

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**OS EFEITOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DOS EFEITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E
646.721**

BARBARA MARIA FERRANTINI GOMES GONÇALVES

**RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE**

BARBARA MARIA FERRANTINI GOMES GONÇALVES

**OS EFEITOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DOS EFEITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E
646.721**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristina Gomes Campos de Seta.

**RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE**

BARBARA MARIA FERRANTINI GOMES GONÇALVES

**OS EFEITOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO
CASAMENTO PARA FINS SUCESSÓRIOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DOS EFEITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E
646.721**

Trabalho de conclusão de curso, elaborado no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristina Gomes Campos de Seta.

Data da Aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr.a Cristina Gomes Campos de Seta

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

G635e Gonçalves, Barbara Maria Ferrantini Gomes
Os efeitos da equiparação da união estável ao casamento para fins sucessórios: Uma análise crítica dos efeitos dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 / Barbara Maria Ferrantini Gomes Gonçalves. - Rio de Janeiro, 2019.
92 f.

Orientadora: Cristina Gomes Campos de Seta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito de Família. 2. Casamento. 3. União Estável. 4. Direito Sucessório. 5. Recurso Extraordinário. I. Seta, Cristina Gomes Campos de, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

DADOS PESSOAIS:

Nome e Sobrenome: Barbara Maria Ferrantini Gomes Gonçalves

DRE: 115089311

Celular: (21) 99567-8715

Email: bmferrantini@gmail.com

Endereço: Rua Alzira Brandão, 182, apartamento 201 – Tijuca, Rio de Janeiro/RJ

Turno: Integral

Orientadora: Cristina Gomes Campos de Seta.

Aos pais Carmen Valeria Gomes Gonçalves e Paulo Henrique Martins Gonçalves, aos irmãos Marcelo Henrique Ferrantini Gomes Gonçalves e Raphaela Ferrantini Gomes Gonçalves, ao namorado Leonardo Zuccarelli Glabow e à todos meus amigos e amigas por todo o incentivo, apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me mantido na trilha certa durante este trabalho de conclusão de curso. Sou grata à minha família e namorado pelo apoio, amor e carinho que sempre me deram, durante toda a minha vida e no decorrer de todo o curso.

Deixo um agradecimento especial à minha orientadora, Cristina Gomes Campos Seta, pelo incentivo e dedicação.

Também quero agradecer à Universidade Federal do Rio de Janeiro e à todos os professores do meu curso pela elevada qualidade do ensino oferecido.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as principais consequências e efeitos do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e equiparou as uniões estáveis homoafetivas às formadas por casais héteros. Este trabalho pretende, de início, analisar, através de pesquisa bibliográfica, a trajetória do conceito de família ao longo do tempo no ordenamento jurídico brasileiro, até a chegada ao entendimento atual, momento em que a Constituição Federal de 1988 passou a abranger outras modalidades além da formada pelo casamento. Em seguida, através de uma análise dos votos dos ministros, buscará expor os argumentos os quais levaram ao novo entendimento firmado pela Suprema Corte, que passou a aplicar o artigo 1.829 do CC/2002 aos companheiros. Por fim, buscará verificar os principais questionamentos doutrinários e lacunas deixadas após o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo, e suas implicações na prática jurídica brasileira, no âmbito do direito sucessório.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário 878.694 e 646.721. Supremo Tribunal Federal. Código Civil. União Estável. Casamento. Constituição Federal.

ABSTRACT

This current essay intends to analyze the main consequences and effects for the Extraordinary Resources trial 878.694 and 646.721 by the Federal Supreme Court, which recognizes the institutionality for the 1.790 article of the Civil Code, and equated the stable homoaffective unions as the heterosexual ones. This essay intends to analyze, at first, through bibliographic research, the trajectory for the concept of family through time in the Brazilian juridic order until reaching the current comprehension, the moment in which the federal constitution of 1988 started to comprehend other kinds besides the one established by the marriage. After that, through the analysis of the minister votes, intends to expose the arguments that led to the new understanding, established by the Supreme Court, which started to apply the 1.829 from the CC/2002 to the couples. At last, it intends to verify the main doctrinary questions and gaps left after the recognition of the institutionality for the said article and its implications in the Brazilian juridic practice in the halls of the successor law.

Key-words: Extraordinary Resources trial 878.694 e 646.721. Supreme Court. Civil Code. Stable unions. Marriage. Federal Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADFAS	Associação de Direito de Família e das Sucessões
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Fl.	Folha
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
Pg.	Página
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CAPÍTULO I: DA FAMÍLIA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SEU CONCEITO	15
1.1. Do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro.....	21
1.2. Do Casamento.....	26
1.3. Da União Estável.....	33
2. CAPÍTULO II: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721	39
2.1. Recurso Extraordinário 878.694.....	43
2.2. Recurso Extraordinário 646.721.....	54
3. CAPÍTULO III: A IMPORTÂNCIA, O ALCANCE E AS CONSEQUÊNCIAS DOS RECURSOS 878.694 E 646.721	64
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

O direito de família brasileiro e a concepção de família sempre foram fortemente influenciados pelo direito romano que, por sua vez, sofria ingerência do direito canônico. Por este motivo, até 1988 só havia um modelo de família reconhecido pelo Estado, sendo aquela formada por meio do casamento, entre um homem e uma mulher, juntamente com seus possíveis filhos. Somente após 1988, com a promulgação da Constituição Federal, novos modelos de família foram reconhecidos, como a união estável a família monoparental, os quais passaram a deter os direitos antes conferidos somente ao homem e a mulher casados.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 226, passou a contemplar diferentes formas de família, incluindo neste rol tanto a que resulta do casamento quanto a formada mediante união estável. Deste modo, e levando-se em conta os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além também da ausência de previsão de hierarquia entre as distintas entidades familiares, passou-se a questionar se seria legítima a diferenciação prevista no Código Civil de 2002, que em seus artigos 1.790 e 1.829, postulava tratamento distinto entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios, de maneira que os companheiros detinham direitos menores quando do falecimento de seu par, em relação aos garantidos às pessoas casadas, quanto do falecimento do cônjuge.

Sob este prisma, foi ajuizado processo na Justiça do Estado de Minas Gerais, por companheira de falecido, que viveu sob o regime da união estável por cerca de nove anos, a qual requeria tratamento igualitário entre os regimes sucessórios de companheiros e cônjuges, sob o fundamento de que não existem diferenças entre famílias constituídas por meio da união estável e do casamento, merecendo ambas a mesma proteção e garantia do Estado.

Do mesmo modo, foi ajuizada na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, processo por companheiro que viveu sob o regime da união estável homoafetiva, pleiteando sua participação na herança do companheiro supérstite, com base no entendimento de que não há qualquer previsão constitucional que diferencie o tratamento entre cônjuges e companheiros, considerando, portanto, inconstitucional o disposto pelo Código Civil, que os diferencia, principalmente no que tange à sucessão, violando princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Ocorre que, por se tratar de tema bastante controverso e relacionado à Constituição Federal, o processo ajuizado na Justiça de Minas Gerais resultou no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, com repercussão geral, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, decidindo, portanto, pela equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, fixando a tese de que "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".

Já o processo ajuizado na Justiça do Rio Grande do Sul, resultou no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721, também com repercussão geral, no qual foi determinada a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às formadas por casais héteros, não havendo mais distinções no tratamento conferido a ambas, fixando a mesma tese do extraordinário anterior, vez que foram julgados na mesma data.

Desta maneira, verifica-se a equiparação entre ambos os institutos no que tange a sucessão de bens. Ocorre que, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, tal equiparação se deu apenas aos inventários judiciais em que não houvesse trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não houvesse escritura pública.

Neste sentido e a fim de verificar a amplitude e os efetivos efeitos jurídicos decorrentes do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.684 e 646.721, ambos com repercussão geral reconhecida, imprescindível se fez a análise dos desdobramentos das referidas decisões, que concluíram pela inexistência de elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, estabelecido pelo Código Civil e também pela impossibilidade de tratamento diferenciado entre casais homoafetivos que vivam em união estável em relação aos casais héteros. Mister se faz a análise, portanto, sobre a abrangência de ambas as decisões, vez que estas se limitaram à análise de seus pedidos, em nada tratando sobre os demais dispositivos que ainda conferem tratamento diferenciado entre casais que vivam em união estável e casamento.

Outrossim, o presente trabalho consistirá na análise crítica do cenário jurídico e social anterior aos referidos julgados, bem como das mudanças decorrentes das decisões do Supremo

Tribunal Federal, a fim de verificar as lacunas ainda existentes com relação ao tema, além também dos principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que envolvem a temática.

Para tanto, será realizado o procedimento de pesquisa e revisão bibliográfica, baseado em textos legais, obras doutrinárias atuais e de grande relevância, bem como em jurisprudência, em especial, nos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, utilizando, principalmente o método histórico-comparativo, a fim de demonstrar o avanço e as mudanças no entendimento jurídico e social da entidade “família”, de maneira a confirmar os anseios e necessidades de toda a sociedade brasileira, os quais tornaram possível o julgamento de ambos os extraordinários que acabaram por equiparar os regimes sucessórios do casamento e da união estável, além de equiparar a união estável homoafetiva à formada por casais héteros. E considerando os direitos de sucessão referentes aos institutos do casamento e da união estável, proceder-se-á com a análise crítica doutrinária e jurisprudencial, de forma a contribuir com os avanços desta temática no direito brasileiro.

Desta forma, e por se tratar de tema recente, ainda sem grandes abordagens doutrinárias, espera-se não esgotar o tema abordado, mas sim, apresentar as alterações ocorridas após a decisão da Suprema Corte, além também de apontar as problemáticas que ainda persistem, tendo em vista as inúmeras possibilidades e desdobramentos ainda desconhecidos, tornando o assunto de grande relevância.

CAPÍTULO I - DA FAMÍLIA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SEU CONCEITO

O conceito e a existência da família derivam dos primórdios da existência humana, sendo considerada por muitos como a primeira instituição da sociedade humana, tanto como fenômeno biológico quanto como fenômeno social. Todo ser humano nasce no seio de uma família, a qual é responsável por desenvolver vínculos de parentesco e também de comunidade, de maneira que todos possam evoluir e se desenvolver em todos os aspectos, inclusive psicológicos e sociais. Pode-se dizer que a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade.

De acordo com Rosenvald¹:

É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar - estrutura básica social -, de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, fisiológico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos.

Entretanto, o entendimento e conceituação do instituto família passaram por inúmeras mudanças em toda a história, evoluindo de tal maneira em que foram agregados nestes, costumes, valores morais, éticos e sociais, os quais foram capazes de auxiliar na implementação das modificações em sua estrutura. Importante ressaltar, neste momento, que as estruturas familiares variam de acordo com o espaço e o tempo em que estão, tendo em vista que buscam atender às necessidades e expectativas da sociedade e do próprio homem.

Portanto, é clara a percepção de que o conceito e estrutura familiar estão intimamente ligadas às transformações sociais ocorridas ao longo do tempo, já que com estas surgem também novas ambições, expectativas e novos desejos sociais, os quais, de uma maneira ou de outra, precisam ser atendidos.

Para Rosenvald²:

¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35.

² Ibidem.

Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

Neste sentido, importante se faz uma breve análise sobre as diferentes formas, estruturas e requisitos necessários pelos quais a instituição familiar passou ao longo dos anos, sendo inegável a variedade de fatores os quais foram preponderantes para fixar-se um modelo familiar, nunca uniforme, tendo em vista a variabilidade histórica da feição de família decorrente dos movimentos que constituíram as relações sociais em toda a história.

A base dos modelos familiares tem início em uma sociedade conservadora, a qual entendia como sendo o casamento a única forma de constituir-se família, de maneira, portanto, necessariamente matrimonializada. Tal estrutura familiar se baseava no modelo patriarcal, sendo extremamente hierarquizada, com a figura do homem à frente de toda a família, gerindo a unidade de produção, já que esta era vista como uma unidade de produção, visando sempre o progresso da entidade familiar, onde a satisfação e a felicidade mútua de permanecer junto de seus membros era considerada de menor importância em relação à manutenção do patrimônio da família.

De acordo com Rosenvald³:

[...] Compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial.

Deste modo, nota-se que com a revolução industrial tal visão transpessoal da família, que visava acima de tudo a manutenção do vínculo de casamento para assim manter-se a unidade de produção, se estabilizou. Com a necessidade de maior mão de obra, as mulheres que antes não trabalhavam e viviam para o lar e para a família, passaram a integrar o mercado de trabalho sem, entretanto, alterar-se a coordenação financeira familiar, que continuava apenas nas mãos do marido, apesar da colaboração da mulher.

³ Ibidem, p. 35.

A primeira legislação brasileira a tratar de maneira mais profunda e ampla o tema da família foi o Código Civil de 1916, o qual abordou também o casamento civil entre homem e mulher como sendo o único meio possível para a constituição da família. Seguindo a realidade social ainda vigente, o código não permitia o divórcio, de maneira a impedir que a sociedade, a unidade de produção fosse também desfeita. Vale ressaltar o caráter conservador de tal código, que mantinha a supremacia do homem em relação à mulher, o qual trazia também, como impedimentos matrimoniais, aqueles instituídos pela Igreja Católica, durante a Idade Média.

Ademais, conforme dispõe o autor⁴, ponto interessante é que tal codificação não tratava de maneira extensa sobre o concubinato⁵, tendo em vista que se tratava de um assunto controverso à época, tendo como finalidade o amparo principal à família legítima. Deste modo, apesar de o código não tratar de forma definida o instituto da família, é de fácil constatação que o conceito dado à ela nesta época era como aquela instituição formada por pessoas que possuíam uma relação de consanguinidade, ou seja, constituída pelos pais e filhos, oriundos apenas do casamento civil, conforme se verifica a partir do artigo 229, Código Civil de 1916:

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.

Ainda com relação à distinção imposta entre homens e mulheres quanto ao comando familiar, o Código Civil de 1916 determinava que o tal comando pertencia ao homem, de maneira a manter o modelo patriarcal de família, onde o homem era o responsável financeiro do lar e o chefe da sociedade conjugal, enquanto à mulher cabia apenas cooperar com seu cônjuge, devendo velar pela direção material e moral desta:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Sob este prisma, verifica-se o modo pelo qual era concebida a família a partir do advento da revolução industrial, e a forma como tal instituição se mantinha e era dominada, modelo

⁴ Ibidem, p. 35.

⁵ Antes entendida como a relação entre pessoas impedidas para o casamento e que, portanto, não poderiam constituir família, ou a relação que não tinha o vínculo matrimonial, sendo comumente vista como uma união extraconjugal. Atualmente, está previsto no artigo 1.727 do Código Civil: "as relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

patriarcal que se manteve por longos anos, apenas se modificando de maneira significativa com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual abarcou diversas modificações conceituais e estruturais ocorridas neste período, trazendo grandes alterações no modo de se compreender a família.

Durante os longos anos pelos quais se manteve tal compreensão de família, a sociedade passou a exigir novos conceitos e institutos capazes de satisfazer suas necessidades, os quais se modificavam de acordo com o tempo e lugar em que se encontravam, de forma que determinadas leis foram criadas e postas em prática com o intuito de atender tais expectativas sociais, como a Lei 4.121/1962, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada e a Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, o conceito de família apresentou expressiva ampliação, passando a ser tema de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, influenciando as posteriores normas infraconstitucionais. Por meio do texto constitucional, mulheres e homens passaram a possuir direitos e deveres iguais em todos os sentidos, inclusive no âmbito familiar, possuindo igual responsabilidade na criação e educação dos filhos e na manutenção da sociedade conjugal.

Ademais, a Constituição Federal reconheceu também, em seu artigo 226, outros dois meios possíveis de constituição de família: por meio da união estável entre homem e mulher, tornando possível sua conversão em casamento, devendo, inclusive, a lei facilitar tal conversão, conforme previsto em seu artigo §3º, e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes - artigo 226, §4º, da Constituição Federal.

Neste momento, faz-se mister ressaltar que o rol do artigo 226 do texto constitucional, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, é meramente exemplificativo, não sendo, portanto, delimitado e taxativo, podendo a família derivar de outras manifestações de afeto. Tornar este rol taxativo traria uma não proteção à inúmeros agrupamentos familiares que, por total impossibilidade, não estão previstos ali. Além disso, importante frisar que as mais diversas formas de constituição de família merecem especial proteção do Estado, conforme previsão da Constituição Federal.

Para Rosenvald⁶:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. [...] Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Esses são os referenciais da família contemporânea.

Sob este aspecto, Caio Mário aduz que:

Nova estrutura jurídica se constrói em torno do conceito da família socioafetiva, à qual alguns autores identificam como 'família sociológica', onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.⁷

No mesmo sentido, a ADIn 4277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, determinou que, apesar de não constar no rol definido pela Constituição, as uniões homoafetivas se constituem como núcleos familiares:

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.

⁶ Ibidem, p. 35-36.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Volume V. Direito de Família**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família continuou sua evolução e passou a ter como norte o afeto entre seus membros e a busca constante de felicidade, de maneira a se adaptar e se moldar aos desejos, expectativas e necessidades da sociedade, o que levou à promulgação de leis como a Lei da União Estável (Lei 8.971/94), a qual regula os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei 9.278/96, que disciplina o parágrafo 3º do artigo 226, CRFB/88.

Neste giro, posterior ao advento da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 continuou trilhando o caminho da evolução conceitual de família de maneira natural, complementando e abrangendo o que fora tratado pelo texto constitucional, contemplando os direitos fundamentais, com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, ou seja, de consagrar o pleno desenvolvimento de cada indivíduo enquanto membro da instituição familiar.

Para Rosenvald⁸:

Todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional. [...] todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que vem se denominando família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família.

Ademais, a partir deste novo entendimento e visão sobre o instituto família, leis recentes passaram a trazer consigo outros conceitos deste, sempre buscando a inclusão e o alargamento de sua proteção, valorizando o afeto e a interação das pessoas no âmbito familiar, como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em seu artigo 5º, II e a Nova Lei da Adoção (Lei 13.509/17), em seu artigo 19-B, §1º.

Art. 5º. Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

[...]

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento.

⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 75.

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

Neste compasso de avanços sociais, políticos, econômicos, tecnológicos e culturais, acaba-se rompendo com a estrutura e conceituação clássica de família, abrindo-se espaço para o entendimento da família contemporânea, mais ampla, com suas múltiplas possibilidades de constituição, plural e aberta às influências da sociedade. Deixa-se de lado o foco patrimonial da instituição e passa-se a compreendê-la pelo seu fundamento no afeto entre os membros que as pertencem.

Segundo Rosenthal⁹, "afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada", onde, portanto, a família deixa de ser compreendida apenas como um núcleo econômico e passa a possuir uma compreensão socioafetiva, surgindo, conseqüentemente e de forma natural, novos arranjos familiares, os quais buscam, principalmente, a felicidade mútua entre seus membros, não sendo mais o casamento civil o meio principal na constituição das famílias, que possuem como função primeira a transmissão da cultura e a formação da pessoa humana digna.

1.1 Do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro

A família, com o passar dos anos e a partir dos novos anseios, expectativas e necessidades sociais, passou a ter sua conceituação ampliada, deixando para trás seu caráter patriarcal, onde o homem e o patrimônio eram o centro de toda entidade familiar, conforme era previsto no Código Civil de 1916, passando a se basear principalmente no afeto entre as pessoas e na busca mútua de felicidade, sendo estes seus dois novos pilares de sustentação, de maneira a corresponder aos valores que inspiram um tempo e espaço. Nas palavras de Rosenthal¹⁰, "a família é um refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos". Entretanto, vale ressaltar que tal instituto encontra-se em permanente processo de mudança de evolução.

⁹ Ibidem, p. 37.

¹⁰ Ibidem, p. 54.

A partir disto, o instituto da família passou a ter grande importância no ordenamento jurídico brasileiro que, com o fim de acompanhar os novos rumos trilhados, tratou-o de maneira mais minuciosa e atenta, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto em outras leis esparsas¹¹. Vale ressaltar que na primeira constituição brasileira o instituto da família sequer foi tratado - Constituição de 1824 - e que na Constituição de 1891 foi tratada apenas com o fim de reconhecer o casamento civil como sendo o único ato jurídico capaz de constituir família.

O direito de família no Código Civil de 1916, primeira legislação brasileira que tratou sobre o tema, abordava e enxergava a família como sendo um instituto que derivava apenas do casamento, extremamente matrimonializada e patriarcal, com foco principal nas relações econômicas e patrimoniais da sociedade conjugal. Já o Código Civil de 2002, com os avanços sociais, passou a valorizar ainda mais tal instituição, de maneira a atender aos anseios de toda a sociedade, se tornando algo plural, democrático, uma unidade socioafetiva, podendo se constituir de diferentes maneiras. Por este motivo, deixou-se de tratar apenas como direito de família para tratar-se de direito das famílias, visto as múltiplas possibilidades de constituição. Importante frisar que nos seus 110 artigos dedicados ao casamento, o Código Civil não trouxe qualquer definição do que seja família e casamento, e sequer identificou o sexo dos nubentes.

Em um sentido mais teórico, de acordo com Tartuce¹² o direito das famílias, com base no Código Civil de 2002, visto tratar-se da mais particular das relações que podem ser estabelecidas, se encontra dentro do âmbito do direito privado, podendo ser entendido como o ramo do direito civil que trata de temas como o casamento, união estável, sucessões, entre outros. Dentre tais temáticas, o direito de família pode ser dividido entre dois livros, que se distinguem, principalmente, pela exigibilidade de suas normas, onde as normas que possuem como foco o direito existencial de família, previstos do artigo 1.511 ao 1.638, do Código Civil, são cogentes, imperativas, não podendo ser contrariadas pelas partes, sob pena de nulidade, enquanto as normas que tratam do direito patrimonial de família são dispositivas, podendo sofrer deliberação das partes – artigo 1.639 a 1.722, do Código Civil de 2002.

Para Rosenvald¹³:

¹¹ Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96.

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 861-862.

¹³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 46.

Apesar de encartada, topologicamente, na seara do direito privado (e, por conseguinte, submetida à autonomia privada, norteadora das relações entre particulares), a norma jurídica (princípios e regras) do Direito das Famílias pode, eventualmente, se apresentar cogente e de ordem pública quando disser respeito a situações existenciais. [...]. Considerada a peculiar natureza que adquirem as normas familiares nas relações existenciais, vislumbra-se uma certa mitigação da autonomia privada (princípio norteador do Direito Civil como um todo), embora não integralmente. De qualquer forma, repise-se à exaustão que as normas regulamentadoras dos interesses patrimoniais de família (como aquelas que regem o regime de bens) não se submetem a esse caráter cogente, prevalecendo nelas o cunho disponível e a submissão à autonomia privada.

Sob um enfoque mais prático, de acordo com Rosenthal¹⁴, uma concepção mais contemporânea e plural do direito das famílias se baseia em "um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais".

Ainda sob o mesmo enfoque, o direito de família, como todo e qualquer ramo do direito, ao longo dos anos passou por diversas transformações e modificações em sua estrutura. Devido à sua grande importância, o direito de família influencia e é influenciado por outros ramos do direito, seja de direito público, seja de direito privado, interagindo até mesmo com o direito processual nas mais variadas situações. De acordo com Tartuce¹⁵, por pertencer ao ramo do direito civil, também passou pela chamada constitucionalização do direito de família, havendo, por isso, uma exigência à uma interpretação conforme o texto constitucional, devendo as normas e regras do direito de família estarem adaptadas à legalidade constitucional.

Por este motivo, diversos de seus princípios norteadores encontram fundamento na Constituição Federal, sendo esta sua principal fonte, a qual determina, em seus artigos 226 e 227, as regras e princípios relativos à família, trazendo outras questões relativas à entidade familiar nos artigos 228 a 230. Exemplo é o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III, CRFB/88, considerado o princípio dos princípios em todas as áreas do direito, em especial no direito de família, visto que, no âmbito deste ramo do direito, este possui como objetivo a consagração do desenvolvimento pleno de cada indivíduo enquanto membro da família.

¹⁴ Ibidem, p. 43.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 863.

Outros princípios de direito de família também encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, como o princípio da solidariedade familiar, previsto no artigo 3º, I do texto constitucional, o princípio da igualdade entre filhos, também consagrado nos artigos 227, §6º, CRFB/88 e 1.596, do Código Civil, que põe fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, assegurando que todos tenham os mesmos direitos, constituindo-se em uma das grandes contribuições da Constituição de 1988 ao Direito de Família, e o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, os quais possuem os mesmos direitos e deveres no que se refere à sociedade conjugal, proibindo tratamento jurídico diferenciado, visto que estão na mesma situação (artigos 5º, I e 226, §5º, CF e artigo 1.511, do Código Civil).

Ainda neste sentido, outro princípio norteador do direito de família também consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, caput, é o princípio da função social da família, que a entende como sendo a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado. No entanto, dentre os princípios que regem o direito de família, o tido como o principal é o princípio da afetividade que, de acordo com Flávio Tartuce¹⁶ apesar de não estar previsto de maneira literal no texto constitucional como um direito fundamental, decorre da valorização permanente da dignidade humana e da solidariedade. No mesmo sentido entende Caio Mário¹⁷, que afirma que, apesar de “não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5, §2º, CF)”.

Para Maria Berenice Dias *apud* Rosenvald¹⁸, "o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, direito de família instalou uma nova ordem jurídica para família, atribuindo valor jurídico ao 'afeto'", de maneira que entende o afeto como um verdadeiro direito fundamental. Entretanto, não se pode defender a tese proferida pelos autores, apesar de sua enorme importância para a configuração da família na atualidade, vez que o afeto é inexigível juridicamente, tendo em vista seu caráter espontâneo. Neste sentido, não se pode determinar a ninguém que se tenha afeto para com o outro.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 54.

Entretanto, nas palavras de Caio Mário¹⁹:

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quantos aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Para Sérgio Resende de Barros 'este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal'.

Em decorrência de tamanha proteção constitucional em relação ao direito de família, atualmente tem insurgido o chamado o direito das famílias mínimo, que busca a proteção e valorização da autonomia privada nas relações familiares, por meio da intervenção mínima do estado nestas. Isto se deve ao entendimento de que o Estado, por meio do texto constitucional, consagrou cláusula inclusiva de todo e qualquer arranjo familiar e não apenas as três formas previstas - casamento, união estável e família monoparental.

Portanto, não cabe ao Estado fixar conceito determinado de família e tão pouco delimitar as maneiras e meios de constituição desta, sendo este um direito de toda a sociedade, vez que para que se forme uma família apenas é necessário ter afeto, respeito, amor mútuos e a finalidade de se constituir uma família. Tanto esta quanto outras questões dizem respeito somente à vontade do próprio titular, não devendo e nem podendo o Estado ingerir sobre tais aspectos, visto a ausência de interesse público.

Sob este prisma, afirma Rosenvald²⁰:

Naturalmente, essa atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana. A regra geral a ser obedecida, destarte, é o reconhecimento da autonomia privada, permitindo 'que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar' [...].

Depreende-se do artigo 226, §7º do texto constitucional, um exemplo desta nova concepção de direito de família, com a afirmação da intervenção mínima do Estado, sendo de livre decisão do casal o planejamento familiar, onde ao Estado cabe apenas propiciar os meios para que tal direito seja assegurado:

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit.,

²⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 47.

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.

No mesmo sentido, preleciona o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, ao afirmar que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

Entretanto, na contramão deste entendimento, conforme dispõe Rosenvald²¹, quando as relações familiares interagem com direitos fundamentais e estes sobressaem, há o interesse público que garante a possibilidade de o Estado agir, com o fim de assegurá-los. É o caso, por exemplo, do combate à violência doméstica e familiar e do reconhecimento forçado de paternidade/maternidade.

O direito de família, com o passar dos anos e com a evolução histórica do entendimento e percepção sobre o que é família, passou a ter grande importância no ordenamento jurídico mundial, não sendo diferente no ordenamento jurídico brasileiro, visto as expectativas e necessidades sociais que precisavam e ainda precisam ser atendidas e protegidas pelo Estado. Por este motivo, o direito de família foi ampliado com o fim último de tentar atingir e atender a todos os indivíduos, inclusive aqueles que se encontram em grupos minoritários, os quais, assim como os outros, merecem atenção e proteção estatal. Por proteger as relações mais íntimas que se tem em toda a sociedade, quais sejam as relações pessoais existentes, o direito de família merece o protagonismo que possui.

1.2. Do casamento

O casamento, considerado pela doutrina majoritária como um negócio jurídico contratual, com natureza negocial, pois decorre e se encerra por meio da vontade das partes, é uma das tradições mais antigas e disseminadas pelo mundo, remontando do início das sociedades. Ocorre que, em um primeiro momento, era algo ligado à Igreja, em que apenas os católicos podiam contrair matrimônio.

²¹ Ibidem, p. 52.

Sobre este prisma, nas palavras de Rosenvald²² "[...] o casamento já esteve arraigado à disciplina religiosa, sob o império das leis canônicas. Aliás, de qualquer maneira, conquanto tenha explícita natureza civil, continua, de certa maneira, interligado, ainda que por via oblíqua, às manifestações religiosas".

Durante a Idade Média, famílias se uniam através do casamento com o fim último de conquistar aliados e manter relações diplomáticas e econômicas, algo que era liderado pelo noivo e sua família, denotando seu caráter extremamente patriarcal, visão esta que se manteve durante longos anos. Além disso, o casamento, nesta época, era irrevogável para que as sociedades formadas através dele também não pudessem desaparecer, buscando sua estabilidade. Deste modo, verifica-se a total exclusão do afeto para que os casamentos fossem realizados, onde o único interesse das partes era de constituir família e gerar filhos para dar continuidade ao nome da família.

No Brasil, tal entendimento não era diferente, onde famílias eram formadas para a manutenção, principalmente, de relações econômicas, sendo este um instituto religioso. Com o advento da República, em 1889, o casamento era a única forma de constituição de família, mesmo para os não católicos, não sendo reconhecidos casamentos realizados fora dos trâmites da Igreja Católica, de maneira que não mereciam proteção do ordenamento jurídico. Apenas em 1891, por meio da primeira constituição brasileira, após o advento da república, é que o casamento civil passou a ser possível e surtir efeitos, visto que o Brasil passou a ser um país laico.

Ainda sob tal enfoque religioso, o Código Civil de 1916, à época, juntamente com a constituição vigente – Constituição de 1891, era a única lei que tratava sobre a temática, também abordando o casamento como algo indissolúvel, eterno, de maneira a demonstrar ainda sua total influência nos ditames religiosos, repetindo a normatividade canônica. Neste período, ainda não era possível o fim do casamento, não sendo permitido o divórcio, sendo o desquite a única forma de dissolução do casamento, o qual dissolia apenas a sociedade conjugal, não pondo fim ao vínculo matrimonial, que era necessário para as relações sociais. Assim, verifica-se que o foco do ordenamento jurídico era no atendimento das formalidades e prescrições legais

²² Ibidem, p.174.

para a realização do casamento, antes mesmo de buscar a proteção da felicidade das pessoas envolvidas.

Entretanto, as sociedades foram evoluindo, suas relações foram sendo ampliadas e as necessidades e expectativas de cada indivíduo precisavam ser ouvidas. Neste sentido, o Estado brasileiro passou a tratar o instituto do casamento e seus efeitos de maneira distinta. Por meio da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, começou a ser alterada a orientação do sistema jurídico brasileiro, de maneira que passou a ser admitida a dissolução do vínculo matrimonial. Foi o primeiro passo para todas as mudanças que ainda estavam por vir.

Após, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que alterou diversos ditames legais, trazendo a igualdade entre homens e mulheres em todos os sentidos, inclusive nas relações familiares, além também de apresentar outras formas de constituição de família, de maneira apenas exemplificativa, a situação jurídica se modificou, perdendo o casamento seu caráter exclusivo como meio de constituição de família, porém recebendo maior atenção e proteção estatal. Verifica-se tal proteção por meio do comando legal previsto no artigo 226 do texto constitucional, que prevê que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", não importando a forma de sua constituição, de maneira a abarcar o reconhecimento das famílias que antes eram consideradas ilegítimas.

Tais modificações sobre o entendimento do que se constitui casamento, se deram e foram possíveis pela mudança em todo entendimento sobre o direito, onde o princípio da dignidade da pessoa humana passou a conter grande relevância e importância, balizando todas as relações jurídicas existentes.

Neste sentido, aduz Rosenvald²³:

Os históricos argumentos jurídicos de que a tutela formal e solene do casamento se justificava em face de um interesse na manutenção da família, ainda que em prejuízo das pessoas que a compunham, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo, cedem espaço para a proteção de um casamento encarado como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. Não há mais proteção ao casamento pelo casamento, mas, sim, em razão do ser humano.

²³ Ibidem, p. 175.

Deste modo, nota-se que a importância do casamento para a sociedade como um todo acabou perdendo espaço, não sendo de tamanha relevância e essencial a formalização do casamento para o recebimento ou não de proteção estatal. O casamento deixou de ter a finalidade e o objetivo central da vida das pessoas humanas, se caracterizando por ser uma opção pessoal de cada indivíduo, decorrendo do afeto e da busca pela felicidade, e não mais algo determinado e estipulado pela família. De qualquer modo, casando-se ou não, e independente da forma que se dê o casamento, a pessoa humana merecerá e receberá a proteção do Estado, vez que é sua obrigação e dever.

Ademais, o casamento deixou de ser o meio para a reprodução, pois, por óbvio, não é necessário casar-se para ter filhos. Portanto, a procriação deixou de ser o fim último do matrimônio, não havendo qualquer relação entre casamento, maternidade e paternidade²⁴. Ainda sobre as alterações do instituto, o casamento deixou de ser indissolúvel, podendo qualquer das partes, por vontade própria ou de ambos, dissolver o matrimônio, conforme previsão constitucional - artigo 226, §6º, não havendo qualquer requisito para tanto. Além disso, deixou de existir a possibilidade de atrelar o casamento aos preceitos ditados pela Igreja, haja vista a laicidade do Estado brasileiro.

Desta maneira, o conceito jurídico de casamento está totalmente desvinculado das referências religiosas, antes determinantes para a temática. Por fim, outra alteração sofrida na compreensão de tal instituto, aceita tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores²⁵, é a possibilidade de realização de casamento por casais de mesmo sexo, não havendo mais a exigibilidade da diversidade de sexos para a constituição do casamento, sendo possível, portanto, a celebração do casamento homoafetivo. Importante ressaltar que tal entendimento foi firmado jurisprudencialmente, não havendo ainda qualquer texto legal expresso sobre o tema o que, entretanto, não é imprescindível para a garantia da manutenção do direito.

Deste modo, verifica-se a máxima do respeito à dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, de modo que não há qualquer previsão constitucional que defina e

²⁴ Neste sentido, vale salientar a possibilidade de adoção por pessoas não casadas, além também da possibilidade de práticas de técnicas de reprodução assistida em pessoas solteiras.

²⁵ STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.11, DJe 14.10.11; STJ, Ac. 4a T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.11.

determine o conceito de casamento, retirando deste sua exclusividade para a formação de família. A dignidade da pessoa humana, a busca da felicidade, do respeito e do afeto mútuo entre os pares, passaram a ser o norte do Estado e do ordenamento jurídico, de modo tal que doutrina e jurisprudência passaram a caminhar juntos em uma única direção, com a finalidade precípua de estabelecer a chamada comunhão de afetos²⁶, estabelecendo uma vida afetiva em comum, constituindo uma entidade familiar formal e solene.

Nas palavras de Rosenvald²⁷:

Estabelecia, então, essa nova perspectiva sobre o tema, pode-se dizer que o casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial.

Sob este enfoque, o Código Civil de 2002 caminhou sobre os mesmos trilhos, de maneira que também não definiu o conceito de casamento, apenas tratando, a partir do artigo 1.511, em seus mais de cem artigos sobre o tema, dos preceitos, requisitos, direitos e deveres dos cônjuges, além de disciplinar os diversos regimes de bens. Desta maneira, o casamento é apenas mais um meio de constituição de família, com diversos objetivos e perspectivas personalíssimas, forma pela qual se possibilita a convivência afetiva e familiar, através da união de duas pessoas de maneira solene e formal.

Dentre as principais características do instituto, que podem ser depreendidas tanto do texto constitucional quanto do Código Civil de 2002, estão o seu caráter personalíssimo e a livre escolha dos nubentes; a solenidade da celebração; a inexigência de submissão a termo ou condição; estabelecimento de uma comunhão de vida; a natureza cogente das normas que o regulamentam; sua estrutura monogâmica; e a dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes²⁸.

No que tange a seu caráter personalíssimo, o casamento depende apenas da livre e espontânea manifestação de vontade dos nubentes, não havendo qualquer outro requisito para tanto. Entretanto, há uma hipótese de mitigação deste caráter personalíssimo do casamento, que

²⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Op. cit., p. 182.

²⁷ Ibidem, p. 179.

²⁸ Ibidem, p. 185.

é o caso das pessoas com deficiência, onde, nesta situação, conforme previsão do artigo 1.550, §2º, CC/2002, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁹, há tanto a possibilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual, em idade núbria, contrair matrimônio expressando sua vontade de maneira direta, quanto contrair matrimônio por meio de vontade expressa de seu responsável ou curador, de maneira a mitigar tal característica. Já em relação à sua solenidade, o casamento é o ato jurídico mais formal do ordenamento jurídico brasileiro, o qual determina todos os requisitos e pressupostos que precisam ser seguidos na íntegra para que o matrimônio seja considerado existente e válido. Tais formalidades estão previstas no Código Civil, se iniciando com o processo de habilitação para o casamento, passando pela celebração, sendo concluído com o registro.

Já no que diz respeito à natureza cogente de suas normas, não pode, em hipótese alguma, sequer por meio de pacto antenupcial, esta ser dispensada. Por fim, quanto à dissolubilidade do casamento, diferentemente do que ocorria antes, apenas a separação de fato já é suficiente para promover sua extinção, cessando seus efeitos jurídicos, independentemente de prazo.

Sobre este tema, imperioso se faz a análise das modalidades de casamento existentes em todo o mundo, onde existem países que somente admitem o casamento civil; países que reconhecem em igualdade de condições e com o mesmo valor jurídico tanto o matrimônio civil quanto o religioso; países que mantêm o casamento religioso como primeira opção e o civil para as religiões não oficiais; e países que somente admitem o casamento religioso. No caso brasileiro, apenas são admitidos como válido juridicamente o casamento civil e o religioso com efeitos civis, onde casais que celebraram seus casamentos sob o procedimento unicamente religioso não são efetivamente casados, podendo, se for o caso, estar em união estável. Entretanto, há a possibilidade de o casamento ser celebrado de acordo com o rito determinado pelo ordenamento jurídico, observando todos os demais requisitos legais e sendo presidida pela autoridade eclesiástica, o qual também poderá ser reconhecido.

Sabendo-se da necessidade da observação e respeito aos requisitos previstos em lei para a celebração do casamento, outro aspecto que precisa ser analisado quando do matrimônio são as causas dos impedimentos matrimoniais, previstas no artigo 1.521, CC, que são aquelas situações em que a lei determina que certas pessoas não podem casar-se com outras pessoas

²⁹ BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

específicas, sendo algo circunstancial, ligado à legitimidade ou não dos nubentes. Em caso de não observação de determinado impedimento, o ato será considerado nulo, ou seja, será declarada a nulidade do casamento, não decorrendo deste nenhum efeito jurídico.

Conforme preleciona o artigo 1.522 do código, a oposição do impedimento matrimonial pode ser realizada até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz, sendo possível até mesmo ser declarada pelo juiz, de ofício, ou pelo oficial do cartório do registro civil. Os impedimentos matrimoniais, de acordo com Rosenvald,³⁰ se distinguem em três grupos: impedimentos decorrentes do parentesco, que se baseiam nas proibições de casamento entre parentes em linha reta ou colateral, decorrente de vínculo consanguíneo ou adotivo; impedimentos decorrentes da proibição da existência de casamento anterior, a fim de impedir a ocorrência de bigamia, proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro; e impedimentos decorrentes da prática de crime, com o objetivo de impedir o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa dele contra o ex-consorte.

Do mesmo modo, também são previstas no Código Civil de 2002 as causas suspensivas matrimoniais, previstas no artigo 1.523, as quais, diferentemente do caso dos impedimentos matrimoniais, não impedem a realização do casamento, mas apenas recomendam a sua não realização em determinadas circunstâncias, de modo que não invalidam o casamento caso não sejam observadas, gerando todos os efeitos jurídicos. "A única consequência decorrente da preterição de uma causa suspensiva é a imposição do regime de separação obrigatória de bens no matrimônio, afastando a vontade das partes, em nome da proteção de certas pessoas"³¹.

Ocorre que, diferentemente do que se pode imaginar e deduzir pelo seu nome, as causas suspensivas matrimoniais não suspendem nenhum ato matrimonial, tendo como único efeito a incidência do regime de separação obrigatória de bens, tendo como fim último a proteção do interesse patrimonial de determinadas pessoas. De acordo com o artigo 1.524 do Código Civil, "as causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins". Entretanto, não há a possibilidade de arguição por parte

³⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 202.

³¹ Ibidem, p. 311.

do oficial do cartório e do registro civil e nem do juiz, visto que não há interesse público, diferentemente do verificado nas causas dos impedimentos matrimoniais.

Levando-se em conta a evolução histórica, legal, doutrinária e jurisprudencial, nota-se que o casamento é um instituto jurídico de extrema importância para toda uma sociedade e para seu ordenamento jurídico. Deste modo, se demonstra imprescindível a atuação estatal de maneira a proteger aqueles que contraem o matrimônio, assim como quando estes desejam dissolvê-lo. Por este motivo e tendo em vista o atual entendimento que circunda esta temática, onde o princípio norteador do direito de família passou a ser o da garantia da dignidade da pessoa humana e do afeto, a Constituição da República de 1988 trouxe, em seu artigo 226, §3º a possibilidade da conversão da união estável em casamento, devendo a lei facilitar tal conversão. Por este motivo, houve a edição do artigo 1.726, CC o qual determinou que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil", sem, no entanto, explicitar o procedimento a ser seguido, sendo o caminho utilizado, nas palavras de Rosenvald³² "o procedimento comum de habilitação para o casamento, para que se apure a eventual existência de impedimentos matrimoniais".

1.3. Da União Estável

Desde os primórdios da sociedade, em decorrência das relações humanas, casais e uniões eram formadas, umas recebendo atenção e proteção do Estado, sendo bem vistas e aceitas pelo ordenamento jurídico, pela sociedade e pelo Estado, enquanto outras eram firmadas por pessoas tidas como de baixa reputação, não seguindo os ditames legais, e que, portanto, não mereciam a proteção estatal.³³

Como anteriormente tratado, o casamento, durante muito tempo, foi a única forma aceita e protegida pelo poder estatal para a constituição de família, onde as outras formas de união, como o concubinato, eram tidas como ilegais e inapropriadas para a sociedade conservadora e baseada nos preceitos e fundamentos da Igreja Católica e também Evangélica. Entretanto, com o passar do tempo, pelos novos rumos que as sociedades de todo o mundo tomaram e por seus desejos e expectativas, foi necessária uma maior flexibilização das leis para o acolhimento das então minorias.

³² Ibidem, p. 312.

³³ Ibidem, p. 312.

Foi apenas na Constituição Federal de 1988 que o Estado brasileiro passou a considerar como legal outras formas de união – união livre - entre os indivíduos como meio para a formação de famílias, sendo elas a união estável e a família monoparental. Previstas no artigo 226, §§ 3º e 4º, passaram a ser reconhecidas como entidades familiares aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que o Estado necessitou agir nas suas três esferas para que todos fossem abrangidos.

Para Rosenvald³⁴:

Com efeito, o Texto Magno atribui especial proteção do Estado à família (inclusive aquela não fundada no matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada à família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem. Assim sendo, seja qual for o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que através dele esteja garantida a dignidade dos seus membros.

Entretanto, existe outra modalidade de união livre³⁵ que assim como as demais modalidades de união livre, não possui caráter familiar e, por este motivo, não é abarcada pelo Código Civil e nem pela Constituição Federal como meio de constituição de família, sendo desprovida de efeitos de ordem familiar, não produzindo qualquer consequência no âmbito do Direito de Família, apenas existindo no campo obrigacional.

É o caso das sociedades de fato, que, de acordo com Rosenvald³⁶, ocorrem nos casos em que de uma união livre, afetiva ou não, por esforço comum, decorre patrimônio, sendo necessário, neste caso, o dever de partilha dos bens adquiridos a título oneroso. Deste modo, de uma união livre pode decorrer uma sociedade de fato, ocorrendo quando os conviventes adquirem patrimônio por esforço comum. Nesta situação, cabe ação de dissolução de sociedade de fato, a ser ajuizada em vara cível, não sendo de competência da vara de família, vez que não se configura relação familiar.

³⁴ Ibidem, p. 458.

³⁵ Utiliza-se a expressão união livre para designar as relações mantidas entre pessoas que, não sendo casadas entre si e não convivendo maritalmente, sem formalidades, mas com intenção de constituir família, mantém uma comunhão afetiva. É o exemplo tão evidente do namoro ou mesmo do noivado. Ibidem, p. 458.

³⁶ Ibidem, p. 471.

No que tange à união estável, antes chamada de concubinato, foi primeiramente tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do texto constitucional, em seu artigo 226, §3º, o qual a abarcou como mais uma das formas de se constituir família, determinando que o Estado agisse de maneira tal que facilitasse sua conversão em casamento. Posteriormente, foi também tratada pelas Leis nº 8.971/94, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e 9.278/96, que buscou regular o artigo 226, §3º da Constituição Federal. Do mesmo modo, diferentemente do código anterior, o Código Civil de 2002, dedicou livro específico para o tema, em seus artigos 1.723 a 1.727, de forma que trouxe maior segurança para o instituto, até então não regulamentado de maneira suficiente.

Sobre o tema, dispõe Caio Mário³⁷:

Observe-se, inicialmente, que o Código Civil de 2002 não fez mudanças significativas no que concerne à união estável, embora tenha incluído título novo no Livro IV (Direito de Família). Confrontando com as leis já mencionadas, percebem-se algumas inovações, embora tenha sido mantida, em geral, a mesma orientação da Lei nº 9.278/1996.

Vale ressaltar a importância da alteração do nome de concubinato para união estável com o fim de retirar o sentido negativo que sempre a acompanhou. Ademais, importante ressaltar que tal modificação legal se deu pelas necessidades e anseios sociais que foram surgindo com o decorrer do tempo, além também da mudança no entendimento do que se entende de família, seus objetivos e finalidades, que se baseiam principalmente no respeito e no afeto mútuo.

Por este motivo, não poderia o direito não se adequar à nova realidade social, onde não importa o modelo de constituição de família, mas sim a finalidade de seus membros na busca pela felicidade. Negar proteção àqueles que se encontram em tal situação, não seria negar proteção à entidade união estável, negando-se, na verdade, proteção à pessoa humana, ferindo frontalmente princípio fundamental previsto constitucionalmente.

Quanto ao concubinato, mister ressaltar sua previsão no artigo 1.727 do CC/2002, o qual, além de diferenciar o conceito de concubinato e união estável, reconhecendo apenas este último como entidade familiar, disciplina que “as relações não eventuais entre homem e a

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 584

mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, denominando-se concubinato, portanto, a relação entre conviventes que não podem casar, por algum impedimento matrimonial. Desta forma, o concubinato é apenas tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma relação obrigacional e não familiar, afastando-se, deste modo, os efeitos típicos das relações familiares.

Entretanto, a legislação brasileira não define de maneira concreta o conceito de união estável, e esta, para que seja uma união estável não necessita de solenidades como o casamento, havendo, no entanto, a necessidade do preenchimento de certos requisitos para que seja configurada os quais estão previstos no artigo 1.723, caput e §1º do Código Civil, que determina que seja uma união entre homem e mulher, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Deste modo verifica-se a necessidade da diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade e ausência de impedimentos matrimoniais.

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

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

Entretanto, apesar desta redação, vale ressaltar a possibilidade de constituição de união estável por casais homoafetivos, assim como ocorre no casamento, apesar de não haver qualquer previsão legal, sendo reconhecido e aceito pela jurisprudência brasileira.

De outro giro, assim que a união estável foi reconhecida, havia um outro requisito que era necessário para que esta fosse configurada, que era a questão de um lapso temporal de cinco anos de convivência entre os companheiros, prevista no artigo 1º da Lei 8.971/94. Nos dias atuais, por sua vez, conforme já observado, não há mais a previsão deste período, sendo suficiente a convivência pública entre o casal. Ademais, em relação à necessidade de coabitação, assunto exaustivamente discutido na doutrina e jurisprudência, passou-se a entender pela sua não necessidade, apesar de haver tal obrigatoriedade na entidade familiar do casamento, conforme se extrai do artigo 1.569 do Código Civil.

Nas palavras de Rosenvald:³⁸

³⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 479.

Nasce a união estável, destarte, de um simples fato jurídico (a convivência duradoura com *intuitu familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento, apenas e tão somente, pela inexistência de formalidades legais e obtendo a mesma proteção que for dispensada a qualquer outro núcleo familiar. [...] Na união estável, sem dúvida, tem-se a mesma conduta pública e privada, a mesma comunhão de vida e as mesmas expectativas afetivas do casamento. Até mesmo porque tudo o que um casamento pretende é ser uma união estável, diferenciando-se apenas, pela exigência de solenidades para a constituição.

Configurada a união estável, com base no artigo 1.725 do Código Civil, verifica-se que a proteção do Estado não se limitou ao aceite da nova modalidade de entidade familiar, tratando de aspectos pessoais inerentes à mesma (artigo 1.724, CC), mas também se deu no âmbito patrimonial, em que foi previsto que "salvo contrato escrito entre os companheiro, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

O contrato de convivência na união estável, assim como ocorre antes do casamento, o qual possui a possibilidade de celebração do pacto antenupcial, se baseia no instrumento que trata dos aspectos patrimoniais da relação, onde os companheiros estipulam as regulamentações dos reflexos da união, sendo seu único requisito que seja escrito, não havendo formalidades a serem respeitadas, a não ser sua posterior averbação ou registro em cartório de títulos e registros, de maneira a garantir maior segurança para os companheiros, resguardando os direitos de terceiros que possam realizar negócio jurídico com um dos conviventes.

No que tange à regulamentação dos deveres dos companheiros, estes estão previstos no artigo 1.724, do Código Civil, o qual prevê os deveres de lealdade, respeito e assistência, guarda e sustento e educação dos filhos. Neste momento, faz-se mister ressaltar que não é dever dos companheiros o dever de vida em comum no mesmo domicílio, não sendo este sequer requisito para a configuração da união estável.

Sob o enfoque dos impedimentos para a união estável, estes também são possíveis e previstos, conforme dispõe do artigo 1.723, §1º, do Código Civil:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Esta previsão se dá pelo fato de que é possível que a união estável seja convertida em casamento, a depender da vontade das partes³⁹. Desta maneira, são aplicadas à união estável os impedimentos matrimoniais que impediriam a conversão da união estável em casamento, visto previsão constitucional que determina que o Estado deve facilitar tal conversão - artigo 226, §3º. Entretanto, as causas suspensivas não são aplicáveis à união estável, com base no artigo 1.723, §2º do referido código, "inexistindo imposição de regime de separação legal na família convivencial, que resta submetida ao regime da comunhão parcial, salvo disposição em contrário das partes", de acordo com Rosenvald⁴⁰.

Nos dias de hoje, graças a evolução doutrinária, jurisprudencial e da própria legislação brasileira, a união estável conta com todos os efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, seguindo os ditames constitucionais - artigo 226, §3º, não havendo e nem podendo haver qualquer discriminação e tratamento diferenciado por parte do Estado com aqueles que contraíram o matrimônio para com aqueles que constituíram família por meio da união estável. Hoje, garantido pela Constituição Federal de 1988, a união estável é uma entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado e submetida ao corpo normativo do direito de família, produzindo efeitos típicos de uma relação afetiva.

³⁹ Sobre a temática, Caio Mário afirma que "admitiu o legislador a caracterização da união estável no caso de pessoa casada e separada de fato, ao declarar, no §1º do art. 1.723, que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato", ou seja, na hipótese de se comprovar que a pessoa vive um relacionamento consolidado com o novo companheiro, após a separação de fato, mesmo que não tenha sido desfeita a sociedade conjugal, ou mesmo o vínculo pelo divórcio ou anulação do casamento, ou ainda, pela morte do cônjuge".

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 211.

CAPÍTULO II - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 e RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721

O conceito e os meios de formação de família, com o passar do tempo e em decorrência das novas percepções e necessidades sociais, foram avançando e ganhando novos contornos. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição Federal de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico, de forma a romper com o entendimento tradicional de família, formada unicamente por meio do casamento. Em decorrência desta ampliação, foi necessária uma maior atenção do Estado e de sua legislação, a fim de garantir proteção e segurança jurídica às distintas entidades familiares, sendo, portanto, a Constituição Federal o marco de uma importante mudança de paradigma em relação ao conceito de família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, trouxe a garantia às famílias, consideradas base de toda a sociedade, de especial proteção estatal, ampliando o entendimento sobre as suas formas de constituição, abarcando tanto a formada pelo matrimônio, quanto pela união estável e a família monoparental. Desta forma, e considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, tratou todas as formas de constituição familiar de maneira igualitária, sem permitir que houvesse qualquer hierarquia entre as mesmas, apenas trazendo a possibilidade de conversão da união estável em casamento pela maior segurança jurídica do segundo instituto, que detém maiores formalidades em sua constituição.

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.

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

Tendo em vista tal previsão constitucional, que pela primeira vez tornou a união estável um meio legal de constituição de família, foi preciso uma maior atuação por parte do Estado, de maneira a regulamentar as mais diversas questões que envolvem o instituto, visto que este ainda não era regulamentado pela legislação brasileira. Sobre este prisma, foram promulgadas algumas leis esparsas sobre o tema que conferiam alguns direitos aos companheiros, sem se aprofundar tanto na questão. Foi apenas com a promulgação de duas leis ordinárias que a união estável ganhou o destaque que precisava, as quais versavam sobre questões específicas desta

entidade familiar: a Lei 8.971/94, que regulou o direito dos companheiros em relação à alimentos e sucessão, e a Lei 9.278/96, que regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, com a promulgação de ambas as leis, foram equiparados os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável, garantindo tanto aos companheiros quanto aos cônjuges tratamento semelhante neste aspecto. A Lei 8.971/94 praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no Código Civil vigente, sendo tal tratamento reforçado pela Lei 9.278/96, que concedeu direito real de habitação aos companheiros.

Neste sentido, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, e o artigo 1.611 do Código Civil de 1916:

Art. 2º⁴¹ As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

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

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

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

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

Art. 5º⁴² Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

[...]

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.

Art. 1.611⁴³. A 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. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴² Id. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴³ _____. Lei 3.071 de 1º jan. de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Com base no disciplinado pela legislação acima elencada, verifica-se o tratamento praticamente igual a cônjuges e companheiros, por vezes até mesmo mais vantajosa aos companheiros do que aos cônjuges⁴⁴, no que tange aos regimes jurídicos sucessórios, tendo em vista que era previsto à ambos ocupar a mesma posição na ordem de vocação hereditária, estando atrás dos descendentes e ascendentes, além de que possuíam idêntico direito à meação e detinham tanto o direito de usufruto quanto o direito real de habitação, até a constituição de nova união ou casamento. Deste modo, o direito sucessório dos companheiros, em união estável, era equiparado ao previsto para os cônjuges, em regime matrimonial.

Ocorre que, com a promulgação do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 2003, tal situação jurídica fora alterada, vez que este passou a conferir tratamento diferenciado para os companheiros em relação aos cônjuges, sendo considerado por muitos como um verdadeiro retrocesso na tutela das famílias em regime de união estável, abolindo direitos sucessórios antes consagrados. Importante salientar que, apesar de ter sido promulgado já nos anos 2000, tal código é fruto de debates ocorridos na década de 70, período em que as demandas e necessidades sociais não eram as mesmas do momento da promulgação, tornando-o atrasado quanto às questões de direito de família.

Neste giro, o Código Civil de 2002, na contramão da legislação até então vigente, desequiparou ambas modalidades de constituição de família no que tange às questões sucessórias, retirando direitos até então assegurados aos companheiros, promovendo um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias, já que aqueles que constituíram família por meio do casamento passaram a ter maiores direitos e vantagens do que os que viviam em união

⁴⁴ Haveria, em determinado ponto, um tratamento privilegiado, pois elevada a distinção normativa dos companheiros quando admitido que concorressem na herança com descendentes e outros parentes no que toca à sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união, chocando-se com o disposto no artigo 1.829, inciso I, do mesmo Código (Código Civil de 2002), que impõe ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes de maneira restrita a alguns tipos de regime de bens, excluída expressamente a hipótese de casamento nos regimes de comunhão universal, da separação obrigatória ou na comunhão parcial, desde que ausentes bens particulares (WEBER, 2016, p. 81)

estável, quando do falecimento do cônjuge/companheiro, o que não era previsto na legislação anterior.

O Código Civil de 2002, de maneira exaustiva, tratou de todos os aspectos relacionados ao casamento, tendo em vista as inúmeras formalidades exigidas para sua concretização, trazendo também título exclusivo para a união estável - Título III - Da União Estável (artigos 1.723 a 1.727). Entretanto, em contraposição ao já legislado, o código trouxe dois regimes sucessórios distintos, um para aqueles que constituíram família por meio do matrimônio e outro para aqueles que constituíram família por meio da união estável, tratando-os de maneira distinta, de modo que elevou o cônjuge ao status de herdeiro necessário, conforme previsão do artigo 1.845, do referido código, não fazendo o mesmo com o companheiro, e retirando apenas deste o direito real de habitação, antes garantido pelas legislações até então vigentes, conferindo, inclusive, requisitos mais brandos para a concretização de tal direito aos cônjuges. Ademais, a maior distinção feita pelo referido código se deu em seu artigo 1.790, que trouxe um regime de sucessão diferenciado às uniões estáveis em relação ao disposto no artigo 1.829, que dispôs sobre o regime de sucessão geral, aplicado ao casamento.

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.

De acordo com tais artigos, verifica-se a restrição ao companheiro ao direito à herança apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, sendo excluído da sucessão tanto os bens adquiridos anteriormente à constituição da família quanto aqueles adquiridos gratuitamente pelo falecido. Soma-se a isto, o fato de que em qualquer das hipóteses em que o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão ser menor do que seria caso fosse casado com o *de cujus*, pois seria regido pelo regime de sucessão geral, aplicado aos

casamentos. Em se tratando de união estável, o companheiro apenas possui direito à um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, podendo os demais bens - bens adquiridos gratuitamente, todos os adquiridos antes da união estável e mais dois terços dos adquiridos onerosamente durante a união - serem herdados por seus colaterais até o quarto grau, que neste caso, são parentes sucessíveis, conforme previsão dos artigos 1.729, III c/c 1.839, CC.

Em decorrência deste fato e de tamanha diferenciação trazida pelo Código Civil de 2002, embora ambas as formas de constituição de família recebam o mesmo tratamento e proteção constitucional, surgiram questionamentos quanto a constitucionalidade de tais artigos, visto que afrontavam diretamente princípios definidos pelo texto constitucional, o que trouxe grande instabilidade jurídica sucessória no Brasil.

2.1. Recurso extraordinário 878.694

Deste modo, em processo ajuizado na Justiça do Estado de Minas Gerais, proposto por companheira que viveu em união estável com o falecido por cerca de nove anos, sob o regime de comunhão parcial de bens, em primeiro grau foram julgados parcialmente procedentes os pedidos da mesma, para lhe atribuir a totalidade da herança deixada pelo falecido e para lhe conceder direito real de habitação e indenização de seguro de vida, sob o fundamento do retrocesso do Código Civil de 2002 no que tange o regime sucessório daqueles que vivem em união estável, o que viola princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Ocorre que em acórdão, decorrente de apelação interposta por um dos irmãos do falecido, com base em decisão anterior da Corte Superior do TJ-MG⁴⁵, foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, com a determinação de que este deveria ser aplicado ao caso, limitando o direito sucessório da companheira a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a existência da união estável, excluindo-se os bens particulares do companheiro. Contra esta decisão, a companheira interpôs recurso especial e

⁴⁵ Incidente nº 1.0512.06.0322313-2/002 - Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que as respectivas entidades familiares são institutos que contém diferenciações.

recurso extraordinário, no qual defendia a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC e apontava o desrespeito aos artigos 5º, caput e 226, §3º da Constituição Federal, sustentando não haver diferenças entre famílias constituídas por meio da união estável e do casamento, não podendo, portanto, ambas entidades familiares possuírem tratamento diferenciado e discriminatório, merecendo a mesma proteção e garantia do Estado.

Ademais, a recorrente alegou também no extraordinário a violação à dignidade da pessoa humana e requereu, além da verificação da inconstitucionalidade de tal dispositivo, que fosse aplicado o artigo 1.829, do mesmo código, ao caso em questão. Os recursos não foram admitidos de pronto, sendo, por isso, objeto de agravo, o qual fora provido e convertido em recurso extraordinário pelo ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878.694, pelo caráter constitucional da controvérsia e pela questão de relevância social e jurídica que ultrapassava os interesses subjetivos da causa. Deste modo, nas palavras de Barroso⁴⁶, foi conferida repercussão geral⁴⁷ ao feito:

[...] O debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico: (i) social, por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), o que pode resultar numa situação de desamparo não apenas emocional, como também financeiro; e (ii) jurídico, porque relacionado à "especial proteção" conferida pelo Estado à família, como prevê o art. 226, caput, da Constituição de 1988. Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. A decisão, assim ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame.

Iniciado em 26/03/2015, o recurso extraordinário 878.694, teve como relator o ministro Luís Roberto Barroso, o qual, de início, deferiu o ingresso no feito como *amicus curiae* da Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, e do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, sintetizando a controvérsia constitucional na seguinte proposição: "é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?".

Em plenário realizado em 31/08/2016, seu voto foi dividido em três partes, onde na primeira delas, o ministro cuidou de delinear a controvérsia, reforçando que o tema em questão

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relato: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). 31/08/2016. P. 3 e 4.

⁴⁷ Tema 809 da Repercussão Geral.

estava gerando significativa judicialização, com frequentes decisões em sentidos divergentes⁴⁸. Já na segunda parte, se dedicou à apreciação da compatibilidade do dispositivo impugnado com a Constituição Federal de 1988, afirmando a existência de grande discrepância, considerada não razoável, entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite, o que atinge frontalmente preceitos, direitos e garantias constitucionais, visto que, apesar de não haver previsão no texto constitucional de hierarquia entre as distintas entidades familiares juridicamente previstas, o Código Civil de 2002, nas palavras do ministro, "confere amplos recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, [...], mas, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se este fosse merecedor de menor proteção". O ministro salientou também, neste momento, que apesar de serem entidades diferentes, e até mesmo apesar de haver previsão legal de facilitação da conversão de união estável em casamento, "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 ferir princípio constitucional.

Por fim, na terceira parte tratou da resolução do caso concreto, assegurando que a redação do artigo 1.790 do Código Civil não encontra fundamento e nem amparo constitucional, tendo em vista que acarreta uma discriminação e uma hierarquização entre a união estável e o casamento. Deste modo, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, do referido código, o qual, ao seu ver, devia deixar de ser aplicado nas sucessões de casais que vivam em união estável, devendo, por conseguinte, aplicar o artigo 1.829, garantindo tratamento igualitário entre a união estável e o casamento, no que tange o regime sucessório⁴⁹, já que o Código Civil trouxe vantagens ao cônjuge supérstite, ao elevá-lo a herdeiro necessário.

Deste modo, em seu voto, reiterou argumentos trazidos durante toda sua explanação, reafirmando com veemência que a diferenciação no regime sucessório das entidades familiares, viola frontalmente princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, quando os casais acabam sendo impelidos a optar pelo casamento simplesmente por seu regime sucessório mais benéfico, não se configurando, portanto, uma escolha livre; o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, pois o Estado também viola a

⁴⁸ TJ-SP. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000, j. em 14.09.2011, DJ 11.01.2012 e TJ-RJ, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, j. em 06.08.2012, DJ 03.09.2012.

⁴⁹ Alternativa de regramento aplicável na hipótese de sucessão em união estável, proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso foi o retorno das normas anteriormente existentes, as quais foram retiradas do ordenamento jurídico, restabelecendo a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996.

Constituição quando deixa de agir ou não age de maneira satisfatória a fim de proteger bens jurídicos relevantes, o que ocorre no momento em que protege de maneira insuficiente a união estável em relação ao regime sucessório aplicável; e o princípio da vedação ao retrocesso, haja vista a involução praticada pelo Código Civil de 2002 ao desequilibrar a sucessão do casamento e da união estável, já que haviam previsões legais anteriores que tratavam os regimes sucessórios de ambas entidades familiares de maneira substancialmente igual, afirmando que:

Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art.1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

Por fim, de maneira a garantir maior segurança jurídica à possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002, o ministro Luís Roberto Barroso, em decorrência da grande quantidade de partilhas judiciais e extrajudiciais em andamento, entendeu ser recomendável a modulação dos efeitos, aplicando-se o novo entendimento "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".

Desta forma, deu provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no artigo 226 da CF/88, além de outros princípios constitucionais, afirmando a seguinte tese para fins de repercussão geral: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829, do CC/2002".

O segundo ministro a votar foi o ministro Edson Fachin, que, no mesmo sentido da conclusão tida pelo relator, votou de maneira a dar provimento ao recurso interposto pela companheira do falecido. Para chegar a esta conclusão, o ministro alegou não haver divergência alguma, nem na jurisprudência e nem na doutrina, quanto à distinção, com assento constitucional, entre as formas de constituição de família - união estável e casamento - sem, contudo, haver hierarquia entre ambas, impondo-se, portanto, quanto ao que igual, tratamento isonômico.

Ademais, o min. Edson Fachin afirmou que esta distinção se dá pela sociedade plural em que se vive, onde os cidadãos precisam ser livres para realizar suas escolhas, sem que haja qualquer intervenção estatal, a não ser para que se proteja a igualdade entre as diferentes entidades familiares, sem conferir preferência a uma delas. Para tanto, assegurou que "a opção por esse ou por aquele modelo de família não pode impor, àquele que realizou a opção, uma escolha de um modelo preferencial como se houvesse uma restrição da liberdade moral de eleição do respectivo modelo de família".

Deste modo, por considerar que ambas as entidades familiares são dotadas das mesmas características - salvo a forma de constituição - e possuem o mesmo princípio de ser, qual seja, a união e o afeto entre seus integrantes, entendeu em seu voto, que os diversos desenhos jurídicos presentes na sociedade brasileira, levam em conta o sentido e a importância estrutural da ideia de família, não devendo e nem podendo o estado intervir de maneira a indicar um modelo preferencial, de forma que:

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).

E de maneira a fundamentar seu voto, trouxe importante citação do Professor Álvaro Villaça de Azevedo, que assegura que:

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 [...] e o Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, [...], fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres.

Por fim, ao concluir seu voto, entendeu que os ditames do artigo 1.790, do Código Civil não se sustentam diante da Constituição e que, com base nos artigos 5º, I e 226, §3º da CRFB/88, tem-se uma equiparação entre ambos os regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros. Neste sentido, realizando um juízo de adequação constitucional, reconheceu de maneira incidental, a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, entendendo que deve-se aplicar à ambos os modelos conjugais as mesmas regras sucessórias, previstas no artigo 1.829 do referido código, visto que não se pode tratar de modo diferente pessoas em igual situação, seguindo, também, o entendimento do relator quanto à modulação dos efeitos.

O terceiro ministro a tratar sobre o extraordinário foi o ministro Teori Zavascki que, de início, afirmou já ter votado de maneira contrária ao entendimento do relator e do ministro Edson Fachin, quando atuava pelo STJ, por entender que não havia razão para declarar a inconstitucionalidade da opção do legislador em estabelecer regimes diferentes para efeitos sucessórios. Entretanto, no momento de seu voto, entendeu não ser esta a solução correta, por compreender que, de acordo com o disposto no Código Civil de 2002, há um tratamento discriminatório em relação à união estável, algo que não é compatível com a Constituição Federal, de maneira que acompanhou o voto de ambos os ministros, tanto ao reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, quanto em relação à modulação dos efeitos.

Na sequência, a quarta ministra a votar foi a ministra Rosa Weber que do mesmo modo que seus antecessores, votou de maneira a prover o recurso extraordinário, entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC. Neste sentido, também acompanhou a decisão do relator quanto à modulação dos efeitos da decisão. De maneira a fundamentar seu voto, se baseou precipuamente no princípio geral da igualdade, consagrado constitucionalmente, afirmando ser este aplicável em diversos pontos e com distintos graus de incidência, devendo, portanto, ser mutável, a fim de que acompanhe as novas concepções políticas e sociais. Realizou também, de maneira exaustiva em todo seu voto, uma análise histórico-jurídica do instituto da família e do papel da mulher, tanto na sociedade quanto dentro do casamento, de forma a ressaltar uma longa trajetória de discriminação e desvalorização das mulheres, a qual necessita ser interrompida.

Deste modo, ressaltou que a Constituição Federal se caracteriza por ser uma ruptura com o modelo jurídico anterior, em que a família era apenas formada pelo matrimônio, podendo hoje ser formada de diferentes maneiras, todas com a devida proteção constitucional, tendo como elemento central a presença dos laços de afetividade, se concretizando por meio da união estável, das famílias monoparentais⁵⁰, anaparentais⁵¹, unipessoais⁵², pluriparentais⁵³, eudemonistas⁵⁴, e até mesmo as chamadas solitárias, formadas por pessoas solteiras, separadas

⁵⁰ Famílias monoparentais são as famílias formadas por apenas um dos pais, ocorrendo quando apenas um dos pais arca com a responsabilidade de criar o filho ou os filhos.

⁵¹ Famílias anaparentais se caracterizam pela inexistência da figura dos pais, sendo formada pela convivência entre parentes do vínculo de colateralidade ou pessoas, mesmo que não parentes.

⁵² Famílias unipessoais são as famílias formadas por apenas uma pessoa.

⁵³ Famílias pluriparentais são as famílias formadas por parentes em linhas colaterais.

⁵⁴ Família eudemonista é aquela que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

ou viúvas, conforme reconhecido pelo Enunciado n° 364 da Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵.

Por este motivo, unindo os entendimentos, a ministra afirmou que a Constituição Federal não permite um tratamento diferenciado e discriminatório de certas entidades familiares em relação ao casamento, visto que todas as modalidades se encontram sob o manto protetor do reconhecimento formal e substancial da Magna Carta, não havendo nesta previsão de tipologias de famílias preferenciais ou de primeira e/ou segunda ordem, consagrando verdadeiro direito fundamental de tratamento familiar igualitário⁵⁶.

Neste giro, o tratamento diferenciado quanto aos regimes sucessórios para casais advindos do casamento e casais formados pela união estável, previsto nos artigos 1.790 e 1.829, do Código Civil, equivale a uma violação de direito fundamental, de acordo com Rosa Weber. Para finalizar seu voto, afirmou que o disposto no artigo em questão fere de maneira frontal o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, visto que "legislação anterior e a jurisprudência já haviam caminhado no sentido do reconhecimento da equiparação dos direitos entre cônjuge e companheiro (a), ainda que de forma lenta e insuficiente"⁵⁷.

Ademais, ressaltou ainda a insuficiência de tal artigo, pelo fato de que este não contempla todas as hipóteses possíveis de sucessão⁵⁸. Com base nisto, reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002, e declarou o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro, nos moldes do artigo 1.829, CC.

Após, seguiu-se para o ministro Luiz Fux, que foi o quinto ministro a votar o tema, trazendo, de pronto, um pouco de sua experiência tanto como promotor de justiça quanto como magistrado, ao afirmar que, durante sua atuação, verificou que metade das famílias das

⁵⁵ Súmula n° 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

⁵⁶ WEBER. Op. cit., p. 82.

⁵⁷ WEBER. Op. cit., p. 81.

⁵⁸ O dispositivo normativo previsto no artigo 1.790 do Código Civil, [...] também padece de outras insuficiências, [...], até por não prever uma situação corriqueira, qual seja, a existência tanto de filhos comuns quanto de filhos de um só dos companheiros. Em interpretação literal da norma, se o companheiro (a) supérstite concorrer na sucessão com filhos comuns do casal, ele (a) herdará por igual, tendo direito a uma cota equivalente à atribuída ao filho, mas, se por outro lado, houver concorrência com descendentes somente do (a) autor (a) da herança, exclusivo dele (a), terá direito apenas à metade do que couber a cada um deles. Já para a hipótese de hibridismo, quando há concorrência tanto de filhos comuns quanto de filhos de apenas um dos companheiros, o Código não apresenta solução. WEBER. Op. cit., p. 82.

comarcas do interior e do centro do Rio de Janeiro eram famílias espontâneas, baseadas unicamente no afeto e no amor que as uniam, sem que em nenhuma daquelas casas tenham passado um juiz ou um padre, sendo, entretanto, todas as famílias, conforme própria previsão constitucional, em seu artigo 226, §3º.

De outro giro, ressaltou também que o Código Civil de 2002, apesar de ser posterior à Constituição Federal de 1988, se mostra ultrapassado, visto os 25 anos em que tramitou no Congresso Nacional, retirando direitos antes consagrados aos companheiros por meio de leis esparsas. E de maneira a finalizar seu voto, salientou a necessidade de se observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da razoabilidade, com todas as suas subespécies e, principalmente, pela vedação da proteção ao retrocesso, visto leis anteriores que praticamente equiparavam cônjuges e conviventes⁵⁹, decidindo por acompanhar de forma integral o voto do relator, Luis Roberto Barroso.

Posteriormente, o ministro Dias Toffoli, compreendendo a importância do tema em questão e a amplitude de seus efeitos, os quais atingiriam inúmeras relações familiares brasileiras, e por concordar tanto com o exposto pelos demais ministros, mas também com algumas manifestações orais realizadas⁶⁰, que afirmam que o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil configuraria um engessamento da autonomia de vontade das partes, visto a possibilidade de realização de testamento, decidiu pedir vista, a fim de melhor refletir sobre o tema.

Na sequência, o sétimo ministro a tratar sobre a temática e o sexto a votar foi o ministro Celso de Mello⁶¹, fundamentando sua decisão da seguinte maneira:

⁵⁹ O ministro Luiz Fux entende ser melhor utilizar a expressão "convivente", tendo em vista o disposto no artigo 1.723, do Código Civil de 2002.

⁶⁰ Manifestações orais realizadas pelas doutoras Ana Luíza Maia Nevares, doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professora de graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Coordenadora de pós-graduação *lato sensu* do Curso de Família e Sucessões da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, e advogada do escritório Bastos-Tigre, Coelho da Rocha, Lopes e Freitas Advogados, que falou pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros; e Regina Beatriz Tavares da Silva, doutora em direito e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Presidente e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, membro da Comissão Especial de Assessoria à Relatoria Geral do Projeto do atual Código Civil, na Câmara dos Deputados, sócia fundadora do escritório de advocacia Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados, que falou pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS.

⁶¹ MELLO. Op. Cit. p. 93

Desejo destacar que o Supremo Tribunal Federal, **ao proferir** este julgamento, **está a viabilizar a plena realização** dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, **tornando efetivo, assim, o princípio** da isonomia, **assegurando** o respeito à liberdade pessoas e à autonomia individual, **conferindo** primazia à dignidade da pessoa humana, **rompendo** paradigmas históricos, culturais e sociais **e removendo** obstáculos que se antepõem, *até mesmo em matéria sucessória*, **como se vê** das diversas posições jurisprudenciais dos tribunais locais, **em relação** aos integrantes de uniões estáveis, **tanto** as heteroafetivas, **quanto** as homoafetivas. (grifo do autor)

Desta forma, reconheceu de maneira incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e reconheceu também o direito à recorrente de participar da herança de seu companheiro, nos termos previstos no artigo 1.829, do referido código. Da mesma maneira, acolheu a proposta de tese formulada pelo relator.

Por fim, encerrando a plenária do dia 31/08/2016, foi dada a palavra à ministra Carmen Lúcia, então presidente da Suprema Corte, que em seu breve voto, concluiu pela dissintonia entre o verificado na Constituição Federal de 1988 e o previsto no artigo 1.790, do Código Civil de 2002, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso. Por este motivo, considerou incompatível o artigo 1.790, CC com o que está estabelecido constitucionalmente, dando provimento ao recurso, de maneira a declarar inconstitucional o referido artigo, fazendo com que se aplique o disposto no artigo 1.829, seguindo também a modulação dos efeitos proposta pelo relator.

Em plenária realizada no dia 30/03/2017, o ministro Dias Toffoli que havia pedido vista do feito, proferiu seu voto, entendendo que não se verifica qualquer inconstitucionalidade no artigo 1.790 do Código Civil. A fim de fundamentar sua decisão, o ministro, de pronto, afirmou que ambas modalidades de família são distintas, como determinado pela própria Constituição Federal, que prevê, inclusive, que se deve facilitar a conversão da união estável em casamento, sendo possível, deste modo, que seus respectivos regimes jurídicos também sejam distintos. Em consequência de tal distinção entre ambos os institutos, o ministro afirmou a necessidade de se assegurar a proteção e o respeito à opção feita pelos indivíduos que decidem se submeter a um ou outro regime, garantindo, desta forma, o direito à liberdade dos integrantes da entidade familiar, a fim de que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

Além deste fato, Dias Toffoli ressaltou ainda que a opção legislativa não foi realizada de maneira injustificada ou desarrazoada, trazendo em seu voto, a exposição de motivos do artigo 1.790, assim como os fundamentos utilizados para a aprovação, em segundo turno, na Câmara dos Deputados, de subemenda realizada por deputado federal - Deputado Ricardo Fiúza, o qual afirma a impossibilidade de se realizar um tratamento igualitário, haja vista que descaracterizaria tanto a união estável, considerada com instituição meio, quanto o casamento, enquanto instituição fim, nos moldes dos preceitos constitucionais. Com base em tais fundamentos, afirmou o ministro que a intenção e objetivo do legislador não foi de inferiorizar a união estável em relação ao casamento, mas sim, de lhes conferir tratamento diferenciado, até mesmo para que não houvesse a equiparação entre os regimes dos dois institutos.

Neste sentido, o Min. Dias Toffoli reafirma a ideia de que é preciso que seja garantida a liberdade e a autonomia de vontade dos conviventes, não sendo, portanto, possível a equiparação entre casamento e união estável, quanto a seus regimes sucessórios, até mesmo pelo fato de que o artigo em questão "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". Por fim, ainda com o intuito de trazer argumentos que corroborem com sua decisão, afirmou a necessidade de aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*, "que é uma regra de preferência quando há uma zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador". Deste modo, negou provimento ao recurso extraordinário, inaugurando a divergência dos votos.

Após, o ministro Marco Aurélio, que não se pronunciou na sessão realizada no dia 31/08/2016, dada a importância e a grande repercussão que a decisão geraria para ambos institutos e à todos que integram alguma das duas modalidades de família, e por ser relator do recurso extraordinário nº 646.721, no qual se discutia situação semelhante – diferenciação de cônjuge e companheiro no tocante aos direitos sucessórios, sob a óptica de relação homoafetiva, pediu vista do feito, a fim de que possa analisar de maneira mais aprofundada os argumentos trazidos.

Em plenário, no dia 10/05/2017, foi dada a palavra ao ministro Marco Aurélio, que seguindo a divergência inaugurada pelo ministro Dias Toffoli, decidiu por negar provimento ao recurso extraordinário interposto. Para tanto, trouxe argumentos de natureza constitucional, afirmando que o texto da Constituição Federal não iguala ambas entidades familiares, de modo

que não há sentido equiparar seus regimes sucessórios, sendo a única similitude entre os institutos o fato de serem formas de constituição de família. No mesmo sentido, afirmou que, embora todas as entidades familiares mereçam a mesma e devida proteção estatal, não significa que todas devam ser tratadas da mesma maneira, e nem que tenham as mesmas consequências jurídicas. Por isso, o Min. Marco Aurélio assegurou que:

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 atendessem 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.

Com base nisso, frisou com veemência que, em se alterando o entendimento quanto ao artigo 1.790, CC, tornando-o inconstitucional, fere-se a segurança jurídica, uma vez que tal regramento está vigente há longa data, de maneira que já estabilizou as expectativas em torno de como funcionam tais institutos. Neste sentido, afirmou o Min. Marco Aurélio ser

Temerário igualizar os regimes familiares, a repercutir nas relações sociais, desconsiderando, [...] 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.

Para tanto, ressalta o papel do testamento, como forma de fortalecer a autonomia de vontade, para aqueles que desejam viver em união estável, porém sob um regime sucessório distinto do conferido pela lei, sendo possível, havendo herdeiros necessários, testar 50% do patrimônio. Em caso de não haver herdeiros necessários, podendo dispor, em vida, até mesmo 100% dos bens. Com base, portanto, em todos estes argumentos, o ministro decidiu pelo desprovimento do extraordinário, por entender ser constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável.

A partir dos votos prolatados por nove ministros⁶² do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do ministro Relator, Luis Roberto Barroso, resolveu dar provimento ao recurso interposto pela companheira do falecido, a fim de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo

⁶² Ausente justificadamente o ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que já havia votado em assentada anterior.

1.790 do Código Civil de 2002, declarando o direito da mesma em participar da herança de seu companheiro, nos moldes do regime jurídico estabelecido pelo artigo 1.829, do referido código, antes apenas aplicado aos cônjuges, tendo ficado vencidos os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso.

Do mesmo modo, por maioria do pleno, seguiu-se decisão do relator, vencido o ministro Marco Aurélio, fixando 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”. E com a finalidade de preservar a segurança jurídica, determinou-se que o entendimento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do referido código seria apenas aplicado aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tivesse transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não tivesse escritura pública.

2.2 Recurso Extraordinário 646.721

Em processo ajuizado na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, interposto por companheiro que pleiteava a participação na herança de seu companheiro falecido, se discutia a partilha de bens entre este e a ascendente do *de cujus*. Nesta ocasião, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu 1/3 da herança ao companheiro, o qual, insatisfeito, por meio de recurso, lançou mão do artigo 1.837, do Código Civil, aplicado ao cônjuge herdeiro, requerendo 50% do patrimônio do falecido. Para tanto, o companheiro alegou que a Constituição Federal de 1988 não faz qualquer diferenciação entre os institutos da união estável e do casamento, sendo, portanto, inconstitucional o tratamento conferido pelo Código Civil, que os diferencia, principalmente no que tange à sucessão, violando princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Entretanto, em acórdão proferido pela Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contra agravo de instrumento interposto pelo companheiro, foi mantida a decisão, determinando a este apenas suceder em 1/3 da herança do falecido, excluindo-se os bens particulares, que seriam recebidos integralmente pela mãe, juntamente com os outros dois terços dos bens adquiridos durante a união estável, conforme disposto em artigo 1.790, CC, visto que este define que os companheiros apenas herdam os bens adquiridos onerosamente na

vigência da união estável e que, o texto constitucional não igualou, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, reportando-se ao artigo 226, §3º, nele contido.

Com base nisto, foi interposto recurso extraordinário contra tal acórdão, sustentando ofensa aos artigos 1º, III, 5º, I e 226, §3º da Constituição Federal. A partir de tais dispositivos, no extraordinário, ressaltou que, por se tratar de uma relação homoafetiva, a qual, apesar da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/DF, que estenderam à união estável homoafetiva a mesma proteção jurídica conferida à heteroafetiva, não possui qualquer previsão legal infraconstitucional da possibilidade de casamento civil entre casais homoafetivos, e que, portanto, não há também a possibilidade de se optar por qual forma de constituição familiar e os consequentes efeitos patrimoniais.

Ademais, alega ainda que a Constituição Federal garante a todos igualdade e dignidade, independentemente da orientação sexual e que, por isso, o artigo 1.790 do referido Código viola os preceitos citados, padecendo de inconstitucionalidade. O recurso extraordinário foi admitido na origem. Então, em 11/11/2011, por meio do Plenário Virtual, foi reconhecida a repercussão geral do tema, por meio da seguinte ementa: "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".

Iniciado em 24/06/2011, o recurso extraordinário 646.721, teve como relator o ministro Marco Aurélio que, de pronto, já ressaltou a existência de diferenças entre os institutos da união estável e do casamento, admitido pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 226, §3º, o qual determina apenas que o legislador facilite a conversão do primeiro no segundo, não os equiparando em momento algum, onde a "única similitude entre os institutos é que ambos são considerados [...] entidades familiares".

Em decorrência deste entendimento, afirmou o Min. Marco Aurélio que o Código Civil, seguindo os ditames constitucionais, apenas disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo, portanto, ao intérprete da lei, substituir a opção do legislador para igualá-los, vez que a questão foi objeto de extensos debates pelo legislador quando da tramitação do projeto de lei:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável - enquanto instituição-meio - quanto o casamento - enquanto instituição-fim - na conformidade do preceito constitucional.

A partir de tal compreensão, o ministro continuou ressaltando as diferenças existentes entre ambos os institutos, alegando que tais distinções são reforçadas constantemente por outros dispositivos do diploma legal, como no artigo 1.726 do Código Civil, e que, portanto, não se pode potencializar a união estável sob o risco de suplantar o casamento e os vínculos dele decorrentes. Para tanto, trouxe em seu voto, também, texto de Wilson Ricardo Ligiera⁶³, o qual discorre que:

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. [...] O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento [...]. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou piores entre si. [...]” não podem ser considerados, por este único motivo, inconstitucionais”.

Ademais, alegou que nem mesmo a legislação anterior - Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 afastam a legitimidade do Código Civil e sua conseqüente constitucionalidade, já que tal codificação encontra-se no plano de atuação do legislador, conforme os próprios ditames constitucionais, vez que a Constituição Federal, em momento algum, equalizou ambos institutos. No mesmo sentido, afirmou ainda o ministro, que caso o Judiciário tornassem iguais os regimes sucessórios do casamento e da união estável, geraria grande prejuízo à autonomia de vontade dos casais que optaram por constituir família de determinada maneira, elegendo aquele modelo que melhor atendesse à sua pretensão de constituição do núcleo familiar.

Ainda sob este enfoque, enfatizou que além da supressão do direito à liberdade e à autodeterminação, a equiparação de ambas as entidades familiares, visto se tratar de

⁶³ LIGEIRA, Ricardo. A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil brasileiro. **Revista de direito de família e das sucessões**, São Paulo, v. 8, jan./mar. 2015.

regramentos vigentes há muitos anos⁶⁴, traria aos casais que vivem em união estável imensa insegurança jurídica, de tal forma que optariam, em muitos casos, até mesmo em dissolve-la, deixando de existir qualquer direito sucessório.

No que tange ao argumento trazido pelo recorrente de que não existe previsão legal de casamento civil entre casais homoafetivos, o ministro afirmou não se impressionar, visto que o extraordinário tem o fim de analisar a equiparação, para fins sucessórios, entre os institutos do casamento e da união estável, e não busca o reconhecimento da lacuna legislativa a tratar sobre o tema. Sob este prisma, trouxe a arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 132, de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, a qual reconheceu como família a união estável entre pessoas do mesmo sexo, estendendo a esse núcleo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Por fim, levando-se em conta os argumentos levantados em todo seu voto, o ministro Marco Aurélio decidiu por negar provimento ao recurso extraordinário, "fixando a tese segundo a qual é constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros".

O segundo ministro a expor seu voto foi o ministro Luís Roberto Barroso, que destacou sua relatoria no RE 878.694, por se tratar de tema semelhante e por já ter apresentado seu voto, reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Deste modo, logo afirmou seu entendimento de que o argumento utilizado em tal recurso extraordinário deveria ser utilizado novamente no caso em questão, pois não haveria razão em aplicar ao caso de uniões estáveis homoafetivas solução diversa à aplicada aos casais heteroafetivos.

Naquela oportunidade, o ministro assinalou a vigência, durante longos anos, de duas leis posteriores à Constituição Federal de 1988 - Leis n° 8.971/1994 e 9.278/1996, as quais equipararam os regimes sucessórios de ambas as entidades familiares, de maneira a garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna, apenas perdendo sua eficácia com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que, apesar de datar dos anos 2000, foi fruto de debates ocorridos na década de 70, momento em que os anseios e necessidades sociais eram

⁶⁴ Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

distintos dos presentes nos dias de hoje, chegando, por este motivo, atrasado relativamente às questões de direito de família. Diante deste cenário, nas palavras do ministro, "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".

Por fim, ressaltou o min. Luis Roberto Barroso a necessidade de que fosse garantido à todos igualdade de condições e de direitos, independentemente da orientação sexual, devendo o "estado 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".

Portanto, inaugurando a controvérsia, decidiu por dar provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por violar a igualdade entre famílias, consagrada no artigo 226, §3º, da CRFB, assim como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, declarando o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro nos moldes do artigo 1.829, CC, o qual deve ser aplicado nos casos de uniões hetero e homoafetivas, propondo 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 estabelecido no art. 1.829 do CC/2002" e, afim de garantir a segurança jurídica, propôs que a decisão final sobre o extraordinário não atingisse partilhas que já tenham sido julgadas ou acordadas validamente por escritura pública.

Na sequência, o terceiro ministro a apresentar seu voto foi o ministro Luiz Fux, que, de maneira breve, ressaltou o entendimento do STF na ADPF 132, onde foi estabelecida a necessidade de utilização de técnica de interpretação conforme a Constituição, a fim de que se evitasse uma interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório, para que fosse excluído do artigo 1.790 do Código Civil qualquer significado que impedisse o "reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família"⁶⁵. Deste modo, concluiu que, seguindo a lógica de conferir o mesmo tratamento dado

⁶⁵ FUX. Op. Cit. p. 47.

às famílias heteroafetivas para as homoafetivas, deve-se, neste caso, por coerência, ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do referido código, seguindo a divergência inaugurada pelo ministro Luis Roberto Barroso.

Após, o quarto ministro a apresentar seu voto foi o ministro Alexandre de Moraes, que, prontamente afirmou serem a união estável e o casamento dois institutos distintos que pretendem a mesma coisa. A partir disto, ressaltou que o centro da discussão do presente extraordinário é a proteção à família, a qual deve ser garantida à todos pelo Estado, na mesma extensão, não importando por qual meio foi formada, já que em nenhum dispositivo legal há a previsão de um tratamento discriminatório, nem mesmo no Código Civil, o qual retrocedeu em relação à legislação anterior. Sob este prisma, tendo em vista que a questão se baseava, principalmente, na questão sucessória, afirmou que o grande móvel para a manutenção do direito sucessório é a proteção à família, sendo dois os princípios que regem a família e o direito sucessório: igualdade e a solidariedade.

Por isto, ressaltou que a diferença apresentada pelo Código Civil entre os regimes sucessórios previstos para cada entidade familiar, parecem não respeitar nem o princípio da igualdade e nem o da solidariedade. Além disto, ainda sobre o Código Civil de 2002, ressaltou também a violação ao princípio da vedação ao retrocesso, já que a legislação anterior conferia tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, tratamento igualitário no que se refere ao regime sucessório. Com isso, nas palavras do ministro, "independentemente da diferença de institutos, casamento e união estável, o que se protege, com o Direito Sucessória, é a família. E a família, independentemente da forma como se constituiu, não pode ter tratamento diferenciado". Deste modo, decidiu por acompanhar a divergência a fim de que fosse declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e, conseqüentemente, para que fosse dado provimento ao recurso extraordinário.

O quinto ministro a apresentar seu voto foi o ministro Edson Fachin, que trouxe, de início, as grandes semelhanças presentes no extraordinário em questão com o RE 878.694, haja vista o assentado na ADPF 132 e ADI 4277, vez que, a partir de ambos, passou-se a conferir às uniões estáveis homoafetivas as mesmas regras e conseqüências jurídicas das uniões estáveis heteroafetivas. Neste cenário, destacou que casamento e união estável são dois institutos diferentes, com assento constitucional, e que a discussão existente no extraordinário em questão se baseia na análise sobre se tal diferença se projeta no campo do direito sucessório, se

constituindo em uma diferença discriminatória e hierarquizante ou não. Para chegar à sua conclusão e decisão, o ministro ressaltou, então, algumas premissas que considerou imprescindíveis para o debate, como o fato de não haver qualquer previsão constitucional que hierarquize as pessoas por suas opções familiares, atribuindo-lhes direitos em menor extensão, ou até mesmo diferentes.

Além disso, destacou também o princípio eudemonista, presente no artigo 226, §8º da Constituição Federal, que determina que a proteção à família seja "direcionada a cada um de seus integrantes, não sendo possível diferenciar pessoas, com a atribuição de mais ou menos direitos, em virtude do modelo de conjugalidade eleito". De acordo com o ministro, atribuir direitos sucessórios diferentes para cônjuges ou companheiros é tratar de maneira diferente pessoas que se encontram em situações iguais, não encontrando guarida no texto constitucional.

Ademais, afirmou que tratar ambas entidades familiares de maneira distinta, conferindo maiores direitos aos cônjuges do que aos companheiros, no que tange o regime sucessório, seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as formas de convivência familiar, algo não permitido pela Constituição. E de maneira a complementar tal entendimento, destacou que ambas entidades familiares possuem como aspecto em comum, essencial à todas formas de constituição de família, a marca do afeto e da entre-ajuda, sendo a principal diferença do casamento e da união estável, a existência de formalidade, não sendo cabível, portanto, que esta desigualdade na forma de constituição afete a sucessão, vez que se trata apenas de questão de prova de conjugalidade. Por fim, como sua décima premissa o ministro afirmou que:

[...] 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 o 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.

Deste modo, a fim de concluir seu voto de maneira a reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o ministro salientou que a interpretação do texto constitucional conduz a uma equiparação de ambos os regimes sucessórios, em prestígio ao princípio da isonomia, previsto nos artigos 5º, I e 226, §3º do texto constitucional. E, para que não se estabeleça nenhuma lacuna, afirmou a necessidade de se aplicar aos integrantes de todos os modelos de conjugalidade, inclusive às uniões estáveis

homoafetivas, as regras previstas no artigo 1.829 do CC/02. Neste giro, decidiu pelo provimento do recurso extraordinário interposto, de maneira que o companheiro do *de cujus* possa participar da herança nos moldes do artigo 1.829, do referido código. Declarou, por fim que tese do RE 878.694 deveria ser aproveitada no presente caso.

Na sequência, foi apresentado o voto da ministra Rosa Weber, que foi a sétima ministra a votar. De maneira breve, ratificou a compreensão já apresentada em seu voto no RE 878.694, tendo em vista se tratarem de temáticas semelhantes, se diferenciando apenas pela análise da aplicação ou não do mesmo entendimento aos casais homoafetivos que vivem em união estável. Desta maneira, reconheceu incidentalmente 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"⁶⁶, e decidiu pelo provimento do recurso extraordinário.

O oitavo ministro a apresentar seu voto foi o ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou de imediato, seguir o entendimento do relator e votar de maneira a desprover o extraordinário em questão, por entender que "não há irrazoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil".

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 [...] 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.

E de maneira a finalizar seu voto, declarou, para caso houvesse necessidade da modulação dos efeitos, que a decisão valesse apenas para sucessões abertas a partir do julgamento, ou seja, a partir da morte do autor da herança.

Após, a nona ministra a votar foi a ministra e presidente Cármen Lúcia, que, de maneira exaustiva, tratou sobre a temática, demonstrando que a dicotomia em análise não encontrava respaldo no texto constitucional, indo na contramão de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da cidadania (artigo 1º, inciso II), da

⁶⁶ WEBER. Op. cit., p. 63.

igualdade e liberdade (artigo 5º, caput), da não discriminação (artigo 3º, inciso IV) e da especial tutela da família plural, prevista no artigo 226.

Ademais, ressaltou também que, conforme pontuado pelos demais ministros, o Código Civil de 2002 representou uma "verdadeira 'involução' na tutela das famílias em regime de união estável, abolindo direitos antes consagrados, esbarrando na cláusula de vedação ao retrocesso". E de maneira a complementar todos os argumentos trazidos nos votos do demais ministros à favor do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/02, trouxe a advertência de Rodrigo da Cunha Pereira⁶⁷ "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. 1790 merece censura e crítica porque é deficiente em sua substância e ocasiona injustiças em determinadas situações. Por exemplo, caso o falecido não tenha parentes sucessíveis, a totalidade da herança transmite-se ao companheiro supérstite. Todavia, a totalidade da herança que será transmitida é aquela que o sobrevivente está autorizado a concorrer, ou seja, os bens adquiridos durante a união a título oneroso, uma vez que, por interpretação sistemática, devemos ler os parágrafos acordes com os mandamentos do caput do art. 1.790. Se o *de cujus* tinha outros bens, anteriores à convivência, passarão ao Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando no Território Federal (art. 1844 do CCB/2002).

Deste modo, com base no mesmo entendimento tido no RE 878.694, a min. Carmen Lúcia decidiu por dar provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese com repercussão geral: "o art. 1790 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".

Após, o relator ministro Luís Roberto Barroso propôs que a tese que deveria ser aplicada ao extraordinário em comento seria a mesma aplicada ao RE 878.694, qual seja "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". Em contramão de tal proposta, o ministro Marco Aurélio defendeu que a tese que deveria ser aplicada seria: "é constitucional a distinção estabelecida pelo Código Civil". Com base em ambas as propostas, a ministra e presidente Cármen Lúcia definiu seu voto,

⁶⁷ Advogado atuante na área de Família e Sucessões.

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

A partir dos votos prolatados por nove ministros⁶⁸ do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do ministro Luis Roberto Barroso, decidiu por dar provimento ao recurso interposto, a fim de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, declarando o direito do companheiro em participar da herança do falecido, nos moldes do regime jurídico estabelecido pelo artigo 1.829, do referido código, tendo ficado vencidos os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso.

Do mesmo modo, por maioria do pleno, seguiu-se decisão do relator, vencido o ministro Marco Aurélio, fixando 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”.

⁶⁸ Estavam ausentes, justificadamente, os ministros Dias Tóffoli e Celso de Mello e, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes.

CAPÍTULO III - A IMPORTÂNCIA, O ALCANCE E AS CONSEQUÊNCIAS DOS RE 878.694 e 646.721

No dia 10 de maio de 2017, durante a mesma sessão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 878.694 e 646.721, de relatorias dos ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio, respectivamente, reconheceu, de maneira incidental, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, e equiparou uniões estáveis homoafetivas às formadas por casais héteros.

Ao decidir pela inconstitucionalidade de tal artigo, de acordo com a tese firmada⁶⁹, passou a aplicar às uniões estáveis o mesmo tratamento conferido ao casamento, com base no artigo 1.829 do referido código, equiparando uma das diferenças existentes entre as duas formas de entidades familiares. O maior benefício trazido com ambos os julgados foi o de resolver a grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde o início da vigência do Código Civil de 2002, que, em relação ao direito de família, se caracterizou pelo grande retrocesso imposto, visto a existência de leis anteriores⁷⁰ que conferiam tratamento equivalente à cônjuges e companheiros⁷¹.

Ocorre que, ao reconhecer a necessidade de tratar ambas formas de constituição de família de maneira igualitária, no que tange a seus regimes sucessórios, pela ausência de hierarquia entre elas e por ferir inúmeros preceitos e princípios constitucionais, acabou não abarcando todas as diferenças existentes no Código Civil, limitando-se à análise dos pedidos em ambos os recursos.

Apesar de ter sido decidido pela maioria dos votos dos ministros, tais decisões se depararam com divergências, tanto dentro do próprio Supremo⁷² quanto em parte da doutrina, que afirmaram o esvaziamento da modalidade da união estável como forma de constituição de

⁶⁹ 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 artigo 1.829 do CC/02 – RE 878.694.

⁷⁰ Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96

⁷¹ A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916, 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, conforme voto do min. Luis Roberto Barroso.

⁷² RE 878.694 – 8 votos a 3; RE 646.721 – 8 votos a 3.

família, ressaltando a perda da liberdade do casal no momento da escolha por qual caminho a seguir:

O problema dessa igualização *in totum*, e que vem em nome do discurso da igualdade, é que ela provoca uma interferência excessiva do Estado na vida privada do cidadão. A partir desse julgamento, acabou a liberdade de não casar. [...] Com essa decisão, as uniões estáveis tornaram-se um casamento forçado. [...] a regulamentação de união estável é mesmo paradoxal: quanto mais é regulamentada, para aproximá-la do casamento, mais se afasta de sua ideia original, que é exatamente não se submeter a determinadas regras. [...] Isso significa o fim da união estável, já que dela decorrem exatamente todos os direitos do casamento.⁷³

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.⁷⁴

Entretanto, também houve na doutrina quem concordasse com a equiparação entre as distintas modalidades familiares, com base nos mesmos argumentos trazidos pelos ministros que reconheceram a inconstitucionalidade do referido dispositivo:

A Constituição Federal concede a mesma e igual proteção à família, independentemente da sua formatação: se por meio do casamento ou da união estável. [...] Foi o Supremo Tribunal Federal que colocou as coisas nos trilhos. Ao reconhecer como inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, acabou com a odiosa diferenciação entre união estável e casamento – tanto heterossexual como homoafetiva -, no que se refere ao direito de concorrência sucessória.⁷⁵

Para a professora Giselda Hironaka, diretora nacional do IBDFAM, [...] o artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável.⁷⁶

No entanto, entre toda a doutrina, mesmo dentre aqueles que concordaram com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ficou um grande questionamento quanto à abrangência da repercussão da tese firmada, visto que os ministros se limitaram apenas à análise

⁷³ CUNHA, Rodrigo. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1220/STF+acabou+com+a+liberdade+de+não+casar+ao+igualar+união+estável+a+casamento>>. Acesso em: 10 out. 2019, p. 01.

⁷⁴ STF. **Recurso Extraordinário 646.721.** Relator: Min. Marco Aurélio. Recte: São Martin S. da Silva; Rcd? Geni Quintana. Julgado em 10.05.2017.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1219/Supremo+acertou+ao+não+diferenciar+união+estável+de+casamento>>. Acesso em 10 out. 2019, p. 01.

⁷⁶ IBDFAM. **STF entende que art. 1790 do CC é inconstitucional. Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança.** Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>>. Acesso em 14 out. 2019.

do objeto da ação que gerou ambos extraordinários, não tratando sobre as demais disposições do Código Civil que conferem tratamento diferenciado à ambas modalidades de família. Portanto, tendo em vista as lacunas e dúvidas deixadas pelos julgamentos dos recursos extraordinários, passou-se a questionar sobre se a tese fixada se restringia apenas à diferenciação em sede de concorrência sucessória ou se contaminava as demais distinções estabelecidas quando da morte do cônjuge ou do companheiro.

Ocorre que para tratar sobre a abrangência da decisão da Suprema Corte, mister se faz o exame dos dispositivos legais que confirmam as ainda existentes diferenças de tratamento entre união estável e casamento, mesmo após o julgamento dos RE 878.694 e 646.721, em seus mais variados aspectos.

Primeiramente, quanto à forma de constituição, é clara a diferença entre ambos institutos, vistos as inúmeras formalidades necessárias para a confirmação do casamento, enquanto a união estável se concretiza apenas com o preenchimento de certos requisitos, tais como: ser a união pública, contínua, duradoura, sem a exigência de um prazo mínimo, e com o fim de constituir-se família, conforme preleciona o artigo 1.723, do Código Civil, sendo a maneira como se formam uma de suas principais diferenças.

Portanto, para que uma família seja formada por meio do casamento, o casal precisa seguir os ditames da lei, em seus mínimos detalhes, se caracterizando, deste modo, por ser um ato formalíssimo, sendo bastante burocrático e complexo, porém, mais seguro, principalmente do ponto de vista jurídico. Já a união estável, esta se caracteriza pela sua informalidade, vez que “não há qualquer requisito formal obrigatório para que a união estável reste configurada, como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou de uma decisão judicial de reconhecimento”.⁷⁷ Caso seja de interesse das partes, podem formalizar a união por meio do pacto de união estável, perante um tabelionato de notas, seguindo um processo menos elaborado e complicado do que o previsto para o casamento, registrando a existência da união, sendo, no entanto, este registro apenas declaratório, e não constitutivo.

⁷⁷ Id. **União estável e namoro qualificado.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1265/União+estável+e+namoro+qualificado>>. Acesso em 10 out. 2019, p. 01.

Entretanto, quanto às formalidades e exigências para a formalização do casamento ou em relação às ausências destas para a concretização da união estável, nada foi falado em ambos extraordinários, que se limitaram à análise da constitucionalidade de artigo que conferia regimes sucessórios distintos à ambas entidades. Neste sentido, verifica-se a permanência das diferenças entre as duas modalidades no que tange às normas de formalidade, não tendo havido qualquer equiparação.

Cabe, neste ponto, ressaltar a possibilidade legal e a necessidade de facilitação pelo Estado, da conversão da união estável em casamento, prevista tanto no texto constitucional, em seu artigo 226, § 3º, quanto no artigo 1.726, do CC/02. Isto se deve à todas as formalidades que precisam ser seguidas e respeitadas para que o casamento se realize, o que confere maior segurança jurídica ao casal e à sociedade, podendo ter sua existência provada por meio de uma certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência, enquanto que para a união estável ter sua existência provada, são necessários outros meios de prova, como por exemplo, testemunhas que confirmem a relação duradoura, pública, contínua e com o fim de formação de família. Por esta maior segurança, é garantida pelo Estado a facilidade na conversão de uma na outra.

Sobre tal ponto, dispõe o Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] Conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação a 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.⁷⁸

Em relação a extinção do matrimônio e da união estável, da mesma maneira que se dá no momento de sua constituição, o casamento precisa seguir determinadas formalidades, previstas no texto legal, a depender das circunstâncias vividas pelo casal, como a existência de filhos menores ou o consenso ou não entre as partes quanto ao divórcio, comprovando-se tal extinção por meio de uma anotação feita na certidão de casamento, a qual informa acerca da nova situação do matrimônio, enquanto que para se extinguir a união estável, basta provar que a mesma já não mais existe, podendo ser feito por meio de testemunhas, não havendo qualquer

⁷⁸ STF. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Julgado em 10 mai. 2017.

formalidade a ser seguida. Deste modo, verifica-se, neste ponto, também por não ter sido tratado nos dois recursos extraordinários, não ter havido qualquer equiparação entre as duas modalidades de família.

E por fim, no que tange às demais questões sucessórias previstas no Código Civil de 2002 que não foram abarcadas no julgamento de ambos extraordinários, visto que estes apenas buscaram solucionar a controvérsia quanto a constitucionalidade do artigo 1.790 do referido código e conferir tratamento igualitário entre casais homoafetivos e héteros, permaneceram inúmeras dúvidas e lacunas quanto às consequências desta equiparação, já que a legislação não limita ao artigo 1.829 o regime sucessório do cônjuge, sendo o tema regulado por outros dispositivos.

Deste modo, observa-se permanência de algumas diferenças entre as duas entidades familiares, previstas no Código Civil, tornando os questionamentos quanto a amplitude das decisões do STF de grande relevância, visto as numerosas consequências jurídicas que decorrem destas distinções. Neste sentido, dentre todas as perguntas que permaneceram sem resposta após as decisões da Suprema Corte, as principais dúvidas de grande parte da doutrina se baseiam em saber se, a partir das decisões em ambos extraordinários, pode-se afirmar que companheiros passaram a integrar o rol dos herdeiros necessários, previsto no artigo 1.845 do código em comento, e se o companheiro passou a integrar também o artigo 1.831 do CC/02 - o qual confere ao cônjuge direito real de habitação em uma amplitude maior -, ou se continuou a possuir tal direito apenas pela permanência da aplicação da Lei 9.278/96, que conferia direito real de habitação ao companheiro. Se a equiparação trazida, alcança todas as normas ou apenas aquelas relacionadas a aspectos sucessórios e se houve uma equiparação total entre as duas modalidades de família, atingindo todos os fins jurídicos, ou se foi apenas uma equiparação parcial.

Com base em tais questionamentos ainda sem respostas definitivas, visto que em ambos os extraordinários nada foi falado sobre estes, tendo se limitado à análise dos pedidos formulados pelos recorrentes, o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, em sede de embargos de declaração, no Recurso Extraordinário 878.694, requereu maiores esclarecimentos ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que fosse determinado até que ponto se deu tal equiparação, ou seja, se abrangia também os demais dispositivos legais do regime

sucessório do cônjuge, ou se restringia à inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil:

A embargante sustenta que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao art. 1.829 do Código Civil, de forma que o acórdão embargado teria se omitido com relação a diversos dispositivos que conformam esse regime jurídico, em particular o art. 1.845 do Código Civil. Requer que se esclareça o alcance da tese de repercussão geral, no sentido de mencionar as regras e dispositivos legais do regime sucessório do cônjuge que devem se aplicar aos companheiros.⁷⁹

Sob este prisma, de pronto, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso, rejeitou os embargos opostos, entendendo que o acórdão recorrido não apresentava qualquer omissão a ser sanada, tendo em vista que o extraordinário em comento apenas visava analisar a constitucionalidade do artigo 1.790, CC/02, o qual estabelecia uma desequiparação entre companheiros e cônjuges, para fins sucessórios. Neste sentido:

A questão constitucional foi decidida nos limites dos termos em que foi proposta [...]. Não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro no rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada.⁸⁰

Deste modo, após a decisão de desprovimento dos embargos declaratórios, permaneceu o questionamento quanto a inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários. Com base nisto, certos da necessidade de uma resposta definitiva, parte da doutrina⁸¹, com base nos votos prolatados pelos ministros durante os julgamentos, entendeu ter havido sim uma inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários, previsto no artigo 1.845, CC/02, especialmente pelo voto no ministro Luís Roberto Barroso, pelo entendimento de que o texto constitucional não permite que o legislador infraconstitucional confira aos casais que vivam em união estável regime sucessório com direitos menores:

Todavia, [...], 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. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é

⁷⁹ STF. **EDCl. No Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. Embte(s): Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Embgo(a/s): Rubens Coimbra Pereira e outros (a/s). Brasília, 26/10/2018, p. 3.

⁸⁰ Ibidem, p. 5.

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1287/O+companheiro+como+herdeiro+acess%C3%A1rio+>>. Acesso em 10 out. 2019.

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 serem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promoverem 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.⁸²

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.⁸³

[...] 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. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia de 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 ou outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer anteriormente à Constituição de 1988. 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.⁸⁴

[...] 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. [...] 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

⁸² STF. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Julgado em 10 mai. 2017.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

de que 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. 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, 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/2002.⁸⁵

Neste sentido, Flavio Tartuce assim dispôs:

[...] Por todos os posicionamentos expostos, sejam doutrinários e jurisprudenciais, não restam dúvidas de que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o convivente foi alçado à condição de herdeiro necessário, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 1.845 a própria codificação material. O julgamento da nossa Corte Máxima não traz dúvidas quanto a isso, mesmo em relação aos que antes eram céticos quanto a tal afirmação doutrinária, caso deste autor. Neste momento, é necessário saber interpretar o entendimento do STF, mesmo que à custa de posições doutrinárias anteriores, sempre em prol da socialidade e da efetividade do Direito Civil.⁸⁶

Seguindo a mesma linha de entendimento, concorda Ana Luiza Maia Nevares, advogada e vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM, afirmando que não se pode haver distinção entre cônjuge e companheiro na sucessão hereditária. De acordo com a advogada, acertou o Supremo ao decidir pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois, apesar de não serem institutos idênticos, “nos aspectos que se relacionam na solidariedade familiar, ou seja, nas esferas que tem como fundamento a família, não pode haver distinção entre cônjuge e companheiro”. Portanto, entende que:

[...] Ao meu ver, o Supremo deve dizer que o companheiro é herdeiro necessário, porque todo o fundamento do acórdão foi no sentido de que não é possível tratar cônjuge e companheiro de forma desigual na sucessão hereditária. Então, se o cônjuge é herdeiro necessário, não haveria sentido em dizer que o companheiro não é. O impacto é justamente tratar da mesma forma quem vive em união estável e quem vive em casamento na sucessão hereditária.⁸⁷

Para mim, a *ratio decidendi*, a razão de decidir do Supremo, foi muito clara: na sucessão hereditária, ambos são tratados de forma igual, se o cônjuge é herdeiro

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 3.

⁸⁷ Ibidem, p. 4.

necessário o companheiro também deve ser. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido de que a repercussão geral estabelecida pelo STF leva, necessariamente, a posição do companheiro como herdeiro necessário. [...] Eu penso que a razão de decidir da repercussão geral foi a igualdade plena de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, eu já tenho uma posição da corte superior a respeito da legislação infraconstitucional, já tenho uma posição do STJ no sentido de que o companheiro é herdeiro necessário.⁸⁸

Na contramão, outra parte da doutrina não concorda com a inserção dos companheiros no rol do artigo 1.845, CC/2002, por entenderem que incluindo-os no rol dos herdeiros necessários, haveria um enorme esvaziamento do instituto da união estável, reduzindo-o de tal maneira que deixaria de existir, se configurando em um casamento forçado, pelas inúmeras semelhanças entre as entidades familiares, que se diferenciariam apenas na forma de constituição e extinção. Seguindo esta linha de raciocínio, Pereira⁸⁹ afirma que tal inclusão retira o direito das pessoas de escolherem uma ou outra forma de constituição de família, sendo, deste modo, um atentado contra a liberdade das pessoas que escolheram viver sob o regime da união estável, vez que esta se baseava na última barreira que diferenciava ambos os institutos.

Ademais, ressalta o autor que o rol previsto no artigo 1.845 do referido código é taxativo, não podendo se realizar interpretação extensiva. Ainda, salientou também que esta não foi a vontade do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos extraordinários, que de acordo com o autor, compreendeu ser saudável a diferença entre as duas formas de se constituir família, trazendo, então, os votos dos ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, para fundamentar seu entendimento:

A restrição imposta pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório da união estável (...) 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.⁹⁰

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 direito ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.⁹¹

⁸⁸ IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>>. Acesso em 23 out. 2019.

⁸⁹ Id. **Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?** Autor: Rodrigo da Cunha Pereira. Data de Publicação: 01/10/2018.

⁹⁰ STF. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais.** Relator: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Julgado em 10 mai. 2017.

⁹¹ STF. **Recurso Extraordinário 646.721.** Relator: Min. Marco Aurélio. Recte: São Martin S. da Silva; Recdo? Geni Quintana. Julgado em 10.05.2017.

Seguindo este mesmo ponto de vista, encontra-se Mário Luiz Delgado que concorda que a inclusão dos companheiros no elenco dos herdeiros necessários não foi a vontade da Suprema Corte, que não se manifestou, em momento algum, sobre a aplicação do artigo 1.845 do CC/2002 à união estável, tendo, na realidade, buscado assegurar a liberdade do testador, na sucessão da união estável.

Para o autor, o rol previsto no artigo 1.845 do referido código é taxativo, se caracterizando por ser uma norma restritiva de direitos, não podendo, deste modo, realizar-se uma interpretação ampliativa. Ademais, entende que o direito fundamental da herança não pode ser visto apenas do ponto de vista do herdeiro, devendo-se levar em conta também a vontade do autor da herança. Por este motivo, conclui que o companheiro sobrevivente não foi alçado à posição de herdeiro reservatório.

Acrescente-se que as leis gozam de presunção de legitimidade e de constitucionalidade. Se o STF não se manifestou sobre o art. 1.845, que exclui o companheiro sobrevivente do elenco de herdeiros necessários, presume-se a sua constitucionalidade. Logo, não se pode, em absoluto, supor ou pressupor a sua inconstitucionalidade, a partir da *ratio decidendi* dos votos proferidos no acórdão embargado, para fins de afastar a sua vigência. Até que o STF volte a se manifestar sobre o tema, especificadamente no que tange ao art. 1.845, a qualidade de herdeiro necessário, no nosso ordenamento jurídico, permanece restrita aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge. O companheiro, por ora, está fora desse rol.⁹²

Entretanto, conforme dispõe o autor, a maior parte da doutrina e da jurisprudência compreenderam pela inclusão dos companheiros no rol do artigo 1.845, CC/2002, vez que “passaram a considerar ter ocorrido uma plena equiparação entre a UE e o Casamento, senão em todos os seus efeitos jurídicos, mas certamente na plenitude dos direitos sucessórios”⁹³. Deste modo, verifica-se uma divisão doutrinária quanto ao entendimento sobre se houve uma inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos cônjuges, com certa superioridade entre os que entendem por tal inserção. Parte da doutrina que não apoia a ampliação do rol do artigo 1.845, CC/2002, explica seus entendimentos por meio do princípio da autonomia de vontade, que deve prevalecer no caso da sucessão na união estável, além também do fato de que o STF em nada tratou sobre a questão durante o julgamento dos dois recursos, não podendo, portanto, a doutrina e jurisprudência realizarem interpretação extensiva.

⁹² DELGADO, Mario Luiz. **A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1308/A+sucessão+na+união+estável+após+julgamento+dos+embargos+de+declaração+pelo+STF%3A+o+companheiro+não+se+tornou+herdeiro+necessário>>. Acesso em 11 out. 2019.

⁹³ Ibidem.

Já aqueles que entendem que houve sim esta inserção, fundamentam tal compreensão com base nos votos que prevaleceram durante o julgamento dos extraordinários, apesar de estes nada terem falado a respeito da temática. Tal conclusão se deve, principalmente, pela interpretação da compreensão por parte dos ministros de que não há motivos e de que é inconstitucional o tratamento diferenciado entre casamento e união estável, no que tange a seus regimes sucessórios, não podendo e nem devendo o Estado intervir de maneira a definir que um será preterido em relação ao outro, conferindo à união estável menores direitos, hierarquizando-os:

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 proteção, para a coesão e para a perpetuação da família.⁹⁴

Com base no entendimento firmado pela maior parte da doutrina de que houve sim a equiparação, neste caso, dos companheiros aos cônjuges, julgados recentes têm demonstrado a mesma compreensão por parte dos tribunais, que passaram a reconhecer a necessidade de aplicação do artigo 1.845, do Código Civil para os companheiros, conferindo-lhes tratamento igual ao garantido aos cônjuges, integrando-os no rol dos herdeiros necessários:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ADOÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ARTS. 1790, CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1998. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. **1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável, promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Ao outorgar aos companheiros direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, CC/2002, produz-se lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS.** 2. Na hipótese dos autos, o art. 1.790, III, do CC/2002 foi invocado para fundamentar o direito de sucessão afirmado pelos recorridos (irmãos e sobrinhos do falecido) e conseqüente legitimidade ativa em ação de anulação de adoção. É que, declarada a nulidade da adoção, não subsistiria a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder, em posição anterior à companheira sobrevivente. 3. A partir da metade da década de 80, o novo perfil da

⁹⁴ STF. Inteiro Teor do Acórdão. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Relator: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). 10/05/2017.

sociedade se tornou tão evidente, que impôs a realidade à ficção jurídica, fazendo-se necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família. 4. Com a Constituição Federal de 1988, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, surgiu, baseada num explícito poliformismo familiar, cujos arranjos multifacetados foram reconhecidos como aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, dignos da especial proteção do Estado, antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento. 5. Na medida em que a própria Carta Magna abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição da família, emerge como corolário, que, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos, torna-se secundário o interesse na forma pela qual essas famílias são constituídas. **6. Nessa linha, considerando que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, 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. 1829 do CC/2002. 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 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luís Roberto Barroso).** 7. A partir do reconhecimento de inconstitucionalidade, as regras a serem observadas, postas pelo Supremo Tribunal Federal, são as seguintes: a) em primeiro lugar, ressalte-se que, para que o estatuto sucessório do casamento valha para a união estável, impõe-se o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, valendo o regramento desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003; b) tendo sido aberta a sucessão a partir de 11 de janeiro de 2003, aplicar-se-ão as normas do 1.829 do CC/2002 para os casos de união estável, mas aos processos judiciais 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, na data de publicação do julgamento do RE n. 878.694/MG; c) aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, assim como às partilhas extrajudiciais em que tenha sido lavrada escritura pública, na data daquela publicação, valerão as regras dispostas no art. 1790 do CC/2002. 8. Recurso especial provido. **(Grifo nosso)**⁹⁵

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – EXCLUSÃO DO IRMÃO DO FALECIDO DO ROL DE HERDEIROS – COMPANHEIRA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC – DIREITOS SUCESSÓRIOS EQUIPARADOS AOS DO CÔNJUGE – PRIORIDADE NA LINHA SUCESSÓRIA EM RELAÇÃO AOS COLATERAIS – INEXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIROS E IRMÃOS – RECURSO PROVIDO. – O STF, no julgamento dos recursos submetidos ao regime de repercussão geral, RE 878.694/MG e RE 646.721/RS, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, que dava tratamento desigual entre cônjuges e companheiros nas relações sucessórias, determinando a aplicação, em ambos os casos, do regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil – O cônjuge ou companheiro tem prioridade na linha sucessória em relação aos colaterais, não havendo concorrência entre eles – Uma vez que o irmão do falecido foi incluído no rol de herdeiros por equívoco da inventariante companheira do de cujus, a sua imediata exclusão se mostra cabível. **(Grifo nosso)**⁹⁶

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA C.C. ANULAÇÃO DE PARTILHA – UNIÃO ESTÁVEL – DIREITO À SUCESSÃO DOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A CONVIVÊNCIA – ARTIGO 1.729 DO CÓDIGO CIVIL – PATRIMÔNIO ANTERIOR – HERDEIRO

⁹⁵ STJ. REsp: 1337420 RS 2012/0162113-5 Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/08/2017, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2017.

⁹⁶ TJ-MG. AI: 10000190806778001 MG. Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 20/08/2019, Data de Publicação: 23/08/2019.

ASCENDENTE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO – JUÍZO DE REATRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. I) **De acordo com a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral “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”**. (STF, RE 646721, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-204 DIVUL 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). Contudo, no mesmo julgado restou asseverado que “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”. II) Na presente hipótese não se aplica a orientação firmada pela Excelsa Corte, porquanto quanto da sua publicação já havia escritura pública de inventário por arrolamento de bens realizada há mais de dez anos. III) Juízo de retratação não exercido. **(Grifo nosso)**⁹⁷

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, da mesma forma, não foi tratado quando do julgamento dos dois recursos extraordinários. Entretanto, tanto doutrina quanto jurisprudência decidiram seguir com o que vinham reconhecendo mesmo antes da decisão de ambos recursos, seguindo a linha do reconhecimento de tal direito aos companheiros. Este entendimento decorre da percepção de que o referido código não revogou as disposições existentes em lei anterior – Lei nº 9.278/96 -, que conferia, em seu artigo 7, § único, o direito real de habitação aos companheiros. Ocorre que, conforme dispõe Flávio Tartuce⁹⁸, não tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado quanto ao assunto, restou ainda uma dúvida em relação a amplitude deste direito, vez que, apesar do entendimento pela manutenção do dispositivo legal que confere aos companheiros o direito real de habitação, este se dá em grau menor do que o garantido aos cônjuges, pelo Código Civil, em seu artigo 1.831⁹⁹. Por este motivo, restou à doutrina e à jurisprudência a resolução do problema.

Com base nisto, parte da doutrina, por considerar a decisão do STF acertada quando da definição da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, verificou a necessidade de se manifestar quanto às lacunas deixadas por ambos os julgados, que se baseiam em temáticas

⁹⁷ TJ-MS. **AC: 00003841620088120052 MS 0000384-16.2018.8.12.0052**. Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 21/08/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/08/2019.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1218/STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art.+1.790+do+C%C3%B3digo+Civil.+E+agora%3F>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁹⁹ Conforme dispõe Fábio Ulhoa Coelho, o direito real de habitação do cônjuge ocorre independentemente do regime de bens do casamento, sendo garantido este direito sobre o imóvel destinado à residência da família de acordo com o artigo 1.831, CC/2002. Entretanto, este direito somente é garantido caso o imóvel destinado à residência familiar seja o único dessa natureza a ser inventariado, não gerando prejuízos a sua participação na herança.

de grande relevância e aplicação do mundo jurídico. Deste modo, um dos autores a se manifestar sobre tal temática foi Anderson Schreiber¹⁰⁰, que entende não haver razão e nem fundamento na lei para que ocorra diferenciação entre as duas entidades familiares, quanto a seus regimes sucessórios, vez que possuem o mesmo reconhecimento constitucional e o mesmo fim em si, podendo e devendo existir diferenças apenas no que tange às suas diferenças quanto a constituição, comprovação e extinção. Portanto, para Schreiber:

Ora, qual a razão para que a lei diferencie companheiro do cônjuge em relação aos seus direitos sucessórios? O cônjuge herda não porque tenha havido prévia chancela do Estado à sua relação familiar, mas porque conviveu familiarmente com o de cujus. E tal convivência familiar existe de igual modo na união estável. Assim, não há razão legítima para que o legislador diferencie o cônjuge do companheiro em relação aos seus *quantum* hereditário. **O mesmo vale, registre-se, para a quota mínima de um quarto prevista no artigo 1.832, bem como para o direito real de habitação (art. 1831). São direito que encontram sua *ratio* no convívio familiar, não havendo razão que para que sejam atribuídos apenas ao cônjuge, e não ao companheiro.**¹⁰¹ (grifo nosso)

Então, para o autor, o direito real de habitação que deve ser conferido e garantido ao companheiro decorre da sua equiparação ao cônjuge, sendo aplicado, deste modo, o direito previsto no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.831, e não o anteriormente aplicado em grau menor, com base em lei prévia – Lei 9.278/96, vez que compreende não haver motivos para que o casamento e a união estável sejam tratados de maneira distinta pelo legislador no que tange seus regimes sucessórios.

Ocorre que a jurisprudência ainda não pacificou um entendimento sobre a origem deste direito aos companheiros, sendo unânime apenas quanto à necessidade de garantia deste direito àqueles que vivem em união estável. Deste modo, ainda é possível encontrar em julgados recentes, quem aplique a Lei 9.278/96 para conferir o direito real de habitação ao companheiro, mas também quem já entenda que este direito decorre da equiparação entre os regimes sucessórios das duas modalidades familiares, após o julgamento do RE 878.694.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Reintegração de Posse. Autora alega ser a única herdeira do seu pai, falecido em 20/02/2019, e que a ré, vivendo em união estável como de cujus desde janeiro/2018, recusa-se a deixar o imóvel situado à Rua Barão de Ipanema, 29/805 (bem pertencente ao espólio). Decisão interlocutória que acolhe o pedido liminar e determina a reintegração da autora na posse do imóvel. Agravante se insurge contra o decismum, postulando a sua reforma. 1. Agravante que

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson **União estável e casamento: uma equiparação?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁰¹ Ibidem.

alega a existência da união estável com o genitor da agravada, a partir de 29/01/2018, acostando aos autos escritura lavrada em cartório de notas. Informação confirmada pela autora/agravada, em sua peça inaugural. **2. Direito real de habitação, previsto no art. 1.831, do CC, também reconhecido ao companheiro sobrevivente, desde que a união estável esteja vigente na data do óbito, bem como seja o único bem desta natureza e integre o patrimônio comum ou particular de cada cônjuge/companheiro no momento da abertura da sucessão.** Resp nº 821.660/DF. 3. Imóvel em que residia o casal. **Direito de moradia assegurado ao cônjuge sobrevivente ou companheiro independentemente do regime de bens adotado o casamento ou união estável, ainda que outros herdeiros passem a ter a propriedade sobre o imóvel.** 4. Ausência de informações sobre outros bens imóveis a inventariar que pudessem servir de residência da companheira do de cujus. Necessidade de maior dilação probatória. 5. Questões concernentes à capacidade do de cujus de celebrar a escritura de união estável que deve ser objeto de ação própria. 6. Decisão prematura, que deve ser reformada para indeferir a liminar vindicada pela autora. RECURSO PROVIDO.¹⁰²

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE SOBRE IMÓVEL IRREGULAR. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA. 1. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (CC, art. 1.831). 2. O direito real de habitação tem por objetivo garantir o direito fundamental à moradia (art. 6º caput, da CF) e o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). 3. A única condição para garantia do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação é que o imóvel destinado à residência do casal fosse o único daquela natureza a inventariar, ou seja, que dentro do acervo hereditário deixado pelo falecido não existam múltiplos imóveis destinados a fins residenciais (Informativo 633 do STJ). É o caso dos autos. 4. A ausência de registro do imóvel inventariado em nome da de cujus ou do companheiro sobrevivente, por si só, não obsta o reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente que possui direitos de posse ou de detenção sobre esse bem. **Isso porque, o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente se dá ex vi legis, ou seja, por força de lei, dispensando o registro no registro imobiliário.** Precedentes do STJ: REsp 107.273-PE, DJ 17/3/1997; REsp 234.276-RJ, DJ 17/11/2003; REsp 565.820-PR, julgado em 16/9/2004; REsp 1.125.901/RS, DJr 6/9/2013; REsp 1.203.144-RS, julgado em 27/5/2014. 5. Apelo conhecido e provido, para reformar a sentença de mérito e julgar procedente o pedido inicial, assegurando ao companheiro sobrevivente/apelante o direito real de habitação sobre o imóvel localizado na AR 06, conjunto 03, casa 17 – Sobradinho II/DF.¹⁰³

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL. SAISINE. ESBULHO. INOCORRÊNCIA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Nas ações de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho, bem como a perda da posse. **Ao companheiro sobrevivente assiste direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar. Inteligência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96.** Ausente posse injusta sobre o bem, não como acolher a proteção possessória buscada.¹⁰⁴

¹⁰² TJ-RJ. AI: 00327014820198190000. Relator: Des(a). JDS MARIA CELESTE PINTO DE CASTRO JATAHY, Data de Julgamento: 14/08/2019, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

¹⁰³ TJ-DF. 07015868020198070006 DF 0701586-80.2019.8.07.0006. Relator: ROBERTO FREITAS, Data de Julgamento: 04/09/2019, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado do DJE: 11/09/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada)

¹⁰⁴ TJ-MG. AC: 10000190681866001 MG. Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 27/08/2019, Data de Publicação: 29/08/2019.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO – INVIABILIDADE DA ALIENAÇÃO DE COISA COMUM – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO À COMPANHEIRA SUPÉRSTITE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É assegurado pelo Código Civil ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativo ao único imóvel destinado à residência da família, regra que é estendida à companheira, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade, até porque o Código vigente não revogou a Lei n° 9.278/96, que também assegura o direito real de habitação quando do falecimento de um dos conviventes da união estável.¹⁰⁵

Portanto, nota-se que, apesar do enorme problema enfrentado e solucionado pela Corte Superior ao julgar ambos os recursos, visto o grande número de processos ajuizados sobre o tema, em decorrência da instabilidade jurídica existente até então no País, houve a permanência de dúvidas e lacunas que ainda não foram possíveis de serem sanadas, até mesmo por não terem sido tratadas pelo STF, no momento da análise dos extraordinários em comento. Restou tanto à doutrina quanto a jurisprudência solucionar tais questionamentos de maneira definitiva, o que até o momento não ocorreu, conforme se verifica a partir dos julgados trazidos.

A partir do disposto na jurisprudência, observa-se que, apesar de o direito real de habitação ser considerado um direito dos companheiros, ainda não há um consenso quanto sua origem e amplitude: se advém do artigo 1.831 do Código Civil, em decorrência da equiparação com os cônjuges, sendo, portanto, mais abrangente, não existindo limitadores à sua garantia, ou da manutenção da Lei n° 9.278/96, pelo entendimento de que o Código Civil de 2002 não a revogou, se configurando um direito menor, vez que apenas se dá enquanto o companheiro sobrevivente “viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

É certo que o entendimento fixado foi o de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, passando a união estável a ser regida pelo previsto no artigo 1.829, CC/02, da mesma maneira que os casais que contraíram matrimônio. Deste modo, verifica-se a ocorrência de uma equiparação entre ambas as entidades familiares. Ocorre que, a partir da fixação da tese em questão, pairou o questionamento quanto a abrangência desta equiparação, ou seja, se esta se limitou às questões sucessórias ou se foi uma equiparação total.

Então, a partir deste questionamento, surgiram na doutrina algumas correntes que entendiam de maneira distinta a amplitude da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, onde

¹⁰⁵ TJ-MS. AC: 08026913420168120017 MS 0802691-34.2016.8.12.0017. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 17/07/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 19/07/2019.

parte desta entendeu que houve uma equiparação total, encontrando pontos positivos e negativos nesta equiparação, enquanto outros concordam que houve apenas uma equiparação parcial, em determinados aspectos sucessórios.

Para Mário Luiz Delgado, após o julgamento dos recursos extraordinários, com base nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários prevaletentes, houve uma equiparação total entre ambas entidades familiares, tendo sido a união estável transformada em um *casamento forçado*, vez que o fim e as consequências da união se tornaram as mesmas do casamento, não tendo mais o casal autonomia e liberdade em suas decisões, sendo obrigado a sujeitar-se às mesmas regras, independentemente do caminho que escolha seguir: união estável ou matrimônio. De acordo com o autor:

A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares resulta em sobreposição à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento. Não compete à doutrina ou à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes. A regulação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejaram se submeter ao regime típico de casamento.¹⁰⁶

Com base neste entendimento de que houve uma equiparação total entre as duas modalidades de família, Pereira¹⁰⁷ dispõe que teria o Estado, então, a partir do julgamento de ambos extraordinários, em nome da igualdade, interferido de maneira excessiva na vida privada das pessoas, acabando com a liberdade dos companheiros de optar por não casar, transformando, nas suas palavras, também a união estável em um casamento forçado, vez que obrigaria o casal a se submeter a determinadas regras, afastando a união estável de sua ideia original, aproximando-a do casamento.

A união estável, que era também chamada de união livre, perdeu sua total liberdade com o referido julgamento do STF, ao equiparar todos os direitos entre as duas formas de família. Isso significa o fim da união estável, já que dela decorrem exatamente todos os direitos do casamento. A partir de agora, quando duas pessoas passarem a viver juntas, talvez elas não saibam, mas terão que se submeter às idênticas regras do casamento, exceto em relação às formalidades de sua constituição.

DELGADO, Mario Luiz. **A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1308/A+sucessão+na+união+estável+após+julgamento+dos+embargos+de+declaração+pelo+STF%3A+o+companheiro+não+se+tornou+herdeiro+necessário>>. Acesso em 11 out. 2019.

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo Cunha. Op. cit., p. 01.

Entretanto, por fim, compreende o autor que a equiparação feita pela Suprema Corte “limitou-se às regras relativas à concorrência sucessória e cálculo dos quinhões hereditários facultativos para que os companheiros não fiquem em desvantagem aos colaterais”, vez que não é possível que se realize interpretação ampliativa à norma restritiva, tal qual se caracteriza o artigo 1.845 do Código Civil, que se configura como uma norma restritiva de direitos.¹⁰⁸

Na mesma linha aduz Dias¹⁰⁹, apesar de considerar a equiparação total como vantajosa e benéfica para o ordenamento jurídico e para toda a sociedade, visto que o acabou com a odiosa diferenciação entre a união estável e o casamento, determinada pela legislação, tendo como fundamento da demanda de ambos os recursos extraordinários, a afronta ao princípio da igualdade. Para a autora, não importa se o casal mantém uma relação por meio do casamento ou da união estável, pois o que os une é o vínculo de afeto existente ali, gerando responsabilidades, direitos e deveres iguais entre as partes, independente do caminho seguido:

[...] De todo descabido tentar limitar a decisão à questão da concorrência sucessória. O STF limitou-se a apreciar o objeto da ação. Não poderia transbordar os limites da demanda. No entanto, como o fundamento foi a afronta ao princípio da igualdade, não tem aplicação somente quanto à forma de divisão do patrimônio quando da morte de um dos parceiros. Espraia-se para toda e qualquer diferenciação tanto no âmbito do Direito de Sucessões como no Direito de Família e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional. [...] Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais. [...] Da total invisibilidade as uniões afetivas passaram a gozar da absoluta igualdade, sem qualquer distinção com a ‘sagrada instituição do matrimônio’.

Entretanto, conforme dispõe Tartuce há também na doutrina quem entenda de maneira diferente, propondo que, na verdade, só houve uma equiparação quanto as *normas de solidariedade*, como as regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens, não havendo, portanto, uma equiparação total, por exemplo, em relação às *normas de formalidade*, tais como “as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento (art. 1.639, § 2º do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal”, sendo encabeçada por autores como Anderson Schreiber e

¹⁰⁸ Id. **Processo Familiar. Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em 24 out. 2019.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1219/Supremo+acertou+ao+não+diferenciar+união+estável+de+casamento>>. Acesso em 10 out. 2019.

Ana Luiza Nevares. Este entendimento gerou a aprovação do Enunciado nº 641 da VIII Jornada de Direito Civil, de abril de 2018:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.¹¹⁰

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Flávio Tartuce defende que as decisões nos dois recursos trouxeram apenas uma equiparação sucessória entre ambas as entidades familiares, não se tratando de uma equiparação total:

Em suma, a minha posição é que da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma equiparação sucessória das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma equiparação total que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mário Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um casamento forçado. Em resumo, o decisor do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório.¹¹¹

No mesmo sentido, Schreiber¹¹²:

Acerta, portanto, a maioria do STF quando assemelha os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, não havendo aí equiparação ou aniquilamento da união estável, cujas particularidades seguem preservadas e são até enaltecidas por um regime jurídico que não a apegue em setores em que não há distinção com o casamento. O que se pode discutir, *de lege ferenda*, é se cônjuge e companheiro devem realmente ter direitos sucessórios ou qual o espaço que deveria a lei reservar à autonomia privada em oposição à proteção hoje rígida e cogente da herança legítima.

Sob este prisma verifica-se haver também na doutrina grande divergência quanto a abrangência e amplitude da decisão dos dois recursos extraordinários, vez que estes se limitaram à análise dos pedidos, reconhecendo apenas a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, determinando a aplicação do artigo 1.829, CC/02 também aos companheiros, e equiparando as uniões estáveis homoafetivas às formadas por casais héteros,

¹¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Mansur de. **Opinião. Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia>>. Acesso em: 21 out. 2019.

¹¹¹ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 02.

¹¹² SCHREIBER, Anderson **União estável e casamento: uma equiparação?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em 21 out. 2019.

em nenhum momento tratando sobre os demais dispositivos legais que conferem tratamento distinto àqueles que contraíram matrimônio e aqueles que decidiram viver sob o regime da união estável.

Por este motivo e por se tratar de tema de grande relevância e enorme aplicabilidade diária na sociedade e conseqüentemente no mundo jurídico, necessária uma análise pelo Supremo Tribunal Federal quanto às outras disposições do Código Civil que conferem tratamento diferenciado aos cônjuges e companheiros, visto que o regime sucessório do casamento não se limita ao artigo 1.829, de maneira a conferir maior segurança jurídica à todos no momento da escolha por qual caminho seguir – casamento ou união estável, vez que ainda há inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais quanto aos questionamentos e lacunas existentes, os quais ainda permanecem em aberto, sem um entendimento fixado e pacificado.

Desta maneira, apesar de haver maiores tendências à determinados posicionamentos, ainda não pode-se afirmar que o companheiro passou a ser considerado como herdeiro necessário, sendo incluído no rol previsto no artigo 1.845 do Código Civil, a origem e a amplitude do direito real de habitação conferido aos companheiros, se decorre do referido código ou da Lei 9.278/96, e qual foi a abrangência da tese fixada pelo STF, ou seja, se houve uma equiparação total entre as duas entidades familiares ou se foi apenas uma equiparação parcial, no que tange aos regimes sucessórios do casamento e da união estável.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou desenvolver o tema “Os efeitos da equiparação da união estável ao casamento para fins sucessórios – Uma análise crítica dos efeitos dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721”, com o fim principal de verificar as consequências jurídicas de ambas as decisões do Supremo Tribunal Federal, ocorridas no ano de 2017, e também as possíveis lacunas deixadas pelos extraordinários, vez que se limitaram à análise de seus pedidos, assim como analisar os mais relevantes entendimentos doutrinários quanto à temática.

Para tanto, foi realizado, no primeiro capítulo, “Da família e a Evolução Histórica de seu conceito”, e em seus subcapítulos, uma pesquisa e revisão bibliográfica sobre “Direito de Família”, “Casamento” e “União estável”, a fim de posicionar o julgamento dos recursos extraordinários em um contexto histórico e jurídico que fosse capaz de justificar a necessidade e os anseios de grande parte da sociedade quando da interposição de ambos os recursos.

No segundo capítulo, “Recurso Extraordinário 878.694 e Recurso Extraordinário 646.721”, foi realizada uma análise dos votos de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal no momento de ambas as decisões, ressaltando seus entendimentos, argumentos e justificativas, de forma a verificar a complexidade do tema, seus efeitos e consequências, além também das brechas deixadas, visto que o regime sucessório do casamento vai além do previsto no artigo 1.829, do Código Civil de 2002, assim como o regime sucessório da união estável não se limita ao previsto no artigo 1.790 do referido código.

Por fim, no terceiro capítulo, “A importância, o alcance e as consequências dos RE 878.694 e 646.721”, foi feito um exame da grande relevância do assunto, visto que atinge grande parte da sociedade, e de seus impactos no mundo jurídico, verificando-se os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais após ambos extraordinários, tanto em relação ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/2002, quanto aos hiatos deixados após as decisões, com base no previsto no texto legal.

Com isso e a partir disto, foi possível observar e concluir a enorme contribuição trazida com o julgamento dos RE 878.694 e 646.721, vez que foi possível resolver parte da grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde o início da vigência do Código Civil de 2002, equiparando o regime sucessório da união estável ao do casamento, reconhecendo, de

maneira incidental, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código em comento. Ocorre que tal equiparação se deu apenas no que tange ao previsto no artigo 1.829, CC/2002, que passou a ser aplicado também aos companheiros, não abrangendo os demais dispositivos legais que, portanto, permanecem conferindo tratamento diferenciado entre companheiros e cônjuges, tornando o assunto ainda mais complexo e contraditório, já que tanto doutrina quanto jurisprudência ainda não pacificaram um entendimento, tornando, deste modo, de extrema necessidade e importância a realização de uma nova análise pela Suprema Corte destes outros dispositivos, a fim de que se confira maior segurança jurídica à toda sociedade e que se determine a amplitude e abrangência dos julgamentos.

Em relação ao reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/2002 foi possível notar que se tratou de matéria controversa, apesar de a maioria dos votos ter sido no sentido da necessidade da equiparação entre ambas modalidades de família, com a presença de votos contra tal reconhecimento, assim como de entendimentos doutrinários que não concordaram com a equiparação, os quais sustentaram o esvaziamento da modalidade familiar do casamento, que acabou perdendo sentido de existir, tendo em vista que ambas as entidades familiares passaram a ter as mesmas consequências sucessórias, contando o casamento com inúmeras burocracias e formalidades a serem seguidas, tanto para sua concretização quanto para sua extinção, enquanto a união estável não, sendo necessária apenas o afeto entre as partes e a intenção de constituição de família por parte do casal.

No que tange às lacunas deixadas, como o questionamento quanto a inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários, previsto no artigo 1.845, do Código Civil, e sobre a origem e amplitude do direito real de habitação dos companheiros, se advém da inclusão destes no previsto no artigo 1.831 do CC/2002 ou se ainda advém da leis prévias, também foram verificadas inúmeras divergências, onde parte da doutrina entendeu pela equiparação total das duas entidades familiares, enquanto outra parte da doutrina compreendeu pela equiparação apenas parcial, tendo se limitado às normas de solidariedade, como as regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens.

Neste sentido, por se tratar de temática recente, pouco se tem na doutrina e na jurisprudência, não sendo possível ainda encontrar um entendimento pacífico, que confira maior segurança jurídica a todos, sendo necessário um maior aprofundamento no assunto, a fim de se obter as respostas ainda em aberto. Apesar disto, verificou-se uma grande concordância

por parte da doutrina em relação à decisão da Suprema Corte, quando da equiparação das duas modalidades familiares, além também de uma tendência doutrinária e jurisprudencial pela inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários – artigo 1.845, CC/2002, conforme ocorre com os cônjuges, assim como no artigo 1.831, CC/2002, com uma ampliação do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável.

Ao meu ver, se precipitou o Supremo Tribunal Federal quando reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, equiparando os regimes sucessórios da união estável aos do casamento, uma vez que se tratam de institutos distintos, que possuem características, formalidades e exigências diferentes, no que tange a todos seus aspectos, sendo iguais apenas em seus fins, que é o da formação de família. Assim entendeu a Constituição Federal de 1988 quando reconheceu a existência de outras formas de constituição de família, em nenhum momento tratando-as como iguais, ou hierarquizando uma em relação a outra, inclusive afirmando a necessidade da facilitação da conversão da união estável ao casamento, pela maior segurança jurídica deste último.

Deste modo, não se verifica qualquer inconstitucionalidade no referido artigo, que apenas definiu regime sucessório distinto entre as duas formas de constituição de família, já que ambas são diferentes, sendo possível, portanto, que seus regimes e consequências jurídicas também sejam distintos. Desta maneira, quando o STF decidiu aplicar o artigo 1.829 do CC/2002 aos companheiros, acabou por cercear a autonomia de vontade daqueles casais que escolheram viver em união estável, com base em suas regras e consequências legais, tendo em vista a possibilidade de realização de testamento, impondo-lhes um regramento não desejado, pois caso contrário, poderiam ter optado pelo casamento.

Neste sentido, apesar de todas as modalidades familiares merecerem a mesma proteção estatal, isto não significa que devam ser tratadas de maneira igual, e nem que seus regimes sucessórios e suas consequências jurídicas sejam as mesmas, pois o casal, ao optar por um dos caminhos para a constituição da família, já são sabedores de suas consequências, não podendo o Estado intervir de maneira a desrespeitar a manifestação de vontade, a autonomia de vontade das partes, ferindo até mesmo a segurança jurídica existente. Por este motivo, entendo ter sido equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos RE 878.694 e 646.721.

Entretanto, levando-se em conta ambos os extraordinários e a par de entendimentos doutrinários e pessoais, verifica-se a necessidade da análise pela Suprema Corte dos demais dispositivos legais que ainda conferem tratamento diferenciado entre casamento e união estável, quanto a seus regimes sucessórios, após o reconhecimento pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, com o fim de garantir maior segurança jurídica para os casais que ainda vão optar por qual caminho a seguir, vez que os dispositivos que ficaram em aberto são de grande relevância e possuem consequências jurídicas de extrema importância. Por se tratar de assunto recente e ainda sem contornos definidos, será preciso que doutrina e jurisprudência debruçem sobre o tema, de maneira a pacificar um entendimento, garantindo maior segurança jurídica a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jun. 2019.

_____. **Lei 3.071 de 1º jan. de 1916.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 16 set. 2019.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. **Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1337420 RS 2012/0162113-5. Inteiro Teor. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501653240/recurso-especial-resp-1337420-rs-2012-0162113-5/inteiro-teor-501653247>>. Acesso: 17 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Embte(s): Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Embgo(a/s): Rubens Coimbra Pereira e outros (a/s). Brasília, 26/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. 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. Recdo. (a/s): Geni Quintana. 10/05/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relato: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). 31/08/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Quarta-feira, 10 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Proc. n. 0701586-80.2018.8.07.0006 Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755470162/7015868020198070006-df-0701586-70006?ref=serp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível: AC 0000384-16.2008.8.12.0052 MS 0000384-16.2008.8.12.0052. Disponível em <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747873508/apelacao-civel-ac-3841620088120052-ms-0000384-1620088120052?ref=serp>>. Acesso em: 17 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS – Apelação Cível: AC 0802691-34.2016.8.12.0017 MS 0802691-34.2016.8.12.0017 Disponível em: ><https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/734202973/apelacao-civel-ac-8026913420168120017-ms-0802691-3420168120017?ref=serp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: AI 10000190806778001 MG Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=DIREITO+SUCCESS%93RIO+DO+COMPANHEIRO>>. Acesso em: 17 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – Apelação Cível: AC – 10000190681866001. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750195113/apelacao-civel-ac-10000190681866001-mg?ref=serp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ – Agravo de Instrumento – AI: 0032701-48.2019.8.19.0000 Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748046694/agravo-de-instrumento-ai-327014820198190000?ref=serp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

DELGADO, Mario Luiz. **A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1308/A+sucessão+na+união+estável+após+o+julgamento+dos+embargos+de+declaração+pelo+STF%3A+o+companheiro+não+se+tornou+herdeiro+necessário>>. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Processo Familiar. Razões pelas quais companheiros não se tornou herdeiro necessário.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-raoes-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>>. Acesso em 23 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1219/Supremo+acertou+ao+não+diferenciar+união+estável+de+casamento>>. Acesso em 10 out. 2019.

DRESCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em 08 jun. 2019.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **A União estável no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16e jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>>. Acesso em 23 out. 2019.

_____. **Notícias. STF publica acórdão da equiparação de regime sucessório entre cônjuge e companheiro.** Disponível em

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6432/STF+publica+ac%C3%B3rd%C3%A3o+da+equipara%C3%A7%C3%A3o+de+regime+sucess%C3%B3rio+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro>>. Acesso em: 28 set. 2019.

LIGEIRA, Ricardo. A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil brasileiro. **Revista de direito de família e das sucessões**, São Paulo, v. 8, jan./mar. 2015.

MANIK, Lilina. **União Estável.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4312>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MIGALHAS. **É inconstitucional diferenciação de união estável e casamento para fins de sucessão, define STF. Plenário julgou dois recursos sobre o tema com repercussão geral reconhecida.** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI258630,71043-E+inconstitucional+diferenciacao+de+uniao+estavel+e+casamento+para>>. Acesso em: 28 set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Mansur de. **Opinião. Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia>>. Acesso em: 21 out. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Volume V. Direito de Família.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Processo Familiar. Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em 24 out. 2019.

_____. **Novo CPC foi a principal evolução legislativa no Direito de Família.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1186/Novo+CPC+foi+a+principal+evolu%C3%A7%C3%A3o+legislativa+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 10 out. 2019.

_____. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1220/STF+acabou+com+a+liberdade+de+n%C3%A3o+casar+ao+igualar+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+a+casamento>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **Bem-vindo à clínica do direito.** Disponível em <<http://www.rodriгодacunha.adv.br>>. Acesso em: 29 set. 2019.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHREIBER, Anderson **União estável e casamento: uma equiparação?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em 21 out. 2019.

Súmula n. 364. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf>. Acesso em 05 nov. 2019.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende pelo princípio da intervenção mínima do direito de família?** Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2096960/o-que-se-entende-pelo-principio-da-intervencao-minima-do-direito-de-familia-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em 14 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família e das sucessões: desafios para o futuro. Primeira Parte.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1314/Direito+de+fam%C3%ADlia+e+das+sucess%C3%B5es%3A+desafios+para+o+futuro+++Primeira+parte>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **Direito de família e das sucessões: desafios para o futuro. Segunda Parte.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1320/Direito+de+fam%C3%ADlia+e+das+sucess%C3%B5es%3A+desafios+para+o+futuro.++Segunda+parte>>. Acesso em 10 out. 2019.

_____. **IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%AAncia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **O companheiro como herdeiro necessário.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1287/O+companheiro+como+herdeiro+acess%C3%A1rio>>. Acesso em 10 out. 2019.

_____. **STF entende que art. 1790 do CC é inconstitucional. Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança.** Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>>. Acesso em 14 out. 2019.

_____. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1218/STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art.+1.790+do+C%C3%B3digo+Civil.+E+agora%3F>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **União estável e namoro qualificado.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1265/União+estável+e+namoro+qualificado>>. Acesso em 10 out. 2019.