matrimônio e abre a possibilidade para um novo casamento.

O Decreto tratava da primeira hipótese, canônica, como se extrai do seu teor: “Artigo 88. O divorcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido” (BRASIL, 1890b).

Só era possível o divórcio em causas expressas:

Art. 82. O pedido de divorcio só póde fundar-se em algum dos seguintes motivos:

§ 1º Adulterio.

§ 2º Sevicia, ou injuria grave.

§ 3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos continuos.

§ 4º Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dous annos (BRASIL, 1890b).

Não havia, ainda, qualquer hipótese de dissolução do casamento, salvo a morte de um dos cônjuges. Ou seja, mesmo divorciada, a pessoa não poderia construir novo relacionamento e, como dito, somente era reconhecida como entidade familiar aquela decorrente do matrimônio.

Apesar disso, houve forte reação da Igreja Católica, que realizou em março de 1890 uma pastoral condenando a separação entre a Igreja e o Estado, repudiando as medidas do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca:

Constituições dogmáticas e disciplinares do Concílio Tridentino fazem parte dos princípios de nossa fé e das regras de nossa disciplina, permanece em pleníssimo vigor, como até aqui, a sua legislação matrimonial, quer em relação ao modo de celebrar os casamentos, quer em relação às causas matrimoniais (RODRIGUES, 1981, p. 36-37).

Dando prosseguimento à evolução social do matrimônio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, no ano seguinte foi promulgada a Primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891. Finalmente houve a separação entre a Igreja e o Estado, com a necessidade da regulamentação civil dos

casamentos:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (BRASIL, 1891).

A primeira proposição legislativa da dissolução do vínculo conjugal foi de autoria do Deputado Érico Marinho, em 1893, sem qualquer sucesso. Ele ainda renovou sua proposta na Câmara em 1896 e no Senado em 1899, sem sucesso, mas chamando atenção para a discussão¹⁵ (BACCI ET AL, 1999).

Destaca-se o parecer de Coelho Rodrigues e Nogueira Accioly, na Comissão de Justiça e Legislação do Senado Federal, em 1896, citados por Nelson Carneiro:

Que a instituição do divórcio é o complemento legal do casamento civil obrigatório, parece incontestável à Comissão. Com efeito, ninguém pode negar o fato da existência de muitos casais, cuja convivência tornou-se impossível, nem sustentar que a autoridade pública possa manus militari obrigar a viver juntos os cônjuges que se tornaram irreconciliáveis e muito menos negar que essa convivência, ainda que pudesse ser imposta à força, seria uma fonte de corrupção e aviltamento para a prole, de vergonha para a família de ambos, de escândalos para a sociedade e de perigos para a ordem pública (CARNEIRO, 1977, p. 11-12).

O Deputado Martinho Garcez também tentou emplacar o projeto “divórcio vincular”, em que o divórcio, nos termos do Decreto 181 de 1890, passaria a dissolver o vínculo conjugal. Rui Barbosa foi um dos que combateram a proposição, que foi facilmente repelida (CAHALI, 2002). Martinho Garcez (*apud* CARNEIRO, 1977, p. 20) tinha consciência de que a sociedade não estava preparada para a mudança: “Não me iludo sobre a sorte que terá a ideia este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d’água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e remove montanhas”.

A próxima legislação a respeito do casamento foi o Código Civil de 1916. Clóvis Bevilacqua (1954) relatou ter sido debatido “com solenidade excepcional” a respeito da possibilidade de o divórcio passar a dissolver o vínculo conjugal. Acabou prevalecendo a orientação da tradição cristã do nosso povo, admitindo-se somente a separação de fato.

¹⁵ Voto do Relator, Deputado Joseph Bandeira na Proposta de Emenda à Constituição 22-A de 1999.

Yussef Said Cahali (2002) destaca que a própria escolha do termo desquite (SANTANA; RIOS; MENEZES, 2017) em vez de divórcio foi considerada por Ruy Barbosa, em seu parecer ao projeto de Código Civil, descartando a não mais técnica utilização de divórcio dentro da concepção do direito canônico, como até então utilizada no Brasil pelo Decreto 181 de 1890.

Assim como a lei anterior, só era permitido o término da sociedade conjugal pelo desquite, que podia ser amigável ou judicial. A sentença de desquite autorizava a separação dos cônjuges e colocava fim ao regime de bens, restando íntegro o vínculo matrimonial.

As hipóteses permaneciam taxativas e foram repetidas: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; e abandono voluntário do lar por mais de dois anos contínuos. Também foi mantido o desquite por mútuo consentimento.

Quando foram convocadas eleições para a Constituinte de 1933, foi criada a Liga Eleitoral Católica, que exigia o compromisso escrito dos candidatos sobre determinados assuntos, sendo o divórcio um dos principais (CARNEIRO, 1977).

Mostrando que a reação católica ao divórcio sempre foi forte, a Constituição de 1934, no artigo 144, tratou da constitucionalização da indissolubilidade do vínculo, na tentativa de impedir novos projetos de lei que admitissem a dissolução do vínculo conjugal: “Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (BRASIL, 1934).

Novamente, a Constituição de 1934 só reconheceu como família aquela formada pelo casamento, acrescentando sua indissolubilidade. Este dispositivo foi repetido nas Constituições de 1937 (art. 124¹⁶), de 1946 (art.163¹⁷) e de 1967 (art. 167, §1º¹⁸). A Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, manteve a indissolubilidade do casamento, que passou a ser a redação do art. 175¹⁹.

Isso não impediu que fossem feitas tentativas da introdução do divórcio no Brasil, tanto indireta, quanto indiretamente (CAHALI, 2002), sendo impossível deixar

¹⁶ Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos (BRASIL, 1937).

¹⁷ Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado (BRASIL, 1946).

¹⁸ Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel (BRASIL, 1967).

¹⁹ Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel (BRASIL, 1969).

de mencionar o Senador Nelson Carneiro (1973), líder da corrente divorcista.

Em seu livro “A Luta pelo Divórcio”, de 1973, ele conta como enfrentou as forças antidivorcistas, descrevendo alguns dos Projetos que apresentou, como o Projeto 122, de 1947, que equiparava a esposa e companheira do solteiro, desquitado ou viúvo para fins de pleitear alimentos, pensões e montepios; e o Projeto 925, de 1948, que pretendia dar direito a percepção de montepio aos filhos havidos de qualquer condição, ou seja, inclusive os “ilegítimos” (CARNEIRO, 1973).

O Projeto 786 foi o mais interessante, que incluía como hipótese de anulabilidade do casamento, por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, a “incompatibilidade invencível entre os cônjuges” (CARNEIRO, 1973, p. 63). Evidentemente que, ante a forte oposição, todos foram derrotados no Congresso.

A partir da primeira metade do século XX, o pensamento liberal ganhou força com o impulso da modernização capitalista, abraçando ideias que, dentre outras coisas, combatia o autoritarismo da família, incentivava a participação das mulheres na vida social e criticava a rigidez na educação ministrada em colégios católicos. Nesse contexto, destaca-se o estatuto da mulher casada, a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, configurando uma grande etapa na construção da cidadania da mulher no Brasil (GAZELE, 2005).

O golpe militar de 1964 criou uma política repressiva, autoritária, que invadia todos os setores da sociedade. Contudo, acabou sendo um divisor de águas também sob a perspectiva da família. O desenvolvimento econômico de então criou novas oportunidades de trabalho, favorecendo a ascensão social (ARAÚJO, 2011). Com a expansão do mercado, a ética consumista dominou a vida familiar e a indústria cultural passou a vincular a imagem da família consumista ao conceito de sinônimo de prestígio. Somou-se a isso a criação de aparatos técnico-sociais com o fim de simplificar o trabalho doméstico, os quais impulsionaram a entrada de mulheres no mercado de trabalho, até mesmo para manutenção do padrão de consumo.

Ao longo da década de 1970, com forte influência dos movimentos libertários, foi criada uma cultura individualista, que deslocou a busca da liberdade e igualdade para o campo das relações pessoais e familiares. Entre questionamentos políticos, os jovens passaram a experimentar novas formas de sociabilidade e de relacionamento afetivo-sexuais. Os pilares da família burguesa e cristã foram invertidos. A vanguarda para os segmentos médios urbanos era não ser virgem,

liberar-se sexualmente e morar junto sem casar (ARAÚJO, 2011).

Apesar da forte resistência legislativa, a maioria da população brasileira se mostrava favorável à dissolução do vínculo conjugal, conforme pesquisa promovida pelo IBOPE em 1974, que apontava, na Guanabara e em São Paulo, 66,5% de apoio ao divórcio (CHAVES, 1993).

Somente com a Emenda Constitucional 9, de 29/6/1977, foi retirada a indissolubidade do casamento da esfera constitucional, passando a ter a seguinte redação:

Emenda Constitucional nº 9 - Dá nova redação ao § 1º do Art. 175 da Constituição Federal.

Art. 1º. O § 1º do Art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“art. 175 -

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º do Art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda (BRASIL, 1977a).

Chama a atenção o estratagema para que fosse aprovada. O quórum exigido para a aprovação de uma Emenda Constitucional era de 2/3 (dois terços). Percebendo que não conseguiriam obter êxito, os divorcistas se mobilizaram para a aprovação da Emenda Constitucional 8, poucos meses antes, em 14 de abril de 1977, reduzindo o quórum para “maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional” (BRASIL, 1977b).

É impressionante a celeridade como, após a aprovação da Emenda Constitucional, a Lei do Divórcio foi promulgada. O projeto, de autoria do Senador Nelson Carneiro e colaboração do Senador Accioly Filho foi apresentado no Senado em 25 de agosto de 1977, teve a emenda aprovada na Comissão de Constituição e Justiça em 21 de setembro, na sessão plenária de 11 de outubro em primeiro turno e em 13 de outubro no segundo turno.

Na Câmara dos Deputados foi aprovada pelo plenário na sessão de 27 de novembro. O projeto retornou ao Senado, que, em sessão extraordinária, aprovou sua redação definitiva, adotando algumas emendas adicionadas pela Câmara dos Deputados e rejeitando outras. Assim, com a promulgação da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, passou a ser possível a dissolução do vínculo conjugal no Brasil.

Nelson Carneiro fez questão de homenagear Martinho Garcez: “setenta e sete anos transcorreram. E a gota d’água ruiu as rochas dos preconceitos e destróçou as

montanhas da incompreensão” (BRASIL, 1977c).

A Lei 6.515 permitiu que o casamento fosse dissolvido de maneira indireta, ou por conversão²⁰, após prévia separação judicial e o decurso do prazo de três anos. E, ainda, de maneira extraordinária, o chamado divórcio direto²¹, após comprovada separação de fato há mais de cinco anos.

Entretanto, havia ainda uma estranha limitação: o artigo 38 da Lei 6.515 só permitia um único divórcio²²; na verdade, uma tentativa de reimplantar-se a indissolubilidade do vínculo conjugal, já que duas pessoas divorciadas poderiam se casar, mas não poderiam se divorciar novamente.

Vários autores como Ulderico Pires dos Santos (1978), Darcy Arruda Miranda (1978) e Limongi França (1978), citados por Tereza Mafra (2013), sustentaram a inconstitucionalidade da limitação. Estávamos diante de uma situação muito bizarra em que a pessoa, em seu segundo casamento, não tinha a livre escolha de seu parceiro. Assim, uma pessoa divorciada e uma pessoa solteira estavam recebendo tratamento diferenciado de maneira injustificada, violando-se, portanto, o princípio da igualdade, previsto então no artigo 153, §1º da Constituição:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça (BRASIL, 1988a).

Na época, foi apresentada a Representação 1000/DF, em que se requereu fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 38 da Lei do Divórcio, mas o STF a julgou em conformidade com a Constituição.

O Relator, Ministro Moreira Alves, alegou que a redação do artigo 175, após a Emenda Constitucional 9, previa a dissolução do casamento “nos casos expressos em lei”, de maneira que não se tratava de um direito irrestrito. E, ainda, que não

²⁰ Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou (BRASIL, 1977c).

²¹ Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão comprovar o decurso do tempo da separação e a sua causa (BRASIL, 1977c).

²² Art. 38. O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez (BRASIL, 1977c).

havia ofensa ao princípio da igualdade porque a restrição de um único divórcio era aplicável para todos:

DIVÓRCIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 38 DA LEI 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977, O QUAL ESTABELECE QUE "O PEDIDO DE DIVÓRCIO, EM QUALQUER DOS SEUS CASOS, SOMENTE PODERÁ SER FORMULADO UMA VEZ". EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TEM O LEGISLADOR ORDINÁRIO LIBERDADE PARA DISCIPLINAR O DIVÓRCIO A SEU TALANTE, RESPEITADA A ÚNICA RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL: A DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MAIS DE TRÊS ANOS. SE O PRECEITO LEGAL ORDINÁRIO RESTRITIVO - CADA UM SÓ SE PODERÁ DIVORCIAR UMA SÓ VEZ - É GERAL E IGUAL PARA TODOS, INEXISTE OFENSA AO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME DA SITUAÇÃO DE SOLTEIRO QUE SE CASA COM DIVORCIADO. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE (BRASIL, 1981).

Fica nítido aqui que o próprio conceito de isonomia e igualdade foi modificado na jurisprudência do STF ao longo dos anos.

A influência religiosa sempre se fez presente na doutrina e na jurisprudência do Direito de Família, criando restrições ao próprio conceito de família, e ao desfazimento do vínculo conjugal. Se na própria família matrimonial era assim, nas relações afetivas além do casamento essa influência católica significava ainda mais restrições.

4.2.2 Da regulamentação das relações afetivas informais no Brasil: do concubinato à união estável

As uniões afetivas informais sempre existiram e sempre existirão. Contudo, devido à influência religiosa, as consequências de relacionamentos que não tinham origem no casamento eram regulamentadas no âmbito do Direito das Obrigações, afastado do Direito de Família (PINTO, 2003).

As relações que não tinham origem no casamento eram chamadas de concubinárias. Existem inúmeras dificuldades da não aplicação do Direito de Família a essas relações.

Quanto à filiação, era extremamente difícil o reconhecimento de paternidade

dos filhos havidos fora do casamento²³. Os companheiros não faziam jus a alimentos, o que levou a jurisprudência brasileira a criar uma forma de fazer justiça, a partir da fixação indenização pelos serviços doméstico e sexuais prestados²⁴.

Quanto à divisão de bens, o concubinato era tratado como uma sociedade de fato, chegando a ser objeto da Súmula 380 pelo STF, conforme enunciado publicado em 12 de maio de 1964: “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” (BRASIL, 1964).

Até então não havia nenhuma regulamentação específica dos direitos dos concubinos, até mesmo em razão do estigma social que era lançado pelo viés religioso sobre essas relações, sendo limitada à aplicação jurisprudencial, considerando a realidade fática social.

O concubinato era tratado à margem da legislação, mas aos poucos a jurisprudência foi tratando de retirar um pouco a pecha de clandestinidade existente:

[...] A Lei nº 3.807/60, em sua primitiva redação, presumia a dependência econômica em relação ao cônjuge e filhos do segurado (arts. 11, inciso I e 13) e só admitia a concorrência na hipótese excepcional prevista no parágrafo único do art. 12 [...] Entretanto, por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, **o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do *jus scriptum*. Deste modo, construiu a sua jurisprudência à base da equidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado**, dispensando efeito de percepção do seguro previdenciário, contanto que comprovadas a convivência *more uxório* e a dependência econômica, situações estas que vieram a receber o selo legislativo tempos depois, com a entrada em vigor do decreto-Lei nº66/66 e da Lei nº 5.890/73. [...] (BRASIL, 1980, grifo nosso).

Assim, surgiu na doutrina uma distinção entre o concubinato próprio, composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não o fazer; e o impróprio, formado por pessoas que não poderiam se casar (PEREIRA, 2021). Desse modo, aos poucos jurisprudência e doutrina foram sendo mais abertas às uniões afetivas que não decorriam do casamento.

É possível observar a partir da década de 1980 uma passagem do modelo

²³ Destaca o art. 358 do Código Civil de 1916 que tinha a seguinte redação original: Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

²⁴ A jurisprudência se embasava nos arts. 1.216 e 1.218 do Código Civil de 1916: Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição e Art. 1.218. Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.

hegemônico e hierárquico de família, para uma organização mais igualitária e democrática. A partir de mecanismos de controle comportamentais, todos se identificavam por sua posição, sexo e idade. Havia ideias claras sobre o que era certo e errado, que começaram a mudar (FIGUEIRA, 1987). No plano ideal, o conceito de família agora passava a apresentar uma pluralidade de escolhas, limitadas apenas pelo respeito à individualidade do outro. Contudo, na prática, ainda havia muitos conflitos e contradições na chamada “família igualitária”.

Foi nesse momento que veio o reconhecimento da união estável como família, com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226:

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 (BRASIL, 1988a).

A Constituição de 1988 foi um marco jurídico transformador, e essa perspectiva será abordada adiante, limitando a pesquisa. Pela primeira vez, o conceito de família não mais estava vinculado ao casamento.

É preciso diferenciar união estável de casamento. Tereza Mafra e Felipe Quintella sintetizaram de maneira bem direta como é possível distingui-los: “Casamento e união estável não são modelos distintos de família conjugal, mas formas distintas de constituí-la, com solenidades diferentes.” (MAFRA; CARVALHO, 2021, v. 1, p. 71).

Família e união estável não são modelos distintos de família conjugal, porque a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, nos termos do artigo 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 (BRASIL, 1988a).

Assim, a Constituição não traz diferenciação “para efeito da proteção do Estado” entre a família constituída pelo casamento e pela união estável; por isso é

precisa a afirmação de que não são modelos distintos de família, mas apenas apresentam formalismo diferente.

Mais do que isso, Tereza Mafra e Felipe Quintella (2021) traçaram analogia de fácil compreensão com os diferentes tipos de testamento. As diferentes formas de testamento (público, cerrado, particular e especiais²⁵) exigem solenidades diferentes, que conferem autonomia para o Testador, mas gerando os mesmos efeitos jurídicos, desde que cumpridas as formalidades específicas, é claro., fundamental relembrar trecho do voto do Ministro Ayres Britto, por ocasião do julgamento da ADI 4.277/2011:

“Entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente figura da subfamília, família de segunda classe ou família “mais ou menos”. (p. 29 do acórdão, aparentemente 655 do processo) (BRASIL, 2011a).

Importante, ainda, lembrar-se a passagem do saudoso Zeno Veloso sobre a distinção de união estável e casamento:

Casamento e união estável são formas alternativas de constituição de famílias, sem qualquer hierarquia ou distinção entre as duas, estando no mesmo patamar, num plano de igualdade, produzindo idênticos direitos e deveres, de ordem pessoal e patrimonial, distinguindo-se, entretanto quanto aos requisitos ou formalidades de sua constituição (arts. 1.533 e s. e 1.723 e s. do Código Civil) (VELOSO, 2018, p. 322).

Até mesmo pelo decurso de tempo, as leis que regulamentavam a união estável foram poucas. Antes do Código Civil de 2002, apenas a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 trataram do tema.

A Lei 8.971 teve apenas cinco artigos, mas ainda assim foi capaz de regulamentar o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de

²⁵ O testamento público está previsto nos artigos 1.864 a 1.867 do Código Civil. O testamento cerrado está previsto nos arts. 1.868 a 1.875 do Código Civil. O Testamento Particular, por sua vez, tem suas formalidades estabelecidas pelos arts. 1.876 a 1.880 do Código Civil. E os Testamentos Especiais estão previstos nos arts. 1.886 a 1.911 do Código Civil.

julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

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

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens (BRASIL, 1994).

Já a Lei 9.278 reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar, atribuindo direitos e deveres aos conviventes, de regras de comunicabilidade de bens, alimentos, e até mesmo de direitos sucessórios²⁶.

Apenas para reiterar o estigma que havia socialmente quanto às relações familiares não vinculadas ao casamento, destaca-se trecho da coluna de opinião de Saulo Ramos, publicada no jornal Folha de São Paulo de 21 de março de 1995, intitulada “A ‘Lei Piranha’ ou o fim do casamento à moda antiga”:

Além de pessimamente redigida, a tal lei, sob pretexto de regular os direitos, das concubinas e dos concubinos, a alimentos, estendeu-os à sucessão em tal termos que hoje e neste nosso país é melhor ser amigado do que casado.

Nada, senhores e senhoras, do sagrado e sério instituto do casamento restou de pé. O concubinato, a amigação, o juntamento tem, agora, tutela jurídica mais ampla do que o velho matrimônio, protegido pelo direito constitucional e pelo ancestral direito civil de Clóvis Beviláqua.

[...] A falta de um ou outro juiz, ainda que censurável, não pode pesar contra todo o Judiciário. Mas uma lei como esta, horizontal e barregã, consagrando os cafetões, os amancebados e os barregueiros, voltada contra as instituições do direito de família, compromete irremediavelmente o Legislativo, que somente se salvará na rápida revogação.

E agora, nesta semana, acaba de sair nova lei (ainda não tem número), que admite a amigação através de contrato em cartório e regula novos direitos dos “conviventes”, de forma diversa da outra. Temos, pois, estatutos jurídicos para a cafetinagem, para os conviventes e, por último, desbotado e inexpressivo, o Código Civil regulando o casamento à moda antiga (RAMOS, 1995).

²⁶ Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (BRASIL, 1996).

Essa coluna de opinião, publicada em um dos maiores jornais de circulação nacional do país, ainda é a opinião de muitas pessoas, principalmente por fundamentos de cunho religiosos.

E, assim, chegamos à legislação vigente, o Código Civil de 2002. Dentro do Livro IV da Lei 10.406, a união estável não tem qualquer tratamento diferenciado com relação ao casamento, sendo tratada especificamente no Título III, em apenas cinco artigos, do artigo 1.723 ao 1.727, de maneira bastante objetiva, mais focada na própria definição do que seria a união estável em si²⁷.

Na parte do Direito Sucessório não foi dado o mesmo tratamento, sendo os direitos dos companheiros mais limitados em relação aos dos casados, o que levou o STF ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, como amplamente explorado.

Existem inúmeros casos em que o Código Civil trata de maneira diferente a união estável e casamento. E isto se dá tanto de maneira direta, como no caso dos artigos 1.790 e 1.829, quando o Código Civil trata de regras sucessórias, quanto de maneira indireta, por omissão.

Esses casos de omissões são inúmeros. O Livro IV da Lei 10.406, “Do Direito de Família”, vai do artigo 1.511 ao artigo 1.783-A. Apenas nesses artigos, a expressão “união estável” é citada 14 (quatorze) vezes, enquanto a palavra “casamento” aparece 122 (cento e vinte e duas) vezes. A palavra “convivência” é usada 5 (cinco) vezes, sendo uma para a própria definição de união estável, enquanto “nubentes” aparece 17 (dezessete) vezes e casado (a, os, as), em suas variações, 11 (onze).

²⁷ 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

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.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (BRASIL, 2002).

4.3 DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Embora exista a previsão constitucional, no §3º do artigo 226, de que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, é de se destacar como é extremamente burocrática a conversão, sendo muitas vezes mais fácil o simples casamento.

Como a união estável fática, a prova do tempo de relacionamento anterior à conversão em casamento acaba gerando entraves e complicações para dar efetividade ao comando constitucional.

A conversão da união estável em casamento é regulamentada pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos Tribunais de Justiça, quanto às regras extrajudiciais e cartoriais.

Em Minas Gerais, atualmente a conversão é regulamentada pelo Provimento 93/2020 do TJMG, artigos 615 a 617²⁸.

Caso os conviventes não queiram o reconhecimento do termo inicial da união estável, poderão requerer a conversão diretamente ao oficial de registro civil das pessoas naturais, que verificará a superação dos impedimentos, o regime de bens e lavrará o respectivo assento.

Uma vez habilitados, o oficial do registro civil registra a conversão de união estável em casamento, dispensando a celebração das demais solenidades previstas para o ato, ou seja, em Minas Gerais a única “facilidade” em relação à simples habilitação para o casamento é a dispensa de demais solenidades. Entretanto, caso

²⁸ Art. 615. A conversão da união estável em casamento será requerida pelos conviventes ao oficial de registro civil das pessoas naturais da sua residência. § 1º Para verificar a superação dos impedimentos e o regime de bens a ser adotado no casamento, será promovida a devida habilitação e será lavrado o respectivo assento nos termos deste Título. § 2º Uma vez habilitados os requerentes, será registrada a conversão de união estável em casamento no Livro “B”, de registro de casamento, dispensando-se a celebração e as demais solenidades previstas para o ato, inclusive a assinatura dos conviventes. § 3º Não constará do assento a data de início da união estável, não servindo este como prova da existência e da duração da união estável em período anterior à conversão.

Art. 616. A conversão em casamento, com reconhecimento da data de início da união estável, deverá ser pleiteada pelas partes, representadas por advogado, ao juízo da unidade judiciária de família e, onde não houver, ao juízo da unidade judiciária competente para as ações cíveis. Parágrafo único. Após o reconhecimento judicial, o oficial de registro lavrará, no Livro “B”, mediante apresentação do respectivo mandado, o assento da conversão de união estável em casamento, do qual constará a data de início da união estável.

Art. 617. O disposto neste Capítulo aplica-se, inclusive, à conversão de união estável em casamento requerida por pessoas do mesmo sexo (MINAS GERAIS, 2020).

os conviventes queiram que conste o reconhecimento da data de início da união estável, precisarão propor ação própria, para, então, lavrarem o assento da conversão da união estável em casamento.

Ora, se a conversão da união estável em casamento exige uma ação judicial para que de fato tenha algum efeito prático, evidentemente não se trata de um procedimento facilitado, razão pela qual os nubentes optam pela simples habilitação para o casamento.

Em São Paulo a matéria é regulamentada pelo Provimento 58/89 da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, artigo 87, com redação dada pelos Provimentos CGJ 25/2005, 14/2006, e 41/12. Assim como em Minas Gerais, para que conste o termo inicial da união estável, deverá haver reconhecimento judicial²⁹.

No Rio de Janeiro, a conversão da união estável em casamento é regulamentada pelos artigos 783 a 785 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça – Parte Extrajudicial, com redação dado pelo Provimento CGJ 87/2020, publicado no DJERJ de 29/12/2020 (RIO DE JANEIRO, 2021).

São necessárias declarações de testemunhas, com firma reconhecida, ou por escritura pública para atestar o tempo da alegada união estável, podendo o Juiz responsável pelo procedimento de habilitação requerer novos documentos e até mesmo designar audiência para dirimir dúvidas.

4.4 A DISCRIMINAÇÃO ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Giddens (2000) diz que, entre todas as mudanças do mundo contemporâneo, uma das mais importantes é a democratização das relações pessoais, principalmente na família, nos papéis de gênero e sexualidade.

A incorporação de princípios democráticos em atos cotidianos revoluciona a forma como o indivíduo pensa sobre si mesmo e como estabelece laços e ligações com os outros. Esta evolução é constante e ainda estamos vendo seus desdobramentos.

Na sociedade contemporânea, a moralidade pública exige que se defenda o tratamento igualitário entre os indivíduos. Existem muitos indivíduos que acreditam

²⁹ 87.5. Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável a data do início ou período de duração desta, salvo nas hipóteses em que houver reconhecimento judicial dessa data ou período (SÃO PAULO, 2005).

atuar de forma isenta, livre de preconceitos, mas é preciso entender que muitas vezes a discriminação se dá de maneira inconsciente. No discurso, estas pessoas defendem o tratamento igualitário, mas, na prática, muitas vezes acabam por evitar contato social com minorias sociais (MOREIRA, 2017).

É o que Moreira (2017) chama de racismo aversivo, em que pela influência de estereótipos negativos, de maneira inconsciente, os padrões de associação psicológica influenciam a percepção do indivíduo a respeito do outro, ou seja, os indivíduos agem em público de maneira distinta daquela como agiriam se ninguém estivesse vendo, quando em situação de julgamento.

A classificação e generalização são elementos básicos da psicologia humana. A partir da identificação de padrões, a mente cria coerência entre os dados absorvidos. Esse conhecimento é utilizado quando o cérebro se depara com uma situação semelhante. Esses processos cognitivos também são construídos a partir de valores culturais absorvidos durante o processo civilizatório.

Os estereótipos são os modelos mentais internalizados de valores e códigos culturais, sempre produzidos por aqueles que possuem poder. Eles são constituídos pela série de associações sobre grupos, em um processo cognitivo automatizado, a partir de símbolos do imaginário social. E, quando um indivíduo se encontra numa situação em que precisa avaliar outra pessoa, involuntariamente retém todos esses padrões estruturais que acabam por reafirmar os próprios estereótipos e preconceitos.

Não existe discriminação em um vácuo social; a discriminação negativa tem a motivação ilegítima de manutenção de certas classes em condição de subordinação, incompatível com o modelo atual de democracia.

É preciso reconhecer, antes de tudo, que as interações humanas estão envoltas em relações de poder. As diferenças entre grupos, portanto, são socialmente construídas. Não é o elemento, em si, mas como é discursivamente construído o significado atribuído a ele.

No casamento, a Constituição de 1988 consagrou a igualdade de homens e mulheres de maneira geral³⁰, mas foi além, prevendo também a igualdade de

³⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

deveres referentes à sociedade conjugal³¹, em decorrência das mudanças nas expectativas afetivas e sexuais.

Apesar da previsão formal da igualdade nas constituições anteriores, elas se davam no sentido genérico de não discriminação, sem levar em conta as concretas diferenças entre as pessoas.

A Constituição trouxe drástica mudança dos valores familiares, passando-se a adotar uma concepção de família plural, dissolúvel, igualitária, orientada para a promoção do livre desenvolvimento de seus membros, como um *locus* de realização pessoal e afetiva (FACHIN, 2000; LOBO, 2009).

A família não é a razão pela qual as pessoas buscam se relacionar, mas o local em que as pessoas compartilham sua intimidade na busca da felicidade com outra pessoa (MAFRA, 2013).

A família deve ser compreendida constitucional e juridicamente como um instrumento para o desenvolvimento individual, com uma inversão do paradigma institucionalista tradicional: não é mais o indivíduo que serve à família, mas a família que deve servir ao indivíduo. Portanto, a proteção familiar deve ser interpretada em função da realização da personalidade e da dignidade dos seus membros, concebida eudemonisticamente, com a felicidade individual fundamentando a conduta moral (FACHIN; PIANOVSKI, 2008).

Dentro da perspectiva histórica abordada, desde o Brasil colônia, trata-se de uma inovação extremamente recente, e é importante ter essa perspectiva temporal em mente, já que todos os estereótipos em relação aos tipos de família ainda se fazem presentes no imaginário coletivo brasileiro.

As disposições do Concílio de Trento foram aplicáveis no Brasil de 1564 até 1890, quando foi estabelecido o casamento civil, isto é, foram mais de 300 anos da regulamentação voltada para a lógica da Igreja Católica, e depois quase 100 anos com muita resistência social, como a Liga Eleitoral Católica na Constituição de 1934, e até hoje, com a Bancada Evangélica.

A Constituição Federal, que trouxe o reconhecimento expresso de outros tipos de família além do casamento, entrou em vigência há apenas 35 anos, ou seja, há na sociedade brasileira hoje um resquício de preconceitos decorrentes dos

³¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

estereótipos quanto às famílias que não decorram no casamento.

As democracias liberais são sociedades construídas a partir de leis universais e abstratas de que todos possuem uma identidade comum, que parte de uma homogeneização a partir da compreensão abstrata do sujeito de direito.

A generalidade da norma faz com que a noção de igualdade seja um critério fundamental de legitimação da ordem política. A partir dessa compreensão, surgiram as faculdades individuais, que tornaram possível reconhecer e garantir o exercício de liberdades subjetivas. Esta noção de igualdade formal está baseada na universalidade e na generalidade; entretanto, essa igualdade abstrata não existe no mundo real. As pessoas possuem características comuns, mas também traços que as distinguem. A igualdade formal não foi suficiente para a emancipação dos indivíduos.

A doutrina individualista considera o indivíduo de maneira abstrata, desconsiderando suas características específicas, mas as pessoas vivem em contextos de vinculações sociais que distinguem os indivíduos uns dos outros. Assim, é necessária uma compreensão da individualidade que abra espaço para construção de subjetividade fundada na interação social.

Esse caráter intersubjetivo dos direitos só pode ser realizado a partir de um sistema que garanta proteção social aos indivíduos, dentro de um ideal de liberdade como autonomia, dentro de condições reais de existência.

Para atender a essa necessidade, surgiu a noção de constitucionalismo social, em que os direitos deixaram de ser garantias do indivíduo contra o Estado e se tornaram uma exigência de prestação positiva. O homem abstrato da doutrina liberal foi substituído por um indivíduo situado dentro de relações sociais concretas, que permitem que seja considerada sua vivência real, ou seja, a igualdade formal é complementada por essa dimensão substancial do indivíduo.

As pessoas são diferentes e, partindo dessa premissa, para garantir tratamento isonômico, as diferenças devem ser equiparadas. O princípio da igualdade também tem um sentido material, em que somente as pessoas igualmente situadas devem receber tratamento igualitário. Há um dever de igualdade não apenas na aplicação, mas também na criação do direito (ALEXY, 2008).

Foi nesse contexto que a dignidade da pessoa humana passou a ser encarada como um metaprincípio que guia todos os demais direitos. Embora representasse um avanço, essa aplicação superficial e arbitrária também é a origem

das críticas ao Direito Civil-Constitucional. E, por isso, o enfoque da análise é justamente a igualdade e a discriminação, dentro de uma normatividade dos princípios que permite a abertura do sistema jurídico por um cuidado mecanismo científico de sua aplicação.

A criação de critérios de proteção jurídica pode partir do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário no Brasil, em decorrência da própria norma constitucional. O inciso quarto do parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988 reconhece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988a).

Um exemplo de classificação de proteção jurídica de iniciativa por ação do Judiciário foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 132³², em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal equiparou, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas (MOREIRA, 2012).

Quando se considera a atuação positiva das instituições estatais para eliminar as desigualdades sociais, muitas são as diferenças entre os indivíduos que podem justificar tratamento discriminatório. A igualdade tem, portanto, um aspecto dinâmico.

Indo além, a aplicação do princípio de igualdade não se restringe ao papel de limite de regulação estatal, tendo também uma função transformadora, de criação de políticas públicas de inclusão de grupos sociais. A eliminação dos processos de exclusão social é o que se chama de perspectiva emancipadora do princípio da igualdade.

Esse processo de categorização foi intensificado no mundo contemporâneo em função das pautas identitárias, que são reivindicações baseadas na emancipação de grupos tradicionalmente discriminados. Trata-se de uma expansão do princípio da igualdade, sendo reconhecido o indivíduo dentro da teia social, considerando-se as relações hierárquicas de poder.

Além de ser um direito fundamental, a igualdade também é um princípio interpretativo de outros direitos fundamentais, sendo importante para o controle de

³² O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos (BRASIL, 2011a).

constitucionalidade, que impõe limites à atividade estatal. Essa dimensão do princípio da igualdade é justamente a busca da racionalidade de diferenciação pelo tratamento desigual. As classificações são constitucionais quando o critério de tratamento diferenciado é legítimo dentro dos objetivos estatais.

E, como estão união estável e casamento são apenas formas diferentes de constituição de família, não há justificativa para o tratamento diferenciado entre eles que não decorram da solenidade do ato, questões relativas às formalidades, já que esta é a diferença intrínseca entre os institutos.

Assim, dentro desse paradigma constitucional, o objetivo da aplicação do princípio da igualdade no processo de controle de constitucionalidade é proporcionar a inclusão de grupos sociais excluídos.

As características que são fontes de desvantagens sistemáticas devem pautar os parâmetros de proteção especial. Esses *discrímens* indicam que uma comunidade sofre desvantagem social em uma série de situações. Podem ser desvantagens de qualquer natureza, desde materiais a políticas, em função da circulação de estereótipos negativos de grupos minoritários.

E, como demonstrado — até mesmo por quão recentes são as alterações na família do ponto de vista histórico — e o tanto que sempre houve influência religiosa, há ainda grande preconceito com as relações afetivas além do casamento.

Jean Carbonnier, citado por Tereza Mafra (2013), afirma que o direito de família é uma forma de direito à felicidade, que deve ser garantido pelo Estado. Os três grandes princípios que orientam as transformações do Direito de Família são a igualdade, a liberdade e o pluralismo.

A liberdade, que — reitera — foi o fundamento que mais se repetiu nos acórdãos do STF sobre a distinção do regime sucessório entre casamento e união estável, manifesta-se na maior autonomia às pessoas na tomada de decisões no âmbito familiar, com maior autodeterminação, sendo prevista constitucionalmente até mesmo a liberdade de planejamento familiar³³.

A liberdade está diretamente ligada com a autonomia privada. Pietro Perlingieri, citado por Tereza Mafra (2013), afirma que o fundamento da autonomia

³³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 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 (BRASIL, 1988).

privada deixa de ser a liberdade individual, e sua legitimidade passa a variar de acordo com os interesses buscados, e os valores constitucionais a eles associados.

Destaca, ainda, que o tratamento legislativo diferenciado entre união estável e casamento influencia nas escolhas fundamentais na vida dos indivíduos, gerando um cerceamento da liberdade e da autonomia privada, porquanto, em vez de terem a liberdade para escolher a forma de constituição de família livremente, as pessoas passam a ter que escolher em primeiro lugar o regime jurídico a que desejam se submeter.

A discriminação entre união estável e casamento significa uma violação da liberdade individual, quando um indivíduo é impedido de tomar decisões para sua vida, ou tem suas escolhas direcionadas pelas arbitrariedades que conduzem à marginalização social, sendo privados de exercerem direitos que deveriam estar abertos a todos.

Por tudo isso, as diferentes formas de constituição de família devem servir para prestigiar a autonomia privada dos indivíduos. Nesse sentido, a única legítima diferenciação entre união estável e casamento seria quanto a questões inerentes ao modo de constituição, como a própria comprovação do vínculo familiar.

Portanto, considerando tudo isso, é impossível qualquer outra interpretação que não seja no sentido de que o cônjuge se tornou herdeiro necessário, sim. E, mais do que isso, dentro da perspectiva emancipatória do direito à igualdade, são necessárias medidas concretas para abolir a visão derogatória das uniões estáveis.

Analisando os posicionamentos divergentes na doutrina e nos votos vencidos do STF, o plano de fundo da discussão é uma interferência estatal excessiva nas relações privadas, especialmente na questão sucessória, quanto à posição do cônjuge e do companheiro na vocação hereditária.

Nesse sentido, é tão questionável a condição de herdeiro necessário do cônjuge, quanto o é a do companheiro, ou seja, independentemente da forma de constituição da família.

5 DO DIREITO À LEGÍTIMA

É inegável, contudo, que a existência de regimes jurídicos diferentes entre união estável e casamento dava às pessoas com maior acesso a informações o direito de escolha de quais seriam as leis aplicáveis a seus relacionamentos.

Com o companheiro se tornando herdeiro necessário, houve uma limitação da liberdade do indivíduo. Até então, era possível a exclusão do companheiro da sucessão por testamento, já que se tratava de um herdeiro facultativo. Ou seja, havia uma forma de família em que o indivíduo poderia excluir seu consorte da sua sucessão, mas hoje não é possível isso mais.

É interessante que, segundo Frank (2017), a figura do herdeiro necessário está atrelada à necessidade de perpetuação dos cultos da família e que guarda esse nome porque não era dado ao herdeiro a opção de renunciar o encargo.

Ademais, historicamente, a legítima foi instituída para assegurar o não rompimento do testamento, garantindo-se, assim, sua eficácia. Apenas com a mudança do conceito de família, é que a legítima passou a ser interpretada como uma limitação à liberdade testamentária (FRANK, 2017, p. 198).

Segundo estatísticas do Censo de 2010, aproximadamente 1/6 dos homens e 1/8 das mulheres que se casam são divorciados ou viúvos e, ainda, 1/6 das mulheres e 1/4 dos homens se casam acima dos 40 anos de idade. Infelizmente, ainda não foi concluído um novo Censo para atualização esses dados, já que há uma impressão de que as famílias recompostas aumentaram (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

É preciso entender-se, ainda, que a expectativa de vida do Brasil, segundo o IBGE, teve um aumento drástico: em 2021, ela alcançou 77 anos de idade, subindo quase 3 anos na última década, já que em 2011 era de 74,1 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2022).

O envelhecimento populacional vai além: em 1980, de cada mil pessoas com 60 anos, 344 completavam 80 anos, já em 2019 esse número quase que dobrou, subindo para 604. De 1940 a 2019, a expectativa de vida dos idosos aumentou em 8,3 anos. Mais do que isso, em 2019 o percentual da população acima de 65 anos subiu para 9,5%, enquanto em 1940 era de apenas 2,4% (ALBUQUERQUE; SENA *apud* IBGE, 2019), ou seja, não apenas as famílias reconstituídas são muito mais frequentes, mas as pessoas estão vivendo muito mais.

As alterações promovidas pelo Código Civil de 2002 não apenas mantiveram a lógica quase idêntica à do Código Civil de 1916, mas aumentaram a proteção do cônjuge - e conseqüentemente do companheiro – ao elevá-lo à centralidade da ordem de vocação hereditária, passando a concorrer com descendentes e ascendentes, independentemente de qualquer ponderação de sua situação econômica. Ou seja, as regras sucessórias vigentes não se mostram adequadas para o modelo contemporâneo da família democrática.

A família passou a ter como principal função a realização existencial de seus membros. Por isso, é de fundamental relevância a garantia de respeito ao espaço de autonomia existencial (CASTRO, 2017, p. 101), pela qual cada indivíduo deve ter a liberdade de realizar seu projeto individual de vida e felicidade sem interferência indevida do Estado (MATOS; TEIXEIRA, 2021).

A Autonomia existencial seria uma espécie do gênero autonomia privada, que se manifesta como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses, tendo como referencial objetivo o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade (MATOS; TEIXEIRA, 2021).

Para proporcionar a realização da dignidade, observa-se o movimento de privatização da família, assegurando-se maior liberdade nas escolhas existenciais que propiciam o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes (MATOS; TEIXEIRA, 2021). Entretanto, essas inúmeras alterações no Direito de Família não foram refletidas no Direito Sucessório, que ainda reproduz um sistema rígido de normas cogentes, principalmente quanto à suposta intangibilidade da herança (RODRIGUES JÚNIOR; VALADARES, 2021, v. 1, p. 113). Walsir Edson Rodrigues Júnior (2021, v. 1, p. 113) fala, justamente por isso, da necessidade de se repensar o Direito Sucessório brasileiro.

O estabelecimento de regras que assegurem direitos mais amplos ao cônjuge e companheiro, sem qualquer possibilidade de exclusão, pode até mesmo criar situações em que as pessoas deixem de ter maior intimidade ou de formalizarem vínculos, na tentativa de proteger seus descendentes, advindos de relacionamentos anteriores, daquilo que poderia ser uma nova família.

É o que relata Maria Berenice Dias, que defendeu a existência de maior liberdade individual para que fosse possível a exclusão do companheiro da sucessão:

O grande equívoco perpetrado no julgamento diz com a eleição da base de cálculo para apurar o direito de concorrência.

[...] Ao conceder ao viúvo fração dos bens adquiridos pelo falecido antes do casamento, por herança ou por doação, às claras enseja enriquecimento sem causa do cônjuge. Atribui a alguém patrimônio que não ajudou a amealhar. De outro lado, também provoca justificável desconforto se os herdeiros não são filhos do viúvo, só do falecido, realidade cada vez mais frequente.

[...] Explico: sou divorciada, tenho três filhos e, com muito trabalho, consegui amealhar razoável patrimônio. Agora, depois dos filhos criados, acabei me apaixonando. Mas, pelo jeito, não poderei casar nem viver em união estável. Em qualquer dessas hipóteses, no caso do meu falecimento, o meu par ficará com um quarto do que amealhei durante toda a minha vida?

Não teria qualquer problema em repartir eventuais bens que viesse a adquirir depois da união. Nada mais justo. E já que se está falando em justiça: é justo privar os meus filhos de parte do que adquiri até agora? Até porque o que ficar com o companheiro sobrevivente não retornará para eles que fizeram tanto esforço para ter o que temos.

Senhores ministros, desculpa, mas vossas excelências estão me proibindo de amar, de ser feliz (DIAS, 2017).

Com isso, embora a maioria dos juristas defenda que o companheiro se tornou herdeiro necessário em equiparação com o cônjuge, também é possível afirmar que a maioria passou a questionar também a própria condição de uma pessoa ser obrigada a deixar herança para outra pessoa, sem qualquer autonomia e liberdade para impedir isso.

Tereza Mafra e Felipe Quintella questionam a excessiva intervenção do Estado nas regras sucessórias, independentemente da forma de constituição de família:

[...] se, por um lado, não se pode à luz da Constituição distinguir as posições do cônjuge e do companheiro na ordem de vocação hereditária, ou atribuir àquele direito a quinhão maior ou menor que a este, nada impede que se questionem as regras impostas às uniões conjugais, sejam uniões estáveis ou uniões provenientes do casamento. Ainda mais em se considerando que se trata de inovações do Código Civil – mal implementadas, diga-se de passagem –, é tão questionável o direito do companheiro de concorrer à sucessão com descendentes, por exemplo, quanto o é o do cônjuge; é tão questionável o status de herdeiro necessário do companheiro quanto o é o do cônjuge; é tão discutível se seria necessária tamanha proteção sucessória para o companheiro quanto para o cônjuge (CARVALHO; MAFRA, 2021, p. 69).

Ana Luiza Nevares também questiona se as regras sucessórias estão servindo para as finalidades de proteção de cada um dos membros da família:

Diante da igualdade entre os cônjuges na família; da maior expectativa de vida das pessoas, que leva à sucessão em favor dos filhos quando estes já alcançam a idade adulta e aquela em que mais se produz e em favor dos

pais quando estes estão muito idosos e dependentes e, ainda, diante do fenômeno cada vez mais comum da recomposição das famílias em virtude dos divórcios e das novas núpcias, pondera-se se a proteção à família extraída da legislação sucessória está realmente em consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um dos seus membros, como determina o mandamento constitucional fundado na dignidade da pessoa humana (NEVARES, 2020, p. 32).

Nesse ponto, é interessante apontar uma contradição: o reforço na posição sucessória do cônjuge surge paradoxal e simultaneamente à facilidade de dissolução do vínculo conjugal. Embora a condição de cônjuge seja concebida como mutável, até mesmo precária, aquele que tem a sorte de ocupar tal posição quando da morte terá muito privilegiada proteção sucessória. Neste sentido, só há um favorecimento do vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido pela morte.

É o que Oliveira Ascenção (1996) chama de “casamento como instituto jurídico *mortis causa*”. Em vida o proprietário pode dispor de seus bens a favor de quem quiser, mas, em sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras sucessórias. Mais grave ainda é quando elegem o regime da separação convencional de bens, nos termos do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, em que o supérstite concorrerá à sucessão com os descendentes do autor da herança.

Ou seja, não existe hipótese legal para que uma pessoa impeça que seu cônjuge não tenha direito a seu patrimônio depois da morte. Como justifica Mário Luiz Delgado (2018, p. 1270) “O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro”.

É interessante, contudo, que Teixeira e Peçanha (2021) alegam que a legítima encontra uma “ampla aceitação social”, que conferiria legitimidade à restrição de testar.

Por isso, é fundamental repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão, atendendo aos anseios da nova realidade social. Os próprios fundamentos que justificam a transmissão de propriedade, em decorrência da sucessão, devem ser analisados em função da reconfiguração da família, de sua nova função, em que as justificativas da sociedade patriarcal deram lugar para a democracia.

Se considerarmos que o herdeiro necessário tem seu direito fundamental à herança garantido constitucionalmente, é muito mais difícil qualquer alteração

infraconstitucional quanto à sucessão legítima. Entretanto, se considerarmos que é uma reafirmação do direito de propriedade para além da vida, fica mais evidente a restrição da liberdade imposta pela quota legítima.

Souza e Júnior (2021) defendem que a garantia fundamental do direito à herança seria uma limitação à autonomia do titular dos bens, que atua como fundamento constitucional da legítima, defendendo uma inversão da primazia da sucessão testamentária.

Nevares (2009, p. 8), por sua vez, defende que o objetivo dessa garantia é impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do ordenamento jurídico.

Por isso, compreender o porquê desta inclusão do direito fundamental à herança tem implicações hermenêuticas sobre como interpretar questões sucessórias.

5.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Os direitos fundamentais alicerçam o Estado Democrático de Direito, contendo valores que na concepção fazem da pessoa o fundamento e o fim da sociedade, como abordado mais profundamente na discussão sobre a discriminação entre união estável e casamento.

Isso é muito nítido quando pensamos na igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, livre manifestação do pensamento, não submissão a tortura ou tratamento desumano e tantas outras garantias e direitos previstos ao longo dos setenta e oito incisos do artigo 5º da Constituição Federal.

Contudo, um desses setenta e oito incisos é o direito à herança, garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXX:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXX - é garantido o direito de herança (BRASIL, 1988a).

Justamente por essa aparente menor importância, a garantia a herança muitas vezes é ignorada e muito pouco estudada sob a perspectiva constitucional.

Entretanto, fato é que o direito à herança, como direito fundamental, tem garantia de que não poderá ser abolido por emenda constitucional, nos termos do

artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, sendo tratado como cláusula pétrea.

5.1.1 Da Assembleia Nacional Constituinte e da Comissão Afonso Arinos

Para abordar a questão sucessória do companheiro, é necessário compreender em que consiste esse direito fundamental à herança. Afinal qual o significado de ser “garantido o direito de herança”? Por isso, realizar-se-á pesquisa histórica, analisando todas as etapas do processo da assembleia nacional constituinte que culminou na inclusão desse direito fundamental.

Importante destacar que não se pretende negar que o método histórico de hermenêutica possui limitações (GADAMER, 2003). Apesar disso, esta busca histórica não deixa de ser uma ferramenta interessante e útil para se analisar o contexto e a finalidade original do instituto, mas sem cair na armadilha que faça com que isso signifique um engessamento, perpetuando a vontade do legislador sem levar em consideração as alterações do contexto social. Por óbvio, o significado atribuído ao instituto pode mudar ao longo do tempo, porque os indivíduos e seus hábitos também mudam.

O direito à herança não estava previsto em nenhuma das Constituições Brasileiras antes da de 1988. Até então as constituições se limitavam a, no máximo, estabelecer a competência quanto à tributação de imposto de transmissão, e a territorialidade da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil³⁴, semelhante à redação do inciso XXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³⁵.

Após o movimento das “Diretas Já” e as eleições presidenciais de 1985, em 1º de fevereiro de 1987 instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência de Ulysses Guimarães, com o objetivo de elaborar a Constituição que estabeleceria a democracia superando a ditadura militar.

Antes, porém, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também

³⁴ Constituição de 1967, Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 33 - A sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cujus (BRASIL, 1967).

³⁵ Constituição de 1988, Art. 5º: [...] XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus" (BRASIL, 1988).

conhecida como “Comissão Afonso Arinos”, foi convocada pelo presidente José Sarney, por meio do Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, para desenvolver pesquisas e estudos fundamentais que colaborariam com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, elaborando um anteprojeto de constituição.

Embora a Assembleia Nacional Constituinte tenha decidido não apreciar o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos, optando por redigir o texto a partir de propostas apresentadas por suas próprias comissões e subcomissões, é inegável sua influência no texto final da Constituição Federal de 1988, como reconhecido pelos próprios Constituintes, como José Paulo Bisol, em seu parecer e substitutivo à Comissão da Soberania e Dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher:

É da nossa tradição que ao instalar-se, a Assembleia Nacional Constituinte inicia seus trabalhos a partir de um anteprojeto, oferecido ou imposto pelo poder estabelecido. Via de regra, esse texto básico é elaborado por uma “Grande Comissão” ou por uma “Comissão de Notáveis”. Desta vez, ensaiou-se a oferta a esta Assembleia de um anteprojeto elaborado pela chamada “Comissão Arinos”. Esse trabalho, embora desvestido da condição de texto básico, revelou-se uma generosa fonte de sugestões (BRASIL, 1987a, p. 2).

O texto do anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais foi publicado no Diário Oficial, Suplemento Especial 185, em 26/9/1986. No Capítulo II, “Dos Direitos e Garantias”, havia a previsão do Artigo 31: “É garantido o direito à herança”, com idêntica redação ao inciso XXX do Artigo 5º da Constituição Federal.

Nos termos do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, conforme Resolução 2, de 1987, publicado no Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 25/3/1987, as discussões foram divididas em 8 (oito) comissões temáticas, previstas no artigo 15:

- I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher;
- II) Comissão da Organização do Estado;
- III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo;
- IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições;
- V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças;
- VI) Comissão da Ordem Econômica;
- VII) Comissão da Ordem Social;
- VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e

Tecnologia e da Comunicação (BRASIL, 1987b).

A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher foi subdividida em três subcomissões:

- a) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais;
- b) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias;
- c) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (BRASIL, 1987b).

Nos termos do artigo 16 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, o Relator de cada Subcomissão elaboraria seu trabalho para apresentar relatório fundamentado com anteprojeto da matéria, que seria distribuído aos demais membros da Subcomissão, destinado à sua discussão e apresentação de emendas³⁶.

5.1.2 Da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais

Darcy Pozza foi o relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, instalada em 7/4/1987. Em seu Anteprojeto, apresentado em 11/5/1987, a herança foi mencionada apenas duas vezes. A primeira, durante o relatório, em que o Constituinte lista alguns dos direitos e garantias individuais que viriam a ser elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Cabe citar a inclusão e a explicitação dos direitos do homem e da mulher [...] a nulidade do ato expropriatório praticado com desvio de finalidade ou abuso de poder, o direito à propriedade e à herança e conotações sociais, a proteção do consumidor [...] (BRASIL, 1987c, p. 6-10, grifo nosso).

E a segunda vez já no corpo do Anteprojeto, mais especificamente no inciso

³⁶ Art. 16. O Relator, na Subcomissão, com ou sem discussão preliminar, elaborará seu trabalho com base nos subsídios encaminhados, nos termos do estabelecido neste Regimento, devendo, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar relatório fundamentado com anteprojeto da matéria. § 1º O anteprojeto será distribuído, em avulsos, aos demais membros da Subcomissão para, no prazo dos 5 (cinco) dias seguintes, destinados à sua discussão, receber emendas. § 2º Encerrada a discussão, o Relator terá 72 (setenta e duas) horas para emitir parecer sobre as emendas, sendo estas e o anteprojeto submetidos à votação; § 3º As emendas rejeitadas serão arquivadas, podendo, entretanto, ser reapresentadas nas demais fases da elaboração da Constituição. § 4º A Subcomissão, a partir de sua constituição, terá um prazo de 40 (quarenta) dias para encaminhar à respectiva Comissão o anteprojeto por ela elaborado e, não o fazendo, caberá ao Relator redigi-lo no prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, 1987b).

XXIII:

XXIII - a propriedade, subordinada à função social, caso de desapropriação por necessidade e para destinação pública, ou por interesse social, é assegurada aos desapropriados prévia e justa indenização em dinheiro, com as restrições previstas nesta Constituição; será nulo o ato praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade; **é assegurado o direito de herança**, vedada a incidência de qualquer tributo, custas ou emolumentos relativos aos bens do espólio que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros (BRASIL, 1987c, p. 10, grifo nosso).

Foram apresentadas 374 (trezentas e setenta e quatro) emendas ao anteprojeto de Darcy Pozza, que foram amplamente debatidas nas reuniões (BRASIL, 2013, p. 52).

Sobre o direito à herança, destaca-se a discussão ocorrida na reunião de discussão do Anteprojeto na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, em 19/5/1987, em que o Constituinte Ubiratan Spinelli discursou:

[...] o direito à propriedade é inerente inclusive por herança. Logicamente, seria um retrocesso tirá-lo da nossa Subcomissão, porque aqui tratamos dos direitos e das garantias individuais. [...] Se aqui pelo menos não propusermos uma fórmula para o direito à propriedade, certamente nossa Subcomissão ficará sem validade alguma. Perguntaria: para que regime partiríamos, se o direito à propriedade é inerente ao regime em que vivermos?! Qual é o regime que V. Ex.a propõe? Vamos mudar tudo? Não teremos mais um regime capitalista? Vamos partir para o socialismo ou para o comunismo? Se V. Ex.a quer tirar o direito à propriedade, de herança, de tudo, fica difícil se chegar a uma conclusão. Daqui a pouco, não teremos direito a nada (BRASIL, 1987d, p. 24-25, grifo nosso).

O Constituinte José Genoíno respondeu: “Só para responder à questão levantada pelo nobre colega, não estou propondo abolir o direito à propriedade. Defendo o socialismo, sou socialista e assumo minhas posições. Defendo a socialização” (BRASIL, 1987d, p. 24).

Então o Constituinte Ubiratan Spinelli perguntou ao Constituinte José Genoíno se o que ele propunha era a abolição do direito à herança. O Constituinte José Genoíno negou que tivesse citado herança, e então passaram para discussão sobre cerceamento à liberdade de direito de propriedade:

Fundamental recordar que no socialismo, por ser abolida a propriedade privada, não existe herança, já que todos os bens pertencem ao Estado e a ele devem retornar, em benefício da comunidade, e admitir a herança seria permitir e reforçar

desigualdades sociais existentes (BRASIL, 1987d, p. 25, grifo nosso).

A redação final do Anteprojeto da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais ficou com redação quase idêntica à original:

XXIV - a propriedade, subordinada à função social; no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, é assegurada aos desapropriados prévia e justa indenização em dinheiro, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em títulos especiais da dívida pública, com as ressalvas previstas nesta Constituição; será nulo o ato praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade; é assegurado o direito de herança, vedada a incidência de qualquer tributo, custas ou emolumentos relativos aos bens de espólio que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros (BRASIL, 1987e, p. 6).

O artigo tinha uma redação demasiadamente complexa, mas o direito de herança era evidentemente um desdobramento do direito de propriedade e, assim, era tratado junto com ele.

5.1.3 Da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher

O texto subiu para discussão na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que cuidou do assunto no item XVIII do artigo 3º do Parecer e Substitutivo do Relator, o Constituinte José Paulo Bisol, destacando a sucessão do direito de propriedade:

XVIII – A SUCESSÃO HEREDITÁRIA

- a) A transmissão, por morte, de bens ou valores está sujeita a emolumentos, custas e tributos proporcionais ao valor do quinhão, atendido o princípio social da distribuição da renda e da riqueza;
- b) Não haverá incidência de tributos, custas ou emolumentos sobre a transmissão por morte, de bens que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros (BRASIL, 1987a, p. 6).

Após deliberações sobre emendas na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, não houve debates específicos sobre o direito à herança e o anteprojeto final da Comissão ficou idêntico ao substitutivo do relator (BRASIL, 1987f).

5.1.4 Da Comissão de Sistematização

Na etapa seguinte, a Comissão de Sistematização recebeu os anteprojetos de cada uma das 8 (oito) comissões temáticas, incluindo, claro, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. A Comissão de Sistematização tinha como finalidade compatibilizar as matérias aprovadas nas comissões temáticas, dando unicidade e coesão na elaboração de um projeto de Constituição.

Na fase de emendas de mérito e adequação ao anteprojeto, foram aprovados dois substitutivos de autoria do Constituinte Bernardo Cabral, de maneira que o Projeto de Constituição ficou com a seguinte redação:

XVI – A SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A transmissão, por morte, de bens ou valores está sujeita a emolumentos, custas e tributos proporcionais ao valor do quinhão, atendido o princípio social da distribuição da renda e da riqueza (BRASIL, 1987g, p. 7).

A seguir, a Comissão de Sistematização discutiu as 20.791 (vinte mil setecentas e noventa e uma) emendas de plenário, de constituintes e eleitores, que foram compiladas no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, contendo 2.397 (duas mil trezentas e noventa e sete) páginas com todas as atas.

Em 2/10/1987, dois destaques sobre a garantia ao direito à herança chegaram a ser votados, com amplos debates que são importantíssimos de serem analisados. No primeiro, o Constituinte Pompeu de Sousa propôs o destaque 3.757, referente à Emenda 32.109, requerendo a retirada da parte que vedava a incidência de tributo, custas ou emolumentos quanto aos bens do espólio que servissem de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros:

[...] a emenda que apresento ao § 36 do art. 5º é de extrema simplicidade, mas também de extrema necessidade. Diz o § 36, art. 5º, entre os Direitos Fundamentais: “É garantido o direito de herança.” Discuto a fundamentabilidade do direito de herança. Discuto até o direito de herança, mas não quero que me acusem de radicalismo. **O que eu proponho apenas é desabsolutizar o direito de herança, dessacralizar o direito de herança, porque ele é em si, na legislação brasileira atual como em todas as legislações que temos tido, o eternizado da injustiça social neste País e constitui um elemento que faz do Brasil um dos países mais injustos com a sua própria população, com o seu próprio povo.** Costumo dizer que, neste País, os ricos são mais ricos do que os ricos dos países ricos e os pobres mais pobres do que os pobres dos países pobres, é preciso pôr um freio nesta injustiça, mas não um freio modesto, meus amigos; proporia algo mais rigoroso, um freio muito mais forte, que pusesse fim a toda essa injustiça. [...] (BRASIL, 1987h, p. 251-253, grifo nosso).

A Constituinte Cristina Tavares sustentou que nas Disposições Transitórias já havia inciso determinando a progressividade do imposto sobre herança, e, portanto, a emenda proposta seria contrária à taxaço progressiva do imposto sobre herança.

Posteriormente, o Constituinte Bocayuva Cunha pediu a palavra, pela ordem, chamando atenço para outra emenda que propunha a seguinte redaço: “É garantido o direito de herança, sujeito ao imposto progressivo” (BRASIL, 1987h, p. 250).

O presidente da Comissão de Sistematizaço, Afonso Arinos, se manifestou:

[...] Eu gostaria de fazer aqui uma pequena declaraço: no Brasil, o direito de herança sempre foi nos termos da lei; nunca houve, no nosso País, a aplicaço do direito de herança, a não ser nos termos da lei. A primeira legislaço colonial que tivemos foram as Ordenaço Manuelinas; depois, as Ordenaço Filipinas; depois, a Consolidaço das Leis Civas Teixeira de Freitas; depois o Código Civil, de Clóvis Bevilacqua e Rui Barbosa. De maneira que nunca houve, no Brasil, direito de herança que não fosse aplicado de acordo com a lei. E, para mim, pessoalmente, não entendo o que isso quer dizer, isso não inova nada, pois no Direito brasileiro, desde o Século XVI, a herança foi reconhecida nos termos da lei, sempre, Ordenaço Manuelinas, Ordenaço Filipinas, Consolidaço das Leis Civas Teixeira de Freitas, Código Civil de Clóvis Bevilacqua. De maneira que sempre foi nos termos da lei, nunca houve outra maneira de se construir herança no Brasil. Peço desculpas, mas é uma observaço que estou fazendo, para ver se consegue apaziguar uma espécie de diálogo que me parece inteiramente inútil (BRASIL, 1987h, p. 252, grifo nosso).

Após algum tumulto, o Constituinte Gastone Righi se manifestou:

[...] Aqui dispomos sobre direitos fundamentais e ali está um direito fundamental – é garantido o direito à sucessão. Dispor sobre tributos é outro capítulo, é no capítulo dos tributos e já temos a disposiço específica, quando se diz que compete ao Estado e ao Distrito Federal instituir imposto, art. 177, item I – Transmissão causa mortis – imposto que incide sobre a herança. [...] Ora, colocando aqui obrigatoriamente progressivo, eu não poderei excetuar esses casos de bens de herança que servem à sociedade e que interessa até que não paguem tributos. [...] (BRASIL, 1987h, p. 252, grifo nosso).

Após aplausos, sucedeu-se a votaço, com a rejeiço do destaque por 49 votos a 43.

A Comissão de Sistematizaço passou, então, para a votaço do destaque 589/87, referente à Emenda 32.373, de autoria do Constituinte Brandão Monteiro, que sustentou no plenário:

[...] O Brasil registra o maior índice de concentração de renda do mundo, superior aos Estados Unidos, à Alemanha e à França. O IBGE, em 1980, estabeleceu os números: 5% da população, em 1980, detinha 30% da renda nacional. Como consequência, maior ainda é a concentração do patrimônio do País. 5% detêm mais de 43% do patrimônio nacional. Os impostos que incidem sobre o patrimônio, o IPTU, o ITR sobre veículos automotores e sobre a herança chamada "Transmissão Causa mortis, são extremamente moderados, estimulando a concentração do patrimônio. A partir de 1964, o Imposto Sobre Herança foi drasticamente reduzido, deixando de incidir sobre bens móveis, tendo a sua alíquota fixada em 2%; hoje, em 4%. Antes, a alíquota era progressiva e atingia até 29%, quando o legatário não era parente do testador. **O Imposto Sobre Herança é poderoso instrumento para estimular a melhor distribuição de renda e patrimônio no País. Em quase todo o mundo sua alíquota é progressiva. E não me venham dizer aqui que seja uma proposta socialista. Ao contrário, é uma proposta dos países capitalistas para democratizar inclusive o patrimônio.** Espero que a Assembléia Nacional Constituinte, através da Comissão de Sistematização, busque aprovar esta emenda, porque vejo muitos criticarem o Estado, muitos criticam dizendo que o Estado é um devorador do patrimônio, que o Estado gasta muito [...] Mas na hora em que se quer discutir e distribuir melhor a renda e o patrimônio, há aqueles que são eternos defensores da iniciativa privada, e parecem esquecer a necessidade de se aumentar, sobretudo, as rendas do Estado. É isso o que eu diria, Sr. Presidente. O texto simplesmente acresce que é garantido o direito de herança, e sobre ele haverá o imposto progressivo (BRASIL, 1987h, p. 253-255, grifo nosso).

O Constituinte Cid Sabóia de Carvalho pediu a palavra e discorreu sobre a questão de progressividade; como deveria ser discutida no capítulo específico relativo a tributos.

Posteriormente, subiu à tribuna o Constituinte Nelson Carneiro:

[...] Quando comecei, há mais de cinquenta anos, a minha carreira de advogado, no Rio de Janeiro, a alíquota para o filho era uma; para o sobrinho era outra; para o primo era outra; e para um estranho era 40% da herança. Nós, agora, fazemos um dispositivo. Vejo aqui ao lado os aplausos do nobre Constituinte Bernardo Cabral. Era isso naquele tempo. Agora, dizemos que o filho, aquele que tem o sangue do que morre, que é o continuador do seu nome, o responsável pela sua família, este vai pagar a mesma coisa que a pessoa estranha à família. Ali, o Senado não distingue, fixa uma cota de 4%. Eram 2% e passou para 4%. Então, tanto faz deixar para o filho, para o irmão, para o sobrinho, como para um estranho. Isso não é possível! É preciso que o imposto seja progressivo, e não como está aqui: "Poderá ser progressivo". Estamos imaginando que, amanhã, uma emenda dirá que deverão ser progressivos. Quando é que podemos assentar, hoje, que a emenda de amanhã dirá o que deverá ser? Por isso, Srs. Constituintes, penso que a emenda deverá ser aprovada, para que o filho pague menos do que o estranho. Isso acontece em todos os lugares do mundo. Na Inglaterra, o estranho paga 50% de imposto, a metade, porque ele não faz parte da família. Como está, vamos unificar todos: estranhos e familiares. Não defendemos a família, não defendemos os continuadores do nome, os que padeceram, mas também estamos estendendo a mesma proteção a todos os beneficiários. Não são herdeiros legítimos, mas herdeiros testamentários. Isso é importante. Não são os herdeiros que

resultam do sangue, mas aqueles que podem resultar do testamento. Por tudo isso, Sr. Presidente, penso que a aprovação dessa emenda é justa e deve merecer o apoio desta Casa. (Palmas) (BRASIL, 1987h, p. 254).

O Constituinte José Serra pediu um esclarecimento:

Quero fazer uma pergunta de esclarecimento ao Relator, que é a seguinte: de acordo com o destaque pedido agora, que fixa a obrigatoriedade da progressividade sempre, se eu quiser estabelecer uma alíquota de um imposto diferente para um filho e um estranho que recebam herança, não poderei estabelecer. Esta é a minha interpretação. Por quê? Porque não há uma faculdade para uma flexibilidade na questão da progressividade. Queria perguntar a respeito do entendimento do Relator, porque isso é muito importante para a votação (BRASIL, 1987h, p. 254).

Ironicamente, ao julgar o Recurso Extraordinário 555.511³⁷, o STF declarou a inconstitucionalidade de diferenciação de alíquotas em função do grau de parentesco, justamente o que o Constituinte José Serra pretendia.

Novamente após aplausos, sucedeu-se a votação do destaque, com a rejeição do destaque por 54 votos a 38.

Com isso, o Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização ficou com a seguinte redação: “Art. 6º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. [...] § 40. É garantido o direito de herança” (BRASIL, 1987g).

Dessa vez a garantia de herança estava destacada individualmente como um dos direitos e garantias fundamentais.

5.1.5 Do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte

A seguir, o Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de

³⁷ EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. ITCD. CONSTITUCIONALIDADE DA PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA. PARÂMETRO. GRAU DE PARENTESCO. CRITÉRIO QUE NÃO GUARDA RELAÇÃO COM A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Embora constitucional, a adoção de alíquotas progressivas para o ITCD confronta com o princípio da capacidade contributiva a utilização do grau de parentesco como critério de fixação da progressividade. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido (BRASIL, 2020).

Sistematização seguiu para a fase Plenária.

O Constituinte Paulo Delgado apresentou o destaque 1.800, pedindo a retirada do direito à herança das garantias fundamentais, o que foi objeto de deliberação na 198ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 10/2/1988. Ele sustentou em plenário justificando sua proposta:

A princípio, pode parecer a Deputados e Senadores Constituintes que o objetivo deste destaque supressivo é impedir que os brasileiros tenham o direito de, ao longo da sua vida, passarem para os seus descendentes aquilo que forem acumulando como patrimônio através do seu trabalho. [...] Nós entendemos que o direito de herança deve, sim, ser assegurado na legislação ordinária ou na competência tributária da União, em capítulos onde ele seja mais adequado, mas não entre os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Incluir tal princípio entre os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, **o que estaremos votando na verdade é a exclusão social da maioria de acesso a um direito que passa a ser elementar de cidadania.** É por isso, Sras e Srs. Constituintes, que nós entendemos que **colocar o direito de herança como direito e garantia fundamental é hierarquizar ao exagero a proteção de um direito que é patrimonial** e que por infortúnio da situação de classe de milhões de brasileiros, não está entre aqueles direitos que todos poderão adquirir em vida. E, mesmo assim, apesar de não herdar, ninguém poderá ser considerado menos brasileiro, inferior, desigual ou desqualificado. **Colocar o direito de herança ao lado do direito à vida, do direito à integridade física e moral, da liberdade de expressão e pensamento, do direito à privacidade, é colocar para fora do texto constitucional pelo menos 80% da sociedade brasileira;** é criar uma Constituição do berço de ouro, criar uma lei que não incorporará a massa do povo como cidadão de primeira grandeza. [...] o direito de herança existiu em algumas sociedades como o direito à primogenitura. Na Idade Média, entre a nobreza, como direito dos melhores, os primeiros do clã, excluía da maioria da própria família esse direito, colocando como desprotegidos a mulher e a maioria dos filhos que não eram definidos como primogênitos. **O direito de herança na sociedade brasileira, por analogia, não é definido até hoje como um direito líquido e certo para a concubina que vive, às vezes, 25, 30 anos ao lado de um homem. Os filhos adotivos há bem pouco tempo passaram a ter a proteção do Código Civil. O próprio direito de meação é jurisprudência, não estando fixado de forma definitiva. É, pois, a lei ordinária que deve regular o direito de herança dentro da evolução geral do Direito é dá sociedade.** Sr. Presidente, Srs. Constituintes, como introduzir o direito de herança como um direito fundamental? Pensamos que não há neste direito algo em si que gere a dignidade do cidadão. Não há no direito de herança algo intrínseco que possa produzir a dignidade humana, como essencialmente o produz o direito à vida, à liberdade, à privacidade e o direito de ir e vir. Esses, sim, são direitos fundamentais. A herança, na verdade, sendo introduzida na Constituição como direito fundamental, além de ser uma inovação constitucional de inspiração nobiliárquica, que nós temos que ter a coragem de enfrentar, será uma capitulação à visão reacionária que se tem da nova Constituição brasileira. [...] Por isso, somos pela supressão do direito de herança como direito fundamental e pela sua regulamentação no capítulo Do Sistema Tributário Nacional como competência do Estado de instituir impostos sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos, como prevê o art. 184, inciso I, do projeto da Comissão de Sistematização (BRASIL, 1988b, p. 467, grifo nosso).

O Constituinte Nelson Carneiro pediu a palavra:

Desta vez os culpados somos todos nós, os que votamos na Comissão de Sistematização e os que ora apoiarem o texto em exame. Em todas as Constituições brasileiras, desde 1823 até hoje, nunca se inseriu em texto constitucional que o direito à herança fosse um direito fundamental. Não é, e essa inclusão seria um disparate. Diz Pontes de Miranda: “A lei da sucessão não constitui, em Direito Internacional Privado, princípio fundamental e nem princípio de ajustamento.” [...] **Na legislação brasileira, nunca, nem no Império e nem na República, se incluiu esse texto na Constituição. E por que não se incluiu? Porque esse é um texto do Direito Privado.** Até há pouco, os filhos adotivos não tinham o direito de herdar se havia filhos legítimos anteriores. Até há pouco, os filhos adulterinos não herdavam, porque a lei tal não lhes permitia. A obrigatoriedade do direito de herança, incluído na Constituição sem qualquer limitação, representa uma demonstração de que o que nos preocupa é o dinheiro, não o trabalho. [...] **Srs. Constituintes, a herança nunca foi um direito constitucional brasileiro. Não é direito constitucional em nenhum país do mundo. Nós vamos é criar essa inovação: direito de herança obrigatório, direito de herança sem nenhuma limitação, sem sequer se dizer “na forma da lei”.** Não, é o direito de herança absoluto, como se cada um de nós em face deste texto tivesse o direito de herdar de quem formos recolher. [...] Não vamos garantir a herança, vamos garantir o trabalho para que esse trabalho represente herança. Esta é que é a herança social. O direito de herança é uma inovação da Constituição brasileira, que nunca figurou em nenhum texto anterior e não há de figurar em nenhuma Constituição do mundo. Sr. Presidente e Srs. Constituintes, **a exclusão deste texto não impedirá que quem tenha herança a receber a receba. Quem tiver herança a receber a receberá, porque este é um dispositivo da lei civil.** As Constituições que falaram em herança falaram para defender a família brasileira. Foi em 1934: “A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro.” [...] Sr. Presidente, pela primeira vez na história constitucional do mundo, no ano de 1988, se incluirá a garantia do direito de herança. Não a garantia do direito do trabalho que produz herança, mas o direito de herança para evitar o trabalho. (Palmas.) (BRASIL, 1988b, p. 42-43, grifo nosso).

O Constituinte Cid Sabóia de Carvalho então se manifestou:

[...] a sustentação do Senador Nelson Carneiro traz a impressão ao Plenário de que a herança é um pecado, é um erro, ou é um atentado à modernidade constitucional. Na verdade, não tínhamos como destinar os bens dos cidadãos se não fosse através da ordem da vocação sucessória. Na verdade, **não tínhamos como destinar os bens das pessoas que falecem, se não tivéssemos na sucessão mortis causa, as regras que serão repetidas, no futuro Código Civil Brasileiro.** Além do mais, a prescrição do direito de herança se harmoniza perfeitamente com o Código Civil em vigor, este monumento de filosofia, de doutrina, de ética e de direito que nasceu de Clóvis Beviláqua, a maior expressão jurídica deste País. Não vejo por que, Sr. Presidente, devesse-se suprimir o direito à herança [...] **Não me consta que em nenhum palanque, em nenhuma campanha eleitoral, qualquer um dos Constituintes tenha-se comprometido, em defesa do povo; a lutar contra o direito de herança. Não vejo razão para isso. Não vejo comprometimento popular. Não conheço uma aspiração popular contra a herança.** As aspirações populares são sobre a

reforma agrária, os direitos dos trabalhadores e sobre a definição de propriedade. Preocupar-se com o direito de herança nesta hora, para excluí-lo da futura Carta constitucional é, sem dúvida alguma, desviar da atenção do povo brasileiro as questões básicas e a retirada de determinados princípios. Esses, sim, não deveriam estar sendo cogitados na presente Assembléia Nacional Constituinte. Qual o mal da garantia constitucional para o direito hereditário? [...] Sr. Presidente, que venha esta modernidade, mesmo que seja a única neste século, neste mundo ocidental, ou, talvez, reunindo todos os mundos (BRASIL, 1988b, p. 468, grifo nosso).

O destaque foi submetido a votação e a emenda foi rejeitada por 291 votos a 182, com 5 abstenções. E assim, embora tenha sido alterada a redação do *caput*, a numeração do artigo e alterado de parágrafo para inciso, a garantia à herança foi incluída como direito fundamental na redação final do Projeto de Constituição (D):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988b, p. 468, grifo nosso).

E foi assim que o direito de herança foi incluído entre as garantias fundamentais.

5.1.6 Entendendo a garantia ao direito fundamental à herança

A pesquisa histórica foi importante para tentar compreender os motivos pelos quais os Constituintes incluíram o direito à herança como uma garantia fundamental. O estranhamento deste direito fundamental se fez presente durante a Assembleia Constituinte, mas o contexto de guerra fria influenciou fortemente os debates.

Os mais acalorados debates se deram com o questionamento do próprio regime capitalista, já que no socialismo não há direito a herança. Assim, a tributação sobre a herança foi o ponto mais questionado, com Constituintes tentando, desde a isenção total de tributos e emolumentos, até uma elevada e progressiva tributação.

A conclusão, pelas discussões e debates nas Subcomissões, Comissões e no Plenário, é de que os Constituintes tinham plena consciência quanto à perspectiva que fundamentou a inclusão, qual seja, a de garantir a destinação dos bens além da vida; contudo, compreender que a vontade da Constituinte foi reforçar o regime capitalista, assegurando o direito de propriedade além da vida, auxilia na forma como podemos interpretar a figura do herdeiro necessário, quanto à possível

discriminação do artigo 1.845 do Código Civil, que inclui o cônjuge como herdeiro necessário, deixando o companheiro de fora.

Isso não significa, necessariamente, que tal deva ser o significado atribuído ao instituto hoje, tendo-se em vista as limitações da hermenêutica histórica.

Ainda assim, é possível falar-se que há grande subversão de valores, quando se analisa o direito fundamental à herança. Ao invés de se tentar interpretar a garantia à herança em sua dimensão constitucional, para então questionar-se a legislação infraconstitucional, faz-se o contrário, isto é, a legislação infraconstitucional é utilizada com a finalidade de imprimir, ao direito à herança, uma dupla dimensão. Desse modo, presume-se, de maneira equivocada, que ela seja aplicável tanto sob a perspectiva do autor da herança, quanto sob a do herdeiro.

Sob a perspectiva do herdeiro, ela é absolutamente ineficaz, pois, como reiteradamente afirmado ao longo das discussões realizadas durante a Assembleia Constituinte, a condição de herdeiro era, é e continuará sendo estabelecida pela legislação infraconstitucional, ou seja, é impossível assegurar-se uma garantia fundamental a sujeito incerto e indefinido, subordinado à legislação infraconstitucional, que, por se revestir de natureza flutuante, é mutável todo o tempo conforme as circunstâncias.

Vale destacar a posição do Supremo Tribunal Federal, ao analisar Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.715-DF. Tratava-se de requerimento de declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.597, de 10/11/1997, que dispunha sobre recursos não reclamados correspondentes às contas de depósitos não recadastradas. Após trinta dias, os valores não recolhidos nem contestados passariam para o domínio da União. Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa firmou posicionamento no seguinte sentido: A Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado. (BRASIL, 1998)

O direito de propriedade, contudo, não deve ser considerado de maneira absoluta, devendo ser analisado de forma equilibrada entre a liberdade e a solidariedade familiar³⁸.

³⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

5.2 REPENSANDO A QUOTA LEGÍTIMA: O EQUILÍBRIO ENTRE SOLIDARIEDADE E LIBERDADE

A evolução do tratamento jurídico das famílias revela movimento pendular entre dois valores caros ao atual sistema jurídico. A necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais que, na intimidade do processo familiar, possa propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes. Por outro lado, a tutela das vulnerabilidades e assimetrias para que a vida comum se estabeleça em ambiente de igualdade de direitos e deveres. (TEPEDINO, 2016).

Todos os sistemas sucessórios oscilam entre a prevalência da sucessão legítima e a liberdade de testar. A liberdade individual, baseada na inviolabilidade da intimidade e da vida privada, deve ser harmonizada com a atuação positiva em prol da solidariedade familiar.

A discussão sobre a legítima não é de maneira alguma nova. Antônio Coelho Rodrigues (COSTA FILHO, 2014, p. 57) foi contratado pelo Imperador Dom Pedro II para a elaboração de um Projeto de Código Civil Brasileiro, em 2 de julho de 1890. Ele se afastou da atividade política e da advocacia, viajou para a Suíça para formular o projeto, que foi entregue em 1893 (BEVILÁQUA, 2012, p. 497). Entretanto, o projeto foi pomposamente rechaçado pelo Governo de Floriano Peixoto, por questões políticas (COSTA FILHO, 2014, p. 57).

Em seu projeto, Antônio Coelho Rodrigues chegou a propor a supressão por completo da quota legitimária. É interessante como os argumentos antilegitimistas se transformaram ao longo do tempo (DELGADO, 2018). À época, o fundamento para supressão da legítima era o restabelecer da autoridade paterna, argumentando Antônio Coelho Rodrigues que a quota legítima faz do filho um credor de seus pais, e ainda seria um desestímulo para o trabalho (NONATO, 1957, p. 363).

Hoje, é justamente o contrário: fala-se da transformação sociológica — aumento da longevidade e queda de natalidade — e jurídica — instituição de outros mecanismos de proteção do princípio da solidariedade da família para se questionar a eficácia, utilidade e conveniência da legítima. Fato é que, passado mais de um século, a discussão é cada dia mais atual, devendo abranger não apenas quais

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

membros que se quer proteger, como também os próprios limites da proteção, evidenciando como o Direito Sucessório não acompanhou as evoluções sociais, principalmente quando comparado ao Direito de Família.

É nesse contexto que surge o conflito entre o caráter institucionalista da família e a autonomia privada de um indivíduo, sendo necessária a definição dos limites de intervenção do Estado. Um conflito de interesses constitucionais que precisa ser resolvido em sede infraconstitucional.

Não há, contudo, um antagonismo entre as posições. Liberdade e solidariedade caminham de modo integrado, como binômio inseparável (TEPEDINO, 2021, p. 4). Para Habermas, interesses individuais e coletivos são complementares, já que têm origem conjunta. Na sociedade democrática, a autonomia privada é a legitimação para o exercício da autonomia pública (BUCAR; MUCILO, 2021, p. 89).

Os principais argumentos em defesa da preservação da legítima são a solidariedade familiar e a função social da propriedade. Contudo, na prática os herdeiros necessários são tratados de maneira neutra, igualmente, mas em uma concepção de igualdade formal, que, como amplamente debatido, não mais se enquadra no conceito constitucional contemporâneo de igualdade.

Isso porque a tutela sucessória é demasiadamente neutra, sem qualquer preocupação com as especificidades daqueles que são herdeiros, ou até mesmo de seus vínculos com os bens inventariados (NEVARES, 2018), ou seja, o sistema sucessório apresenta segurança jurídica e estabilidade, mas desconsidera valores fundamentais e até mesmo a própria vontade do testador.

A condição de herdeiro necessário atribuída aos cônjuges e companheiros é bastante questionável, resultando em uma extensão da comunhão de vidas do casamento para além do próprio vínculo conjugal. Na tentativa de coibir o que poderia ser considerado interesse monetário, a jurisprudência tem dado interpretação heterodoxa — para dizer o mínimo — a vários artigos do Código Civil de 2002 que tratam da sucessão do cônjuge, sempre no caminho de restrição dos direitos.

Nos termos do artigo 1.831, é assegurado ao cônjuge o direito real de habitação quanto ao imóvel que servia de lar conjugal, bastando que seja o único imóvel de tal natureza a se inventariar. Contudo, em um caso específico, o TJRS entendeu que, apesar de o imóvel que serviu de lar conjugal ser o único imóvel residencial inventariado, a viúva possuía um imóvel particular, motivo pelo qual ela

não teria o direito real de habitação:

TJRS, Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70 060 165 313. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.7.2014:

“Inventário. Direito real de habitação da viúva, que é proprietária de outro imóvel. 1. O direito real de habitação é instituto de natureza eminentemente protetiva do cônjuge ou do companheiro supérstite, para que não fique desamparado após a morte de seu par, situação que não se verifica no caso, onde restou cabalmente demonstrado que a autora é proprietária de outro imóvel próprio para moradia. 2. Havendo herdeiras necessárias, não pode o direito delas sobre o único imóvel inventariado ser obstado, pelo reconhecimento do direito real de habitação à viúva, que possui outro imóvel e pode nele residir. Recurso provido” (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O exemplo mais interessante, contudo, é o do REsp 1.111.095/RJ, em que a Quarta Turma do STJ entendeu que, ao eleger o regime da separação de bens, os nubentes pretendiam uma separação total de seu patrimônio, inclusive sucessória. Assim, foi mantido o testamento que excluía a mulher, mesmo após a mudança do Código Civil de 2002, que elevou o cônjuge à posição de herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido (BRASIL, 2009).

Ainda que houvesse discussão sobre direito intertemporal, fato é que o cônjuge foi considerado um herdeiro facultativo. Pouco se fala, já que estamos analisando a questão sucessória do cônjuge e do companheiro, é que o direito à herança está inserido no artigo 5º da Constituição Federal como uma garantia fundamental.

Schreiber e Lustosa (2016, p. 861) lembram-se de como o direito de família está diretamente relacionado às questões patrimoniais, de maneira que demandas movidas exclusivamente por interesses financeiros sempre existiram e continuarão a existir. Não é a simples supressão da legítima que vai solucionar a questão.

Outro exemplo de interpretação heterodoxa é quanto à defesa da permissão de se dispor da herança em pactos antenupciais, o que é expressamente permitido na Bélgica e em Portugal (NEVARES, 2020, p. 33), mas que aqui encontram óbice no artigo 426 do Código Civil, o qual proíbe que a herança de pessoa viva seja objeto de contrato. Alguns tratam como sendo uma renúncia prévia “ao direito concorrencial” (DELGADO; MARINHO, 2019, p. 21).

Embora seja possível questionar-se a *pacta corvina*, fato é que se trata de uma “hermenêutica” que parte do final: objetiva-se a possibilidade de exclusão do cônjuge da sucessão, retirando-o de sua condição de herdeiro necessário e, a partir dessa finalidade, todo o resto é reestruturado e interpretado da única maneira possível para que esse resultado aconteça.

Também neste sentido, Felipe Frank (2017) entende a autonomia privada como o poder do indivíduo de regulamentar, por meio do negócio jurídico, dentro dos limites legais e sob a ponderação com outros valores constitucionais, a busca pelo livre desenvolvimento de sua personalidade, o que inclui o direito de família e o direito sucessório. Por isso, ele defende a possibilidade de inclusão em pacto antenupcial das disposições sucessórias:

inócuo aplicar as restrições existentes à renúncia da herança (ato jurídico em sentido estrito, unilateral e não receptício) e ao testamento (negócio jurídico unilateral) ao pacto antenupcial (negócio jurídico bilateral de direito de família). Isso porque a renúncia e o testamento foram cunhados sob a premissa de exercício da liberdade potestativa do renunciante e do testador (mentalidade patrimonial), ao passo que o pacto antenupcial foi cunhado sob a premissa da liberdade correlacional (mentalidade existencial), estruturada por meio de negócio jurídico bilateral e resignificada pelos mais diversos princípios constitucionais (FRANK, 2017, p. 196).

Bucar (2021) vai além, defendendo a utilização de negócios jurídicos bilaterais no direito sucessório, tanto de maneira horizontal (entre cônjuges e companheiros), quanto de maneira vertical (entre ascendentes e descendentes) como forma de “planejamento patrimonial”. Ele entende ser desarrazoado o impedimento para pactos que dispõem sobre a qualidade que faz o herdeiro adquirir bens, funcionalizando o livre desenvolvimento da personalidade, sem que configure uma disposição sobre o patrimônio hereditário.

Entretanto, Bucar reconhece expressamente que seu posicionamento é contrário à doutrina e jurisprudência majoritária e que seu objetivo com essa afirmação era apenas abrir o debate.

O fundamento da doutrina para justificar a legítima e sua intangibilidade seria o vínculo familiar e a especial proteção que o Estado dispensa às famílias. Tradicionalmente, afirma-se que a sucessão legítima tem por fundamento a “vontade presumida do defunto” (MAXIMILIANO, 1937, p. 152-153), com base em seus vínculos familiares de sangue, e pela afeição e amor que se supõe existir (OLIVEIRA, 1929).

A quota legitimária derivaria de uma obrigação de não deixar desamparados os membros mais próximos da comunidade familiar, em virtude da morte de um deles, o que faria presumir a vontade do *de cujus* de beneficiá-los, em razão da afeição e amor supostamente existentes.

Entretanto, como já abordado, a família sofreu tantas transformações que a presunção legal não mais reflete a vontade do indivíduo, tornando-se a reserva legal dos herdeiros necessários um obstáculo para a liberdade e até mesmo para a solidariedade familiar.

Em tempos de afetos líquidos (BAUMAN, 2004) e uma população envelhecida, a limitação demasiada pela transmissão hereditária, forçada, fomenta o egoísmo do herdeiro. A legítima cria uma nefasta expectativa de herança aos herdeiros necessários, gerando até mau agouro, porque não se trata propriamente de um direito, nem mesmo um direito futuro, já que não existe herança de pessoa viva.

A regulamentação das relações entre particulares é presidida por um princípio de liberdade. As restrições às liberdades somente se justificam na medida em que protejam ou promovam liberdades de outras pessoas e grupos sociais. Por um lado, isso significa a reconsideração de restrições abstratas a liberdades com base na sua justificativa e coerência.

A liberdade no âmbito familiar foi acompanhada pela transferência de responsabilidade aos outros indivíduos. O limite da liberdade teria fundamento no dever de mútua assistência, que decorre da solidariedade familiar (MATOS; TEIXEIRA, 2021). Esta constatação impõe a reconsideração de restrições abstratas às liberdades, sob justificativa alicerçada no Direito Civil Brasileiro contemporâneo.

Os objetivos da reserva legitimária vêm sendo severamente questionados. A crescente complexidade das demandas sociais se confrontou com uma legislação antiga, que deixou de refletir os modelos sociais e familiares. Por isso, o chamado planejamento sucessório ganhou terreno, mas seu alcance é muito restrito, já que

inevitavelmente limitado pela intangibilidade da legítima (BUCAR; TEIXEIRA, 2019).

Fato é que o legislador não consegue reduzir a uma norma abstrata toda a variedade e individualidade das relações familiares contemporâneas. O direito sucessório contemporâneo precisa, de maneira clara, combinar disposições mínimas de garantias aos herdeiros necessários que, de fato são vulneráveis, com a autonomia privada do autor da herança.

A ampliação da liberdade testamentária pode fomentar uma solidariedade familiar autêntica, fundada na gratidão decorrente de um cuidado genuíno do beneficiário em relação ao autor da herança e não em uma transmissão hereditária forçada. Além disso, poderia ser uma forma efetiva de promoção da solidariedade familiar, considerando o testador as condições individuais dos herdeiros.

A solidariedade social é um objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, I), mas esse princípio repercute nas relações familiares, unindo e vinculando os membros da instituição (OLIVEIRA FILHO, 2000). A solidariedade nesse contexto implica respeito e considerações mútuas em relação aos membros da família, mas tem repercussões de ordem econômica, fundamentando, por exemplo, o direito de exigir alimentos, como previsto nos artigos 1.694 e seguintes. do Código Civil (TATURCE, 2006).

Entretanto, isto não implica, de maneira alguma, em direito à herança, até porque a própria lei traz meios para assegurar uma vida digna ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, como previsto no artigo 1.831 do Código Civil e, anteriormente, no parágrafo único do artigo 7º, da Lei 9.278/96.

Schreiber e Viégas (2019, p. 240-241) defendem que a “inspiração solidarista que deve nortear a funcionalização da legítima”, para restringir a capacidade de disposição de bens pelo autor da herança, deve ter como fundamento as necessidades econômicas dos beneficiados.

Assim, até mesmo por orientação da Constituição Federal (art. 227) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), inegável a necessidade de amparo e assistência às crianças e adolescentes, já que há presunção de dependência econômica em relação aos pais.

Quanto aos filhos com deficiência, Souza e Júnior (2021, p. 10) defendem que eles só devem ser protegidos nos casos de incapacidade reconhecida por lei ou de comprovada dependência econômica:

Qualquer entendimento contrário viola as disposições da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146/2015), que visam a emancipação e inclusão social (BARBOZA; ALMEIDA, 2018). Presumir que qualquer pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º do EPD, apresenta necessidade econômica a ponto de atrair a solidariedade familiar para fins da legítima pode incorrer em odiosa discriminação, que desconsidera o modelo social da deficiência hoje adotado.

As pessoas idosas também podem ser beneficiárias de solidariedade alimentar, como previsto no artigo 12 do Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/03). Nestes casos em que há dependência econômica, o recebimento de parcela do patrimônio garantiria meios de subsistência para realização de sua dignidade, sem que seja necessário controle de escolhas existenciais por pessoas próximas, motivados por dependência econômica ou interesses materiais.

Da mesma forma, os cônjuges e companheiros incapazes ou idosos também podem ser beneficiários de solidariedade alimentar, ainda que de maneira transitória, baseado no grau de dificuldade de sua inserção no mercado de trabalho e no grau de dependência econômica.

Sintetizando, Hironaka (2019, p. 499) defende de maneira simples que o princípio da solidariedade familiar quanto à quota legitimária seria atendido se houvesse a consideração quanto à vulnerabilidade dos herdeiros, aqueles a quem o falecido, caso tivesse vivo, teria o dever de prestar alimentos ou de sustentar, de modo a assegurar um patrimônio mínimo e uma vida digna a essas pessoas.

Nevares vai um pouco além, considerando, ainda, os vínculos dos herdeiros que compõem a herança. É muito comum no Brasil que tenha um filho que residia com o ascendente, autor da herança, ou que construiu uma casa no mesmo lote que lhe serve de moradia, fatos que devem ser considerados na individualidade dos herdeiros:

Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros com deficiência, idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar (NEVARES, 2020, p. 32).

Fica evidente que há uma contradição na ampliação das escolhas de arranjos familiares e uma hostilidade à autonomia sucessória. O dogma intangibilidade da

legítima, baseado em uma postura paternalista apegada a valores familiares oitocentistas, precisa dar lugar a uma legítima que promova uma vida digna aos herdeiros, considerando se há dependência econômica e vulnerabilidades dentro da dinâmica familiar (SOUZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2021, p. 11).

Embora haja razoável concordância entre Hironaka, Nevares e Souza e Júnior quanto à quota legítima, sendo destinada aos herdeiros vulneráveis e que sejam dependentes econômicos do autor da herança, o mesmo não pode ser dito quanto à forma de sua implementação, até mesmo por ser a solidariedade extremamente subjetiva.

Souza e Júnior (2021, p. 12) defendem que “a manutenção da legítima se justifica somente no caso de herdeiros economicamente vulneráveis, em que é deferida no percentual de 50% do patrimônio nos termos atualmente em vigor”.

Nevares, por sua vez, defendeu o Projeto de Lei 3.799 de 2019 (THRONICKE, 2019), elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, afirmando que ele amplia “a autonomia sucessória na esfera conjugal, sem descuidar do consorte vulnerável” (NEVARES, 2020, p. 33).

O Projeto de Lei, que está em tramitação, aguardando designação de relator desde 2/2/2022, propõe as seguintes mudanças, sintetizadas por Nevares:

(i) O cônjuge e o companheiro não mais integrarão a categoria de herdeiros necessários. (ii) Para excluir o cônjuge ou o companheiro da sucessão bastará que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar, sendo certo que o cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito à constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência, sendo dito capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, sendo inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação. O direito ao capital ou à renda ora mencionados não serão atribuídos àquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserdação. (iii) Será permitido ao testador destinar 1/4 da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade, considerando como pessoa com vulnerabilidade toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação à sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Esta disposição não afetará a cota disponível (NEVARES, 2020, p. 33-34).

Nesse projeto, há a exclusão do cônjuge e companheiro como herdeiro necessário, com ressalvas que garantem sua proteção em caso de vulnerabilidade.

Contudo, não há qualquer evolução quanto ao tratamento isonômico entre os descendentes e ascendentes, sem se considerar a condição individual de cada um.

Bruno Marques Ribeiro (2020) defendeu em sua tese de doutorado que ainda se justifica a manutenção da legítima dentro de uma releitura civil-constitucional, fundada na solidariedade. Contudo, reconhecendo a função social da legítima para proteger aqueles herdeiros que se encontram em estado de vulnerabilidade, ele propôs diversas mudanças ao direito sucessório.

Quanto ao rol dos herdeiros necessários, Ribeiro (2020, p. 200) defendeu a exclusão dos cônjuges e companheiros, mas com a garantia do direito real de habitação sobre o imóvel que residem. Além disso, sugeriu limitar a legítima aos ascendentes idosos e aos descendentes que sejam enquadrados como dependentes para fins de benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Ele ainda defendeu a ampliação das hipóteses de deserdação para incluir o abandono afetivo.

Em relação à quota legitimária, Ribeiro (2020, p. 201) defendeu sua redução para $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos bens da herança, cogitando uma variabilidade, até o máximo de $\frac{1}{3}$ (um terço) em caso de muitos herdeiros necessários. Ele ainda defendeu uma quota variável em função dos bens, de maneira que quanto mais bens, menor seja a porcentagem da reserva legítima.

Nesse ponto, é de se destacar que a simples redução da quota legítima seria simplesmente ignorar o real problema que precisa ser enfrentado: as regras sucessórias vigentes não se mostram adequadas para o modelo contemporâneo da família democrática.

Não se nega que são inúmeras as variáveis para criação de uma regra geral sucessória, mas o cenário em que efetivamente todos esses interesses poderiam ser contemplados seria com uma legítima dinâmica, considerada a disparidade entre a situação econômica do autor da herança e individualmente a de cada um dos herdeiros necessários, bem como o número deles.

Ante a impossibilidade de previsão de tantos cenários, é preciso relembrarmos que uma maior liberdade ao testador não significa necessariamente um prejuízo para a solidariedade familiar. O autor da herança é quem melhor pode estabelecer um critério que salvguarde seus sucessores de uma maneira mais eficiente, limitando-se a lei a resguardar tão somente aqueles que poderiam ser beneficiários de solidariedade alimentar.

Ao analisar a jurisprudência do STJ quanto às normas de Direito Internacional Privado, Xavier (2011, p. 107) aponta uma valorização da autonomia privada dos cônjuges; uma valorização coerente com o Direito de Família Mínimo, a qual defende que só deve haver intervenção em situações de vulnerabilidade (XAVIER; XAVIER, 2022). Contudo, é de se questionar se a mútua assistência seria um critério justo para inclusão de um indivíduo como herdeiro necessário.

Não é incomum que um indivíduo, em seu segundo relacionamento, arque com alimentos para um ex-cônjuge ou companheiro. Sob essa perspectiva, seria possível, por exemplo, que ex-cônjuges e companheiros, anos após o rompimento do vínculo afetivo, pudessem ter direito a uma reserva hereditária. E, numa situação ainda mais inusitada, o segundo cônjuge ou companheiro poderia ter independência financeira e, dentro desse critério, não ser considerado herdeiro necessário. Trata-se de uma situação absurda.

Da mesma forma, sob a perspectiva dos descendentes, os pais têm o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores³⁹, em decorrência da autoridade parental. Trata-se de uma responsabilidade patrimonial que, salvo exceções, não subsiste por prazo indefinido, e se limita ao sustento, sem nenhuma correlação direta com o patrimônio acumulado, a não ser para fins de mensuração da capacidade. Não existe obrigação de contemplar os descendentes com patrimônio.

A função social da propriedade pressupõe uma sintonia com o respectivo interesse coletivo, sem suprimir uma liberdade individual, que será tutelada na medida e na forma do próprio ordenamento jurídico (BUCAR; MUCILO, 2021, p. 98).

Entretanto, a sucessão legítima não tem uma relação direta com um interesse público comunitário, pensando-se na função social da propriedade sob a perspectiva de redução de desigualdades e de redistribuição de riquezas. A reserva legítima do patrimônio do herdeiro gera concentração da riqueza, como consequência de um processo cumulativo, como demonstrado por Piketty (2014).

E, sob a perspectiva da solidariedade familiar daqueles vulneráveis, não é necessariamente a reserva legitimária que lhes pode garantir o sustento. Essa obrigação continuada guarda relação com o direito previdenciário e não necessariamente é melhor atendida pela transferência direta de patrimônio quando

³⁹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

da sucessão.

O deferimento da legítima àqueles que dependiam economicamente do autor da herança é, em essência, tratar a quota legitimária como uma previdência privada que vai garantir uma vida digna àqueles que dependiam economicamente do autor da herança.

O caminho de realização pessoal na família pertence aos indivíduos, de forma exclusiva. Soa ilegítima a interferência de um terceiro, principalmente quando se trata de pessoas potencialmente livres e iguais. A ingerência estatal só é válida tão somente para garantir espaços para o exercício das liberdades, a fim de que a pessoa se realize, à medida de suas necessidades e dignidade.

Walsir Edson Rodrigues Júnior (2021, v. 1, p. 113) defende que, no confronto entre autonomia privada e solidariedade familiar, seja instituída uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, como forma eficaz e proporcional de se atender ao dever de assistência, mas sem que signifique limitação da autonomia privada do testador. E, por isso, propõe expressamente a extinção da quota legítima.

Não se nega, contudo, que a valorização da autonomia privada pode trazer um rol próprio de desafios, privilegiando posicionamentos individualistas em detrimento do *ethos* da sociedade (XAVIER; XAVIER, 2022). Contudo, é possível que haja um direcionamento pelo Estado para incentivar que os indivíduos realizem a escolha que é considerada mais adequada dentro de uma moral institucionalizada.

O paternalismo libertário é uma corrente teórica surgida da *Behavioral Law and Economics* (RIBEIRO; DOMINGUES, 2021), servindo como arcabouço teórico e justificativa para adoção de mecanismos da Economia Comportamental, voltada para o desenho de políticas públicas, sem que sejam ultrapassados os limites da ação interventiva estatal desejável, preservando a liberdade de escolha individual. Ele se consubstancia em uma influência sobre as escolhas individuais, segundo critérios de mensuração tão objetivos quanto seja possível, mas sem impedir que sejam feitas escolhas diferentes.

Esta corrente buscou se afastar da noção clássica de paternalismo, em que o estado possuía uma interferência muito mais incisiva na forma de disciplinar aqueles comportamentos considerados indesejados. Assim, no lugar da proibição, dá-se ênfase às possibilidades de guiar, orientar e influenciar (RAMOS, 2021).

Nesse sentido, seria possível uma abertura ao endosso de opções segundo um ponto médio entre o liberalismo e o paternalismo coercitivo (KANAYAMA, 2013,

p. 221). No paternalismo libertário é mantida a liberdade de escolha, mas há um incentivo para a escolha considerada adequada pelo *ethos* social.

Aplicando o paternalismo-libertário à legítima, é difícil pensar em incentivos que não sejam diretamente ligados à alíquota do ITC(M)D, como uma diferenciação de alíquotas.

Importante lembrar que ao julgar o Recurso Extraordinário 555.511, o STF declarou a inconstitucionalidade de diferenciação de alíquotas em função do grau de parentesco, mas o fundamento para a inconstitucionalidade foi justamente que essa diferenciação não guardava relação com a capacidade contributiva; contudo, se estivéssemos beneficiando aqueles que são vulneráveis, baseados no critério de solidariedade familiar, não haveria inconstitucionalidade, já que se trata de um critério de progressividade tributária que leva em consideração justamente a ausência de capacidade contributiva do herdeiro para beneficiá-lo.

Assim, é possível afirmar que o direito sucessório não acompanhou as evoluções da família ao longo do século XX, adotando, ainda, ideias e dogmas que não mais se mostram condizentes com os valores de uma sociedade democrática.

Nesse sentido, há razoável concordância na doutrina para que cônjuge e companheiro necessário não sejam considerados herdeiros necessários, sendo plenamente possível qualquer alteração legislativa nesse sentido, sem qualquer óbice constitucional.

São necessárias alterações legislativas que assegurem maior liberdade para o autor da herança, mas, quanto à sucessão legitimária, ainda é cedo para defender-se o seu fim como um todo.

A divergência na doutrina é muito grande e as supostas soluções — como a de se considerar herdeiros necessários em decorrência de uma solidariedade alimentar — geram mais dificuldades do que efetivamente respostas. É preciso maturidade e aprofundamento nas pesquisas, buscando-se ainda uma demonstração empírica da suposta “ampla aceitação social” que a legítima teria perante a sociedade, bem como uma melhor forma de compatibilizar a liberdade com os interesses de possíveis familiares que dependam economicamente do autor da herança.

6 CONCLUSÃO

De todas as mudanças contemporâneas, a democratização das relações pessoais na família está entre as mais importantes. A incorporação de princípios democráticos em atos cotidianos revoluciona a forma como o indivíduo pensa sobre si mesmo e como estabelece laços e ligações com os outros, passando a se orientar pelos princípios da igualdade, da liberdade e do pluralismo.

O Direito é um sistema que demanda coerência e harmonia entre seus diversos elementos para seu funcionamento. O sistema, contudo, não é fechado, e está em constante estado de complementação e evolução por meio de elementos extraídos da realidade social.

Para interpretar a norma, o jurista não pode ignorar sua condição histórico-ideológica, mas também não pode propor que seja essa bagagem externa ao sistema jurídico a construir a garantia de justiça.

A consideração de tal impacto social na análise de constitucionalidade deve dar-se pela análise e ponderação dos princípios constitucionais em jogo. Nesse sentido, só é viável uma interpretação extensiva quando se der tecnicamente, mediante análise da *ratio* do dispositivo e da presença de justificativa.

A aplicação dos princípios constitucionais ocorre de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo, dentro da metodologia civil-constitucional.

Do ponto de vista histórico, essas alterações na família são extremamente recentes. Por muitos séculos a família foi ditada pela religião, mais especificamente pela Igreja Católica, mas ainda persiste influência religiosa, principalmente pelos estereótipos e preconceitos que dominam os padrões estruturais da sociedade.

Além de ser um direito fundamental, a igualdade também é um princípio interpretativo de outros direitos fundamentais, sendo importante para o controle de constitucionalidade, que impõe limites à atividade estatal. Essa dimensão orienta a busca de racionalidade de diferenciação quando há tratamento desigual. As classificações são constitucionais, quando o critério de tratamento diferenciado é legítimo dentro dos objetivos estatais.

O tratamento diferenciado entre união estável e casamento é fruto da injusta discriminação. Essa diferenciação influencia nas escolhas fundamentais na vida dos indivíduos, gerando um cerceamento da liberdade e da autonomia privada,

porquanto, ao invés de terem a liberdade para eleger a forma de constituição de família livremente, as pessoas passam a ter que escolher em primeiro lugar o regime jurídico a que desejam se submeter.

União estável e família são apenas formas diferentes de constituição de família, e essa diversidade deve servir para prestigiar a autonomia privada dos indivíduos. Nesse sentido, não há qualquer justificativa para o tratamento diferenciado entre eles que não decorra da solenidade do ato, questões relativas às formalidades, já que esta é a diferença intrínseca entre os institutos.

Portanto, não há dúvidas de que a equiparação sucessória entre união estável e casamento deve ser total. O companheiro, assim como o cônjuge, deve ser considerado herdeiro necessário.

Nesse aspecto, é interessante ressaltar a contradição do Código Civil de 2002, que reforçou a condição sucessória do cônjuge, elevando-o a herdeiro necessário, paradoxalmente na época em que houve a facilitação da dissolução do vínculo conjugal. E, ao mesmo tempo, acabou por retroceder o direito do companheiro, atribuindo-lhe uma menor proteção sucessória do que a até então prevista pela Lei 8.971.

Não há como negar, contudo, que a existência de regimes jurídicos diferentes, entre união estável e casamento, dava, aos indivíduos que se relacionavam afetivamente, uma possibilidade de não participarem da sucessão do outro.

Em sendo o companheiro um herdeiro facultativo, era possível sua exclusão da sucessão, desde que o autor da herança dispusesse da integralidade de seu patrimônio mediante testamento. Havia uma forma de família em que o indivíduo poderia excluir seu consorte da sucessão, o que não é mais possível.

Neste ponto, é interessante observar como a maioria dos argumentos daqueles que defendem a posição de que o companheiro não se tornou herdeiro necessário é bastante pertinente para a defesa da exclusão de cônjuges e companheiros do rol de herdeiros necessários, o que mostra uma interpretação baseada primeiro na finalidade que se busca atingir, para depois considerar a lógica única do sistema jurídico.

Uma proposta de simples redução da quota legítima, dos atuais 50% (cinquenta por cento) para $\frac{1}{3}$ (um terço) ou $\frac{1}{4}$ (um quarto), seria simplesmente ignorar o problema maior: as regras sucessórias vigentes não se mostram

adequadas para o modelo contemporâneo da família democrática. É necessário enfrentar as discussões sobre a própria natureza e finalidade da legítima, considerando todos os princípios envolvidos.

A garantia ao direito fundamental à herança não deve ser interpretada sob a perspectiva do herdeiro, como uma limitação imposta ao autor da herança, o que conferiria a este uma condição de devedor daquele de quem seria herdeiro necessário; ela deve ser interpretada sob o ponto de vista do autor da herança, em decorrência do direito de propriedade para além da vida, garantindo-lhe a possibilidade de destinar os seus bens após a sua morte.

É importante reiterar que a sucessão legítima não tem uma relação direta com um interesse público comunitário, pensando-se na função social da propriedade como forma de redução de desigualdades e de redistribuição de riquezas. Pelo contrário, a reserva legítima gera concentração da riqueza, como consequência de um processo cumulativo.

É surpreendente que sigam atuais as discussões que precederam à elaboração do Código Civil de 1916, tendo sido destacado o projeto de Antônio Coelho Rodrigues, que em 1893 já previa o fim da legítima, que é provavelmente o tema mais contemporâneo na atualização do Direito Sucessório brasileiro.

Fato é que todos os sistemas sucessórios oscilam entre a prevalência da sucessão legítima e a liberdade de testar. A liberdade individual, baseada na inviolabilidade da intimidade e da vida privada, deve ser harmonizada com a atuação positiva em prol da solidariedade familiar.

Entre cônjuges e companheiros, há razoável consenso na doutrina pela valorização da autonomia privada, de maneira que seja possível a recíproca exclusão da sucessão um do outro.

Para proporcionar a realização da dignidade, observa-se o movimento de privatização da família, assegurando-se maior liberdade nas escolhas existenciais que propiciam o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes.

Contudo, esse pluralismo das famílias democráticas ainda não é refletido nas normas de direito sucessório, que segue reproduzindo um sistema rígido de normas cogentes, principalmente quanto à suposta intangibilidade da herança. Assim, é muito importante para a promoção da dignidade e da liberdade dos indivíduos a exclusão de cônjuges e companheiros do rol de herdeiros necessários.

É possível, ainda, pensar no fim da legítima como um todo. Contudo, a

doutrina vem argumentando que a legítima serviria para a promoção da solidariedade familiar, defendendo que ela fosse destinada aos herdeiros vulneráveis, que em geral seriam aqueles dependentes econômicos do autor da herança. Entretanto, ainda não há nenhuma proposta objetivamente viável de como atingir esta finalidade.

Sob a ótica daqueles parentes vulneráveis, não é necessariamente a reserva legitimária que pode lhes garantir o sustento. Essa obrigação continuada guarda relação mais próxima com o Direito Previdenciário, de maneira que essa necessidade não é melhor atendida pela transferência direta de patrimônio, de uma única vez, quando da sucessão.

Deve-se lembrar, ainda, que entre cônjuges e companheiros existem outras formas de assegurar a dignidade do companheiro sobrevivente, como o direito real de habitação sob o imóvel que serviu de lar conjugal, e as questões previdenciárias já mencionadas. Alternativas pouco exploradas nesse sentido seriam a admissibilidade de se deferir alimentos e a constituição de renda para os herdeiros vulneráveis em relação ao espólio.

O deferimento da legítima àqueles que dependiam economicamente do autor da herança é, em essência, tratar a quota legitimária como uma previdência privada que vai garantir uma vida digna. Entre cônjuges e companheiros, essa lógica levaria à utilização da mútua assistência como critério para inclusão de um indivíduo como herdeiro necessário, o que é bastante problemático.

Não é incomum que um indivíduo, em seu segundo relacionamento, arque com alimentos para um ex-cônjuge ou companheiro. Sob essa perspectiva, seria possível, que ex-cônjuges e companheiros, anos após o rompimento do vínculo afetivo, pudessem ter direito a uma reserva hereditária.

E, numa situação ainda mais inusitada, caso o segundo cônjuge ou companheiro fosse financeiramente independente, teríamos uma situação em que o ex-cônjuge ou companheiro seria herdeiro necessário e o atual não. Trata-se de uma situação absurda. Portanto, não há dúvidas, em qualquer cenário, que a remoção de cônjuge e companheiro do rol de herdeiros necessários não implica em prejuízo para a solidariedade familiar.

Analisando a solidariedade familiar sob a perspectiva dos descendentes, os pais têm o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores, em decorrência da autoridade parental. Trata-se de uma responsabilidade patrimonial que, salvo

exceções, não subsiste por prazo indefinido, e se limita ao sustento, sem nenhuma correlação direta com o patrimônio acumulado, a não ser para fins de mensuração da capacidade. Não existe obrigação de contemplar os descendentes com patrimônio.

Por fim, sob a perspectiva da utilização da solidariedade familiar como critério para a condição de herdeiro necessário, não se pode esquecer os parentes colaterais, que não estão previstos no artigo 1.845 do Código Civil. Seria o caso, por exemplo, de um indivíduo que tem um irmão incapaz, mas que é casado e possui descendentes. Esse parente colateral poderia pleitear alimentos do irmão, mas seria excluído de sua sucessão, mesmo que seja dependente econômico dele.

Ante a impossibilidade de prever tantos cenários, é fácil apontar inúmeras inconsistências na utilização deste critério, e a tentativa de criação de regras abstratas que tentem solucionar todas estas hipóteses acabam criando ainda mais contradições.

Por isso, é preciso lembrar que uma maior liberdade ao testador não significa necessariamente um prejuízo para a solidariedade familiar. O autor da herança é quem melhor pode estabelecer um critério que salvguarde seus sucessores de uma maneira mais eficiente, limitando-se a lei a resguardar tão somente aqueles que poderiam ser beneficiários de solidariedade alimentar.

O caminho que se apresenta como uma solução mais simples e elegante é uma intervenção na autonomia privada que apenas incentive a escolha considerada adequada pelo *ethos* social, aquela que beneficia os familiares de maior vulnerabilidade econômica, mas sem retirar a liberdade do autor da herança.

Seria o caso da previsão de uma alíquota menor de ITC(M)D caso o testador opte por beneficiar aqueles seus parentes considerados vulneráveis e que ao tempo da abertura da sucessão fossem beneficiários da solidariedade familiar, mas garantindo ao autor da herança total liberdade para testar, sem qualquer reserva de quota legítima.

É claro que essa possibilidade abriria margens para tentativas de elisão fiscal e, por isso, seria importante o estabelecimento de critérios objetivos para o benefício tributário, considerando de maneira clara a menor capacidade contributiva do herdeiro, bem como o valor total do patrimônio que lhe foi transferido. Entretanto, são muitas as implicações e desdobramentos que precisariam ser analisados para a propositura de uma legislação neste sentido.

Nesse contexto, mostra-se importante explorar alternativas como a admissibilidade de alimentos ou de constituição de renda em relação ao espólio do autor da herança, como formas de se assegurar a proteção de herdeiros vulneráveis, mas sem qualquer restrição à liberdade de testar.

Por tudo isso, é preciso amadurecimento e aprofundamento nas pesquisas sobre a reserva legítima e das suas implicações, até mesmo tributárias e sociais, para que seja possível atualizar o direito sucessório de maneira que ele passe a refletir o atual paradigma da família democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Maria Fátima. Família, modernização capitalista e democracia: retomando alguns marcos do antigo debate sobre as transformações da família no Brasil. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 180 - 198, 2011. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180303012011180>. Acesso em: 23 jan. 2023.

AZZI, Riolando. Família e valores no pensamento brasileiro (1870-1950). In: RIBEIRO, I. (org). **Família e valores**: sociedade brasileira contemporânea. São Paulo: Loyola, 1987.

BACCI, Enio et al. **Proposta de Emenda à Constituição no 22-A, de 1999**. Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=525174. Acesso em: 20 jan. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Código Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. v. 2.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988a. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas das Comissões**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987d. Disponível em:
<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup83anc25jun1987.pdf#page=20>.
 Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo**. Relator: Constituinte Jose Paulo Bisol. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987a. v. 66. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-66.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. **Relatório**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987c. v. 78. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. **Anteprojeto**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987e. v. 81. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-81.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e do Homem e da Mulher. **Anteprojeto da Comissão**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987f. v. 69. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. **I – Ata**. Ata da 32ª Reunião Extraordinária. Brasília: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987h. Suplemento C. Disponível em:
<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup83anc25jun1987.pdf#page=20>.
 Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição** (da Comissão de Sistematização). Brasília: Câmara dos Deputados, 1987g. v. 226. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição** (D). Redação Final. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988b. v. 316. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-316.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte nº 181**. Ata da 197ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 9 de fevereiro de

1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/181anc10fev1988.pdf#page=>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte nº 182**. Ata da 198ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 9 de fevereiro de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988d. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N012.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução da Assembleia Nacional Constituinte nº 2, de 25 de março de 1987**. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/resaco/1980-1987/resolucaodaassembleianacionalconstituente-2-25-marco-1987-592261-normaatuizada-asse.html>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Decreto 1.144, de 11 de setembro de 1861. Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis. **Coleção de Leis do Império do Brasil** - 1861, v. 1, p. 21. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto 119-a, de 7 de janeiro de 1890**. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Brasília: Presidência da República, 1890a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 1890b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Promulga%20a%20lei%20sobre%20o%20casamento%20civil.&text=Art.,ou%20prova%20que%20a%20supra>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto de 3 de novembro de 1827. Declara em efectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. **Coleção de Leis do Império do Brasil** - 1827, v. 1, p. 3. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38408-3-novembro-1827-566712-publicacaooriginal-90232-pl.html. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional 8 de 14 de abril de 1977**. Altera artigos da Constituição Federal, incluindo-se em seu Título V os artigos 208, 209 e 210. Brasília: Presidência da República, 1977b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc08-77.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1977a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1977a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. JORNADA DE DIREITO CIVIL, 8, 2018. **Anais [...]** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 26-27 abr. 2018c. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1977c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm#:~:text=LEI%20No%208.971%2C%20DE,Art. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm#:~:text=Dissolvida%20a%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20por%20morte%20de%20um%20dos%20conviventes,destinado%20%C3%A0%20resid%C3%Aancia%20da%20fam%C3%ADlia. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. Recurso Extraordinário 555.511. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Espólio de Maria Helena Bello Cabral de Melo. Relatora Min. Rosa Weber, Brasília, 5 de agosto de 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, 13 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto - Tribunal Pleno. Brasília, 5 maio 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 1000/DF**. Relator: Min. Décio Miranda – Tribunal Pleno. Brasília, 20 maio 1981. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34471/false>. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. **Diário da Justiça**, 12 maio 1964. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2482>. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado: Presidente da República, Congresso Nacional e outro., Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 13 outubro 2011. **Diário da Justiça**, 14 out. 2011a, Ementário n. 2607-3. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 11 de setembro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 11 set. 2017. Ata nº 129/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 6 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça eletrônico**, 06 fev. 2018a. Ata nº 4/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 8 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878694. Embargante: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Embargados: Rubens Coimbra Pereira e outros, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 9 de novembro de 2018b. **Diário da Justiça eletrônico**, 9 nov. 2018b. Ata nº 169/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BUCAR, Daniel. Pactos Sucessórios: Possibilidades e Instrumentalização. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional** - A Construção da

Legalidade Constitucional nas Relações Privadas. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 183-196.

BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniela de Carvalho. Situações jurídicas patrimoniais. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; ; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org). **Direito civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. v. 1. p. 87-99.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.).

Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 337-353.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**: a síntese de uma campanha em defesa da família. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977.

CARNEIRO, Nelson. **A Luta pelo divorcio**. Rio de Janeiro: São Jose, 1973.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Origem da posição do cônjuge na terceira ordem de vocação hereditária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 17, n. 5, p. 187-217, oct-dec. 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da Arte do Imbróglio da Sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 4, p. 40-59, 2019.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out/dez. 2017.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: RT, 1993, t. 2.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do Casamento e do Divórcio**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987. v. 1.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DELGADO, Mário Luiz. A união estável após o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS pelo STF: o companheiro sobrevivente (não) tem direito à legítima? **Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, p. 9-23, 01 jan. 2022.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Janio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 31, p. 9-21, 2019.

DIAS, Maria Berenice. O Direito de Concorrência na União Estável e no Casamento. **Arpenbr**, 18 jul. 2017. Disponível em: <https://arpenbrasil.org.br/o-direito-de-concorrenca-na-uniao-estavel-e-no-casamento-por-maria-berenice-dias/>. Acesso em: 25 out. 2022.

DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, n. 19, jan./fev., 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

FIGUEIRA, S.A. O moderno e o arcaico na nova família brasileira: notas sobre a dimensão invisível na mudança social. In: FIGUEIRA, S.A. **Uma nova família? O moderno e o arcaico na família de classe média brasileira**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987. p.11-30.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A lei do divórcio comentada e documentada**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2017

FREIRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Ed. Global, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro e Editor, 1876.

FURTADO, Gabriel Rocha. Por um novo método hermenêutico? In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org). **Direito civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. v. 1. p. 163-177.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. (Org. Pierre Fruchon). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GAZELE, Catarina Cecin. **Estatuto da mulher casada**: uma história dos direitos humanos das mulheres no Brasil. 2005. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Vitória, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo em descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes Fernandes. Direito das Sucessões Brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *In*: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. (org.) **Doutrinas Essenciais: Família e Sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 6.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro. **IBDFAM**, 21 ago. 2018a. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6540>. Acesso em: 24 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. **IBDFAM**, 14 nov. 2018b. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em: 24 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 25 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 25 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/>. Acesso em: 25 out. 2022.

KANAYAMA, R. L. Políticas públicas – entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.) **Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. v. 1. p. 71-86.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima**. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-21012015-150824/pt-br.php>. Acesso em: 14 fev. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **O casamento entre o tempo e a eternidade: uma análise à luz da comunhão plena de vida, da proteção da confiança e do direito**

intertemporal. 2013. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A sucessão do companheiro depois da tesa de repercussão geral do STF. *In*: MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de (org.). **Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. v. 1. p. 59-78.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o dies a quo do prazo prescricional. *In*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto Anenupcial na hermenêutica civil-constitucional *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). **Direito civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. v. 1. p. 15-37.

MATEUS *In*: A BÍBLIA: Tradução Ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

MATTA, Roberto da. A família como valor: considerações não familiares sobre a família brasileira. *In*: ALMEIDA, A.M. (org.). **Pensando a família no Brasil**. Da Colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987. p.115-136.
MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. 1.

MELLO, Antônio Celso Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Provimento conjunto nº 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais: TJMG, 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2023.

MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR. Renato Paulino de (org.). **Prescrição e decadência**: Estudos em Homenagem a Agnelo Amorim Filho. 5. ed. Salvador: JusPodovim, 2013. v. 5.

MIRANDA, Darcy Arruda. **A lei do divórcio interpretada** (doutrina e prática). São Paulo: Saraiva, 1978.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Casa do Direito/Justificando, 2017.

MULHOLLAND, Caitlin. A tutela dos dados pessoais sensíveis na lei geral de proteção de dados pessoais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira

Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional** - A Construção da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas. 1ed.Indaiatuba: Foco, 2021, v. 1. p. 387-401.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, 12, 1991, Belo Horizonte. **Anais [...]** Curitiba, 1992.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 17-37, jan./mar. 202. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/475/343>. Acesso em: 12 jan. 2022.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Elementos de direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rodrigues & C., 1929.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, IBDFAM, n. 8, p. 32, maio, 2000. (Número especial).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**: de acordo com o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIKETTY, T. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIMENTEL, H. O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. **Em Tempo de Histórias**, [S. l.], n. 09, 2011. DOI: 10.26512/em tempos. v0i09.20100. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/view/20100>. Acesso em: 1 fev. 2023.

PINTO, A. T. A União Estável Brasileira e suas Raízes Romanísticas. In: VII Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano, 2003, Huelva. **El derecho de família De Roma al derecho actual**. Huelva: Universidade de Huelva, 2003. v. 1. p. 743-753.

PORTUGAL. **Alvará de 12 de setembro de 1564**. Pública e recomenda a observância dosagrado concilio tridentino em todos os Dominios da Monarquia Portuguesa. Portugal: 1564. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l2pa503.htm>. Acesso em: 1 fev. 2023.

RAMOS, André Luiz Arnt. Direito Civil Contemporâneo: entre acertos e desacertos, uma resposta aos críticos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). **Direito civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatubá: Editora Foco, 2021. v. 1. p. 15-37.

RAMOS, Saulo. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento à moda antiga. **Folha de São**

Paulo, 21 mar. 1995. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/3/21/opiniaio/9.html>. Acesso em: 3 jan. 2023.

RIBEIRO, Bruno Marques. **O direito sucessório brasileiro entre a autonomia e a solidariedade**: uma análise sobre a necessidade de revisão do instituto da legítima no Direito Civil. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Paternalismo libertário e políticas públicas: intervenção e transparência. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/6561>. Acesso em: 12 jan. 2023.

RIO DE JANEIRO. Corregedoria Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça** - Parte Extrajudicial. Rio de Janeiro: CGJ, 17 jun. 2021. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/codigo-extrajudicial-atualizado-em-29-12-2020-003.pdf/471adae2-1b04-4906-15b2-5a554ad9a36c?t=1610041514124>. Acesso em: 24 jan. 2023.

RODRIGUES, Anna Maria Moog (editora). **A Igreja na República**. Brasília: UnB, 1981. (Coleção pensamento político republicano).

RODRIGUES JÚNIOR, W. E.; LASMAR, G. M. Reflexões acerca do direito à ampla autonomia privada do testador no direito brasileiro. In: RODRIGUES JÚNIOR, W. E.; RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, G. M (org.). **Direito de Família e das Sucessões**: reflexões, críticas e desafios. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. v. 2. p. 91-110.

RODRIGUES JÚNIOR, W. E.; VALADARES, I. F. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. In: SILLMANN, Marina; QUEIROZ, Mônica; BARRETO, Helena (org.). **Diálogos inovadores**: direito civil, processo civil e empreendedorismo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. v. 1. p. 185-206.

ROSA, Conrado Paulino da. "Liberdade! Liberdade! Abre as asas sobre nós": uma análise sobre o status jurídico do companheiro após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (org.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, tomo. 2. p. 85-96.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade. **Revista Pensar**, v. 21, n. 3, 2016.

SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 6, v. 19, p. 211-250, abr./jun. 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe. A Construção da legalidade constitucional nas relações privadas. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional** - A Construção da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas. 1ed.Indaiatuba:

Foco, 2021, v. 1. p. 29-33

SANTANA, Inês Helena Batista de; RIOS, Luis Felipe; MENEZES, Jaileila de Araújo. Genealogia do Desquite no Brasil. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 17, n. 39, p. 340-350, ago. 2017. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2017000200012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 jan. 2023.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **A lei do divórcio interpretada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SHREIBER, A. Direito Civil e constituição. In: SHREIBER, A. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMÃO, José Fernando. Tributo a Nelson Carneiro: luta pelo divórcio x batalha do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (org.). **O novo divórcio no Brasil**: de acordo com a EC nº 66/2010. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 1. p. 47-66.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 13 jan. 2022.

TARTUCE, Flávio. O Companheiro como Herdeiro Necessário. RJLB - **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1, 2018.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. A legítima no direito sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional - A Construção da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas**. Indaiatuba: Foco, 2021, v. 1109-121.

TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>. Acesso em: 14 jan. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional - A Construção da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas**. Indaiatuba: Foco, 2021, v. 1. p. 3-12.

THRONICKE, Soraya. **Projeto de Lei 3.799 de 2019**. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte

Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 14 jan. 2023.

VELOSO, Zeno. União estável e o chamado namoro qualificado no Brasil – Equiparação entre cônjuges e companheiros. *In*: VELOSO, Zeno. **Direito civil: temas**. Belém: Anoreg/PA, 2018.

VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. Instituto do matrimônio e os efeitos de sentido de “casamento” no decreto de 3 de novembro de 1827 e no decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. **Redisco**, Vitória da Conquista, v. 8, n. 2, p. 22-30, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012.

XAVIER, Luciana Pedroso.; XAVIER, Marília Pedroso. Ordem Pública e Direito de Família: Breve Análise a partir dos precedentes dos tribunais superiores brasileiros. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. (org.). **Direito Civil Constitucional - A Construção da Legalidade Constitucional nas Relações Privadas**. Indaiatuba: Foco, 2021, v. p. 91-108.