

AVANÇOS NA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

ADVANCES IN EQUALIZATION COMMON-LAW MARRIAGE WITH MARRIAGE

Alexandre Mateus de Oliveira¹

Henrique de Almeida Prado Franceschi²

RESUMO

O artigo analisa os institutos de constituição de família no Brasil, em especial quanto ao direito de sucessão hereditária entre os consortes, frente à dignidade humana e ao princípio da igualdade. A atual Constituição Federal revolucionou o contexto brasileiro reconhecendo a família como base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado. O legislador ordinário oscilou entre maior e menor proteção do companheiro sobrevivente se comparado ao regramento aplicado ao cônjuge supérstite. A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, irradiando efeitos como precedente e influenciando todo o sistema jurídico. Utiliza-se método de pesquisa bibliográfico, meramente teórico, por meio de consulta doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Assim, pretende-se ressaltar os aspectos mais relevantes da equiparação dos institutos do casamento e da união estável, e suas consequências jurídicas.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Igualdade; Família; Herança; Constitucionalidade.

ABSTRACT

The article analyzes the institutes of family formation in Brazil, especially regarding the right of hereditary succession between consorts, against human dignity and the principle of equality. The current Federal Constitution has revolutionized the Brazilian context recognizing the family as the base of society, deserving special protection of the State. The ordinary legislator oscillated between greater and lesser protection of the surviving partner compared to the rule applied to the surviving spouse. The issue was appreciated by the Federal Supreme Court, radiating effects as a precedent and influencing the entire legal system. A method of bibliographical research is used, purely theoretical, through doctrinal, legislative and jurisprudential consultation. Thus, it is intended to highlight the most relevant aspects of the marriage institutes' equation and the stable union, and its legal consequences.

Keywords: Dignity of the human person. Equality; Family. Heritage; Constitutionality.

Introdução

¹ Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru

² Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru

A Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu a importância da família, afirmando se tratar de base da sociedade (artigo 226) e conferindo àquela especial proteção por parte do Estado. Ademais, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceu como forma de manifestação da liberdade dos cidadãos o planejamento familiar, a respeito do qual é vedada qualquer interferência pelo Estado ou particulares (art. 226, § 7º), sendo admissível a estruturação da família sob uma pluralidade de formas.

Ainda que a família consista em primeiro lugar da união de pessoas naturais que criam laços afetivos, tendentes a propiciar segurança e conforto, como instrumento (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 42) para a formação ética e construção da dignidade humana em relação aos companheiros, às crianças e adolescentes como aos idosos e outras pessoas que compartilham de um mesmo ambiente, não é ignorado que tal convivência também importa no desenvolvimento econômico, com a formação de patrimônio comum ou exclusivo de um dos membros, com influências e consequências diretas no sustento da família e sua dependência financeira. A respeito dos efeitos patrimoniais da formação e manutenção das famílias, o Código Civil de 2002 estabelece normas supletivas, mas também, em regra, permite aos companheiros dispor conforme lhes aprouver (art. 1.725) quanto ao regime de bens que organizará o patrimônio dos conviventes durante a união estável, em condições sobretudo equiparadas às conferidas aos cônjuges para fins de conduzir os reflexos econômicos do casamento (art. 1.639).

Contudo, especificamente no que diz à sucessão hereditária, a legislação infraconstitucional estabelece normas cogentes, que se pretendem inafastáveis, para o fim de conferir tratamentos díspares entre união estável e casamento na transmissão por morte do patrimônio que era igualmente dedicado à manutenção material dessas estruturas familiares. Assim, com relação ao sobrevivente de comunhão de vida decorrente do casamento concede a posição de herdeiro necessário, segundo regras sucessórias previstas no artigo 1.829 do Código Civil, enquanto ao sobrevivente de comunhão de vida decorrente de união estável reserva tratamento especial, segundo o artigo 1.790 do mesmo diploma legal.

A par de tal situação, cônjuges e companheiros – que substancialmente são pessoas em condições idênticas, movidas pelo intuito de constituir família e unidas com laços de afeto e respeito, na criação de ambiente de promoção da dignidade humana – gozam de regimes legais diversos e pretensamente obrigatórios no que diz respeito à sucessão hereditária daquele com quem compartilhava a vida, cabendo a um tipo de consorte suceder com relação a bens a que o outro tipo em regra não caberia, restando também dúvida sobre a possibilidade

de se afastar o convivente da sucessão necessária (art. 1.857, §1º combinado com art. 1.845 do Código Civil).

A questão que se coloca, portanto, diz respeito à constitucionalidade do exercício legislativo de conformação da matéria sucessória causa mortis que pretendeu dar tratamentos diversos com relação a cônjuges e companheiros, face ao direito de herança previsto como direito fundamental (Art. 5, XXX) e a equiparação das entidades familiares.

1. Evolução histórica do direito das famílias

Em termos singelos, pode-se conceituar família como sendo o conjunto de pessoas que possuem um parentesco entre si. Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves: “o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins (GONÇALVES, 2007, p. 1)”.

A família é o organismo social que constitui a base da sociedade e do Estado, conforme se depreende do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Também verifica a posição de destaque dado à família na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 16º, item 3, prescreve: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”

Exatamente por constituir a base da sociedade, a família tende a sofrer os influxos dos avanços tecnológicos, científicos e culturais que transformaram o sistema jurídico e social clássico, com destaque para o necessário desenvolvimento da personalidade humana.

Bem observou o Ministro Luiz Edson Fachin, no sentido de que:

inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. (FACHIN, 1999, p. 11)

Assim, resta evidente que a família transcendeu de um modelo social em que era tida “como uma unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição agora fundada no afeto” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 36).

Desta feita, a evolução da concepção de família influencia também a evolução do direito, visto que o Estado procura, com seu viés conservador, disciplinar o convívio social normatizando condutas e situações. Todavia, segundo sustenta Maria Berenice Dias: “a

família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito” (DIAS, 2015, p. 29).

Portanto, numa concepção mais atualizada de família, pode-se conceituá-la como: “o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 42).

O Código Civil de 1916 disciplinava a família da época do início do século XX, de modelo patriarcal e hierarquizada, constituída exclusivamente pelo matrimônio, sendo vedada a sua dissolução. Por esse modelo de inspiração europeia: “uma das características dos códigos civis da Europa liberal e burguesa de século XIX é o reforço da ‘patriarquia’ – o controle da esposa e dos filhos pelo marido” (CASEY, 1992, p. 134).

Com a evolução pela qual passou a família, houve exigência de alterações legislativas, cuja mais ostensiva foi a Lei Federal nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), o qual devolveu a plena capacidade à mulher casada e assegurou-lhe a exclusiva propriedade dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho. (DIAS, 2015, p. 32)

No ano de 1977, pela instituição da Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei Federal nº 6.515/1977, foi extinta a indissolubilidade do casamento, instituindo-se o divórcio de maneira inédita no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da Constituição Federal de 1988 evidenciou-se a denominada constitucionalização do Direito Civil, cuja exponencial consequência foi tornar o conceito de família plural, não existindo nenhuma hierarquia entre as formas de constituição familiar, visto que todas são salvaguardadas pela ordem constitucional vigente. (CASSETARI, 2016, p. 550).

O conceito de família também passou por transformações com a constitucionalização do Direito Civil, podendo-se vislumbrar novas representações sociais ou novos arranjos familiares, deixando o instituto do casamento de ser o único referencial necessário à proteção estatal, priorizando-se o desenvolvimento da personalidade do ser humano, com a dignidade da pessoa suplantando valores estritamente patrimoniais.

Sob a égide da nova ordem constitucional, há que ser reconhecido o pluralismo das relações familiares. Segundo a lição de Maria Berenice Dias, foi essa flexibilização conceitual trazida pela nova ordem constitucional que permitiu que muitos relacionamentos mantidos de maneira clandestina adquirissem viabilidade, bem como o amadurecimento da jurisprudência fez com que o Supremo Tribunal Federal declarasse, com efeito vinculante e *erga omnes*, que

as uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo são consideradas entidade familiar, assegurando o acesso ao casamento. (DIAS, 2015, p. 131)

Nesse contexto, além das entidades familiares expressamente reconhecidas no texto constitucional, há na doutrina outros arranjos familiares possíveis e também dignos da mesma proteção pelo Estado. São elas: família parental ou anaparental; família composta, pluriparental ou mosaico; família natural, extensa ou ampliada; família substituta; família socioafetiva; família eudemonista.

Independentemente da forma pela qual se constituem, importa destacar que o legislador constituinte utiliza-se da ideologia da família para desonerar o Estado ou, pelo menos, compartilhar o ônus de certos deveres sociais que, a princípio, caberiam ao poder público (DIAS, 2015, p. 147). Esse é o teor que se extrai da redação dos artigos 227 e 230 da Constituição Federal de 1988, ao prescrever certos deveres comuns a “*a família, a sociedade e ao Estado*”.

A fim de atender ao escopo do presente trabalho, tratar-se-á a seguir de maneira mais detida das famílias constituídas pelo casamento e pela união estável, seja esta hétero ou homoafetiva.

1.1. Do casamento

O casamento é uma instituição histórica, milenar e multifacetária, visto que congrega diversos valores sociais, culturais, biológicos, religiosos e também traz ínsita uma carga de juridicidade.

No Brasil, durante todo o período colonial e também no período imperial, o casamento, assim como os demais fatos da vida das pessoas naturais (nascimento e óbito), estava atrelado ao regramento religioso, sob a influência das leis canônicas, haja vista que a religião católica era a religião oficial, nos termos do artigo 5º da Constituição Política do Império do Brasil: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”.

Desta feita, antes do período republicano, a única forma de casamento e, portanto, de constituição de família aceita no Brasil era o casamento religioso, regido pelas regras do Concílio de Trento e disposições constitucionais do Arcebispado da Bahia, que considerava o casamento um sacramento e o disciplinava sob a égide do direito canônico.

Conforme destaca Rafael Issa Obeid, as demais uniões celebradas entre pessoas de religiões diferentes da católica careciam de reconhecimento estatal. “Em muitos casos os

casamentos eram feitos por escritura pública, mas não contavam com o reconhecimento do Estado, que cancelava o monopólio da Igreja sobre essa sensível área da vida privada”. (OBEID, 2017)

Porém, em decorrência das transformações sociais da época, especialmente pelo final da escravatura e também pela chegada de imigrantes de diversas partes do mundo, não praticantes da religião oficial da época, muitas pessoas se viam forçadas a uma violação de consciência religiosa ou quedavam-se no concubinato, circunstâncias que culminaram com a universal tendência de secularização do casamento.

Conforme ressalta Reinaldo Velloso dos Santos:

Houve, portanto, um processo histórico de demanda social por um sistema de registro secularizado, de incumbência do Estado, com acesso a todos os cidadãos. Aliás, a secularização do registro civil é apontada como um marco na transição para o Estado laico brasileiro. (SANTOS, 2006, p. 7)

Para adequar a legislação à realidade social da época, foi editada a Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, e posterior Regulamento nº 3.069, de 17 de abril de 1963, com a previsão do casamento e seu registro civil para as pessoas não católicas, bem como para os nascimentos e os óbitos.

Contudo, foi apenas com a proclamação da República, consolidando a separação entre Estado e Igreja, que o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório editou o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual promulgou a lei sobre casamento civil, tendo entrado em vigor em 24 de maio de 1890, tornando o casamento civil universalmente reconhecido como instituição jurídica em todo país.

O Código Civil de 1916 considerava o casamento como a única forma de constituição de família, de caráter patriarcal e instituída de maneira indissolúvel pelo sagrado laço matrimonial, o qual só poderia rompido pelo “desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento”. (DIAS, 2015, p. 145)

Embora o referido código não se ocupasse da celebração religiosa do casamento, também não a vedava, autorizando sua inscrição posterior no registro civil competente.

Conforme já abordado acima, a dissolubilidade do vínculo conjugal foi autorizada no ordenamento jurídico brasileiro pela chamada Lei do Divórcio (Lei Federal nº 6.515/1977). Todavia, a exigência de decurso de prazos exasperados ou da atribuição de culpa pelo rompimento do vínculo matrimonial, além da imposição de penas tais como a perda dos alimentos e a exclusão dos apelidos de família, objetivavam a todo custo a manutenção da família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, segundo Carlos Roberto Gonçalves foi absorvida a transformação social e houve a adoção de “uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana”, a partir de três eixos básicos: a) pluralidade de entidades familiares, podendo ser constituída família de várias formas; b) vedação de designações discriminatórias quanto à filiação; e c) consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.” (GONÇALVES, 2007, p. 17)

A fim de adequar a legislação civil à nova realidade social, veio a lume o Código Civil de 2002, ora vigente, que embora pretendesse a conformação do direito privado ante o texto constitucional, deixou a desejar em vários aspectos ligados inclusive ao direito de família, seja pela displicente cópia da legislação anterior (previsão de celebração “a portas abertas” – art. 1.534) ou mesmo pela linguagem rebuscada (art. 1.535). Também “limitou-se a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais” (DIAS, 2015, p. 147). Em suma, verifica-se um conservadorismo exacerbado da legislação vigente, em grande medida como decorrência do lento processo legislativo que precedeu o Código Civil de Miguel Reale (o projeto relativo ao direito de família data de antes da Constituição Cidadã), limitando-se a regulamentar exaustivamente – e quase exclusivamente – o casamento como forma de constituição de família, sem incorporar o arejamento proposto pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à liberdade de formação das entidades familiares.

Embora ainda persista na legislação infraconstitucional certa prevalência na opção pelo modelo matrimonializado, essa sacralização do casamento tende a diminuir após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que retirou a necessidade de demonstração de culpa e o decurso de prazos para o divórcio, assim como a previsão legal de dissolução do casamento pela via extrajudicial, trazida ineditamente pela Lei Federal nº 11.441/2007, atualmente disciplinada no artigo 733 do Código de Processo Civil em vigor.

Cumprido salientar que hodiernamente tem papel de destaque o casamento homoafetivo, segundo o entendimento da jurisprudência e da doutrina contemporânea:

A mais profunda modificação na concepção de casamento, no entanto, adveio da interpretação emprestada pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores. Abraçando as proposições doutrinárias majoritárias, as nossas Cortes eliminaram o requisito da diversidade de sexos para a constituição do casamento [...] À luz dessa nova orientação jurisprudencial, calcada em sólida interpretação conforme a Constituição, é reconhecida a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por evidente, não se trata da possibilidade de impor às Igrejas a obrigatoriedade de celebrar tais núpcias. A própria laicidade do Estado (CF, art. 19) impediria a ingerência estatal sobre elas. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 178)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175/2013 que proíbe a recusa do processamento da habilitação matrimonial, celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo (art. 1º), sob pena de imposição de penalidades disciplinares (art. 2º) (KÜMPEL, 2017, p. 675).

Portanto, no transcorrer da marcha evolutiva do instituto do casamento, pode-se conceituá-lo atualmente como sendo uma entidade familiar estabelecida entre pessoas, constituída de maneira formal e solene, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida), com base na igualdade de direitos e deveres, produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial, a qual se assegura uma especial proteção estatal.

1.2. Da união estável

Expressamente elencada pela Constituição Federal de 1988 como forma de constituição de família (art. 226, § 3º), inegável o reconhecimento da importância da união estável no atual contexto da sociedade brasileira.

O texto constitucional vigente rompeu com o tratamento preferencial conferido pelo Estado à então denominada ‘família legítima’, constituída pelo casamento, abandonando uma situação que perdurava desde a Constituição republicana de 1891 e nos demais textos fundamentais até 1988. Sob a nova ordem constitucional, o tratamento jurídico da união estável foi retirado do campo do direito das obrigações, como sociedade de fato, migrando para o âmbito do direito de família, por se tratar de entidade familiar com proteção estatal, da mesma forma que o casamento.(ESPINOSA, 2017)

Segundo dados do Censo Demográfico de 2010, coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na data da pesquisa, mais de um terço das uniões no país eram informais (IBGE, 2012). O percentual destas uniões informais subiu de 28,6% para 36,4 entre os anos de 2000 e 2010, bem como representam uma diminuição de casamentos civis.

Há, com efeito, uma vertente histórica que justifica esse fato. Segundo aponta Dulcinéia Luccas Sakamoto:

Quando os portugueses começaram a colonização do Brasil, em meados do século XVII, não havia casamentos da forma como se entendia na Europa; homens e mulheres viviam juntos de diferentes formas e, ainda em pleno século XVIII, o índice de concubinato era altíssimo, chegando por exemplo a 80% entre os casais na Bahia. Apenas nas famílias mais abastadas havia um casamento convencional ao estilo europeu, que assegurava proteção às filhas ao deixarem a casa paterna. (SAKAMOTO, 2007, p. 29-30)

Ressalta Maria Berenice Dias que: “apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram”. (DIAS, 2015, p. 238)

Apenas seis anos após a Constituição Federal trazer a previsão de proteção estatal à união estável adveio a primeira lei visando regulamentar o instituto (Lei Federal nº 8.971/1994) que, além de trazer os requisitos para sua configuração, incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Sobreveio, então, a Lei Federal nº 9.278/1996 que, sem ab-rogar a citada lei anterior, retirou o requisito temporal ou existência de prole comum para o reconhecimento da união estável, bem como passou a admitir o relacionamento entre pessoas separadas de fato. Outra previsão relevante, diz respeito à presunção de que os bens adquiridos onerosamente durante a convivência são objeto de esforço comum, determinando sua partilha igualitária entre os parceiros.

O Código Civil de 2002 pouco avançou nas questões relativas à união estável, limitando-se, ora ao detalhamento do comando constitucional, ora à positivação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já sedimentados. Basicamente, os principais direitos assegurados aos conviventes pelo referido diploma são: a) direito a alimentos (art. 1.694); b) direito à meação de bens (art. 1.725); e c) direito à sucessão (art. 1.790).

Paulatinamente, a ordem jurídica foi se adequando às transformações ocorridas na sociedade contemporânea, havendo uma progressiva equiparação entre o instituto da união estável com o do casamento. Nesse sentido, destaca Maria Berenice Dias: “Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção” (DIAS, 2015, p. 239-240). Prestigia-se, pois, o princípio da igualdade entre as entidades familiares.

Referida equiparação entre os institutos da união estável e do casamento pode ser verificada, de maneira mais enfática, pelos seguintes fenômenos: a) a presunção de filiação na união estável, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela aplicação das disposições do artigo 1.597 do Código Civil, posteriormente normatizado pelo CNJ (Provimento nº 52/2016); b) a autorização do registro facultativo da união estável no registro civil das pessoas naturais, ou seja, na mesma serventia extrajudicial onde se registra o casamento (Provimento nº 37/2014, do CNJ); c) a equiparação do tratamento aos pais casados ou conviventes em união estável para o registro civil de filho havido por técnicas de reprodução assistida (artigo 1º, §1º do Provimento nº 52/2016, do CNJ); e d) a possibilidade trazida pelo novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015, artigos 732 e 733) que trata da equiparação da dissolução consensual do casamento e da união estável, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial.

Portanto, observa-se que diante da evolução social, acompanhada pela evolução jurídica em sentido lato, não se pode mais negar a equiparação entre os institutos, sendo inconstitucional tratamento diferenciado entre casamento e união estável, visto que o texto constitucional é claro ao garantir a proteção do Estado indistintamente para as estruturas familiares, o que deve incluir fins sucessórios (art. 5º, XXX, CF/1988).

2. Direito de herança

Se a sucessão, em sentido lato, abarca para o direito toda forma de transmissão de patrimônio, quer a título singular quer universal, por negócio jurídico, decisão judicial ou por força de lei, a sucessão hereditária consiste especificamente na transmissão em razão da extinção da pessoa natural que era titular de determinado patrimônio, o qual, não podendo sobreviver acéfalo (RODRIGUES, 2007, p. 13), é por ficção jurídica transferido instantaneamente para herdeiros ou legatários.

A questão da sucessão hereditária é objeto de delicada divergência ideológica no plano histórico da filosofia e política (BEVILAQUA, 1978, p. 15), sendo contrários à ideia da transmissão patrimonial por meio da herança a indivíduos, em detrimento da coletividade, autores renomados como Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu) e Augusto Comte, que defendiam que as vantagens entregues pelos ascendentes aos descendentes deveriam se resumir ao sustento, boa formação e educação e, quando muito, incluir condições adequadas para o princípio do exercício das respectivas profissões.

Não se pode ignorar, de outro lado, a importância do direito de herança para o pleno desenvolvimento do sistema capitalista de criação e acúmulo de riquezas. A ideia de preservar a unidade do patrimônio do capitalista para destiná-lo segundo sua vontade ou para assegurar o conforto de sua prole, quando assim determinado pela lei, representa insubstituível incentivo (BEVILAQUA, 1978, p. 16) ao desenvolvimento econômico dos indivíduos e, logo, da sociedade como um todo. Não valorizar adequadamente o direito de sucessão hereditária seria uma armadilha imensurável para qualquer objetivo de consolidação do capitalismo como sistema econômico.

O direito de herança, tomado na acepção que refere à transmissão de bens, direitos e obrigações pela sucessão *causa mortis*, é necessariamente uma decorrência da finitude da personalidade pelo falecimento e do princípio da perpetuidade do direito de propriedade. Logo, para o desenvolvimento histórico do instituto da sucessão hereditária, foi

imprescindível a individualização dos interesses das pessoas, mediante a consolidação do direito de propriedade como direito pessoal e perpétuo.

Forte na doutrina de Giuliano Martignetti, Francisco Eduardo Loureiro, em obra publicada a partir de sua tese de mestrado defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, afirma:

Provável que a forma mais antiga de propriedade fosse a coletiva, em que diversos membros de uma comunidade tinham direito temporário de uso e de gozo sobre determinadas coisas, marcado pela intransmissibilidade. Na esteira de concepções investigadas por etnólogos – que se aplicam à propriedade –, entre os chamados povos primitivos, o indivíduo não conta, o que conta é a comunidade, que é a verdadeira unidade social. (LOUREIRO, 2003, p. 13)

Segundo o hoje desembargador paulista, o direito de propriedade (que não era requintadamente conhecido dos romanos (LOUREIRO, 2003, p. 15), chegando em algum período a confundir a coisa com o direito real a ela correspondente) passou por um processo inicial de individualização do patrimônio, transformou-se durante o período medieval com uma certa confusão entre poder político sobre os camponeses e direito de propriedade sobre as terras (LOUREIRO, 2003, p. 26), o que se conheceu como “domínio dividido.” A consagração da propriedade individual se deu, definitivamente, com o advento da modernidade, em especial pela Revolução Francesa que aflorou o individualismo e centralizou os atributos da propriedade nas mãos do titular do domínio, resumindo os direitos reais aos legalmente previstos, no que se chama hoje de *numerus clausus*, e extinção dos direitos reais e pessoais desordenados que impediam o adequado aproveitamento dos meios de produção então conhecidos.

Logo, é natural que, historicamente, o direito de herança tenha passado por transformações exigidas para adequá-lo aos desdobramentos teóricos e práticos sentidos pelo direito de propriedade. Assim, se num primeiro momento não se concebia a transmissão da propriedade por morte (BEVILAQUA, 1978, p. 27), justamente pela incompatibilidade dessa ideia com a propriedade como algo coletivo. Apenas com o advento de características individualizantes da propriedade e do reconhecimento de seu caráter perene é que a transmissão do patrimônio de uma pessoa para outra em razão da morte veio a ser idealizada e chegou ao ponto de prevalecer. Fez-se, portanto, também necessária a sua regulação pelo direito.

Portanto, toda a evolução do conceito de propriedade – e, em alguma medida, mesmo o período medieval (LOUREIRO, 2003, p. 23) – foi responsável pelo fortalecimento da característica da perpetuidade dos direitos não personalíssimos e propiciou a transição de uma desajeitada sucessão até o desenvolvimento da teoria da *droit de saisine*, pela qual a

transmissão se perfaz de imediato do patrimônio do falecido para o de seus herdeiros, contribuindo para moldar o direito de herança como o conhecemos hoje.

No que se refere ao direito brasileiro, a Constituição do Império resguardava aos cidadãos brasileiros a propriedade, “em toda a sua plenitude”, como o direito civil inviolável (art. 179, XXII). Nada dispôs expressamente a respeito do direito de herança, salvo quanto ao direito de transmissão do trono imperial entre os membros da dinastia de Bragança.

A Constituição republicana de 24 de Fevereiro de 1891, embora silenciasse a respeito da herança de forma geral, também incluía o direito de propriedade como um direito individual do cidadão e se dedicou a esclarecer que os direitos autorais das obras literárias e artísticas seriam resguardados na sucessão hereditária, pelo tempo que a lei viesse a determinar (art. 72, § 26). Passou a prever, em âmbito constitucional, a tributação sobre a transmissão da propriedade como de competência dos Estados membros (art. 9, 3º).

Nas ordens constitucionais que se seguiram em nosso país, as referências à propriedade como garantia civil sempre se repetiram, contudo, no que tange à herança as menções se restringiam à competência tributária ativa para a arrecadação fiscal na transmissão causa mortis ou outras referências laterais, como a equidade tributária de filhos naturais como de filhos legítimos, a previsão da progressividade do tributo sobre a herança e, ainda, a aplicação da lei mais benéfica a cônjuges e descendentes brasileiros na hipótese de sucessão causa mortis de bens de estrangeiros, em termos muito semelhantes ao que dispõe desde 1942 a hoje denominada Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (art. 10, §1º).

Tudo a evidenciar que, embora o direito de herança fosse conhecido do ordenamento jurídico brasileiro, não era assegurado na condição de direito individual autônomo e expresso. Não há como negar, contudo, que o respeito pelo Estado brasileiro à transmissão hereditária de patrimônio esteve sempre implicitamente contido no direito individual de propriedade privada, como também pela contínua adoção do sistema capitalista. Todas as indicações constitucionais à sucessão causa mortis, ainda que meramente reflexas, sempre estiveram a sugerir que tal poderia ser protegido como um legítimo direito fundamental caso a legislação ordinária pretendesse descontinua-la.

A questão a respeito da natureza fundamental do direito a herança foi finalmente tratada de maneira pormenorizada com o advento da Constituição Federal de 1988, que além de assegurar a propriedade privada no art. 5º, XXII, também reservou no mais nobre artigo constitucional inciso específico (XXX) para blindar o direito sucessório, além de tolher quaisquer pretensões de investidas estatais sobre a deixa sucessória ao proibir União, Estados ou Municípios de utilizar tributos com efeitos de confisco (art. 150, IV).

A conformação do direito à herança, como a tradição sempre mandou, foi relegada ao direito civil infraconstitucional que prevê disposições a respeito da transmissão legítima (conforme ordem vocacional estabelecida em lei) e testamentária (volitiva), pela qual o testador coordena a forma como se dará a transmissão, sujeita a regras que limitam e regulam essa manifestação de última vontade.

Na atual legislação civil brasileira a respeito do tema, são herdeiros necessários (art. 1.845 do Código Civil) o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, a quem são reservados 50% do patrimônio deixado pelo autor da herança, segundo regras de concorrência e de exclusão de participação, a serem aplicadas conforme se dê a configuração do cenário de sobrevivência de tais ou quais legitimados em relação ao *de cuius* e o regime de bens do eventual casamento que ainda vigorasse (art. 1.829 e seguintes do Código Civil). Embora nas normas sucessórias, conforme originalmente postas pelo legislativo em 2001, o companheiro sobrevivente de união estável não seja referido como herdeiro necessário, este recebe tratamento *suis generis* (não necessariamente pior³), na medida em que, assim como o cônjuge, concorre com descendentes e ascendentes mas, à sua própria maneira, sobre um patrimônio diverso constituído exclusivamente pelos bens adquiridos onerosamente pelo falecido durante o período em que foi mantida a estrutura familiar menos formal.

Tais regras são também aplicáveis supletivamente a 100% do patrimônio deixado caso o autor da herança não venha a exercer seu direito de direcionar de outra forma a chamada parte disponível de sua sucessão patrimonial, disponibilidade essa que pode se estender de 0 a 50% do patrimônio total, de modo a beneficiar desproporcionalmente os próprios herdeiros necessários ou a quaisquer outras pessoas, físicas (parentes ou não) nascidas, concebidas ou a serem concebidas em determinado prazo (art. 1.799, I do Código Civil), ou jurídicas constituídas ou a serem constituídas no futuro sob a forma de fundação (art. 1.799, III do Código Civil).

2.1. A sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro na legislação brasileira

O regramento sucessório previsto a partir do Código Civil de 2002, de modo geral, representou retrocesso quanto a direitos hereditários atribuídos aos companheiros. Se na

³ A situação do companheiro sobrevivente será tanto melhor à de um cônjuge em situação patrimonial análoga, quanto maior for a proporção do patrimônio onerosamente adquirido na duração da união estável se comparado ao patrimônio adquirido anteriormente à constituição da família a qualquer título ou durante a existência dela a título gratuito. O cônjuge sobrevivente, se concorrer com descendentes do autor da herança, em nenhuma hipótese terá direito a suceder quanto aos bens onerosamente adquiridos na vigência do matrimônio (salvo se lhe beneficiar disposição testamentária). Logo, *prima facie*, não se pode taxativamente apontar como uma ou outra posição sucessória como obrigatoriamente mais privilegiada, sendo tal condição aferível exclusivamente no caso concreto.

década de 1990, em consonância com o texto constitucional, o legislador percorreu um caminho de dignificação das pessoas que viviam em famílias informais, com a gradual aproximação dos seus direitos sucessórios aos garantidos às que viviam sob a estrutura do casamento – em especial pelo advento da Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96 – o que se verificou com a codificação privada promulgada no século XXI foi um pequeno progresso em algumas hipóteses da sucessão entre companheiros, mas de resto uma deterioração de direitos.

Assim, se por um lado, na concorrência com ascendentes ou descendentes o companheiro deixou de ter reservado apenas o direito de usufruto de parte do patrimônio para concorrer efetivamente, fazendo jus à propriedade de parcela dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável pelo companheiro pré-morto, de outro lado, perdeu por completo qualquer prerrogativa com relação aos bens adquiridos a qualquer título anteriormente à união estável ou na duração desta a título gratuito ou eventual. Ainda, houve uma grande deterioração de direitos com relação às sucessões em que o autor da herança não deixasse descendentes ou ascendentes, uma vez que o companheiro sobrevivente abandonaria um regime em que fazia jus a absolutamente todo o patrimônio sucessível para, a partir do CC/2002, apenas concorrer quanto aos bens onerosamente adquiridos na constância na união estável.

Contudo, a gritante disparidade instituída pelo Código Civil de 2002 não diz respeito propriamente ao novo tratamento dispensado ao companheiro em relação ao seu antigo regime, mas sim em relação ao também novo arcabouço protetivo atribuído aos cônjuges sobreviventes. Na extinção do matrimônio pela morte, o cônjuge supérstite foi alçado ao patamar de herdeiro necessário, remando a seu favor, para os óbitos ocorridos a partir do início da vigência do código civil de 2002, o princípio da intangibilidade da legítima. Ainda, em regra, passou a poder concorrer na herança com descendentes (observadas particularidades que dizem respeito a: origem do patrimônio e ao regime de bens que vigeu o casamento, objeto de profunda controvérsia jurisprudencial⁴ e a ter garantida a concorrência com ascendentes (independentemente da origem da herança ou do regime de bens). Recorde-se, finalmente, que o casamento (enquanto pressuposto para a sucessão causa mortis) não sofreu abalo no que se refere à concorrência com parentes colaterais. Em suma, o status do

⁴ Ainda a respeito da controvérsia, anote-se a divergência existente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à situação do cônjuge supérstite que fora casado pelo regime da separação convencional de bens. Segundo decisão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi o viúvo não seria herdeiro (REsp 992749 de 05/02/2010), por outro lado, em julgado mais recente o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva decidiu no sentido inverso (Resp 1472945 em 19/11/2014). A dúvida envolve também o regime da separação legal. (DIAS, 2008, p. 57).

companheiro foi majoritariamente rebaixado e o do cônjuge exclusivamente reforçado no que diz respeito à herança.

Um ponto controvertido diz respeito ao direito real de habitação, reservado explicitamente ao cônjuge sobrevivente segundo a norma positivada pelo artigo 1.831 do Código Civil. Parte da doutrina firmou-se no sentido de que o silêncio do código civil a respeito da permanência de tal direito também para os companheiros não teve o efeito de revogar a norma do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96 (DIAS, 2008, p. 72).

O poder judiciário brasileiro, até o presente ano de 2017, havia enfrentado com inquietante divergência essa questão da constitucionalidade ou não da coexistência de múltiplos regimes sucessórios no bojo do código civil. Tribunais de Justiça diferentes adotaram soluções opostas para a questão, sem prejuízo de divergências internas em cada um desses colegiados, com juízes a adotar teses absolutamente incompatíveis entre si.

A título de exemplo, a questão da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil já fora objeto de análise pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Prevaleceu por lá que a hierarquização entre casamento e outras formas de família seria compatível com a Constituição de 1988, sendo a existência legal de regramentos diversos para a sucessão na união estável e no casamento ponto a ser solucionado em âmbito da autonomia da vontade. Segundo a conveniência de cada família, os pares decidiriam qual estrutura familiar seria a mais adequada, vinculando-se ao regime jurídico correspondente:

União Estável. Direito Sucessório. Sucessão da Companheira. 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 desprovido⁵.

Destaque-se, no voto vencedor do incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o Tribunal Bandeirante, a referência feita à doutrina de Miguel Reale – idealizador do anteprojeto que deu origem ao código civil de 2.002 – em que foi categórico:

Equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência.

Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do

⁵ Arguição de Inconstitucionalidade no 0434423-72.2010.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial, Rel. Des. Cauduro Padin, em 14/9/2011.

disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e 1.790. (REALE, 2005, p. 270-272)

A seu turno, o Tribunal de Justiça Fluminense – consciente da posição adotada por São Paulo – teve posicionamento diametralmente oposto:

Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”⁶.

A linha de argumentação adotada pelo relator do incidente de inconstitucionalidade carioca foi no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4.277-DF (uniões entre pessoas do mesmo sexo), reconheceu o traço afetivo como característica preponderante das famílias modernas, sendo descabida qualquer discriminação entre as formas de família daquele momento em diante, sob pena de criar-se graus distintos de proteção à dignidade da pessoa humana. Outrossim, lembrou a questão do retrocesso que representaria a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo artigo 1.790 do Código Civil quando comparada com a já consagrada pela legislação da década de 1990, que, no mínimo, assegurara preferência absoluta do companheiro frente aos colaterais, o que seria principiologicamente inaceitável. Sendo o companheiro muito mais próximo do autor da herança e havendo participado diuturnamente da formação ou, ao menos, da preservação do patrimônio sucedido, seria desproporcional a norma infraconstitucional que prefere os colaterais àquele que compartilhou da vida íntima do falecido.

3. Recurso extraordinário 878.694/Minas Gerais

A discussão a respeito da constitucionalidade do regime legal aplicado ao companheiro sobrevivente na sucessão causa mortis diverso do atribuído ao cônjuge viúvo ingressou no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 878.694 de Minas Gerais. A questão de fundo envolveu a disputa pela herança entre uma companheira que viveu por nove anos em união estável com autor da herança – que faleceu sem deixar descendentes ou ascendentes – e os irmãos (colaterais de segundo grau) do falecido. Pelo regramento vigente ao tempo do falecimento do autor da herança, Código Civil de 2002, a companheira teria resguardado seu direito de meação sobre os bens adquiridos onerosamente

⁶ Arguição de Inconstitucionalidade n. 0019097-98.2011.8.19.0000; Rio de Janeiro; Órgão Especial; Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; em 09/8/2012.

na duração da união estável (art. 1.725 combinado com o art. 1.658) e direito de concorrer na herança exclusivamente quanto aos bens que ingressaram no patrimônio do falecido àquele mesmo título, na proporção de 1/3 desses bens (art. 1790, III). Todo o restante do patrimônio (2/3 dos bens adquiridos onerosamente na vigência da família de fato e todos os bens adquiridos antes da união estável a qualquer título e durante a união estável a título gratuito ou eventual) caberia aos colaterais.

A companheira obtivera em primeira instância o reconhecimento da inconstitucionalidade das disposições do código civil, de modo que a sentença a contemplou com a integralidade da herança, desprestigiando por completo os colaterais. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença, por haver acatado o entendimento de que a fixação de regras sucessórias diversas para estruturas familiares distintas estaria dentro da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional e, sobretudo, por encontrar-se a escolha entre a entidade familiar casamento e a união estável no plano da autonomia da vontade do casal para definição da estrutura familiar, o que implicitamente incluiria uma opção privada pelo respectivo regime sucessório.

A respeito do Recurso Extraordinário, a Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pela adequação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao ordenamento jurídico brasileiro. Acrescentou que as diversas formas de estruturação da família e a liberdade de opção de regimes de bens tem por finalidade propiciar ao cidadão margem de planejamento patrimonial em vida e *post mortem*; em última análise, afirmou o Procurador Geral da República que reconhecer a inconstitucionalidade da diversidade de regimes sucessórios entre companheiros e cônjuges levaria a necessidade de apontar idêntica inconsistência com relação a tratamento diverso conferido a pessoas casadas pela comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação absoluta e separação obrigatória⁷. Portanto, o Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido da companheira.

Inicialmente, cabe ressaltar que - sob a mesma ordem constitucional - em hipóteses quejandas o companheiro sobrevivente gozava de tratamento mais benéfico durante a vigência da Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 (art. 2º, III), visto que era contemplado com a totalidade da herança. Nesse sentido, a norma estabelecida pelo código civil configura retrocesso à proteção do núcleo familiar se confrontada imediatamente com a norma que a

⁷ Nas palavras do Procurador Geral Rodrigo Janot: “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”.

antecedeu, pois inverteu a preferência na ordem de vocação hereditária entre companheiro e colaterais.

Embora a evolução legislativa abordada acima pudesse ser suficiente para (mediante exercício hermenêutico aprofundado e ponderação de princípios constitucionais) chegar à solução do caso concreto, a abordagem dada pelo relator do voto vencedor, Ministro Roberto Barroso, objetivou um maior alcance do que a mera comparação do dispositivo legal atual com o que o antecedeu. Para fins de viabilizar maior uniformização das decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal adotou como paradigma os direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge por força do Código Civil, em relação aos quais os direitos dos companheiros sofreram grande distanciamento. Assim, a controvérsia estabelecida em âmbito de repercussão geral, deu-se nos seguintes termos: é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?

O ministro Roberto Barroso afirma como pressuposto do direito sucessório no Brasil a segurança da família, propiciada pela continuidade patrimonial. Tal segurança decorreria de uma opção legislativa pelo estabelecimento de dois níveis distintos de proteção, sendo o nível mais fraco o correspondente à parte disponível da herança, a qual resguarda ao titular do patrimônio a discricção de distribuir metade de seu patrimônio da forma como julgar mais conveniente, não necessariamente entre parentes (sobre essa parte, a lei teria apenas efeito supletivo, aplicando-se na ausência de atuação do autor da herança); e o nível mais forte de proteção caracterizado pela chamada legítima, ou parte indisponível, reserva intangível da herança dedicada pela lei aos descendentes, ascendentes e cônjuge, herdeiros necessários. Segundo o voto vencedor:

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.

A Constituição Federal de 1988, como visto, reformulou por completo as premissas do ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, afirmou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, reconhecendo ao ser humano a posição central do ordenamento jurídico; afastou-se definitivamente da tradicional conexão com a Igreja Católica, reconhecendo-se laico; reconheceu a autonomia da família e a admissibilidade de outras estruturas, como a união estável e a família monoparental. Sem qualquer conotação negativa para a família, muito pelo contrário, esta consolidou-se como instrumento (talvez o principal) para a promoção da dignidade do homem, e este foi elevado a um fim em si mesmo, sendo

inadmissível se sustentar orientação inversa. Nesse ponto, o relator se socorreu de precedente da corte, ADPF 132, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

Como decorrência do dever estatal de disseminar o bem a todos e reconhecida a família como base da sociedade e instrumento de promoção da dignidade humana, não resta alternativa a não ser exigir do Estado uma posição firme e igualitária na defesa de todas as uniões decorrentes do amor e do afeto, independentemente da estrutura formal ou não pela qual essa se exteriorize. Defender posição diversa importaria autorização para se dedicar tratamento desigual em decorrência da escolha por formalizar ou não a família.

A conclusão a que chega a Corte máxima brasileira é no sentido de que, em se tratando a legislação sucessória de norma protetiva dos interesses e bem estar dos membros remanescentes da família, proporcionando continuidade do seu patrimônio e condições razoáveis de sobrevivência, não se justificaria à luz da Constituição tratamento infraconstitucional que discrimine tal ou qual modalidade de entidade familiar. O Código Civil, nesse aspecto, dispensaria tratamentos diversos a indivíduos que a rigor merecem o mesmo respeito e consideração, o que representaria afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado.

Segundo a visão do STF, o caso concreto evidencia a violação pela legislação civil do princípio constitucional da proporcionalidade, sob a modalidade de proteção insuficiente. Embora o legislador tenha atuado de forma positiva, criando legislação que prestigia com algum direito hereditário o companheiro sobrevivente, o faz em desmedida, uma vez que limita sua participação aos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na constância da união estável, inclusive quando concorre com meros parentes colaterais. No caso, não se justifica qualquer tratamento discriminatório a uma ou outra estrutura familiar como por exemplo para prestigiar outro objetivo constitucional. O valor dos parentes colaterais é o mesmo diante de uma família formal ou informal, as necessidades do companheiro sobrevivente são proporcionais às que se poderia presumir ao cônjuge supérstite.

Finalmente, a tendência legislativa que se verificou desde a promulgação da Constituição de 1988 – em especial evidenciada pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 – era no sentido da plena equiparação dos direitos dos conviventes em união estável aos dos cônjuges no casamento. Portanto, uma vez reconhecida a igualdade das entidades familiares, autorizar legislação da estirpe do artigo 1790 do Código Civil implicaria retrocesso inaceitável para o instituto da herança no âmbito da união estável e, logo, para a preservação da família. Conforme ressalta a decisão do STF, em parte a responsabilidade por esse retrocesso legislativo decorre do fato de o projeto de lei que originara o Código Civil Miguel

Reale remontar a 1985 e não ter sofrido qualquer adequação aos valores da Constituição de 1988 durante o seu processo de legislativo que perdurou até 2001.

Segundo conclui o Ministro Roberto Barroso, a referência constitucional à facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete uma hierarquização das instituições familiares. Reconhece-se a diversidade das estruturas familiares, sendo o casamento algo formal cuja constituição, após procedimento de habilitação, pode ser comprovada pela simples apresentação de certidão, enquanto a união estável hoje comporta uma diversidade de graus de formalidade, prescindindo a princípio de qualquer documento, repousando exclusivamente nos fatos da convivência somada à intenção de constituir família e ausência de impedimentos. Qualquer desejo manifestado pelo Estado no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento parece dizer respeito ao aumento da segurança jurídica, para relativizar os riscos de terceiros que se envolvam negocialmente com aquela unidade familiar.

Dando continuidade a argumentação, o Ministro Roberto Barroso chega ao interessante ponto de inverter a lógica tão defendida pelos opositores da plena equiparação sucessória entre casamento e união estável. Para o ministro, a nivelação dos efeitos patrimoniais sucessórios de cônjuges e companheiros não representa um obstáculo à autonomia da vontade, pela supressão de um regime hereditário de um leque de possíveis escolhas que eram oferecidas aos indivíduos que intentavam constituir família. No cenário em que a herança se coloca como instrumento de proteção à continuidade do bem estar e dignidade dos seres humanos, a sucessão causa mortis, importaria matéria de ordem pública, inafastável pelo interesse das partes. Portanto, a pretensa variedade de regimes sucessórios representa(va) obstáculo para a liberdade de tantos brasileiros que, querendo em sua intimidade constituir família de modo informal, buscaram o casamento exclusivamente para tranquilizar suas consciências de que seu amante receberia o necessário tratamento digno.

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.

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.

Então, para afastar qualquer dúvida a respeito da plena equiparação para fins sucessão hereditária entre união estável e casamento, no que se refere aos respectivos consortes, o voto é enfático ao afirmar que a declaração de nulidade do Art. 1.790 do Código Civil não implica a repriminção da validade das leis 8.971/1994 e 9.278/1996 que anteriormente eram responsáveis pela organização da sucessão causa mortis na hipótese de união estável. A partir deste precedente, o que se deveria aplicar nos casos similares é a garantia de “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”.

Prevaleceu, por maioria de votos, a fixação da tese segundo a qual: “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”.

Conclusão

Mesmo antes da publicação final do resultado do Recurso Extraordinário afetado a Repercussão Geral, diante da premeditada equiparação dos regimes sucessórios, algumas críticas já foram publicadas em artigos na internet.

Alguns alardeiam que a equiparação dos regimes sucessórios, por tolher a liberdade de escolha entre as pessoas que intentam estabelecer família, poderá implicar em um afastamento dos indivíduos das convivências familiares, com o intuito de preservar a sua plena possibilidade de dispor livremente de seu patrimônio para depois da morte:

Ao tomarem notícia da novidade (sem precedentes em qualquer outro país do mundo, note-se) trazida pela decisão do STF, que impõe aos companheiros o mesmo regime sucessório do casamento civil, é mais provável que os companheiros que não queiram casar e que justamente por isso vivam em união estável, acabem se casando, ou, receosos e pressionados pela exacerbada gravidade que a relação acaba de adquirir graças ao STF, acabem, isto sim, dissolvendo a relação? Se a segunda opção for a que soar mais provável, o leitor pode começar a vislumbrar os perversos efeitos da decisão. (SILVA, 2017)

Outra hipótese seria que a equivalência de efeitos do casamento e união estável poderia levar ao desinteresse da sociedade pelo instituto do casamento, em movimento inverso ao pretendido pelo constituinte que expressamente estabeleceu a intenção de ver facilitada (em outras palavras, incentivada) a conversão da união informal pela formal. Qual a

vantagem de se enfrentar o procedimento de habilitação, a formalidade da celebração e as despesas preparatórias do casamento se o mesmo resultado pode se dar pela simples comunhão de fato própria da união estável e, eventualmente, regulação de regime de bens por instrumento particular? Esse caminho em potencial, sem dúvida, implicaria menor segurança nas relações jurídicas familiares e perante terceiros.

Por sua vez, José Flávio Bueno Fischer vê o julgamento da inconstitucionalidade no sentido de uma desnecessária redução de riqueza e da diversidade do ordenamento jurídico brasileiro, já que extirpa um degrau na escalada de complexidade da habitual formação do núcleo familiar, o que poderia ter sido evitado por uma maior conscientização dos cidadãos a respeito dos efeitos de cada relacionamento. Com a decisão do STF, a autonomia da vontade foi tolhida e as relações amorosas ficam sujeitas a uma maior insegurança:

(...) se a sucessão da união estável for equiparada a do casamento, pessoas que têm uma simples relação de namoro ficarão extremamente desprotegidas e à margem do direito. Ficarão de mãos atadas, sem qualquer instrumento jurídico apto a protegê-las e ao seu patrimônio familiar de forma definitiva, até porque a declaração de namoro feita em Tabelionato é vista por muitos como ineficaz, pois afastaria norma de ordem pública, que é a que prevê a caracterização da união estável. (FISCHER; 2017)

O fato é que o Supremo Tribunal Federal exerceu seu dever de dar a interpretação final ao dispositivo constitucional e, a partir disso, considerou o artigo 1790 do Código Civil incompatível com o nosso ordenamento jurídico. Com os efeitos próprios dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, estabelece-se importante paradigma a ser necessariamente enfrentado em celeumas dessa estirpe. Doravante, os inventários por escritura pública estarão vinculados a proceder à partilha causa mortis que diga respeito à pessoa que viveu em união estável sob os parâmetros do regimento que antes era exclusivo para pessoas formalmente casadas. A seu turno, juízes e tribunais somente poderão decidir em sentido diverso após apresentar robusta argumentação que demonstre a distinção do caso enfrentado ao precedente ou a superação dessa tese por outra que não tenha sido objeto de discussão no plenário do STF.

Pode-se afirmar que o STF exerceu seu papel de guardião da norma fundamental e, assim, estabeleceu precedente a respeito desse assunto por meio da técnica da interpretação conforme do artigo 226 da Constituição Federal segundo visão otimizada do fundamento da dignidade da pessoa humana. Cabe aguardar para se constatar se tal decisão será responsável por um engessamento excessivo dos efeitos patrimoniais dos relacionamentos afetivos, em decorrência da aplicação do princípio da igualdade formal que não admita espaço para a

consideração de aspectos sociais específicos de pessoas que ingressaram na união estável com expectativa de respeito às características do seu regramento infraconstitucional.

A decisão demonstra prevalecer no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que descabe qualquer interpretação tendente a privilegiar o casamento frente a qualquer outro tipo familiar. A família não é um fim em si mesma, mas um instrumento para a promoção da dignidade humana, pelo que merecem todas as estruturas familiares a mesma proteção especial do Estado, sem distinção.

Talvez tivesse melhor agido o STF se houvesse se limitado a avaliar a constitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, que era intimamente ligado com o caso concreto. Não faltariam casos concretos para avaliar a concorrência entre companheiros e descendentes ou companheiros e ascendentes, com a criação de precedentes mais específicos e cuidadosamente considerados. Resta no RE 878.694/MG um sabor de excessiva abstração normativa, que deveria ser própria do legislador.

Finalmente, se realmente a intenção dos ministros do Supremo Tribunal Federal foi de esgotar o assunto com a larga uniformização da jurisprudência, não deveriam, ao estabelecer a tese da repercussão geral, ter apenas substituído a aplicação do artigo 1790 pelo artigo 1829 do Código Civil:

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.

Poderiam ter expressamente esclarecido se o regime sucessório equiparado dos companheiros os coloca na posição de herdeiro necessário (art. 1.845) e se os garante o direito real de habitação (art. 1.831). Indo mais longe, poderia o Supremo Tribunal Federal esclarecer se inviabilizada a distinção entre companheiros e cônjuges estariam, *pari passo*, eliminadas as distinções de regime sucessório entre casamentos celebrados com regimes patrimoniais diversos na concorrência com os descendentes (art. 1829, I).

Referências

BEVILAQUA, Clovis; **Direito das sucessões**; Editora Rio; Edição Histórica; Rio de Janeiro, 1978.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010**.

Disponível em:

<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/?view=noticia&id=2&idnoticia=2240&busca=1&t=censo->

2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes>.
Acesso em: 19 jun. 2017.

CASEY, James. **A história da família**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Editora Ática S.A., 1992.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ESPINOSA, Marcello. **Evolução histórica da união estável**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000056, 11/06/2014.
Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/evolucao-historica-da-uniao-estavel>>.
Acesso em: 18 jun. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FISCHER; José Flávio Bueno. **A constitucionalidade do artigo 1790 do código civil: porque equiparar o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge vai gerar um caos jurídico**. In: Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, 03 jan. 2017. Disponível: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODkxMA==>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. Volume VI. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

KÜMPPEL, Vitor Frederico *et. al.* **Tratado notarial e registral**. Volume II. 1. ed.; São Paulo: YK Editora, 2017.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**; Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Renovar, 2003.

OBEID, Rafael Issa. **Notas sobre as origens do casamento civil no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3472, 2 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23332>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito das sucessões**. Volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SAKAMOTO, Dulcinéia Luccas. **Família: construção, organização e reconstrução através dos tempos**. In: JOSÉ FILHO, Mário; DALBERIO, Osvaldo. (Orgs.). Família: conjuntura, organização e desenvolvimento. Franca: Unesp – FHDSS, 2007, p. 19-38.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro civil das pessoas naturais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Regime sucessório da união estável não é inconstitucional**. Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829, 19 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>>. Acesso em: 19 jun. 2017.