



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

FERNANDA INÁCIO DA ROSA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Itajaí
2017

FERNANDA INÁCIO DA ROSA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Roberta dos Santos Rodrigues.

Içara
2017

FERNANDA INÁCIO DA ROSA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Içara, 17 de Novembro de 2017.

Professora e orientadora Roberta dos Santos Rodrigues, Dr./Ms./Bel./Lic.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, Dr./Ms./Bel./Lic
Universidade...

Prof. Nome do Professor, Dr./Ms./Bel./Lic
Universidade do Sul de Santa Catarina

A minha mãe que sempre acreditou no meu potencial, mesmo nos momentos mais difíceis me encorajou a seguir em frente, ser uma mulher forte e enfrentar todos os obstáculos da vida. Mãe de onde você está sei que sempre olha por mim e me protege.

AGRADECIMENTOS

A sensação de gratidão eleva o nosso coração a um nível de paz que não sei explicar. A partir do momento que você consegue ter gratidão pelas coisas mais simples da vida é que o coração transborda de coisas boas. De uma forma muito difícil aprendi que devemos ser gratos pelas coisas boas que acontecem em nossa vida, mas também ser grato pelas dificuldades e coisas ruins, pois, Deus sempre tem um propósito na vida da gente.

Deus, te agradeço tanto por me ajudar nos dias mais difíceis, por sempre estar ao meu lado e me guiando para o melhor caminho. Por mais que em determinados momentos eu questione as suas escolhas, me perdoe. Agradeço pelo dom da vida, por me conceder saúde para conquistar meus sonhos.

Mãe, onde a senhora estiver, quero que saiba que sou grata por tudo que fizestes, pela mãe maravilhosa que você foi, por ser essa mulher guerreira, forte, por ter lutado com todas as suas forças contra uma doença que infelizmente não conseguimos vencer. Obrigada pela educação, me fazendo essa pessoa forte e decidida. Hoje, vejo que foi graças à essa criação que estou conseguindo seguir os dias sem você aqui. Confesso que não está sendo fácil, mas sei que daí a senhora me guia e me protege. Mãe, você faz muita falta e o coração ainda dói muito. Enfim, amo-te eternamente.

Pai, te agradeço por ser essa pessoa amada, que dia a dia me ensina e me cobra para ser uma pessoa melhor. Por ser essa pessoa bondosa, que com muita dificuldade me criou, me cuidou e hoje só tenho a agradecer. E quero dizer que agora só faltam 6 meses para cantarmos juntos na igreja, que aliás, eu amo.

Agradeço ao meu noivo, Thiago, por todo o amor, carinho, apoio, dedicação e paciência. Por ter ficado ao meu lado nos dias bons e ruins. Como já disse a você diversas vezes, com você aprendi a ser uma pessoa melhor, de bem com a vida e só tenho a agradecer a Deus (e as minhas primas) por ter colocado você em meu caminho.

Tia Teta, meu amor, obrigada por todo o apoio. Não tenho palavras para agradecer tudo que você fez por nós, e hoje faz por mim. És muito mais que uma tia, é uma segunda mãe, que sempre me acolhe quando mais preciso. Obrigada tia, eu te amo muito.

Aos meus familiares e amigos agradeço pela paciência, pois esses quase 5 anos de faculdade me fizeram por muitas vezes negar convites para os encontros. Agradeço por me aceitarem do jeito que sou, com todos os meus defeitos e manias estranhas. Sou muito grata a Deus por cada um de vocês. Um agradecimento especial as minhas primas, que desde sempre me apoiam nas minhas decisões e estão sempre ao meu lado.

Às minhas amigas da faculdade, das quais quero levar para sempre comigo. Em especial a minha grande amiga Naligia. Amiga, você foi um presente que a faculdade me deu, e nós sabemos que a vida nos reservava essa amizade, e que Deus queria o nosso encontro e sou muito grata a ele por isso. Obrigada pelas conversas, pelos cafés, pelos encontros, pelas idas ao cinema e as trapalhadas que ficaram na história, pelo ouvido amigo, que sempre está disposto a ouvir.

Professora Roberta, obrigada por aceitar ser minha orientadora, você é muito mais que uma orientadora, é uma mãe, sempre muito atenciosa e gentil. Obrigada pelo apoio, pelas palavras certas quando eu estava insegura para a apresentação. Por ser rígida nas cobranças, que me fizeram chegar ao final do trabalho. Todos aqueles que eu conversava diziam que você era uma ótima orientadora, e agora, depois de quase um ano de orientação, posso dizer que realmente as pessoas tinham razão. Vou guardar você para sempre em meu coração.

“Ser justo não é ser bom, ser justo é tratar com igualdade de decisão qualquer pessoa, independentemente de sua classe social, cor, credo ou religião”.
(Izzo Rocha).

RESUMO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a família tradicional era aquela formada através do casamento, deixando de ser a única instituição familiar merecedora de especial proteção do Estado, pois o artigo 226 da Carta Magna estendeu essa proteção à união estável e as famílias monoparentais. Com isso, a legislação infraconstitucional concedeu direitos até então não existentes às entidades familiares formadas pela união estável, e não através do matrimônio. No que tange ao direito sucessório, deferido aos companheiros, muito se difere do concedido aos cônjuges. Inicialmente com o advento das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, os direitos dos companheiros eram praticamente iguais aos dos cônjuges, mas, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os direitos antes adquiridos pelos companheiros, foram tacitamente revogados. No presente trabalho, serão analisadas as semelhanças e diferenças do casamento e da união estável, a partir do direito de família e os direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e companheiros. Após, sugere-se um estudo de alguns princípios fundamentais atinentes ao tema. Far-se-á algumas considerações acerca do direito sucessório em geral. Por fim, apresenta-se os argumentos dos ministros nos votos dos recursos extraordinários n.º 878.694-MG e 646.721-RS e os efeitos sucessórios decorrentes da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Palavras-chave: Família. Casamento. União Estável. Sucessões.

ABSTRACT

With the enactment of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the traditional family was that formed through marriage, ceasing to be the only family institution deserving special protection of the state, since article 226 of the CRFB extended this protection to the stable union and single-parent families. As a result, the infraconstitutional legislation granted previously non-existent rights to family entities formed by the stable union, not through marriage. With respect to the inheritance law granted to the companions, it differs greatly from that accorded to the spouses. Initially with the advent of Laws 8.971/1994 and 9.278/1996, the rights of the partners were practically the same as those of the spouses, but with the entry into force of the Civil Code of 2002, the rights previously acquired by the companions were tacitly revoked. In the present work, the similarities and differences of the marriage and the stable union will be analyzed, based on family law and the inheritance rights granted to the spouses and companions. Afterwards, it is suggested to study some fundamental principles related to the theme. There will be some considerations about inheritance law in general. Lastly, it presented the arguments of the ministers in the votes of extraordinary appeals n. 878.694-MG and 646.721-RS and the inheritance effects arising from the unconstitutionality of article 1.790 of the Civil Code.

Keywords: *Family. Marriage. Stable union. Successions. Unconstitutionality.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 TEMA	12
1.2 PROBLEMA	12
1.3 JUSTIFICATIVA	13
1.4 OBJETIVOS	15
1.4.1 Objetivos gerais.....	15
1.4.2 Objetivos específicos.....	15
1.5 METODOLOGIA.....	15
1.6 ORGANIZAÇÃO DOS CAPÍTULOS.....	16
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA	18
2.1 DO CASAMENTO	21
2.2 DA UNIÃO ESTÁVEL.....	26
2.3 PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA	28
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	28
2.3.2 Princípio da igualdade	30
2.3.3 Princípio da afetividade	31
2.3.4 Princípio da solidariedade familiar	32
2.3.5 Princípio da proibição do retrocesso social	32
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	34
3.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO.....	35
3.1.1 Sucessão legítima – breves considerações	36
3.1.2 Sucessão testamentária – breves considerações	37
3.2 ABERTURA DA SUCESSÃO	37
3.3 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	38
3.4 DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E DA LEGÍTIMA	40

3.5 SUCESSÃO DECORRENTE DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.....	41
3.5.1 Evolução do direito sucessório do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro	41
3.5.2 Evolução do direito sucessório do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro.....	44
4 ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	48
4.1 CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES	48
4.2 CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES.....	51
4.3 CONCORRÊNCIA COM PARENTES COLATERAIS.....	52
4.4 OUTRAS DESIGUALDADES SUCESSÓRIAS DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE EM COMPARAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE	53
4.5 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	56
4.5.1 Breves considerações acerca da supremacia da Constituição Federal de 1988	57
4.5.2 Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS.....	60
4.5.2.1 Argumentos do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 878.694-MG.....	61
4.5.2.2 Argumentos do voto do ministro Dias Toffoli a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 878.694-MG....	63
4.5.2.3 Argumentos do voto do ministro relator Marco Aurélio a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 646.721-RS.....	64
4.6 OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	65
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	72
ANEXOS	77

ANEXO A – Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 878.694-MG.....	78
ANEXO B - Voto do Ministro Dias Toffili no Recurso Extraordinário 878.694-MG	106
ANEXO C – Voto do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário 646.721-RS	120
ANEXO D – Acórdão do Recurso Extraordinário 646.721-RS	129

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão tem como objetivo central identificar os efeitos sucessórios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, uma vez que com o julgamento dos Recursos Extraordinários nº. 848694-MG e 646721-RS esperava-se o afastamento de todas as diferenças dadas ao cônjuge e companheiro.

O estudo terá como esboço a análise comparativa do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, uma vez que no ordenamento jurídico vigente esses são tratados de maneira desigual no que tange à matéria sucessória.

Além disso, far-se-á uma análise dos principais argumentos utilizados pelos ministros nos Recursos Extraordinários nº. 848694-MG e 646721-RS, pois nem todos aderiram à tese da inconstitucionalidade, influenciando diretamente nos efeitos que a inconstitucionalidade declarada passará a produzir.

1.1 TEMA

Os efeitos sucessórios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

1.2 PROBLEMA

Após a Constituição Federal de 1988 reconhecer a união estável como entidade familiar, o Código Civil de 2002 disciplinou tal instituto, porém, no que tange à parte sucessória, tratou de forma desigual o cônjuge e o companheiro sobrevivente.

Os direitos sucessórios conquistados pelos conviventes até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 foram revogados, provocando prejuízos para aqueles que vivem em união estável. Sabe-se, também, que no ordenamento jurídico brasileiro as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o texto constitucional, tendo em vista o princípio da Supremacia da Constituição.

Isso posto, entende-se que o legislador ordinário, ao reduzir o direito sucessório do companheiro, violou diretamente o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Para corroborar com a natureza do tema proposto e motivar a investigação lançam-se algumas indagações: Como o companheiro era tratado para fins sucessórios antes do Código Civil de 2002? Por que o cônjuge e o companheiro são tratados de forma diferenciada pelo Código Civil de 2002 no que tange à matéria sucessória? Assim, com base no exposto, apresenta-se a seguinte delimitação temática de pesquisa: **"Os efeitos sucessórios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil"**.

1.3 JUSTIFICATIVA

O presente tema se justifica pela importância que representa ao campo jurídico e social, pois está diretamente relacionado à realidade de muitas famílias contemporâneas.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 226, parágrafo 3º, que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." (BRASIL, 1988).

De acordo com Gonçalves (2008, p. 168), "a partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico."

O direito sucessório do companheiro foi disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº. 8.971/1994, que assegurou ao companheiro supérstite o direito de participar da sucessão do companheiro, exigindo alguns requisitos, tais como os elencados em seu artigo 1º, que dizia:

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 julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. (BRASIL, 1994).

Posteriormente, a Lei nº. 9.278/1996 não previa mais a exigência de tais requisitos para que a união estável fosse caracterizada, disciplinando em seu artigo 1º que era reconhecida "como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família." (BRASIL, 1996).

Com a inclusão do instituto da união estável no Código Civil de 2002, as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 foram revogadas.

No campo sucessório, a sucessão do companheiro é disciplinada em um único dispositivo legal, qual seja o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL,2002), que disciplina:

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.

Da leitura do dispositivo supracitado, nota-se que o legislador deixou de garantir ao companheiro sobrevivente os mesmos direitos que garantiu ao cônjuge supérstite no que tange à matéria sucessória.

Com isso, em razão das diferenças geradas pelo legislador infraconstitucional no que se refere à sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente, houve inúmeras demandas judiciais questionando a constitucionalidade de tal dispositivo, provocando o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre o assunto.

Por se tratar de um tema de tamanha relevância social, a Suprema Corte Brasileira, em 19 de maio de 2017, para fins de repercussão geral, julgou os Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS, decidindo por declarar inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Foi sugerido pelo ministro relator, Luís Roberto Barroso, a aplicação da tese segunda a qual “no sistema vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.” (Recurso Extraordinário n. 878694 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 19-05-2017).

O artigo 1.829 do Código Civil, por sua vez, ensina que:

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).

Com isso, percebe-se que com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, ao companheiro foi garantido os mesmos direitos sucessórios do cônjuge no que tange a concorrência sucessória, prevista no artigo 1.829 do Código Civil.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo geral

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos sucessórios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, a partir das decisões proferidas nos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS.

1.4.2 Objetivos específicos

- a) Verificar os aspectos históricos do direito sucessório na legislação brasileira;
- b) Comparar o direito sucessório do cônjuge com o do companheiro de acordo com a legislação;
- c) Discorrer sobre o retrocesso do direito sucessório do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro;
- d) Pontuar os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar o artigo 1.790 do Código Civil inconstitucional.

1.5 METODOLOGIA

Método é o meio pelo qual o pesquisador utilizou para buscar respostas e obter resultados confiáveis. “O método é um recurso que requer detalhamento de

cada técnica aplicada na pesquisa. É o caminho sistematizado, formado por etapas, que o pesquisador percorre para chegar à solução.” (MOTTA, 2012, p. 83).

Os métodos de procedimento utilizados na pesquisa, consistem no **monográfico** e no **comparativo**. O primeiro deve-se a preocupação com o aprofundamento do tema em estudo, e o segundo à necessidade de comparações entre leis, normas e doutrinas.

Para Motta (2012, p. 98), “o método monográfico é aquele que analisa, de maneira ampla, profunda e exaustiva, determinado tema-questão-problema.” E o método comparativo consiste “[...] na verificação de semelhanças e diferenças entre duas ou mais pessoas, empresas, tratamentos, técnicas, etc., levando-se em conta a relação presente entre os aspectos comparados.” (MOTTA, 2012, p. 96).

O método de abordagem que se aplicou na pesquisa é o do tipo **dedutivo**, uma vez que será feita a análise de leis, doutrinas e jurisprudências vinculadas ao tema proposto no projeto, do âmbito geral para o específico. Assim, trata-se de um método “[...] que parte sempre de enunciados gerais (premissas) para chegar a uma conclusão particular.” (HENRIQUES; MEDEIROS apud MOTTA, 2012, p. 86).

1.6 ORGANIZAÇÃO DOS CAPÍTULOS

Inicialmente abordar-se-á a evolução histórica da família no ordenamento jurídico brasileiro. Falar-se-á do instituto do casamento e suas espécies, causas de impedimento, da conversão da união estável em casamento, dos direitos e deveres. A união estável será tratada pontuando quais os requisitos e elementos necessários para a o seu reconhecimento. Após, serão tratados os princípios atinentes ao tema.

Posteriormente, será analisado o direito sucessório na atual legislação brasileira, apontado a evolução histórica e o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Na sequência, será estudado o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, abordando o retrocesso da legislação sucessória do companheiro e fazendo comparações ao regime sucessório do cônjuge, enumerando várias críticas ao mencionado dispositivo legal, que acabou por colocar aquele que vive em união estável em situação de desvantagem em relação àquele que vive em matrimônio.

Por fim, discutir-se-á os efeitos sucessórios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, com base no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694-MG e 646.721-RS.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Durante muito tempo a família era tida como exclusividade na relação entre homem e mulher, de modo que as leis e as Constituições vigentes reconheciam apenas essa forma de constituição familiar.

Venosa (2005, p. 19) diz que, “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos.”

Pontes de Miranda, sobre o tema, diz que:

ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão “família”. Ora significa o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços da consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados na lei, marido e mulher e parentes sucessíveis de um e de outra. (MIRANDA, 2000, p. 204,205).

Gagliano e Pamplona (2012, p. 47) ao se referir sobre a família, apresentam um conceito genérico como sendo “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes.”

A palavra família possui vários significados, logo, sua visão histórica não podia ser diferente:

os primeiros grupamentos humanos podem ser considerados núcleos familiares, na medida em que a reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção recíproca, produção e/ou reprodução, já permitia o desenvolvimento do afeto e da busca da completude existencial. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 46).

Assim, “nas sociedades antigas, se permitia a realização de algumas finalidades, onde eram realizados trabalhos de produção para a satisfação de necessidades básicas para a sobrevivência, a reprodução e a assistência.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 47).

Afirmam, ainda, Gagliano e Pamplona (2012, p. 47) que a “forma patriarcal e monogâmica de família seria a modalidade mais antiga, identificando-a como um modelo pronto e acabado.” Além da monogamia, convive, inclusive em tempos modernos, a poligamia no Oriente e a poliandria em povos da Índia e Tibet.

“Com a migração da fase de satisfação básica das necessidades individuais para a formação de um aglomerado de pessoas que se identificam mutualmente como membros de uma coletividade, surge o reconhecimento para a base de uma família.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 47).

Para Gagliano e Plamplona (2012, p. 50), “em Roma, a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura de sexo masculino, o *pater famílias*.”

Os mesmos autores (2012, p. 51) afirmam ainda que “para a formação daquilo que se entendia como família, todos os descendentes que estavam ligados ao ascendente mais velho ficavam sob o seu comando, que possuía o poder da vida de seus descendentes”.

A mulher, em Roma, não adquiria autonomia, pois, enquanto não era casada, o comando de sua vida ficava sob a autoridade do *pater* e ao ser ligada a outra família pelo matrimônio; o marido era quem possuía esse poder sobre a vida da esposa.

Sobre o assunto, destaca-se:

Nesta época o critério predominante na determinação do parentesco não era a consanguinidade (parentesco chamado de *cognatio* ou cognição, que, a princípio, não produzia efeitos jurídicos, apenas criando o parentesco natural), mas, sim, a sujeição ao mesmo *pater famílias* (vinculado ao chamado de *agnatio* ou agnição). (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 51).

No início, em Roma, existia apenas o patrimônio familiar administrado pelo *pater*. Mas, foi apenas quando o direito romano evoluiu que os patrimônios individuais surgiram, os quais eram administrados pelas pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*. (GONÇALVES, 2014, p. 15).

Ainda, da lição de Gonçalves (2014, p. 15) sobre a matéria, extraiu-se que:

com o imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã de família, na qual predominam as preocupações de ordem Moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares).

Gonçalves (2014, p. 16) ainda afirma que “na idade média, as relações familiares pautavam-se exclusivamente no direito canônico, assim, o casamento

religioso era o único conhecido durante a idade média, onde as relações familiares eram reguladas pelo direito canônico.”

Com a chegada da Revolução Industrial no Século XVIII, houve uma significativa alteração na visão tradicional da família, que era centralizada na figura do pai, considerado o líder espiritual e provedor da casa. Com a necessidade de mão de obra, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, não sendo mais apenas o homem a única fonte de renda da família. Assim, a família mais uma vez evolui, passando a receber especial proteção do Estado.

No Direito Brasileiro, o Código Civil de 1916, ao tratar da família, limitava a família ao casamento, discriminando qualquer outra visão da família. Havia impedimento para a dissolução do casamento, e as relações extramatrimoniais eram punidas.

Segundo Dias (2016, p. 36), “a evolução, pela qual passou a família, acabou forçando sucessivas alterações legislativas.” Podem-se elencar algumas delas, tais como o Estatuto da Mulher Casada, disciplinada pela Lei nº. 4.121/1962, que devolveu à mulher casada plena capacidade. Já a Lei nº. 6.515/1977, que regulamenta a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e a Emenda Constitucional 9/1977, acabaram com a indissolubilidade do casamento.

Com o advento da Constituição de 1988, restou assegurada a igualdade entre o homem e a mulher, o que alargou o conceito de família, estendendo proteção para as famílias constituídas pelo casamento, bem como à união estável entre homem e mulher e a família monoparental. (DIAS, 2016).

Sobre o tema, Rizzardo (2008, p. 8) ensina que:

é assegurado à família especial proteção do Estado, envolvendo o termo ‘família’ um sentido amplo, abrangendo tanto aquela formada pelo casamento, como também as situações comunitárias ou grupos de parentes análogos à família oriunda do matrimônio, consubstanciados na união de fato (art. 226, § 3º), na família natural fundada no evento da procriação (art. 226, § 4º), e na família adotiva (adoção por pessoas não casadas).

Enfatiza Rizzardo (2008, p. 8) que existe “uma equiparação da família assentada no casamento, na união estável entre homem e mulher, ou aquela formada simplesmente por grupo de parentes, quer de ordem sanguínea, quer de ordem civil”.

Dias (2016, p. 36), por sua vez, enfatiza que “a Carta Magna consagrou a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.”

No mesmo diapasão, Rizzardo (2008, p. 11) preleciona:

no sentido atual, a família tem um significado estrito, constituindo-se pelos pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais, sem expressar, evidentemente, uma pessoa jurídica. No sentido amplo, amiúde empregado, diz respeito aos membros unidos pelo laço sanguíneo, constituído pelos pais e filhos, nestes incluídos os ilegítimos ou naturais e os adotados.

Com isso, nota-se que o conceito de família não está em declínio, “ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.” (DIAS, 2016, p. 38).

2.1 DO CASAMENTO

Como visto no tópico anterior, “a noção de família é muito anterior ao instituto do casamento, pois a formação dos núcleos familiares não exigia formalidade social ou religiosa.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 112).

No que toca ao casamento, Diniz (2010, p. 37) conceitua como sendo o “vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”

Rizzardo (2008, p. 17), por outro lado, afirma que “o casamento vem a ser um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir família e viver em plena comunhão de vida.”

Gagliano e Pamplona (2012, p. 116) entendem que “para o desenvolvimento satisfatório de um conceito de casamento, necessário é o estudo da sua natureza jurídica.” Deste modo, observa-se que o casamento é um contrato, que só será um ato perfeito mediante consentimento dos nubentes.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, as pessoas consideradas casadas eram aquelas que constituíam o matrimônio perante a Igreja Católica. Como identifica Dias (2016, p. 150), “até o advento da República, em 1889,

só existia o casamento religioso.” O casamento era inacessível para aqueles que não eram adeptos do catolicismo.

Como destacam Gagliano e Pamplona (2012, p. 114), “paralelo com o casamento religioso, emergiu um casamento estritamente civil, destinado a todos os cidadãos, independentemente de credo, consistente em um negócio jurídico.”

Com a chegada do Código Civil de 1916, o casamento era a única maneira de constituir uma família. A família tinha viés patriarcal, persistindo a ordem religiosa. Dias (2016, p. 150) afirma que “somente era reconhecida a família ungida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem.”

Para Dias (2016, p. 150), naquela época “o casamento era indissolúvel [...] a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.”

Em 1977, foi sancionada a Lei nº. 6.515 que “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.” (BRASIL, 1977).

Contudo, mesmo com a decretação da legislação supracitada, permaneceu a visão matrimonial do casamento, onde o desquite passou a ser chamado de separação.

Por meio da Constituição Federal de 1988, o conceito de família se estendeu para além do casamento, e, conforme aponta Dias (2016, p. 151), a Constituição “trouxo o conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para além do casamento.” Destarte, os vínculos monoparentais e as uniões estáveis passaram a receber proteção do Estado.

O casamento tem por finalidade, “estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL, 2002). E surge como um dos efeitos que diz que “homem e mulher assumem mutualmente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.” (BRASIL, 2002).

Dias (2016, p. 153, apud OLIVEIRA, MUNIZ, 2002, p. 291), enfatiza que o “casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos.”

Afirma Coelho (2012, p. 64) que:

são quatro os efeitos do casamento: a) constituição de família, pelo estabelecimento do vínculo de conjugalidade entre marido e mulher; b) eventual alteração do nome dos consortes, mediante o acréscimo do sobrenome do outro; c) vinculação dos cônjuges aos deveres matrimoniais; d) eventual comunhão de bens.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.566, diz que “são deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.” (BRASIL, 2002).

Outro efeito mencionado no Diploma Civil é a emancipação daqueles que casaram antes de completar a maioridade, previsto no parágrafo único, inciso II do artigo 5º. Além disso, o Estado admite duas formas de celebração do casamento: o casamento civil, previsto no artigo 1.512 do Código Civil e o casamento religioso com efeitos civis, previsto nos artigos 1.515 e 1.516 do referido Diploma Legal.

Como se faz notar, Dias (2016, p. 155) diz que “o casamento civil é realizado perante o oficial do Cartório de Registro Civil. Trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro local.”

Para que o casamento no religioso tenha efeitos civis, “basta o atendimento dos requisitos legais” (DIAS, 2016, p. 155), que estão elencados nos artigos 1.515 e 1.516 no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), abaixo destacados:

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Como bem lembra Coelho (2012, p. 57), “a lei reconhece efeitos civis à celebração do casamento religioso, mas não dispensa a habilitação feita no Registro Civil.” Assim, se obedecido os requisitos estabelecidos pela lei, estes elencados nos artigos 1.515 e 1.516, o casamento religioso terá o mesmo efeito do casamento civil.

Também existe no ordenamento jurídico o casamento nuncupativo, que pode ocorrer quando um dos nubentes está em risco iminente de vida. Com a urgência é possível a realização desse tipo de casamento sem a presença do juiz de paz e sem os nubentes terem realizado a habilitação.

Sobre o assunto, sustenta Coelho (2012, p. 59):

se não houver tempo de chamar o celebrante, mas estando presente o outro nubente (ou procurador deste), o casamento pode realizar-se na presença de seis testemunhas. Elas não podem ser parentes de nenhum dos nubentes, na linha reta ou colateral, até segundo grau, para que tenha validade o casamento. Os noivos, então, declaram em viva voz [...] que se recebem por marido e mulher, livre e espontaneamente. Nos dez dias seguintes, as testemunhas devem comparecer perante o juiz de direito, para confirmarem que atenderam ao chamado de uma pessoa que parecia estar em perigo de vida, mas em seu juízo, e que presenciaram o fato de ela e outro nubente anunciarem de forma oral a vontade de se casarem.

O artigo 1.561 do Código Civil de 2002, por sua vez, versa sobre o casamento putativo, que embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. Neste caso, se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão e se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão. (BRASIL, 2002).

Acerca da capacidade, se os nubentes forem menores de dezesseis anos, só será autorizado o casamento em caso de gravidez, conforme autoriza o artigo 1.520 do Código Civil. A partir dos dezesseis anos, “necessitam de autorização dos seus representantes legais ou, se for o caso, do próprio Juiz de Direito para casar.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 166). No caso de autorização dos pais, ambos devem consentir para o casamento, e, havendo divergência, será necessária uma autorização judicial.

Ainda, importa frisar que estão impedidas de casar as pessoas elencadas no artigo 1.521 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), quais sejam:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O impedimento é a impossibilidade de alguém se casar, podendo ser oposta até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz até a data do casamento. (BRASIL, 2002).

Já as causas suspensivas são as que impedem a livre escolha, pelos nubentes, do regime de bens do casamento. Nas hipóteses arroladas pela lei, o casamento só pode realizar-se no regime de separação de bens.

O Código Civil, em seu artigo 1.523, lista o rol de pessoas que não devem casar:

Art. 1.523. Não devem casar:

- I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
- IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Ao referir-se acerca dos deveres dos cônjuges, Coelho (2012, p. 67) diz que “os deveres listados pela lei são os de manter vida em comum, devotar respeito e considerações recíprocas, dar mútua assistência, sustentar, guardar e educar os filhos e, por fim, abster-se de manter relações sexuais fora do casamento.”

No mais, vale registrar que “até maio de 2011, só podiam casar-se no Brasil, pessoas de sexo diferentes, quer dizer, um homem e uma mulher.” (COELHO, 2012, p. 35).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, naquele mesmo ano, assegurou às uniões estáveis homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável entre pessoas de sexo diferente, passando, inclusive, ocorrer à conversão da união estável homoafetiva em casamento. Em maio de 2013, o Conselho Nacional de

Justiça, por meio da Resolução nº. 175, abordou sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

2.2 DA UNIÃO ESTÁVEL

Durante muito tempo, a união não oficializada entre homem e mulher era chamada de concubinato, ou, ainda, de união livre.

Aponta Gonçalves (2017, p. 603-604 apud BITTENCOURT) que:

a expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais responsável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribui para revesti-los da máxima importância.

Dias (2016, p. 239), mostra que “apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. [...] As uniões que surgiram sem o selo do casamento eram identificadas com o nome de concubinato.”

Asseveram Gagliano e Pamplona (2012, p. 83) que “as uniões livres, consideradas aquelas independentes do matrimônio, passaram por verdadeira saga para ter reconhecido o seu status de modalidade admitida de composição familiar.”

E, ainda, enfatizam que:

é possível, inclusive, fazer uma sistematização desta evolução histórica da disciplina da união estável no Brasil, agrupando em momentos visivelmente distintos, que partem da ampla rejeição, com absoluta ausência de tutela jurídica, atravessando o silencioso constrangimento da simples tolerância, passando pela aceitação natural como fato social, até o reconhecimento e valorização constitucional como forma idônea de família. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 413-414).

Com o passar dos anos, a sociedade passou a aceitar a união estável, fazendo com que a Constituição desse uma nova concepção à família, havendo assim, uma valorização dos laços afetivos e o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre a família, garantiu especial proteção, citando algumas entidades familiares, mas não as desigualou. “Limitou-se a elenca-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção.” (DIAS, 2016, p. 240).

As Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, que serão aprofundadas no próximo capítulo, vieram assegurar direitos que antes os companheiros não possuíam, tais como direito de habitação, alimentos e sucessão.

O atual Código Civil, no artigo 1.723, definiu que “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.” (BRASIL, 2002).

Gagliano e Pamplona (2012, p. 425) apontam que:

os elementos caracterizadores essenciais da união estável na sociedade brasileira contemporânea: a) publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina; b) continuidade (convivência contínua), no sentido do animus de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável do namoro; c) estabilidade (convivência duradoura), o que diferencia a união estável de uma “ficada”; d) objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional.

Acerca do estado civil de quem vive em união estável, entende Dias (2016, p. 246), que “a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil.” Mas como a união estável não foi definida como estado civil, quem assim viver, pode optar por não se identificar que vive esse tipo de relação, muito embora possa ser considerado litigante de má-fé, pois o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 319, inciso III, determina que a petição inicial indique; “[...] a existência de união estável [...]” (BRASIL, 2015).

A Lei de Registros Públicos nº. 6.015/1973, no artigo 57, parágrafo 2º, “autoriza a mulher a averbar o patrocínio do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família.” (DIAS, 2016, p. 247). Sendo esse direito estendido ao companheiro, assim como ocorre no casamento.

Quanto aos impedimentos para a união estável, o Código Civil, no artigo 1.723, diz no parágrafo 1º que: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 do Código Civil” (BRASIL, 2002), sendo estas as mesmas causas de impedimento para o casamento.

O artigo 1.724, do mesmo Diploma Civil, versa sobre os deveres dos companheiros, e diz que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos.” (BRASIL, 2002).

Como faz notar Coelho (2012, p. 147) afirma que:

os direitos e deveres dos conviventes numa união estável não se diferenciam do casamento. Os bens adquiridos na constância da união são copropriedade dos companheiros, salvo se haviam estipulado de modo diverso no contrato de convivência. O companheiro que necessitar de alimentos pode pedi-los ao outro. Acerca dos filhos, devem os conviventes se acertar sobre a guarda, visita e sustento.

No mais, conforme já discorrido anteriormente, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça estenderam os mesmos direitos das uniões estáveis entre homem e mulher para as uniões homoafetivas.

2.3 PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana encontra previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que diz que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.” A própria legislação o coloca como fundamento da República.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Dias (2016, p. 47), “é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais [...]”

Tamanho é sua importância que “na organização jurídica contemporânea da família não é mais possível prescindir de normas que não estejam assentadas ou

não levem em consideração a dignidade da pessoa humana.” (PEREIRA, 2011, p. 113).

Previsto também no artigo 1º da Declaração de Direitos Humanos, onde menciona que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (UNICEF, 2017).

A Constituição Federal também prevê esse princípio no artigo 226, parágrafo 7º:

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.

Afirmam Gagliano e Pamplona (2012, p. 76) que a “[...] dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas patrimoniais e afetivas, indispensável à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”

Reforçam, ainda, que “a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 76)

Dias (2016, p. 49, apud GAMA, p. 105) destaca que:

a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Reforçando esse pensamento, Gagliano e Pamplona (2012, p. 83), afirmam que “a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados [...]”

Vê-se que a dignidade da pessoa humana está muito além do ser humano, podendo-se dizer que ela e o ser humano nascem juntos, encontrando no

Direito de Família um campo para poder se propagar e, assim, garantir direitos a todos os tipos de entidades familiares.

2.3.2 Princípio da igualdade

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito. (PEREIRA, 2011).

Segundo Pereira (2011, p. 163), acerca do discurso da igualdade:

o necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrata se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrata, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania, é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso, devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade.

O princípio da igualdade está disposto no artigo 5º da Constituição Federal, *caput*:

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 a propriedade [...]. (BRASIL, 1988).

Dias (2016, p. 50) enfatiza que:

não bastou a Constituição Federal proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5.º): todos são iguais perante a lei. Foi além. De modo enfático e até repetitivo, afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF 5.º I). Decanta mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos na referência à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º). Ou seja, a carta constitucional é grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

Ao referir-se sobre o assunto, Rui Barbosa (1999, p. 26) diz que “não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si se diversificam.” O mestre ensina, ainda, que:

a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade. (BARBOSA, 1999 p. 26).

Ainda, na mesma linha de pensamento, Dias (2016, p. 50), afirma que “é imprescritível que a lei considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material.”

Depois de muitos séculos, a desigualdade de gêneros foi banida, não podendo ser tratados de formas discriminatórias homens e mulheres.

“O princípio da igualdade também abrange os vínculos de filiação” (DIAS, p. 51), estando assegurada tal proteção no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que diz que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

“O planejamento familiar também está pautado neste princípio, uma vez que o planejamento não deve estar apenas ligado à ideia de solidariedade de seus membros. A solidariedade é o que cada um deve ao outro.” (DIAS, 2016, p. 51).

Tanto ao marido quanto à mulher, leia-se também companheiro e companheira, lhes são atribuídos direitos e deveres recíprocos, devendo ter uma mútua colaboração para a vida em comum.

2.3.3 Princípio da afetividade

A família, ao longo da história, veio se transformando, se adequando ao momento histórico em que está inserida, deixando de ser pautada na religião, economia e política, onde o *pater familias* era o grande chefe e a mulher limitava-se apenas na criação dos filhos e nas atividades domésticas. Em decorrência dessas grandes mudanças, a família passou a ser ligada pelo viés do afeto.

Sobre o tema, colaciona-se:

a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (LOBO, 2004, p. 155).

Afirma Dias (2016, p. 54, apud LOBO, 2008, p. 14) que “a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias da estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.”

Dias (2016, p. 55) considera, ainda, que “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo entre as famílias, pondo humanidade em cada família.”

Conclui-se, assim, que o afeto é “um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar.” (PEREIRA, 2011, p. 128). Sendo, portanto, a afetividade como principal finalidade e fundamento da família contemporânea.

2.3.4 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade, consolidado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, é reconhecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Nos aspectos do Direito de Família, destaca Dias (2016, p. 51), que “esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade.”

Ainda, no mesmo sentido, Gagliano e Pamplona (2014, p. 95) enfatizam que “a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo à assistência material e moral recíproca entre todos os familiares, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

2.3.5 Princípio da proibição do retrocesso social

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu alguns direitos a ela, tais como, igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre todos os filhos. Uma vez que esses direitos sociais são normas constitucionais, não pode uma lei ordinária limitar ou restringir esses direitos. (DIAS, 2016, p. 54).

Dias (2016, p. 54), ainda, cita como exemplo: “quando a lei deixa de nominar a união estável quando assegurado algum direito ao casamento, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim onde está escrito cônjuge, deve-se ler cônjuge e companheiro.”

Este aspecto também é comentado por Gagliano e Pamplona (2014, p. 87) que dizem: “esse superior princípio traduz a ideia de que uma lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada.”

Observa-se que o legislador, ao proibir o retrocesso social, assegura à dignidade da pessoa humana, não retirando dela direitos antes adquiridos. Isso pelo fato de que o conceito de família, que havia sido estabelecido desde a Idade Antiga, vem sofrendo mudanças históricas, e essas mudanças não podem prejudicar direitos já conquistados, devendo o Direito da Família evoluir conforme as necessidades da família contemporânea que está se constituindo.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A palavra sucessão significa transmissão, que pode ocorrer do ato *intervivos* ou *mortis causa*. Quando a sucessão acontece entre pessoas vivas, chamamos de *intervivos*. Já no direito hereditário, a sucessão acontece *causa mortis*, decorrente da morte de uma pessoa natural.

Durante muito tempo, a sucessão ocorria apenas na linha masculina, pois era o *pater familiae* quem era o titular da propriedade. A filha mulher se afastava da sucessão do pai, pois, ao casar, passava a integrar a família do marido, perdendo assim o vínculo familiar de seu pai.

Tartuce (2017, p. 2, apud Maximiano, 1952, p. 21) diz que:

Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.

No mesmo sentido, Gonçalves (2017, p. 19), enfatiza que “a palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”

Em seguida, complementa:

no direito das sucessões, entretanto, o vocabulário é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo de direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança. (GONÇALVES, 2017, p. 19-20).

Direito Sucessório, para Dias (2015, p. 35), é tratado como a “transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, de um modo geral, seus familiares.”

Esse aspecto também é comentado por Diniz (2012, p. 17), que ainda complementa:

o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* ao herdeiro.

Vale frisar, também, o conceito apresentado por Tartuce (2017, p. 3), como segue:

O Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa à outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido.

Entende-se que o Direito das Sucessões está ligado ao Direito de Família e ao direito de propriedade, pois, como sustenta Tartuce (2017, p. 4 apud HIRONAKA, 2007, p. 5):

O fundamento de transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens de família como forma de cumulação de capital que estimulava a poupança, o trabalho e a economia, mas ainda principalmente no “fator proteção e de perpetuidade da família.”

A partir daí, conclui-se que o Direito Sucessório está intrinsecamente ligado ao direito de propriedade e sua função social, estando amparado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII.

Farias e Rosenvald (2015, p. 19), ainda, sustentam que “a função social da sucessão está deflui da própria função social da propriedade, porque a propriedade é, seguramente, a base fundante da herança.”

Por fim, registra-se que o direito à herança é garantido como um direito fundamental pelo art. 5º, inciso XXX da Carta Magna:

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: [...] inc. XXX - é garantido o direito de herança.

Assim, o Direito das Sucessões “assegura ao herdeiro o direito à herança, com base na função social da propriedade, o que ocorre quando há a transferência patrimonial do falecido, conservando as unidades econômicas em prol do núcleo familiar”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 20).

3.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Duas são as espécies de sucessão *causa mortis*, a qual é objeto do presente estudo. A primeira é a sucessão legítima, sendo regulada pela lei, que, por sua vez, indica a ordem da vocação hereditária, e a segunda é a sucessão testamentária, que decorre da manifestação de última vontade do autor da herança em testamento.

Vale ressaltar que a sucessão pode ser também simultânea, abrangendo a legítima e a testamentária, ocorrendo, por exemplo, quando o testador não dispõe de todos os seus bens por testamento, e os que não foram incluídos na declaração de última vontade passarão a ser regulados pela legislação e destinados aos herdeiros legítimos. (GONÇALVES, 2017).

3.1.1 Sucessão legítima: breves considerações

A sucessão legítima sempre foi a mais utilizada no Brasil, pois é costume do brasileiro, assim como do latino em geral, não fazer disposição de última vontade.

Dispõe o artigo 1.788 do Código Civil de 2002 que:

Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL, 2002).

Para Tartuce (2017, p. 142), “a sucessão legítima é aquela que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador presume a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de falecimento sem testamento.”

Quando morre uma pessoa sem testamento (*ab intestato*) a herança é transmitida aos seus herdeiros legítimos, ou seja, aqueles elencados no artigo 1.829 do Diploma Civil, conforme a ordem de vocação hereditária, *in verbis*:

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.

Nesse aspecto, Gonçalves (2017, p. 42) considera que “a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse sua intenção.”

3.1.2 Sucessão testamentária – breves considerações

Ao contrário da sucessão legítima em que há uma presunção de afinidade entre o autor da herança e as pessoas indicadas pelo legislador, na sucessão testamentária existe uma afinidade real, onde o autor da herança em vida, através da realização de um testamento, destina o seu patrimônio, no todo ou em parte, para alguém.

Desse modo, a lei dispõe que, “a sucessão testamentária dar-se por disposição de última vontade.” (GONÇALVES, 2017, p. 43).

Para Tartuce (2017, p. 349), “o testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto *mortis causa*.”

Conceitua Miranda (2000, p.59), a respeito do exposto, que “testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade do morto cria, transmite ou extingue direitos.”

Tartuce (2017, p. 351), por sua vez, define “o testamento como um ato, um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte.”

Gonçalves (2017, p.43) comenta que, “havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade [...], pois a outra constitui a legítima.” Além disso, os herdeiros testamentários só recebem o que lhes deixou o testador se existirem bens, depois de pagas as dívidas do espólio e estiver garantida a legítima dos herdeiros necessários. (DIAS, 2015).

3.2 ABERTURA DA SUCESSÃO

O artigo 1.784 do Código Civil dispõe que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, 2002).

Sobre o tema, Dias (2015, p. 109) diz que abertura da sucessão “nada mais significa que o momento da morte de alguém e o nascimento dos herdeiros aos bens do falecido. [...] Transmite aos herdeiros legítimos e os testamentários (caso haja testamento).”

Para Gonçalves (2017, p. 32), “herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde transmissíveis.”

Esse fenômeno decorre do chamado princípio da *saisine*, onde a lei determina a transferência imediata do patrimônio do falecido aos herdeiros, de forma a não ocorrer uma interrupção na cadeia dominial, destacando-se:

O princípio *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito francês, com reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adortou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento de sua morte, a posse de todos os seus bens. (GONÇALVES, 2017, p. 38).

Destarte, basta que o sujeito morra para que os seus herdeiros passem a responder pela posse e propriedade do patrimônio deixado por ele, tudo no escopo de se evitar que um patrimônio fique sem titularidade.

3.3 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Conforme descrito anteriormente, quando morre uma pessoa sem testamento, a herança é transmitida aos seus herdeiros na forma da legislação.

Segundo Gonçalves (2017, p. 160), “o chamamento dos sucessores é feito, porém, de acordo com uma sequência denominada ordem de vocação hereditária. Consiste esta, portanto, na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária.”

Pereira (2008, p. 89), ao se referir sobre a ordem da vocação hereditária, diz que “a ideia predominante na matéria é o parentesco, elencando três ordens ou classes: consanguinidade, afinidade e relações puramente civis.”

A primeira classe a ser chamada é dos descendentes, filhos havidos ou não na constância do casamento. É de suma importância frisar que após a vigência

do artigo 227, parágrafo 6º da atual Constituição Federal “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988). Após os filhos, netos, bisnetos e assim sucessivamente.

Sustenta Dias (2016, p. 146), que:

este conceito de descendente abriga todas as espécies de filiação: (a) consanguínea ou natural, que tem origem na verdade biológica; (b) civil, quando decorre da adoção; (c) socioafetiva, que se constitui a partir da posse de estado de filho; e (d) social, quando decorrente de técnicas de reprodução assistida e a concepção ocorre *in vitro*, inclusive com o uso de material genético de outra pessoa. Todos são parentes em linha reta do autor da herança e, portanto, seus herdeiros necessários (CC 1.845). A eles é assegurada a metade dos bens do genitor.

Outro aspecto levantado por Dias (2015, p. 146), é nos casos onde é “reconhecida a multiparentalidade, com o conseqüente registro em nome de mais de dois pais, o filho integra a ordem de vocação hereditária de todos os seus genitores.”

Nesse sentido, os descendentes em linha reta mais próxima excluem os mais remotos, salvo direito de representação, o que pode ocorrer quando o herdeiro morre antes do autor da herança ou é excluído por indignidade ou deserdação.

“Se houver alguém que pertença a essa classe, afasta os herdeiros pertencentes às subseqüentes, salvo a hipótese de concorrência com cônjuge sobrevivente.” (GONÇALVES, 2017, p. 162).

A segunda classe a ser chamada são os ascendentes, que só serão chamados a suceder na falta dos herdeiros descendentes, e referem-se aos pais, avós, bisavós, tataravós e assim sucessivamente.

“O cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar, e na falta dos herdeiros das classes anteriores, este herda a herança por direito próprio.” (DIAS, 2015, p. 149).

Registra-se que o Código Civil de 1916 não admitia concorrência entre as classes de herdeiros. Já o Código Civil de 2002 permite que o cônjuge supérstite, dependendo do regime de bens adotado, concorra com os herdeiros de classes anteriores, sem prejuízo à ordem de vocação hereditária.

Os colaterais, por sua vez, só herdam se não houver outros herdeiros que os antecedam, até o limite do quarto grau, como irmãos, sobrinhos, tios, primos, filhos de sobrinho e tios-avôs.

Dentro desse assunto, explica Dias (2015, p. 153):

Como os colaterais não são herdeiros necessários, o titular do patrimônio pode clausular a herança de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, sem haver necessidade de declinar causa (CC 1.848). Igualmente pode determinar a sub-rogação do quinhão em bens de espécie diversa (CC 1.848, § 1.º), isso por que ditas restrições só existem com relação à legítima.

Na falta de todos os herdeiros mencionados, o Estado sucede, mediante uma demanda judicial que reconhece a herança como sendo jacente, declarando assim os bens vagos. Somente depois, esses bens são atribuídos ao ente público, como herança vacante. (DIAS, 2015).

Ademais, cabe ressaltar que antes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que será abordado posteriormente, apenas o cônjuge figurava em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, de modo que o companheiro sequer era mencionado no artigo 1.829 do Diploma Civil supracitado.

3.4 DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E DA LEGÍTIMA

De acordo com Gonçalves (2017, p. 210), “entende-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, senão apenas nas hipóteses de praticarem, comprovadamente, ato de ingratidão contra o autor da herança.”

No Código Civil consta que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” (BRASIL, 2002).

Os herdeiros necessários têm a proteção da legítima, sendo esta a metade de todo o patrimônio do autor da herança, como aponta o artigo 1.846 do Diploma Civil ao elucidar que: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (BRASIL, 2002).

Sobre o tema, cola-se o ensinamento de Dias:

A parte da herança chamada legítima não se destina aos herdeiros legítimos, mas sim aos herdeiros necessários. Todos os herdeiros necessários são herdeiros legítimos, mas a recíproca não é verdadeira. Aos herdeiros necessários é assegurada a legítima, isto é, a metade da herança. Os herdeiros legítimos têm mera expectativa de direito. Herdam se não existirem herdeiros necessários nem testamento destinando os bens a terceiros. (DIAS, 2015, p. 145-146).

Ainda, é importante destacar o preceituado pelo artigo 1.847 do Código Civil, o qual ensina que “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.” (BRASIL, 2002).

3.5 SUCESSÃO DECORRENTE DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

3.5.1 Evolução do direito sucessório do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro

Aponta Pereira (2008, p. 141) que “em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, o cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, colocado depois dos colaterais, chamados a suceder em grau tão remoto (décimo).”

Assim, o cônjuge era considerado apenas herdeiro legítimo, podendo ser afastado da sucessão por testamento, não precisando de justificativa para tal afastamento. Ainda, era garantindo ao cônjuge a liberdade de destinar seus bens a quem quisesse não precisando nomear herdeiros testamentários. (DIAS, 2015, p. 57).

Somente com a publicação da Lei Afonso Pena, Decreto n.º 1.839/1907, que regulava o deferimento da herança no caso de sucessão *abintestato*, o cônjuge passou a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, antes dos colaterais.

Destaca-se:

Art. 1º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão *abintestato* ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até ao sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o de cujus for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas. (BRASIL, 1907).

O Código Civil de 1916 manteve a ordem de vocação hereditária do artigo 1º. da Lei Afonso Pena, da seguinte forma:

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 à União. (BRASIL, 1916).

Ainda, o Código Civil de 1916 complementava em seu artigo 1.611 que “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.” (BRASIL, 1916).

Assim, ao cônjuge sobrevivente era assegurada a totalidade da herança somente na falta de descendentes e ascendentes, não sendo ele considerado herdeiro necessário.

A respeito disso, Pereira (2008, p. 146) afirma, ainda, que para o cônjuge sobrevivente ser herdeiro único, somente ocorria “na falta de descendentes e ascendentes, e vigente o Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite sucedia ao falecido, qualquer que fosse o regime de bens, recebendo a herança em propriedade.”

A Lei nº. 4.121/1962, mais conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, nos casos de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com filhos legítimos, disciplinou que se a mulher concorresse com os filhos comuns ou somente do falecido, a ela era garantido o direito de usufruto de um quarto dos bens da herança, e que não havendo filhos, mas ascendentes vivos, à mulher era garantido o usufruto de metade dos bens do falecido. (PEREIRA, 2008, p. 147).

O Código Civil de 2002, por sua vez, incluiu o cônjuge supérstite no rol de herdeiros necessários.

Aponta Dias (2015, p. 57), que:

Agora o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário. Não pode ser excluído, pois faz jus à legítima: metade da herança se não existirem nem descendentes nem ascendentes. Preserva a qualidade de herdeiro independente do regime de bens do casamento e da vontade do *de cujus*. Ainda que o casamento tenha ocorrido pelo regime da separação convencional ou obrigatória de bens, sua condição de herdeiro persiste. Herda mesmo se os bens do cônjuge sejam incomunicáveis.

Na mesma linha, Gonçalves (2017, p. 188-189) ensina:

O cônjuge, sendo herdeiro necessário, não pode, como já foi dito, ser totalmente excluído da sucessão por testamento deixado pelo *de cujus* (CC, art. 1.850). Tem direito à legítima, ou seja, à metade dos bens da herança (art. 1.846). [...] Mesmo que em face do regime de bens adotado no casamento não exista meação, defere-se ao cônjuge supérstite a herança.

Assim, o cônjuge sobrevivente passou a ter direito à legítima, ou seja, metade dos bens da herança.

Outra inovação do Código Civil de 2002 foi de possibilitar ao cônjuge sobrevivente concorrer à herança juntamente com os descendentes e ascendentes do falecido. Salienta-se que tal assunto será tratado em tópico posterior.

Pois bem, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, segundo o artigo 1.830 do Código Civil, é garantido se “ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.” (BRASIL, 2002).

Assim, se ao tempo da morte a sociedade conjugal já estiver dissolvida, o vínculo conjugal já foi extinto, de modo que o cônjuge sobrevivente não será chamado a suceder. O mesmo ocorre na hipótese de o casal estar separado de fato há mais de dois anos.

Sobre o tema, Gonçalves (2017, p. 183) esclarece:

O direito sucessório do cônjuge, todavia, só estará afastado depois de homologada a separação consensual ou passada em trânsito em julgado de separação litigiosa ou de divórcio direto, que só produz efeitos *ex nunc*, ou ainda depois de lavrada a escritura pública de separação ou divórcio, que produz seus efeitos imediatamente, nos termos do artigo 733 do diploma processual civil de 2015. Morrendo o cônjuge no curso da ação de divórcio direto, de conversão de separação em divórcio ou de separação judicial, extingue-se o processo. Nessa hipótese, o estado civil do outro não será de separado judicialmente ou divorciado, mas de viúvo.

Vale registrar que após a Emenda Constitucional nº. 66/2010, uma das formas de dissolver o casamento é pelo divórcio, dando-se uma nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” (BRASIL, 1989).

Excepcionalmente, a legislação permite ao cônjuge sobrevivente participar da sucessão do outro, mesmo separado de fato há mais de dois anos, e isso ocorrerá se ficar provado não ser ele o culpado do término da sociedade conjugal.

Sobre a culpabilidade do cônjuge, aponta Dias (2015, p. 64):

Ainda que o casal já estivesse separado, perseguia o culpado pela separação. Vindo a falecer depois de cessada a convivência há mais de dois anos, a lei autorizava o cônjuge sobrevivente a acionar o Judiciário para discutir a culpa do falecido. Reconhecido que o sobrevivente não era responsável pelo fim da vida em comum, seu direito sucessório persistia. Desimportava quantos anos tinham

decorrido entre a separação e a morte. Continuava o viúvo a ser herdeiro, fazendo jus à herança, até sobre o patrimônio amealhado depois da separação.

Contudo, considerando que o divórcio é uma das formas de dissolução do casamento, “desapareceu o instituto da separação e com ele a necessidade de identificação de causas ou exigências do decurso de prazos para a concessão do divórcio.” (DIAS, 2015, p. 65). Em consequência, a culpa para o término da sociedade conjugal no direito sucessório não pode ser mais discutida.

Ainda sobre o artigo 1.830 do Código Civil, vale frisar que:

Foi encaminhado ao Congresso Nacional sugestão aprovada no IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), para a alteração do aludido art. 1.830 do Código Civil, propondo que, já estando o casal separado de fato, desapareçam os direitos sucessórios dos cônjuges, devendo ser afastada qualquer referência a prazo mínimo de separação fática para que tal fenômeno ocorra, bem como, ainda, o questionamento da culpa. (GONÇALVES, 2017, p. 185).

Cabe ressaltar que a meação não pode ser confundida com herança. Herança pertence ao direito sucessório, já a meação pertence ao direito de família, estando ligada ao regime de bens escolhido pelos nubentes no casamento. (DIAS, 2015, p. 58).

Na mesma linha, afirma Pereira (2008, p. 143) que “no sistema do Código Civil de 1916, quanto no atual, não há de se confundir o direito à herança, reconhecida ao cônjuge supérstite, com a meação.”

“No sistema do Código Civil de 1916, a meação era um efeito da comunhão, ao passo que o direito hereditário não dependia do regime de bens; no Código Civil novo, todavia, nenhuma das afirmações pode ser feita em caráter absoluto.” (PEREIRA, 2008, p. 143).

3.5.2 Evolução do direito sucessório do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro

Para melhor compreender a sucessão na união estável, é de suma importância analisar a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a união estável não era reconhecida como entidade familiar, de forma que no campo sucessório não existiam quaisquer direitos aos conviventes.

Diante da ausência de leis que regulamentassem a sucessão do companheiro, o Poder Judiciário foi quem primeiramente reconheceu a existência de uma sociedade de fato, levando o Supremo Tribunal Federal à criação da Súmula 380, a qual dizia que se fosse “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, era cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” (BRASIL, 1964).

Como visto anteriormente, o Código Civil de 1916, com o intuito de proteger a família constituída pelo matrimônio, deixou de regulamentar as relações extramatrimoniais. Além de não regulamentar a união estável, proibia “doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.” (GONÇALVES, 2017, p. 190).

Entretanto, com o passar dos anos, essas uniões foram sendo aceitas pela sociedade, sendo a legislação previdenciária a primeira a regulamentar alguns direitos aos concubinos.

Como faz notar Tartuce (2017, p. 243), “a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto Lei 7.036/1944, que reconheceu a companheira como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho o qual foi vítima o companheiro, lei que ainda é aplicada.”

Ainda, a Lei nº. 6.015/1973, denominada Lei de Registros Públicos, em seu artigo 57, parágrafo 2º, passou a admitir a possibilidade de a companheira utilizar o sobrenome do companheiro. (BRASIL, 1973).

Todavia, foi a Constituição Federal de 1988 que introduziu a união estável como entidade familiar na ordem jurídica, disciplinando em seu artigo 226, parágrafo 3º, que “para efeitos de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em união estável.” (BRASIL, 1989).

Somente na década de 90 é que os direitos dos companheiros começaram a ser assegurados na legislação pátria, sendo a Lei nº. 8.971/1994 que assegurou ao companheiro sobrevivente os direitos sucessórios, passando a reconhecê-lo como herdeiro do *de cuius*.

E, nesse sentido, disciplinava seu artigo 2º:

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. (BRASIL, 1994).

Sobre a legislação supracitada, Tartuce (2017, p. 245) enfatiza:

Exatamente para dar efetividade ao dispositivo constitucional, entrou em vigor a Lei 8.971/1994, com amplos direitos aos conviventes. Em relação ao direito sucessório, reafirme-se que estabelecia o seu art. 2º que o companheiro era reconhecido como herdeiro, nas seguintes condições: a) o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos ou comuns; b) o (a) companheiro(a) sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendente; c) na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

Cabe ressaltar que a referida lei também trazia os requisitos para a configuração da união estável, os quais se encontravam elencados em seu artigo 1º:

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 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. (BRASIL, 1994).

Além disso, a lei supracitada assegurava aos companheiros direitos alimentícios, desde que presentes os requisitos elencados no dispositivo acima. Se um dos companheiros não fosse casado, comprovando que a união durou mais de cinco anos ou que da união houvesse filhos, a ele eram resguardados esses direitos.

A Lei nº. 8.971/1994, ao tratar do direito sucessório dos companheiros, garantiu o direito do companheiro sobrevivente participar da vocação hereditária do falecido.

Ademais, dispôs em seu artigo 3º que “quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.” (BRASIL, 1994).

Logo, o companheiro teria direito à meação dos bens que fossem adquiridos na constância da união estável com sua colaboração.

Com o advento da lei ora comentada, viu-se que ao companheiro supérstite foram garantidos direitos sucessórios, inclusive sendo este inserido na ordem da vocação hereditária, tendo os mesmos direitos do cônjuge sobrevivente.

Posteriormente, surgiu a Lei nº. 9.278/1996, a qual não revogou totalmente a Lei nº. 8.971/1994. Nesse ponto, “a lei nº 9.278/96, também regulando a união estável, mas não ab-rogando a lei anterior, extirpou os requisitos [...] afastando, de uma vez por todas, a exigência temporal.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 277).

A Lei nº. 9.278/1996, em seu artigo 1º, reconheceu “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 1996).

Logo, para a configuração da união estável, bastava a comprovação da sociedade conjugal de fato com a formação de patrimônio, indo ao encontro do disciplinado no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal. (GONÇALVES, 2007, p. 191).

Com o surgimento do Código Civil de 2002, as leis anteriores que versavam sobre os direitos dos companheiros foram tacitamente revogadas, sendo que o Diploma Civil trouxe um único dispositivo para tratar dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.

O artigo em baila é o 1.790, o qual foi alocado geograficamente nas disposições gerais e não no capítulo que trata da vocação hereditária, limitando a participação do companheiro supérstite na sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, restando evidente que ao companheiro não foi garantido o mesmo tratamento dispensado ao cônjuge sobrevivente no que toca à matéria sucessória.

Salienta-se, por fim, que o artigo 1.790 do Código Civil, foco do presente trabalho, será tratado nos próximos capítulos.

4 ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

4.1 CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

No casamento, a lei vincula a concorrência sucessória ao regime de bens escolhido pelos nubentes. É o entendimento do artigo 1.829 do Código Civil, abaixo transcrito:

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. (BRASIL, 2002).

Nota-se que se casados pelos regimes da comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens não havendo bens particulares e o regime da separação obrigatória de bens, o legislador excluiu o direito do cônjuge de concorrer junto com os descendentes à herança do falecido. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 248).

E isso se dá porque a intenção do legislador foi afastar a meação da herança, assim, nos casos em que o cônjuge for meeiro ele não tem direito à herança, e quando ele tem direito à herança, ele não será meeiro. (TARTUCE, 2017, p. 163).

Já na união estável, o companheiro que não está na ordem da vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, bem como não é considerado herdeiro necessário, de acordo com o artigo 1.845 do mesmo Código, só possui o direito de participar da herança no que toca aos bens que foram adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, dos quais o companheiro já possui o direito à meação.

Assim, em matéria sucessória, “a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro.” (GONÇALVES, 2017, p. 195).

Logo, percebe-se que na união estável o direito de concorrência existe sobre os bens que o companheiro já tem a meação resguardada, o que não ocorre no casamento, que, a depender do regime de bens, o viúvo poderá ou não concorrer com os descendentes.

No entanto, o legislador olvidou-se que na união estável, mediante escritura pública, podem os conviventes escolher outro regime de bens diferente da comunhão parcial.

Nessa esteira, dispõe o artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” (BRASIL, 2002). Mas, nota-se que, em matéria sucessória, “a escolha do regime de bens não afeta o direito do companheiro sobrevivente.” (DIAS, 2015, p. 190).

Ademais, na forma do artigo 1.832 do Código Civil, ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL, 2002).

Logo, quando o cônjuge concorrer com até três descendentes comuns, todos receberão cotas iguais, mas se concorrer com mais de três descendentes comuns, ao cônjuge supérstite será reservado um quarto da herança.

Nos casos de concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes comuns, bem como com descendentes só do *de cuius*, que é o caso da chamada filiação híbrida, a doutrina diverge. Há quem entenda que será assegurado ao cônjuge a quarta parte da herança somente quando este for ascendente de todos os descendentes do falecido. Outra corrente entende que a quarta parte da herança deverá ser calculada apenas sobre os quinhões dos filhos comuns. Mas, segundo Dias (2015, p. 183), essa solução “afronta o princípio constitucional da igualdade, pois os herdeiros, todos irmãos, iriam receber quinhões diferentes.”

Tartuce (2017, p. 188), ao tratar da sucessão híbrida, sustenta existir duas correntes doutrinárias: “A primeira vertente, majoritária, havendo sucessão híbrida, não se deve fazer a reserva da quarta parte da herança para o cônjuge, tratando-se todos os descendentes como exclusivos do autor da herança.”

Confirmando essa vertente, em 2011 na V Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado nº. 527, adotando a premissa que “na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.” (BRASIL, 2011).

A segunda corrente sustenta que:

Havendo filiação híbrida, deve ser feita a reserva da quarta parte ao cônjuge, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns. [...] Sustenta-se que a existência de filhos comuns justifica a incidência de reserva, não importando que com eles existam filhos exclusivos do autor da herança. (TARTUCE, 2017, p. 188).

No que diz respeito ao companheiro, o direito de concorrência com os descendentes se calcula na meação pertencente ao falecido no que toca aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Para tanto, o artigo 1.790 do Código Civil disciplina nos incisos I e II:

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

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

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

Observa-se que o companheiro sobrevivente poderá concorrer tanto com os descendentes comuns como com descendentes só do autor da herança.

Sobre o assunto, Dias (2015, p. 191) menciona:

A apuração dos valores se sujeita a duas regras. Primeira: o companheiro recebe parte igual de seus filhos, e herda como se fosse um deles. Segundo: os filhos somente do falecido recebem o dobro do quinhão do companheiro sobrevivente.

Novamente a lei é omissa ao tratar da filiação híbrida no caso de concorrência do companheiro com descendentes comuns e com descendentes só do autor da herança, restando à doutrina e à jurisprudência apresentar solução para o caso.

Tartuce (2017, p. 263) sustenta que existem quatro correntes doutrinárias. “Para uma primeira corrente doutrinária, em casos de sucessão híbrida, dever-se-ia aplicar o inciso I do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, uma vez que os comuns estariam presentes.” E ainda complementa que “perfilhando-se a essa vertente, o companheiro ficaria em situação privilegiada, recebendo a mesma quota dos descendentes.” (TARTUCE, 2017, p. 263).

A segunda vertente sustenta que se “presente a filiação híbrida, teria subsunção o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos do autor da herança.” (TARTUCE, 2017, p. 263-264).

A terceira corrente diz que “havendo filiação híbrida na união estável, deveria ser aplicado o inciso III do art. 1.790 do Código Civil, pela impossibilidade de enquadramento nos dispositivos antecedentes.” (TARTUCE, 2017, p. 264-265).

A quarta e última corrente estaria baseada em uma fórmula matemática, chamada “Fórmula Tusa”, que segundo Dias (2015, p. 192):

busca uma média ponderada que aumenta a participação do convivente quanto maior for o número de filhos comuns e diminui a participação do convivente na medida em que é maior o número de filhos exclusivos do *de cujus*.

Pode-se concluir, assim, que na concorrência sucessória com descendentes, o quinhão hereditário do cônjuge e do companheiro sobreviventes só se igualam quando todos os herdeiros são descendentes comuns não sendo o número deles maior que três.

A diferença está na base de incidência, sendo que para o cônjuge sobrevivente é calculado com base nos bens particulares do falecido, não concorrendo nos bens comuns, onde o cônjuge tem apenas a meação. Já ao companheiro, o cálculo é feito com base nos bens comuns, não concorrendo nos bens particulares, de forma que o companheiro supérstite será meeiro e herdeiro ao mesmo tempo.

4.2 CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES

A lei dispõe que “na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.” (BRASIL, 2002). Assim, serão chamados a suceder os herdeiros da próxima classe, obedecendo a ordem da vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do Código Civil.

Ao cônjuge sobrevivente é garantido o direito de concorrência com os ascendentes do falecido, não importando o regime de bens adotado no casamento. Pode-se afirmar, então, que será garantido ao cônjuge, o direito de acrescer uma quota junto com a sua meação. (OLIVEIRA; AMORIM, 2005 p. 101).

Afirma Dias (2015, p. 186) que “o direito do sobrevivente existe sempre, fazendo jus a parte do acervo sucessório do cônjuge falecido tanto no regime da separação obrigatória como convencional de bens.”

A lei garante ao cônjuge sobrevivente, em concorrência com os pais do *de cujus*, a fração de um terço da herança, e na concorrência com o pai ou a mãe ou, ainda, um ascendente mais remoto, o percentual de cinquenta por cento da herança. (DIAS, 2015, p. 186).

Já, na união estável, ao companheiro também é assegurado o direito de concorrência com os ascendentes, na forma do artigo 1.790, inciso III do Código Civil. Assim, o companheiro terá o direito a um terço dos bens que foram adquiridos de forma onerosa na constância da união estável se estiver concorrendo com os ascendentes do autor da herança.

Quando a concorrência se der com os pais do falecido, a herança será dividida, no que se refere à parte onerosamente adquirida na união estável, em partes iguais entre os genitores e o companheiro supérstite. Se o companheiro sobrevivente concorrer com apenas um dos genitores, o pai ou a mãe do autor da herança, ficará com um terço da herança, cabendo ao pai ou à mãe do falecido os dois terços restantes, e o mesmo ocorre quando a concorrência ocorrer com ascendentes mais remotos. (DIAS, 2015, p. 194).

Lembra-se que não entram na comunhão os bens adquiridos de forma gratuita ou aqueles que o falecido já possui antes de conviver. Esses bens que não entram na comunhão, o companheiro não tem o direito de concorrer, ficando para os outros parentes sucessíveis. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 289-290).

4.3 CONCORRÊNCIA COM PARENTES COLATERAIS

No que tange a concorrência sucessória com parentes colaterais, somente na união estável este instituto é possível, posto que na ordem da vocação hereditária, o cônjuge sucede na ausência de descendentes e ascendentes, afastando assim, a possibilidade dos colaterais concorrerem aos bens do falecido juntamente com o cônjuge sobrevivente.

No caso do companheiro, os parentes colaterais até o quarto grau, onde se incluem os irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avôs e primos do autor da herança, têm o direito de concorrer com o companheiro supérstite, pois a eles é

resguardado o direito de herdar juntamente com o companheiro. Nesse caso, a lei garante ao companheiro o direito a um terço da herança no que diz respeito à parte adquirida de forma onerosa na união estável.

Antes do Código Civil de 2002, a Lei nº. 8.971/1994, em seu artigo 2º, inciso III, regulamentava que “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” (BRASIL, 1994).

O Código Civil de 2002, ao tratar da concorrência sucessória do companheiro com os colaterais, retirou um direito antes garantido ao companheiro sobrevivente, afrontando diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social.

Sobre o tema, Dias (2015, p. 194) defende que “deve ser afastada sua incidência, devendo-se aplicar o art. 2º da Lei 8.971/1994 que não foi revogada.”

Com isso, a integralidade da herança, no que tange à parte onerosamente adquirida durante a união estável, somente caberá ao companheiro supérstite na ausência de descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau de parentesco.

4.4 OUTRAS DESIGUALDADES SUCESSÓRIAS DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE EM COMPARAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE

Da leitura do artigo 1.790 do Código Civil, verifica-se que “o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.” (GONÇALVES, 2017, p. 193).

Pereira (2008, p. 166), sobre o tema, aponta um grande retrocesso aos direitos adquiridos ao longo dos anos pelos conviventes:

Outra restrição agora imposta à vocação do companheiro consiste em limitá-la aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790, *caput*). A Lei nº 8.971/1994 não circunscrevia os direitos sucessórios dos companheiros apenas a bens com tais características. [...] Os bens *hereditariamente transmissíveis*, quer aqueles correspondentes à meação do autor da herança no patrimônio comum, quer os de sua propriedade exclusiva, devolviam-se aos herdeiros, segundo a ordem da vocação hereditária naquele diploma, de tal modo que, faltando descendentes e ascendentes sucessíveis, o companheiro poderia ser chamado a suceder o *de cuius* em bens não integrantes a comunhão.

Nota-se que o legislador tentou proteger e privilegiar o cônjuge em detrimento do companheiro, garantindo às pessoas casadas direitos sucessórios maiores do que aqueles que vivem em união estável.

Desse modo, de acordo com o dispositivo legal supracitado, o companheiro sobrevivente só participará da herança do falecido no que se refere a parte adquirida onerosamente na vigência da união estável, de modo que, segundo a lei, não terá qualquer direito aos bens particulares do autor da herança, mesmo na falta de outros herdeiros.

Tal situação não ocorre com o cônjuge sobrevivente, o qual encontra-se na terceira ordem de vocação hereditária, de modo que, na ausência de descendentes e ascendentes, a sucessão será inteiramente assegurada ao cônjuge independente do regime de bens.

Ainda, diferentemente do que ocorre com o cônjuge supérstite, não restou reconhecido ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, nem mesmo o direito ao usufruto viual.

Nesse ponto, alguns doutrinadores sustentam que a omissão do Código Civil, ao deixar de tratar o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, não teria revogado o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/1996, que sustenta que “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).

Nesse diapasão, argumenta Gonçalves (2017, p. 192) que “em defesa do companheiro, não ter havido revogação expressa da referida lei, bem como inexistir incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer dispositivo do atual Código Civil.”

Dias (2015, p. 83) explica que “a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge. São normas que não se incompatibilizam.”

O Enunciado nº. 117 do Conselho da Justiça Federal, por sua vez, confirmou a não revogação do artigo 7º. da Lei nº. 9.278/1996, ao elencar que “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”. (BRASIL, 2002).

Ademais, o companheiro é considerado herdeiro legítimo (facultativo), podendo ser excluído da sucessão, assim como os herdeiros colaterais. Diferente do cônjuge, que é considerado herdeiro necessário, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, fazendo jus à legítima.

O companheiro, ainda, não tem legalmente assegurado a quarta parte da herança, como ao cônjuge é garantido na concorrência sucessória. (DIAS, 2015, p. 80).

É importante perceber que diminuir o direito sucessório do companheiro afronta diretamente o princípio da vedação do retrocesso. Nesse sentido, Farias e Rosenvald (p. 283, 2015) explicam que:

trata-se de visível e indiscutível retrocesso. E, relembrando a sede constitucional da proteção da união estável, é de se pontuar a proibição de retrocesso social, também denominada proibição de evolução reacionária, que advém da mais avançada doutrina constitucional. O que se afirma é que as conquistas sociais obtidas passam a constituir uma garantia social da coletividade, protegendo a confiança e segurança dos cidadãos que acreditam naquele estágio evolutivo de proteção jurídica. [...] As pessoas que confiaram na proteção sucessória conferida pelas leis anteriormente em vigor não podem ser prejudicadas pelo advento de um texto legal preconceituoso, elaborado mais de uma década antes da própria *Lex Fundamentallis*.

Com isso, muitos Tribunais Pátrios, após a publicação do Código Civil de 2002, passaram a posicionar-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, entendendo que tal dispositivo legal violava diretamente matéria constitucional.

A doutrina majoritária, de igual forma, defendia a igualdade de direitos sucessórios entre aquele que viveu em união estável e o que viveu em regime matrimonial.

Diante disso, por se tratar de assunto de extrema relevância social, e considerando as várias demandas envolvendo a mesma questão, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar acerca da matéria.

Assim, a Suprema Corte Brasileira, ao julgar os Recursos Extraordinários nº. 876.694-MF e nº. 646.721-RS, declarou o artigo 1.790 do Código Civil inconstitucional, extraindo-se do voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, 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.”

(Recurso Extraordinário nº. 878694 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16-4-2015).

Isso posto, desde o mês de maio de 2017 o regime legal do companheiro, em matéria sucessória, passou a ser igual ao do cônjuge, destacando do voto do Recurso Extraordinário 878.694-MG que “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.”

4.5 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a entidade familiar era aquela advinda do casamento, o qual tinha especial proteção, sendo até então indissolúvel. Com o advento da Carta magna de 1988, para acompanhar a realidade social, a compreensão de família se estendeu para além do casamento, sendo então entendidas como entidades familiares e recebendo especial proteção as famílias formadas pela união estável e a monoparental. (TARTUCE, 2017, p. 244).

Na medida em que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, os direitos sucessórios dos companheiros foram regulamentados por leis infraconstitucionais, pois o Código Civil vigente na época não tratava de tais direitos.

A primeira lei a tratar dos direitos dos companheiros foi a lei 8.971/1994 que versava sobre os direitos dos companheiros sobre alimentos e sucessão. Posteriormente surge a lei 9.278/1996, não revogando totalmente a anterior, como já exposto em capítulo anterior. (DIAS, 2015, p. 75-76).

Com o advento do Código Civil atualmente em vigor, os direitos anteriormente adquiridos pelas pessoas que viviam em união estável não foram recepcionados pelo novo Código, e as leis que regulamentavam esses direitos foram tacitamente revogadas. Com isso, em matéria sucessória, ao cônjuge foi dada uma posição privilegiada em detrimento ao companheiro. (GONÇALVEZ, 2017, p. 191).

Com isso, diversas demandas começaram a surgir no Judiciário, questionando se o dispositivo que versava sobre os direitos sucessórios dos companheiros é inconstitucional, existindo entendimentos diversos entre os

Tribunais Pátrios, Levando o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre o tema.

4.5.1 Breves considerações acerca da supremacia da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal é aquela que goza de superioridade em relação às demais leis do ordenamento jurídico. Deste modo, qualquer lei ou ato normativo deve estar de acordo com as normas constitucionais, caso contrário deverá ser declarado sua inconstitucionalidade face a afronta à supremacia da Constituição.

Sobre o tema, Lenza (2017, p. 239) ensina que a supremacia “pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.”

Assim sendo, vê-se que a Constituição é a lei suprema da ordem jurídica, não sendo permitida a existência de nenhuma lei ou ato normativo que venha a violar os ditames constitucionais. Com isso, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal, diante das distinções do tratamento legal do regime sucessório do cônjuge e do companheiro, os Tribunais Pátrios foram obrigados a se posicionarem sobre o assunto.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 22 de janeiro de 2015, decidiu pela inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, de modo a declarar inconstitucional o inciso que trata da concorrência sucessória do companheiro com os colaterais.

Colaciona-se:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO ÀQUELE DISPENSADO AO CASAMENTO. INADMISSIBILIDADE. INCISO III DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA QUE, NA SUCESSÃO, AO CONCORRER COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS FAZ JUS A APENAS UM TERÇO DA HERANÇA. DISCIPLINA DESALINHADA COM O DISPOSTO NO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. Na condição de núcleo familiar constitucionalmente albergado, tanto a união estável, quanto o casamento - quanto, ainda, o arranjo monoparental -, ostentam idêntica natureza (art. 226 da Carta da República), substanciando-se na comunhão

de vidas alicerçada em valores como afetividade, conforto emocional e solidariedade. Nesse sentido, a facilitação, prevista na Constituição Federal para convolar-se a união estável em casamento (§ 3º, do art. 226/CF), não implica um minus da primeira em comparação com o segundo, nem que seja àquela um rito de passagem ou um degrau inferior em relação a este, senão que avulta como instrumento para dar mais segurança jurídica aos próprios companheiros e a terceiros, haja vista as formalidades cartoriais intrínsecas a este último, devendo, porém, ser reverenciada, antes e acima de tudo, a enunciação igualitária de que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (caput do art. 226/CF). Afinal, mais relevante do que o modelo pelo qual a família é constituída, é o modo pelo qual se protege juridicamente. Como corolário, tem-se que o inc. III do art. 1.790 do Código Civil afastou-se do primado da proteção estatal assegurado à entidade familiar, ao conferir tratamento diferenciado e detrimetoso ao convivente em união estável, no caso de sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência, na disputa com outros parentes sucessíveis, em desalinho, portanto, com a regra protetiva ditada pela Constituição da República. Impende, por isso, reconhecer a inconstitucionalidade desse preceptivo (inc. III do art. 1.790 do Código Civil). (TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2, de Presidente Getúlio, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 17-12-2014). (BRASIL, 2014).

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça do Paraná, entendendo pela inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, extraindo da ementa:

A INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO "STATUS" DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar". (TJPR - Órgão Especial - IDI - 536589-9/01 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Sérgio Arenhart - Por maioria - - J. 04.12.2009). (BRASIL, 20º9).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, existem entendimentos diferentes. A 8ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça

Gaúcho entendeu pela inconstitucionalidade de todo o artigo 1.790 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. Conforme o entendimento uníssono desta Câmara, é inconstitucional a aplicabilidade do artigo 1790, do Código Civil, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, equiparou o companheiro ao cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite. USUFRUTO VIDUAL. O Código Civil atual não prevê o usufruto vidual ao cônjuge, o que implica que, reconhecida a paridade entre cônjuge e companheiro, não há o que falar na incidência da Lei nº 9.278/96 e, via de consequência, do direito do companheiro ao usufruto vidual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO. (Agravado de Instrumento nº. 70022652879. Relator: DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Civil. Julgado em 10/04/2008). (BRASIL, 2008).

Já o Tribunal Pleno da Corte Estadual Gaúcha entendeu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, destacando-se da ementa:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS. O art. 226, § 3º da Constituição Federal, estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloquente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70055441331, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Redator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/02/2014). (BRASIL, 2014).

Ainda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaca-se:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A CR não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das reações jurídicas patrimoniais decorrentes da união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo

ser solvida à luz de critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE POR MAIORIA (TJRS. Tribunal Pleno, Rel. Des. Leo Lima, Inc. de Inconstitucionalidade n. 70029390374, julg. 09.11.09). (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, abaixo colacionado:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a observância do art. 1790 do Código Civil, na sucessão da companheira. Inconformismo. Descabimento. União estável. Sucessão da companheira. Partilha de bens. Constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, declarada pelo C. Órgão Especial desta Corte. Incidência do art. 1790, do Código Civil, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário. Decisão mantida. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº. 2215373-97.2016.8.26.0000. Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25/04/2017). (BRASIL, 2017).

Ainda da Corte Estadual Paulista, tem-se:

União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e/ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido. (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0434423-72.2010. Comarca de São Paulo, Órgão Especial. Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 14.09.2011). (BRASIL, 2011).

Observa-se, assim, a existência de entendimentos jurisprudenciais pátrios que reconheciam a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, bem como outros que reconheciam a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal, levando a uma evidente insegurança jurídica quando da aplicação de tal norma.

Vale registrar que os julgados que defendiam a constitucionalidade de tal dispositivo sustentavam-se na existência na Constituição Federal de hierarquização entre as entidades familiares, deste modo, a lei infraconstitucional poderia conferir tratamento diverso para pessoas que não tivessem optado por viver em relações matrimoniais.

4.5.2 Recursos Extraordinários nº. 878.694-MG e nº. 646.721-RS

Em maio de 2017, a Suprema Corte Brasileira julgou concomitantemente os Recursos Extraordinários de nº. 878.694-MG e nº. 646.721-RS, os quais versam

sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, uma vez que aos cônjuges e companheiros são dados tratamentos diferenciados no que tange ao direito sucessório.

A seguir far-se-á uma análise dos argumentos utilizados nos Recursos Extraordinários nº. 878.694-MG e nº. 646.721-RS, os quais afirmaram a repercussão geral, concluindo pela seguinte tese: “No sistema vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre o cônjuge e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.” (STF, Recurso Extraordinário nº. 878.694/MG, relator ministro Luís Roberto Barroso).

4.5.2.1 Argumentos do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 878.694-MG

A primeira divergência dos argumentos para a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil é o debate acerca da união estável ser ou não equiparada ao casamento.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, diz que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 1988).

Barroso, em seu voto, disse que a Constituição de 1988 ampliou o conceito de família para além do casamento, mas isso não significa que houve uma equiparação deste com as outras entidades familiares. Afirmou, ainda, que o casamento e a união estável são organizações familiares distintas, se não fossem, não teria motivos para a Constituição tratá-los em trechos distintos. (BARROSO, 2017)

Enfatizou, também, que entre o casamento e a união estável existem várias diferenças, sendo elas o modo pela qual se constituem, a comprovação da sua existência e da sua extinção. A questão central seria saber se existe alguma hierarquização das entidades familiares previstas no artigo 226 da Constituição Federal. (BARROSO, 2017)

Para demonstrar a ilegitimidade desta hierarquização, Barroso apresentou quatro elementos utilizados para interpretação jurídica.

O primeiro elemento é o chamado gramatical. A constituição estabelece que a família tem especial proteção do Estado, não fazendo menção qual dos modelos tem mais proteção em detrimento aos outros, assim, não apresentando hierarquização pelo Texto Constitucional, não pode a lei infraconstitucional fazer tal diferenciação. (BARROSO, 2017)

O segundo elemento é a chamada interpretação teleológica, em que se questiona os fins do artigo 226 da Constituição Federal.

Sobre o tema, Tartuce (2017, p. 256) explica que:

Para o julgador parece inequívoco que a finalidade da norma seria a de garantir a proteção das famílias como instrumento para a tutela dos seus membros, impedindo qualquer discriminação entre os indivíduos, unicamente com resultado do tipo de entidade que constituírem.

O terceiro elemento utilizado pelo ministro foi a interpretação histórica, que diz que a Constituição não buscou dividir em classes os tipos de família, mas sim ampliar a proteção estatal das diferentes formas de constituição familiar. Assim, assegurando tratamento igualitário a todos independentemente da sua forma de constituição. (BARROSO, 2017)

Por fim, o quarto elemento é a interpretação sistemática, que busca uma harmonia no sistema jurídico.

Segundo Barroso (2017)

O legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável [...]. Só será legítima a diferenciação de regimes entre o casamento e a união estável de não aplicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desiguando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.

Apesar da Constituição autorizar a conversão da união estável em casamento, não conferiu privilégio às famílias formadas a partir das relações matrimoniais. “O objetivo da previsão foi apenas representar o desejo do Estado em garantir maior segurança jurídica às relações sociais.” (TARTUCE, 2017, p. 256).

A respeito disso, Barroso (2017) afirmou que:

Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais

seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade.

Como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o relator ministro, Luís Roberto Barroso, embasou em três princípios constitucionais, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e o princípio da vedação ao retrocesso. (TARTUCE, 2017, p. 256).

A dignidade da pessoa humana, para Barroso, deve ser entendida como “o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo.” Defendeu que, se o direito sucessório tem por fundamento a proteção da família, é incompatível a constituição dar maior proteção aos indivíduos que estabelecem um tipo de família diferente do casamento. (BARROSO, 2017).

Como explica Tartuce (2017, p. 257): “a violação da proporcionalidade, por seu turno, estaria presente diante da vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados.”

Barroso, ainda, explicou que não se pode defender uma preferência constitucional às relações familiares pautadas no casamento, pois a Constituição não permite hierarquização entre as entidades familiares, desse modo, o estado não pode dar diferente proteção às famílias. (BARROSO, 2017).

Da mesma forma, Barroso sustentou que no ordenamento jurídico brasileiro, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, existiam duas leis que tratavam sobre o direito sucessório dos companheiros. Contudo, o Código Civil não recepcionou os direitos dos companheiros, mas sim os retirou, causando um verdadeiro retrocesso social.

Por fim, o ministro conclui em seu voto que “a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/02, e não daquele estabelecido nas leis revogadas.” (BARROSO, 2017).

4.5.2.2 Argumentos do voto do ministro Dias Toffoli a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 878.694-MG

A seguir far-se-á uma análise dos argumentos utilizados pelo ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário nº. 878694-MG, o qual foi contrário ao voto do

relator, negando provimento ao recurso por entender pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Para o ministro Dias Toffoli, 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, conforme seus ideais e convicções, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos. (TOFFOLI, 2017).

Para Toffoli, os fundamentos da constitucionalidade encontram-se na própria elaboração do projeto do Código Civil Brasileiro de 2002, que diz que as diretrizes norteadoras do Código Civil de 2002 foram fiéis às regras constitucionais e legais vigentes, portanto, autorizam o tratamento diversificado no plano sucessório às duas entidades familiares. (TOFFOLI, 2017).

O ministro citou, ainda, a superioridade numérica dos dispositivos que disciplinam o casamento e a inferioridade destinada à união estável. Assim, afirmou que tais elementos acabam por impossibilitar que haja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável enquanto instituição meio, quanto o casamento enquanto instituição fim, na conformidade do preceito constitucional. (TOFFOLI, 2017).

Por fim, sustentou Toffoli que a “norma civil apontada como constitucional 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”. (TOFFOLI, 2017).

4.5.2.3 Argumentos do voto do ministro relator Marco Aurélio a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no Recurso Extraordinário nº. 646.721-RS

A seguir far-se-á uma análise dos argumentos utilizados pelo ministro relator Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº. 646.721-RS, o qual sustentou como tese a constitucionalidade da distinção estabelecida pelo Código Civil no que tange ao direito sucessório dos companheiros.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o direito é uma ciência, sendo assim, é inadequado confundir institutos, expressões e vocabulários. Com o advento

do Código Civil de 2002, este distingue o casamento da união estável, sendo então institutos diferentes. Afirmou que a união estável é uma disciplina muito próxima ao casamento. (MARCO AURÉLIO, 2017).

Asseverou que a Constituição Federal, ao facilitar a conversão da união estável em casamento, não equiparou um ao outro. A única semelhança entre os institutos é que ambos são considerados entidades familiares e, mesmo sendo consideradas formas de família, a Constituição não as uniformiza. (MARCO AURÉLIO, 2017).

Defendeu que o Código Civil disciplinou tratamentos jurídicos distintos, pois se a Constituição também não as equiparou, o legislador infraconstitucional também não pode equiparar, sendo evidente a distinção que o legislador conferiu aos conviventes dada a possibilidade de convertê-la em casamento. (MARCO AURÉLIO, 2017).

Por fim, sustentou que existindo igualdade entre o casamento e a união estável, significa um grande prejuízo aos sucessores, pois desrespeitaria a autonomia do casal, que optam por um dos institutos e elegem aquele que mais se adequa ao núcleo familiar, e não cabe ao Judiciário modificar essa escolha. (MARCO AURÉLIO, 2017).

4.6 OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O julgamento dos Recursos Extraordinários nº. 878.694-MG e nº. 646.721-RS, os quais foram julgados concomitantemente e entenderam pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, veio com o intuito de proporcionar segurança jurídica na aplicação dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.

Extrai-se do voto do ministro Luís Roberto Barroso que “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”. (BARROSO, 2017).

Viu-se que a partir da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro supérstite, de acordo com o voto acima, passará a ser incluído na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil.

Conforme mencionado no item 3.3 deste trabalho, o cônjuge se encontra na terceira ordem de vocação hereditária, sendo possível a concorrência do mesmo com descendentes e ascendentes do autor da herança. (DIAS, 2015, p. 149).

Desse modo, o companheiro sobrevivente receberá o mesmo tratamento conferido ao cônjuge no dispositivo legal supracitado, ou seja, a depender do regime de bens poderá concorrer com descendentes, assim como também lhe será possível a concorrência com ascendentes.

Além disso, na falta de descendentes e ascendentes caberá ao companheiro a totalidade da herança, isto é, não mais se restringirá sua participação à parte adquirida de forma onerosa na união estável, nem haverá a concorrência com parentes colaterais. (TARTUCE, 2017).

Contudo, além do atribuído ao cônjuge no artigo 1.829 do Código Civil, a legislação confere outros direitos sucessórios àquele que viveu matrimonialmente, como, por exemplo, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, fazendo jus à legítima, e, se concorrer com descendentes e ascendentes terá direito à quarta parte da herança, além de ser-lhe garantido o direito real de habitação. (TARTUCE, 2017, p. 258).

Para sanar as incontroversas é necessário determinar se o companheiro é considerado ou não herdeiro necessário, que estão elencados no rol do artigo 1.845 do Código Civil, uma vez que, se for reconhecido ao companheiro sobrevivente, será garantido a legítima, metade dos bens da herança, e não poderá ser afastado da sucessão.

Com isso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e a Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS), ambas atuando no Recurso Extraordinário como *amicus curie*, interpuseram Embargos de Declaração perante a Corte Máxima, com intuito de solucionar a omissão e contradição presentes no voto do Ministro relator Luís Roberto Barroso.

Quanto à omissão, os embargantes argumentam que a repercussão geral não se limita apenas na posição que o companheiro ocupa na ordem de vocação hereditária, mas também, o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, bem como a garantia da quarta parte da herança quando concorrer com descendentes comuns e o direito real de habitação.

Extrai-se dos Embargos de Declaração do IBDFAM:

Ocorre que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao art. 1.829 do Código Civil, que prevê a ordem de vocação hereditária. De fato, dito regime, perpassa por vários dispositivos abaixo transcritos, apenas para facilitar a análise da questão, como o art. 1.831 que prevê o direito real de habitação para o cônjuge, os artigos 1.832 e 1.837 que tratam da partilha entre o cônjuge e os descendentes e os ascendentes, bem como o artigo 1.845, que prevê quem são os herdeiros necessários, a quem o ordenamento jurídico garante uma reserva hereditária.

Sustentam que “para a efetiva delimitação do alcance do direito sucessório em face da união estável é imprescindível determinar se o companheiro passa ou não a integrar o rol de herdeiros necessários, previstos pelo artigo 1.845 do Código Civil.” Uma vez que aos herdeiros necessários é garantida a legítima.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso mencionou que o cônjuge é reconhecido como herdeiro necessário, o que não foi garantido o mesmo direito aos companheiros. (BARROSO, 2017). Porém, ao proferir seu voto, não fez menção alguma acerca do reconhecimento ou não do companheiro como herdeiro necessário.

Quanto à contradição, o ministro Luís Roberto Barroso, ao modular os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, determinou que para dar segurança jurídica e proteger o direito, não se aplica a repercussão geral dos referidos recursos às partilhas já realizadas.

Extrai-se do voto do ministro Barroso no Recurso Extraordinário nº. 878.694-MG:

É importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública (STF, recurso extraordinário 878.694/MG, relator ministro Luís Roberto Barroso).

O IDFAS (2017) sustentou nos embargos que:

A aplicação da tese fixada no julgamento a todos os inventários judiciais ainda abertos ao tempo da publicação do acórdão encontra-se em flagrante contradição com a declarada finalidade de preservação da segurança

jurídica. Uma vez que a modulação de efeitos teve como propósito a preservação da segurança jurídica, a resolução desta Suprema Corte não poderia ser outra senão a de que o entendimento firmado no julgamento seja aplicado somente às sucessões abertas após a publicação do v. acórdão.

Afirma o IDFAS (2017) que a segurança jurídica está ligada a estabilidade das situações jurídicas dos indivíduos, sendo estes sujeitos das relações sociais, sabem das normas que estão vigentes e esperam que elas sejam cumpridas. Apresentou como alternativa que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam aplicados apenas nas sucessões abertas após a publicação do acórdão, que ocorreu em 11/09/2017. Isso posto, com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, têm-se certeza apenas que o companheiro sobrevivente foi incluído na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do mesmo Diploma Legal.

Logo, ao companheiro supérstite passou a ser assegurado participar da sucessão do autor da herança em sua totalidade e não apenas da parte adquirida de forma onerosa na constância da união estável. Além disso, o companheiro passou a poder concorrer com os descendentes e ascendentes da mesma forma como ao cônjuge é permitido, não mais havendo a possibilidade de concorrência com parentes colaterais.

Tirando isso, os efeitos sucessórios a serem produzidos com a inconstitucionalidade do artigo 1.790 ainda não estão totalmente claros, permanecendo os seguintes questionamentos: o companheiro sobrevivente passou a ser incluído no rol de herdeiros necessários? O companheiro sobrevivente terá direito legal à reserva da quarta parte da herança? Ao companheiro sobrevivente será assegurado o direito real de habitação?

Resta aguardar a decisão definitiva da Suprema Corte Brasileira em sede dos Embargos de Declaração propostos, pois até o momento a única segurança jurídica que se tem é que a decisão de inconstitucionalidade não atingirá os inventários judiciais já transitados em julgado nem os inventários extrajudiciais cujas escrituras já foram lavradas.

5 CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo especial proteção do Estado. A Carta Magna reconheceu a pluralidade das famílias, não desigualando a união estável das outras espécies de entidades familiares.

Entretanto, no que tange ao direito sucessório, quem optava em viver em união estável, ou mesmo era impedido de casar e a única alternativa era viver a união livre, por muitos anos ficou desamparado legalmente quando um dos companheiros viesse a faltar.

Diante desta ausência de norma, o Judiciário foi o primeiro quem reconheceu a existência de uma sociedade de fato, levando o Supremo Tribunal Federal a criar a Súmula 380 que possibilitava a partilha do patrimônio que foi adquirido na constância da união estável.

Vale registrar que o Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família que se fundava no matrimônio, deixou de regular as relações extramatrimoniais, as quais, com o passar dos anos, começaram a ser aceitas pela sociedade.

Efetivamente foi através das Leis nº. 8.971/1994 e nº. 9.278/1996, que elencavam os requisitos para a configuração da união estável, que os companheiros tiveram garantido o direito de participar da sucessão do outro, inclusive, sendo inseridos na ordem de vocação hereditária. A partir das leis supramencionadas, o companheiro sobrevivente era reconhecido como herdeiro e fazia jus ao usufruto da quarta parte da herança, quando houvesse filhos somente do autor da herança ou filhos comuns. Ainda, tinha direito ao usufruto da metade dos bens se o *de cujus* não tivesse filhos, mesmo havendo ascendentes. E na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro supérstite tinha assegurado o direito à totalidade da herança. Com o advento do Código Civil de 2002, essas leis foram tacitamente revogadas, pois o Diploma Civilista tratou destes direitos em seu artigo 1.790, que disciplinava acerca dos direitos sucessórios dos companheiros, retirando do companheiro alguns direitos anteriormente adquiridos.

O companheiro supérstite não consta na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, bem como não é considerado herdeiro necessário. A

ele é dado o direito de participar da sucessão no que tange somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Ademais, na concorrência sucessória, o companheiro sobrevivente, além de concorrer com os descendentes do autor da herança, concorre com os ascendentes e colaterais em percentuais diferentes, o que não ocorre com o cônjuge, o qual, que por estar na terceira posição da ordem da vocação hereditária, herda a totalidade da herança, não existindo concorrência com os colaterais.

O Código Civil também deixou de tratar acerca do direito real de habitação, o que foi assegurado ao cônjuge em matéria sucessória. Nesse ponto, entende-se que pela omissão do Código e face a leis anteriores tratarem sobre o assunto, o Código Civil não teria revogado esta parte da lei. Um outro aspecto deixado de ser observado pelo legislador foi se o companheiro sobrevivente teria ou não garantida a reserva da quarta parte da herança, assim como o cônjuge.

Em razão dessas desigualdades dos direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, muito se debateu nos Tribunais Pátrios sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência tinham entendimentos diversos, gerando assim uma grande insegurança jurídica.

Sabe-se que o casamento e a união estável são institutos diferentes, pois o modo que se constituem, a comprovação da existência e a extinção acontecem de forma diferenciada.

Todavia, a Constituição Federal ao tratar das entidades familiares, assegurou igual proteção, não conferindo privilégios às famílias constituídas pelo matrimônio em detrimento daquelas oriundas de união estável.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar, de modo que no julgamento dos Recursos Extraordinários nº. 878.694-MG e nº. 646.721-RS; foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Com isso, o companheiro supérstite foi incluído na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do mesmo Código, de modo que a herança não ficará restrita à parte adquirida onerosamente na vigência da união estável, bem como concorrerá com descendentes e ascendentes do autor da herança de igual modo como se cônjuge fosse, descabendo, ainda, a concorrência com herdeiros colaterais.

No entanto, a ordem da vocação hereditária não é a única desigualdade sucessória existente entre o cônjuge e companheiro sobrevivente. O cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, bem como ao mesmo é

resguardada a quarta parte da herança na concorrência com descendentes comuns e tem garantido, ainda, o direito real de habitação. Tais direitos, como já visto, não são assegurados ao companheiro supérstite.

A Suprema Corte Brasileira não esclareceu esses pontos, cingindo-se a declarar o artigo 1.790 da Lei Civil inconstitucional, levando o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o Instituto de Direito de Família e Sucessões (IDFAS), à interposição de Embargos de Declaração.

Uma vez que houve omissão no voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, interpuseram embargos de declaração para sanar essas omissões. Dessa maneira, resta aguardar o julgamento dos Embargos Declaratórios para que se possa afirmar claramente todos os efeitos sucessórios que serão produzidos com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, registrando que até o momento pode-se perceber que os primeiros efeitos gerados é que a inconstitucionalidade declarada não atingirá os inventários que já transitaram em julgado nem as escrituras públicas já lavradas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rita de Cassia: **União estável e a sucessão do companheiro sobrevivente à Luz do Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei nº 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. **Lei n. 3.071**, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 5.jan.1916. Seção 1. p. 133. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 31.dez.1973. Seção 1. p. 13528. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei nº 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. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 19 ago. 17.

_____. **Lei n. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 30.dez.1994. Seção 1. P. 21041 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Seção 1. 13.mai.1996. Página 8149 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. acesso em 08.08.2017.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 11.jan.2002. Seção 1. Página 1. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 jun. 2014

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 set. 17.

_____. Tribuna de Justiça do Paraná. Órgão Especial - **IDI - 536589-9/01** - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Sérgio Arenhart - Por maioria - - J. 04.12.2009) Disponível em <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205936356/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-7723200081600550-pr-0000077-2320008160055-0-acordao/inteiro-teor-20593635>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Incidente de inconstitucionalidade **n. 70029390374**, Tribunal Pleno, Relator vencido Leo Lima, Redator para acórdão: Maria Izabel de Azevedo Souza. Julgado em 09.11.2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055441331%26num_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+Incidente+de+Inconstitucionalidade+n.+70029390374++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Arguição de Inconstitucionalidade **n. 70055441331**, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Especial, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 24. 02. 2014. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055441331%26num_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+inconstitucionalidade+art.+1.790++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento **nº. 70022652879**. Relator: DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Civil. Julgado em 10/04/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2, de Presidente Getúlio, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 17-12-2014). Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPR OC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20080643952>>. Acesso em 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento **nº. 2215373-97.2016.8.26.0000**. Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Órgão

Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25/04/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10369928&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_68816cd5ae674aa695f1a86d823c5814&vlCaptcha=skhxxk&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade n. **0434423-72.2010**. Comarca de São Paulo, Órgão Especial. Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 14.09.2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=7&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0434423-72.2010&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0434423-72.2010.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>>. Acesso: em 09 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **646.721-RS**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4100069>>. 01 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **878.694-MG**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=474400>>. Acesso em 01 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 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. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 05 st. 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões/Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoranaka; [coordenação Everaldo Augusto Cambler]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 01 set. 2017.

DELGADO, Mario Luiz: **O paradoxo da união estável**: um casamento forçado. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1349_1371.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de direito das famílias** – 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

_____. Maria Berenice: **Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_779\)casar_ou_nao_casar__si1.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_779)casar_ou_nao_casar__si1.pdf)>. Acesso em 19 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito as sucessões**. 23. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. São Paulo: Editora Revista Atlas S.A, 2015.

GAGLIANO, PAMPLONA. **Novo curso de direito civil: direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Orlando. (02/2015). **Sucessões**, 16ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6264-7/>. Acessado em 19 de abril de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva. 2017.

_____. **Direito civil brasileiro, v. 6** – Direito de família. São Paulo: Saraiva. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Editora Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2004

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller. 2000.

MOTTA, Alexandre de M. **Metodologia da pesquisa jurídica: o que é importante saber para elaborar a monografia jurídica e o artigo científico**. Tubarão: Copiart, 2012.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 19. ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 24. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004) São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 1)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-04/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio: **A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC – Da necessidade urgente de o STF encerrar o julgamento**. Nov. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI249728,91041-A+inconstitucionalidade+do+art+1790+do+CC+Da+necessidade+urgente+de+o />>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Instituições de direito civil**. Editora Forense, 2008.

_____ **Concubinato e União Estável**. 8. ed. Saraiva, 2011.

ANEXOS

ANEXO A – Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 878.694-MG

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S) : M F V
ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : R C P E OUTRO(A/S)
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

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

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese:

“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

INTRODUÇÃO

I. A HIPÓTESE

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

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

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

Parte I

DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

I. A ATUALIDADE DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL

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

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

II.1. Família e direito sucessório

5. O fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família⁴. O regime sucessório no país envolve a ideia de proteção em dois graus de intensidade. O grau *fraco* aplica-se à parte disponível da herança, em relação à qual o sucedido tem liberdade para dispor, desde que respeitados os requisitos legais para sua manifestação de vontade. Quanto a essa parte, a lei tem caráter supletivo, conferindo direito de herança aos herdeiros vocacionados somente no caso de inexistir testamento.

6. Já o grau *forte* refere-se à parte indisponível da herança (a chamada *legítima*), que corresponde à metade dos bens da herança que a lei *impõe* seja transferida a determinadas pessoas da família (os *herdeiros necessários*), que só deixarão de recebê-la em casos excepcionais também previstos em lei. Sobre essa parcela, o sucedido não tem liberdade de decisão, pois se trata de norma cogente. Apenas se não houver herdeiros necessários, não

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

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

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

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

haverá legítima, e, portanto, o sucedido poderá dispor integralmente de sua herança. Esse regime *impositivo* justifica-se justamente pela necessidade de assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado.

II.2. Família e casamento

7. O regime sucessório encontra-se, assim, vinculado ao conceito de família. Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento. Seu objetivo principal era a preservação do patrimônio e da paz doméstica, buscando-se evitar interferências de agentes externos nas relações intramatrimoniais e nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, todas as Constituições anteriores à de 1988 que trataram expressamente do tema dispunham que a família se constitui pelo casamento⁵. Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916 dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229).

8. Até pouco tempo atrás, o prestígio ao matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como *ente autônomo*, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. A família era tutelada pelo Estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados. Alguns exemplos ilustram bem essa concepção. Na redação original do CC/1916, a família era chefiada pelo marido (poder marital – art. 233), de modo que a mulher, embora dotada de plena capacidade jurídica enquanto solteira, tornava-se relativamente incapaz ao se casar (art. 6º, II, Parte Geral). A mulher passava então a depender de autorização de seu marido para a prática de diversos atos da vida civil, inclusive para trabalhar. Apenas com a edição da Lei nº 4.121/1962, a mulher casada deixou de ser incluída, junto com pródigos e silvícolas, na relação dos relativamente incapazes.

9. Além disso, na redação originária do CC/1916, o casamento era *indissolúvel*, de modo que mesmo que os cônjuges vivessem em plena infelicidade conjugal deveriam permanecer casados, em prol de um suposto bem maior para a sociedade. Ressalvava-se apenas a possibilidade de desquite, que, porém, impedia novo matrimônio. Foi somente com o advento da EC nº 09/1977, objeto de calorosos debates, que se passou a admitir a

⁵ Cf. Constituição de 1934 – art. 144, Constituição de 1937, art. 124, Constituição de 1946 – art. 163, e Constituição de 1967, art. 167 – posteriormente renumerado para art. 175 pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

possibilidade de separação judicial e de divórcio. Outra ideia existente nessa época era a de “débito conjugal”, segundo a qual a mulher deveria estar sexualmente disponível para o marido, ainda que contra sua vontade. Com fundamento no modelo de família instituído pelo CC/1916, havia quem defendesse que a cópula forçada pelo marido não configurava crime de estupro por se tratar de exercício regular de um direito.

II.3. Família e filiação

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

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

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

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

II.4. Os diferentes modelos de família

13. Durante a segunda metade do século XX, porém, operou-se uma lenta e gradual evolução nesta concepção na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Era o caso de uniões estáveis⁷, de uniões homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais (sem pais, como a formada por irmãos ou primos). Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial⁸.

14. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado⁹. Em alguns casos, a injustiça era tamanha que a jurisprudência começou a buscar soluções hermenêuticas para assegurar algum direito aos integrantes dessas uniões, especialmente às mulheres em união estável. Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, chegou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade de fato constituída com seu companheiro¹⁰. Equiparava-se, assim, uma relação de amor e união a uma relação negocial, como a de uma barraca de verduras em uma feira.

15. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito *social* de família de seu conceito *jurídico*. Três entidades familiares passaram a contar com expresse reconhecimento no texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico

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

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

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

¹⁰ Súmula 380 – STF: 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.

tradicional da família, que instituía o casamento como condição para a formação de uma família “legítima”.

16. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a *repersonalização do Direito Civil*, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio¹¹. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma *funcionalizada*, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo.

II.5. Família e papel do Estado

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

18. O reconhecimento do caráter instrumental da família para a promoção da dignidade dos indivíduos e deste novo papel do Estado na tutela das entidades familiares encontra amplo amparo no texto constitucional. Nesse sentido, o art. 226, *caput*, da CF/1988 dispõe que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. Também o art. 226, §7º, da Carta de 1988 determina que o planejamento familiar “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*”, “*é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito*”. Na mesma linha, o art. 205, estabelece que “*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando*

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

ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Já os arts. 227 e 230 impõem à família, à sociedade e ao Estado os deveres de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem sua dignidade e demais direitos fundamentais, e de amparar pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar.

19. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional¹². Como assentou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 132,

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

Parte II

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

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

I.1. A progressiva equiparação legal entre cônjuges e companheiros

20. A Constituição de 1988, como se viu, constitui o marco de uma importante

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

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

21. Após a Constituição de 1988 e antes da edição do CC/2002, o regime jurídico da união estável foi objeto de duas leis específicas, as Leis nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.02.1996. A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916¹³, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no CC/1916.

22. A diferença entre os dois regimes sucessórios era basicamente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só incidia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar¹⁵. Porém, logo essa diferença foi suprimida. A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros¹⁶. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo *mais favorável* ao

¹³ Lei nº 8.971/1994, art. 2º: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: (...) III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

¹⁴ CC/1916, art. 1611: “Na falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

¹⁵ Veja-se: CC/1916, art. 1611, §2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

¹⁶ Lei nº 9.278/1996, art. 7º, parágrafo único: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

companheiro do que ao cônjuge¹⁷⁻¹⁸.

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

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

24. Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro¹⁹. Assim, caso se interprete o Código Civil em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma união estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira²⁰.

25. Além disso, o CC/2002 não previu direito real de habitação para o companheiro, embora o tenha feito para o cônjuge (art. 1.831, CC/2002). Passou-se, então, a debater se o companheiro ainda teria esse direito com base na Lei nº 9.278/1996 ou se ele teria sido revogado pelo novo Código Civil. O mais curioso é que, relativamente ao direito real de habitação do cônjuge, o CC/2002 incorporou os requisitos mais brandos que a Lei nº 9.278/96 previa para as uniões estáveis. Ou seja, melhorou a situação do cônjuge, dando a ele os direitos atribuídos ao companheiro, mas nada disse em relação a este último.

26. O grande marco na involução na proteção do companheiro foi, porém, o art.

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

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

¹⁹ Art. 1845. Herdeiros necessários são descendentes, ascendentes e cônjuges.

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

1.790 do CC/2002, questionado nesta ação direta, que dispôs sobre o regime da sucessão legítima nas uniões estáveis de forma diversa do regime geral previsto no art. 1.829 do mesmo Código em relação ao cônjuge. Veja-se a redação de ambos os dispositivos:

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

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

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

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

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

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

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

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

28. A segunda diferença entre as ordens de vocação hereditária nos dois regimes é que, em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao

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

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

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

30. Nesse panorama, é possível constatar a discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite. O CC/2002 confere amplos recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, em um momento em que estará psicológica e economicamente mais vulnerável, mas, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se este fosse merecedor de menor proteção.

31. Porém, o regime sucessório traçado pelo Código Civil de 2002 nem sempre privilegia o casamento em relação à união estável. Mesmo que esta não tenha sido a intenção do legislador, a literalidade do texto dá ensejo a que, em algumas circunstâncias, os

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

companheiros passam a ter mais direitos que os cônjuges na sucessão. Um exemplo pode facilitar a demonstração. Imagine-se uma situação em que o *de cujus* tenha deixado descendentes comuns, que todo o seu patrimônio tenha sido adquirido onerosamente durante a vigência da união estável (sem deixar bens particulares), e que o regime de bens entre os companheiros seja o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial. Nessa hipótese, o companheiro teria direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum (art. 1.790, I). No entanto, caso fossem casados, o cônjuge supérstite não teria direito a participar da sucessão (art. 1.829, I), e, logo, não herdaria nada.

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

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

II. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL ENTRE AS FORMAS DE FAMÍLIA

II.1. As famílias na Constituição

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

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

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

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

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

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

35. Como se vê, a ampliação do conceito jurídico de família pela CF/1988 não significou uma equiparação absoluta do casamento às demais entidades familiares. Especificamente em relação à união estável, a Constituição, de um lado, dispõe que ela é reconhecida como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, mas, de outro, prevê que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. À luz do texto constitucional, casamento e união estável são, assim, organizações familiares distintas. Caso não o fossem, não haveria sentido tratá-las em trechos distintos da Constituição, nem se afirmar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

36. Na verdade, há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Em outras palavras, resta analisar se as diferenças entre casamento e união estável justificam uma disparidade de tratamento no que diz respeito ao regime sucessório de cônjuges e de companheiros.

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

37. Os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático – podem auxiliar na solução desta matéria. Examina-se, em primeiro lugar, a *interpretação semântica*, também referida como gramatical, literal ou filológica. Trata-se do ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da questão que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que os sentidos mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Pois bem: a norma aqui analisada estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor desta proteção. Veja-se: o texto do art. 226, seja em seu *caput*, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal. Se o

texto constitucional não hierarquizou as famílias para tais objetivos, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo.

38. Em segundo lugar, a *interpretação teleológica* reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. A interpretação teleológica tem como objetivo a realização dos fins previstos na norma, a concretização, no mundo dos fatos, do propósito abrigado na Constituição. Quais seriam, então, os fins visados pelo art. 226? Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Como já se expôs, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. Todos os indivíduos, sejam eles cônjuges ou companheiros, têm direito a igual proteção legal.

39. Em terceiro lugar, a *interpretação histórica* do dispositivo constitucional aponta para o mesmo resultado. A partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa²². Não se buscou dividir as famílias em classes de primeira e segunda ordem. Muito pelo contrário, o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes *de fato* na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então. Tudo isso com o objetivo de assegurar que todos possam ser igualmente respeitados e protegidos, independentemente da formalização de suas uniões pelo matrimônio. Nesse sentido, a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva.

40. Por fim, a *interpretação sistemática* traz uma importante contribuição para a análise do ponto. Como se sabe, o sistema constitucional, como qualquer outro, pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias. No caso em exame, cabe verificar as interações

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

entre o *caput* e os parágrafos do art. 226, bem como de outros dispositivos constitucionais que tratam dos papéis da família.

41. Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do § 3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: *o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável*. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de *funcionalização* da família, alcança-se uma segunda constatação importante: *só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos*.

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

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

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

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

de seus membros. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra.

44. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável. O casamento é um instituto formal, solene, e permite às partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência. Na verdade, duas pessoas poderiam se conhecer e se casar em período de tempo muito curto, e não haveria qualquer questionamento quanto ao estado civil de ambas. Da mesma forma, se os cônjuges entenderem que não há mais razões para o casamento perdurar, é preciso que passem por um procedimento igualmente formal e solene, ao fim do qual poderão exibir uma certidão que comprove o novo estado civil.

45. Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É verdade que as partes podem comparecer a um cartório e registrar sua existência, mas esse registro será declaratório, e não constitutivo. Se a união estável existir, seu registro apenas refletirá um fato anterior. Já se não houver verdadeiramente uma união estável, o registro não passará de uma declaração falsa, pois não servirá para criá-la.

46. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica. A união estável depende da verificação de uma situação de fato. Não há um documento único que a constitua e que sirva de prova definitiva. Conseqüentemente, para todos os terceiros que se relacionam com os companheiros, e para a sociedade em geral, há um nível menor de segurança. Imagine-se o caso de um particular que deseja adquirir um imóvel de outro, que esteja registrado apenas no nome do vendedor. Não será possível ao comprador, por exemplo, saber se o vendedor vive em união estável, nem se

o imóvel foi adquirido onerosamente durante a vigência da referida união, o que poderá gerar futuros riscos de questionamento da operação por parte de eventual companheira.

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

48. Ante o exposto, conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. No julgamento da mencionada ADPF 132, o Min. Luiz Fux sintetizou o ponto com precisão:

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

49. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é

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

inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

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

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

50. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações.

51. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração²⁶. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar.

52. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A

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

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

autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de consituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Trata-se de uma questão que toca a intimidade de cada indivíduo, de sua vontade de seguir (ou não) tradições, crenças e sonhos, e de viver sua união segundo a sua própria concepção de vida boa. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido.

53. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988.

54. Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento. O fato de as uniões estáveis ocorrerem com maior frequência justamente nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população apenas reforça o argumento da impossibilidade de distinguir tais regimes sucessórios, sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória.

55. Diante do exposto, conclui-se que a diferenciação entre os regimes sucessórios

do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*²⁷.

III.2. Violação ao princípio da proporcionalidade

56. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais²⁸.

57. No caso em discussão, a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto²⁹. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência

²⁷ Sobre o tema, ver: Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e sgs; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015.

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

²⁹ A proteção insuficiente de determinado direito ou princípio constitucional é apurada através da aplicação dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar, no caso concreto, “(a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).” (Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, 2014, p. 481)

constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido.

III.3. Violação ao princípio da vedação do retrocesso

58. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o *princípio da vedação ao retrocesso*³⁰. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

59. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.

60. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº

³⁰ Sobre o tema, ver: Christian Courtis (org.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en material de derechos sociales*, 2006; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 370. Felipe Derbli, *Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*, In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007; Ingo Wolfgang Sarlet, *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 15, set.-nov./2008.

9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988.

61. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores. Nesse sentido, veja-se que o relatório geral da Comissão Especial do Código Civil apontou uma preferência expressa pelo instituto do matrimônio como fundamento do regime sucessório dos companheiros aprovado pelo CC/2002³¹:

“As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio -- quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. (...) Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”

62. Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias

³¹ Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza, volume 1, p. 44.

V. http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf.

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

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

Parte III

A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

I. O EXAME DO CASO CONCRETO

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

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

66. É preciso, no entanto, esclarecer qual regramento é aplicável para reger a sucessão dos companheiros, tendo em vista a exclusão do art. 1.790 do mundo jurídico. Nesse ponto, duas alternativas poderiam ser aventadas. A primeira delas parte da ideia de que,

retirada a validade da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade, as relações jurídicas devem ser regidas pela norma anteriormente existente, que supostamente havia sido retirada do ordenamento pela norma declarada inválida. Na presente hipótese, isso significaria restabelecer a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. Já a segunda alternativa se funda na concepção de que se deve garantir regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, de modo a não promover uma diferenciação ilegítima dessas duas formas de constituição familiar. Como resultado, no caso, o regime estabelecido pelo próprio CC/2002 para os cônjuges seria estendido aos companheiros.

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

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

CONCLUSÃO

69. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

70. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: *“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”*

É como voto.

ANEXO B - Voto do Ministro Dias Toffili no Recurso Extraordinário 878.694-MG

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

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

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

Em seu percuciente voto, o eminente Relator, Ministro **Roberto Barroso**, deu provimento ao recurso para “reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente” e declarou, por consequência, o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Nesse sentido também foram os votos dos eminentes Ministros **Edson Fachin**, **Teori Zavascki**, **Rosa Weber**, **Luiz Fux**, **Celso de Mello** e **Cármem Lúcia**.

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

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

irmãos do falecido.

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

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

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

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

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

Como tive a oportunidade de me manifestar na referida ação direta de inconstitucionalidade, na condição de Advogado-Geral da União, a compreensão do art. 1.723 do Código Civil não pode ignorar o princípio da isonomia, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Também salientei que a Carta Maior prevê, de

modo expresso, em seu art. 226, que o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) são espécies de “entidades familiares”, não se podendo afirmar que o conjunto de suas normas permita excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns (fls. 406 e 407).

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

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

Retomo agora duas premissas jurídicas que adiantei por ocasião de meu pedido de vista. As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. **Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime.** Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes

da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, **bem como o respeito à autonomia de vontade** para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

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

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

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

I - aos descendentes, em concorrência com o **cônjuge** sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (...); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

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

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

Façamos um resumo paralelo desses regimes sucessórios.

Vê-se, pela leitura dos textos, que, com o Código Civil de 2002, o

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

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

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

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

“as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõe um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta”.

Não bastasse isso, no documento publicado pelo Senado Federal em 2012, sobre a Memória Legislativa do Código Civil¹, podemos verificar os

1 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turmo**. Vol. 4. Brasília: Senado

principais motivos que levaram o Congresso a não equiparar os efeitos sucessórios para os dois institutos. É que o que se extrai da leitura dos fundamentos utilizados para a aprovação, em segundo turno, na Câmara dos Deputados, da Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56 (Deputado Ricardo Fiúza), a qual ocorreu após parecer final pela aprovação emitido pelo Senador José Fogaça, a saber:

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

(...)

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

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

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988.

A própria formulação do texto constitucional já é

Federal, 2012, p. 72 a 74.

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

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

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

A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos (arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de

lei.

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

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

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

Nesse sentido, correta se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a “aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não

pretenderam se submeter ao regime formal do casamento”. Ou pior, que isso possa significar até mesmo

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

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

Na atualidade, ainda prevalece nesse país essa concepção libertária, tanto é que não há sequer previsão normativa para o dever de sustento mútuo para os conviventes em união estável, regras sobre a sucessão, ou mesmo sobre a aquisição de bens durante a convivência, “de modo que os bens adquiridos em nome apenas de um dos conviventes permanecem na propriedade exclusiva dele” (MARTINY, Dieter. Family Law. In, REIMAN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 255).

Assim, reitero entender não ser possível a equiparação entre

2 Em 7 de agosto de 2016, 8h05.

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

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

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

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

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

Nem mesmo a sedutora tese da vulneração da proibição ao retrocesso de direito fundamental à sucessão e, portanto, à propriedade por meio da **saisine** procede, na medida em que tenho, para mim, que a proibição do efeito “catraca” ou **cliquet** tem aplicação somente quando a

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

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

restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não é a hipótese em questão.

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

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

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

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

(...)

Aliás, uma interpretação normativa com viés

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

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

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

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

Da mesma forma, se se vislumbra, pela abertura constitucional – como é o caso dos autos - uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar, como uma defesa da própria democracia, o pensamento possibilista - há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio de Niklas Luhmann (Komplexität und Demokratie, **PSV**, 4, 1968, p. 494 e ss.) -, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as

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

alternativas surjam dos marcos constitucionais⁷.

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

Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

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

**ANEXO C – Voto do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário 646.721-
RS**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : MARIA DE FATIMA VENTURA
ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS
ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ADV.(A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA

VOTO

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

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

Assento 10 (dez) premissas antes de adentrar na questão constitucional posta a debate.

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

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

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

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

Atribuir direitos sucessórios em maior extensão a casados ou conviventes ou, mesmo, direitos diferentes, que não se justifiquem pela efetiva diferença entre as situações jurídicas, é tratar de modo distinto indivíduos em situações iguais, o que não encontra guarida no texto constitucional (art. 5º, I, CRFB).

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

Aqui, pode-se citar Ronald Dworkin, que, em síntese, reconhece a

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

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

A sexta premissa é que há um traço comum essencial para as duas formas de conjugalidade, qual seja, a marca do afeto e da entreajuda, existindo apenas um aspecto em que o casamento e a união estável se diferenciam: a presença, ou ausência, de formalidade em sua constituição. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, tomo I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008)

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

Liberdade(s), Rio de Janeiro: Editora GZ, p. 333-334).

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

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

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

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

“O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor. O homem é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular,

embora nasça de um contrato convивencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico, é um organismo institucional, que se fundamenta no Direito Natural. O Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres. A união estável, concubinato puro, não adúlterino e não incestuoso, sempre encontrou esse apoio institucional, na figura antiga do casamento de fato.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O direito civil na Constituição**, in MORAES, Alexandre de. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo: Atlas, 2009, p. 375)

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

Por isso, é falacioso o emprego do argumento de que, se o legislador diferencia os efeitos sucessórios entre os regimes de bens do próprio casamento, poderia criar diferentes efeitos sucessórios para casamento e união estável. Os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros.

Postas estas premissas, passa-se à análise da questão constitucional submetida a esta Suprema Corte.

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

comunhão parcial de bens, em que, na parte em que houver meação, não haverá sucessão, a qual incide apenas sobre os bens particulares.

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

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

Ocorre que, quando se avança para o exame dos incisos do artigo 1790 do Código Civil, a distinção inconstitucional se mostra ainda mais flagrante – e, agora, sempre em detrimento dos conviventes. É que os quinhões do companheiro sobrevivente sobre o acervo passível de concorrência sucessória são sempre inferiores àqueles atribuídos aos casados.

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

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

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

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

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

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

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

Tal qual acutíssimamente posto no voto do Ministro Roberto Barroso, a hermenêutica constitucional conduz a uma equiparação, em prestígio ao princípio da isonomia (art. 5º, I, e art. 226, §3º, da Constituição da República), dos regimes sucessórios dos cônjuges e

RE 878694 / MG

companheiros, de modo a reconhecer-se, incidentalmente, no presente recurso extraordinário, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

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

Ante o exposto, **dou provimento ao presente recurso extraordinário para que seja restabelecida a sentença de 1º grau.**

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

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

É como voto, Presidente.

ANEXO D – Acordão do Recurso Extraordinário 646.721-RS

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

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

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

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

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

RE 646721 / RS

retrocesso.

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

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”*.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 10 de maio de 2017.

RE 646721 / RS

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **SÃO MARTIN SOUZA DA SILVA**
ADV.(A/S) : **ROSSANO LOPES**
RECDO.(A/S) : **GENI QUINTANA**
ADV.(A/S) : **CARLOS EDUARDO FERREIRA**

RELATÓRIO

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

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

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

RE 646721 / RS

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

No extraordinário, formalizado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente sustenta ofensa aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso I, e 226, § 3º, do Diploma Maior. Frisa não haver, na legislação infraconstitucional, a possibilidade de reconhecimento do casamento civil homoafetivo, o que, segundo argumenta, impossibilita a escolha da forma de constituição familiar e os consequentes efeitos patrimoniais. Diz do dever de assegurar ao homossexual o direito à sucessão legítima, mencionando o artigo 1.837 do Código Civil. Assevera que, apesar de inexistir previsão legal acerca do casamento civil homoafetivo, a Lei Maior garante a todos igualdade e dignidade, independentemente da orientação sexual. Salaria que a aplicação do artigo 1.790 do aludido Código viola os preceitos citados, padecendo de inconstitucionalidade. Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso até o trânsito em julgado da decisão.

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

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

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

RE 646721 / RS

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

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.

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

É o relatório.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

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

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

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

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

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

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

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

O Direito é uma verdadeira ciência, surgindo inadequado confundir

RE 646721 / RS

institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

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

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

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

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

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial

RE 646721 / RS

proteção do Estado.

[...]

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

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

Presentes as balizas constitucionais, o Código Civil, bem ou mal, disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez. Conforme consignado pelo ministro Dias Toffoli, em voto-vista proferido no exame do extraordinário de nº 878.694, relator o ministro Luís Roberto Barroso, em 30 de março de 2017, a questão foi objeto de debates pelo legislador quando da tramitação do projeto. Transcrevo trecho dos fundamentos constantes da Subemenda de Redação do Relator-Geral nº 56, formalizada pelo deputado Ricardo Fiúza:

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

É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma “entidade familiar. A

RE 646721 / RS

natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos sequenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817).

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

A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos (arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de lei.

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento

RE 646721 / RS

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

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

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

Não se trata, portanto, de considerar uma suposta superioridade ou inferioridade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, mas sim de reconhecer que cada entidade familiar é única no seu modo de constituição e funcionamento, devendo-se considerar cada uma das suas

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

RE 646721 / RS

peculiaridades inerentes na definição dos direitos das pessoas envolvidas nestas relações.

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

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

A sucessão do companheiro, destarte, não pode ser considerada menos ou mais vantajosa, por exemplo, pelo fato de que ele herda dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, ao passo que o cônjuge herda dos bens particulares do falecido. Tudo dependerá do modo como o patrimônio foi conquistado. O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento: neste, o propósito foi não deixar o cônjuge desamparado, quando não tivesse direito à meação, naquela, foi permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio para cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou

RE 646721 / RS

piores entre si. Talvez não tenham sido a escolha mais adequada que o legislador poderia ter tomado (e com certeza não são critérios perfeitos), mas também não podem ser considerados, por este único motivo, inconstitucionais.

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

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

Entender de modo diverso, igualando casamento e união estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os sucessores, desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável.

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

A liberdade é um bem maior. Como pensamento, pode-se falar no liberalismo clássico que se desenvolveu considerados John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Adam Smith

RE 646721 / RS

(1723-1790), Benjamin Constant (1767-1830), James Madison (1751-1836), Alexis de Tocqueville (1805-1859), John Stuart Mill (1806-1873). Ainda que veiculassem diferentes pontos de vista, todos tinham a noção da liberdade individual como valor inerente ao homem e fundante da sociedade. Da perspectiva histórica, as liberdades clássicas são associadas às revoluções dos séculos XVII e XVIII, notadamente à Revolução Francesa e ao surgimento do Estado Liberal.

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

A negativa é a de coerção externa. De acordo com Berlin, para o cidadão ser livre, não deve sofrer interferência nas atividades por nenhuma outra pessoa ou pela comunidade sem respaldo no exercício de faculdades alheias. Essa dimensão da liberdade opõe-se ao Estado, embora deste se possa precisar para ser assegurada.

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

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

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

RE 646721 / RS

não por causas externas que me afetam. Eu desejo ser alguém, não ninguém [...]³.

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

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo projeto encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

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

Se o STF equiparar indevidamente a união estável ao

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

RE 646721 / RS

casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar.

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

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

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

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

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

É temerário igualizar os regimes familiares, a repercutir nas relações sociais, desconsiderando, por completo, o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento, e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois. A fortalecer a autonomia na manifestação da vontade, tem-se o instituto do testamento. Existindo herdeiros necessários, é possível testar 50% do patrimônio. Não havendo, embora presente pessoa que inicialmente herdaria, pode-se dispor, em vida, de 100% do patrimônio. Em síntese, nada impede venham os companheiros a prover benefícios maiores do

RE 646721 / RS

que os assegurados em Lei, para o caso de falecimento.

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

Assim ocorre no Direito Civil brasileiro. A escolha do regime de separação total de bens não sendo sequer supletiva, mas absolutamente facultativa, expressa ato de liberdade conjuntamente exercida, obedecendo, como tal, ao regime contratual. Portanto, é esse justamente o regime no qual os princípios da autonomia privada e da confiança mais fortemente atuam como cânone hermenêutico.

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

Se facultar ao casal decidir sobre o regime de bens está em acordo com as premissas do princípio da exclusividade, conforme nos ensina Tércio Sampaio

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

RE 646721 / RS

Ferraz, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no Direito sucessório.

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

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

Com efeito, pensamos que não faria o menor sentido (i) assegurar-se constitucionalmente às pessoas a proteção de sua dignidade, na qual se inclui a autodeterminação; (ii) garantir-se a tutela de sua personalidade; (iii) possibilitar-se aos cônjuges a lícita escolha do regime da separação total de bens; (iv) facultar-se que expressem tal ato de autonomia em pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros; (v) alterar-se, respeitadamente ao Código de 1916, a regra relativa à outorga conjugal para a alienação de seus bens, dispensando-se a outorga conjugal quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis; (vi) determinar-se, no Código, que a vida do casal é regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo defeso a terceiros ou ao Estado interferir nas escolhas lícitamente feitas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar; para, ao final, dar-se ao indigitado art. 1829, I, interpretação que contraria todas aquelas premissas e nega aos efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido.

Creemos, mesmo, que tal interpretação contrariaria as “balizas de licitude” dos negócios jurídicos postas no art. 187

RE 646721 / RS

do Código Civil, de modo especial as da finalidade econômico-social do negócio e da boa-fé.

[...]

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

companheiros.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

Desse modo, o Código Civil, contrariando a legislação vigente pós 88, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis, e, assim, promoveu um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite. Penso que a Constituição trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, sendo merecedoras da mesma dose de respeito e consideração. Portanto, o art. 1.290 do Código Civil é inconstitucional, porque viola princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente e o da vedação do retrocesso.

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

Por essa razão, Presidente, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Relator, e ao eminente Ministro Alexandre de Moraes, por eu estar adiantando o meu voto, estou - em divergência do estimado Ministro Marco Aurélio - dando provimento ao recurso extraordinário. Assim, da mesma forma em que havia feito no recurso extraordinário sob minha relatoria, o RE 879.694, pronuncio incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e propondo a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002".

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

Muito obrigado, Presidente.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

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

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

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

RE 646721 / RS

decorrentes de relações hetero ou homoafetivas.

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

RE 646721 / RS

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

Parte I

*DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA:
A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA*

8. O fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

Parte II

*EQUIPARAÇÃO E DESEQUIPARAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E
COMPANHEIRO EM MATÉRIA SUCESSÓRIA*

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

Parte III

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

RE 646721 / RS

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

31. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável. O casamento é um instituto formal, solene, e permite às partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência.

RE 646721 / RS

32. Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica.

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

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

8

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

RE 646721 / RS

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.

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

RE 646721 / RS

CONCLUSÃO

41. Ante o exposto, divirjo do voto do Ministro Relator, para dar provimento ao recurso, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, que deve ser aplicado nos casos de uniões hetero e homoafetivas.

42. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: *“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”*

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

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

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

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

ESCLARECIMENTO

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

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

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

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

O Professor Álvaro Vilaça, ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, expõe, num artigo sobre a questão da família, que a união estável nada mais é do que o casamento de fato. Diz o Professor: "Casamento de fato que existiu há quase quatro mil anos até o Decreto 181, de 1890". Ou seja, são situações diversas mas que pretendem a mesma coisa.

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

RE 646721 / RS

pode ter tratamento diferenciado.

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

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

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

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida nenhuma.

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

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

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

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

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

Isso significa que, evidentemente, as diversas estruturas que

RE 646721 / RS

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

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

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

RE 646721 / RS

divergência.

É como voto.

* * * * *

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO – VOGAL

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

constitucional (art. 5º, I, CRFB).

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

Como nona premissa, tem-se que a ordem constitucional, na

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

É como voto, Presidente.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

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

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

10/05/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

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

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

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

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

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

Eu estou acompanhando não só o voto do eminente Relator e também o parecer da Procuradoria-Geral da República, que assenta que

RE 646721 / RS

não há irrazoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Por quê? Porque, a mim me parece que há uma clara distinção entre essas duas situações, entre esses dois institutos, melhor dizendo, que ficou consignada, a meu ver de maneira cristalina, no art. 226, § 3º, da Constituição, quando o legislador constitucional diz que:

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

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

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

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

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Caso contrário, Presidente, ter-se-á que declarar inconstitucional a cláusula de

RE 646721 / RS

um dos artigos do Código Civil que prevê não só a possibilidade de ter-se contrato, afastando, portanto, a meação, como também a regência do sistema pela comunhão parcial!

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

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

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

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

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

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

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

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

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

Esta é razão pela qual, a despeito dos fundamentos muito ponderáveis e expostos, peço vênias para divergir e acompanhar, portanto,

RE 646721 / RS

a posição contrária, provendo o recurso e, também, como foi feito relativamente aos votos que me antecederam no mesmo sentido, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

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

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

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

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

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

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

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

SUCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

Cumpra ao Supremo definir o alcance do artigo 226 da

RE 646721 / RS

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

3. Pronuncio-me pela existência de repercussão geral.

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

5. Publiquem.

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

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator “.

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

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

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

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

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETVA: MESMO REGIME JURÍDICO PREVISTO ÀS RELAÇÕES HETEROSSEXUAIS DE MESMA NATUREZA (ADI N° 4.277/DF E ADPF N° 132/DF). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

RE 646721 / RS

NOS AUTOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

RE 646721 / RS

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

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

RE 646721 / RS

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

RE 646721 / RS

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

Com base no art². 1º, incs. II, III e IV, da Constituição (direito fundamental à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político/social) combinados com seus arts³. 5º, *caput* (princípios da

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

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

(...)

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

5

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

RE 646721 / RS

Dispõe o art. 226 e seu parágrafo 3º:

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

8. Na espécie, a moldura fática constante do acórdão recorrido não

em 14 de maio de 2013;

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

Tem-se no acórdão impugnado:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento, quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário n. 878.694, sessão 31.8.2016).

Em minhas considerações, ressaltei:

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

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

Tenho, portanto, como incompatível o disposto no art. 1.790 do

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

(...)

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

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

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

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

“Como é cediço, o art. 226, caput, da Constituição de 1988

RE 646721 / RS

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

(...)

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

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

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

RE 646721 / RS

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

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

E também observado por Zeno Veloso:

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

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

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

É o meu voto.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

PROPOSTA DE TESE

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

“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”.

Essa é a proposta.

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

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

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

VOTO SOBRE PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

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

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : SÃO MARTIN SOUZA DA SILVA

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

RECDO.(A/S) : GENI QUINTANA

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

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

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

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

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

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

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário