

O Argumento da Liberdade no Debate sobre a Constitucionalidade do Regime Sucessório do Companheiro: Notas ao RE 878.694/MG

Rafael Mansur de Oliveira

Bacharel em Direito pela UERJ.

Pós-Graduado pela EMERJ.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, recentemente, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, que previa um regime diferenciado para a sucessão da pessoa que vivia em união estável. A decisão, no entanto, não foi unânime. Este trabalho pretende analisar o argumento apresentado pela corrente vencida, e que continua encontrando eco em parcela expressiva da doutrina, de que o regime sucessório do companheiro seria, em verdade, constitucional, por prestigiar a liberdade do casal em escolher o regime legal de sua preferência.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão Legítima. Casamento. União Estável. Princípio da Liberdade. Autonomia Privada.

ABSTRACT: The Federal Supreme Court recently declared unconstitutional the article 1790 of the Civil Code, which established a different rule about inheritance for people who lived in a civil union. The decision, however, was not unanimous. This paper intends to analyze the argument presented by the minority of justices, and still echoed by many scholars, that the partner's succession regime would be, in fact, constitutional, since it protected the couple's freedom to choose the legal regime that best suited them.

KEYWORDS: Intestate Succession. Marriage. Civil Union. Principle of Liberty. Private Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese dos principais argumentos invocados no julgamento do RE 878.694/MG. 3. Novos contornos da liberdade no Direito Civil. 4. A questão da liberdade quanto ao regime jurídico sucessório no casamento e na união estável. 5. Ausência de liberdade e sufocamento do afeto. 6. Outros fundamentos para a defesa da inconstitucionalidade do artigo 1790. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ana dividiu com Marcos¹ uma convivência pública, contínua e duradoura – que perdurou por cerca de nove anos –, e estabelecida com o objetivo de constituírem família. Em 2009, Marcos faleceu, levando Ana a ajuizar em face dos três irmãos do companheiro uma ação de reconhecimento de união estável cumulada com petição de herança. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apreciou o feito, fazendo incidir a norma do artigo 1790, III, do Código Civil, atribuindo a Ana apenas um terço dos bens onerosamente adquiridos por Marcos na vigência da união estável, sendo todo o resto do patrimônio do *de cujus* repartido entre seus irmãos. Interposto recurso extraordinário pela autora, foi reconhecida sua repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de definir questão tormentosa que pairava desde o ano de 2002: seria constitucional o tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil ao companheiro sobrevivente, em regra mais desvantajoso que o regime sucessório do cônjuge nas mesmas condições?

Com efeito, enquanto a sucessão do cônjuge (*rectius*, a sucessão legítima, ou seja, a que se opera por força de lei) é disciplinada pelo artigo 1829² do Código Civil, a do companheiro era tratada em apartado no artigo 1790³, suscitando intenso debate sobre a constitucionalidade do segundo dispositivo, reputado veiculador de discriminação irrazoável e, portanto,

1 Os nomes citados são fictícios.

2 “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.”

3 “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.”

anti-isonômica. São diversas as diferenças entre os regimes, valendo pontuar a restrição da base de cálculo do quinhão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, bem como a sua concorrência com os colaterais, o que não se verifica na sucessão do cônjuge. Para ilustrar a distinção, basta verificar que com a aplicação da sistemática do artigo 1829 ao caso narrado, Ana herdaria todos os bens de Marcos, nada cabendo aos irmãos do falecido.

O julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG foi iniciado em agosto de 2016, sendo concluído, após dois pedidos de vista, em maio de 2017. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, pelo provimento do recurso, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do artigo 1790, sendo acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Restaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso por entenderem constitucional o dispositivo impugnado.

Julgou-se paralelamente o Recurso Extraordinário 646.721/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se assentou a extensão do entendimento prevalecente no RE 878.694/MG às uniões estáveis homoafetivas, sendo designado para redigir o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso.

O objetivo central deste trabalho é tecer algumas considerações sobre um dos argumentos invocados pela corrente vencida em favor da conformidade constitucional do regime sucessório dos companheiros: o de que se trataria de norma que privilegiaria o direito de liberdade do casal. Trata-se de argumento com ampla aceitação, e que tem repercutido com maior intensidade entre os doutrinadores críticos à decisão alcançada pelo tribunal⁴.

Para tanto, o fundamento, conforme constante do voto do Ministro Dias Toffoli, que inaugurou a divergência, será exposto mais detalhadamente no tópico seguinte, após a apresentação das razões do voto do relator, em sentido contrário. Em seguida, será esclarecida a relevância da análise de argumentos associados ao direito de liberdade no âmbito do Direito Civil para, então, aprofundar-se o estudo dos fundamentos aduzidos nos votos. Por fim, serão enfrentados outros argumentos invocados no debate, permitindo alcançar uma conclusão sobre a constitucionalidade do artigo 1790 e, por conseguinte, sobre o acerto ou não da decisão do STF.

4 Por todos: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em 19.06.2017.

2. SÍNTESE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS INVOCADOS NO JULGAMENTO DO RE 878.694/MG

O julgamento do recurso se iniciou pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso⁵, que delimitou a controvérsia constitucional a ser enfrentada na seguinte indagação: “é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?”

Após oferecer uma breve contextualização da controvérsia, traçar um histórico normativo da matéria e pontuar as principais diferenças entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, o Ministro Barroso apresentou os fundamentos pelos quais reputava o artigo 1790 inconstitucional: (i) inicialmente, o dispositivo importaria uma desequiparação ilegítima entre as formas de família oriundas do casamento e da união estável, ao estabelecer entre elas uma relação de hierarquia, uma vez que desigualaria o nível de proteção estatal oferecido aos seus membros; (ii) haveria uma violação ao princípio da dignidade humana, nos seus aspectos de valor intrínseco e de autonomia; (iii) ocorreria, ainda, uma violação ao princípio da proporcionalidade (em sua dimensão positiva, de vedação à proteção estatal insuficiente), por restringir a dignidade humana dos companheiros sem que essa limitação se justificasse à luz de algum direito constitucional contraposto; (iv) e, por fim, incidiria o princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que o Código Civil traria um regime mais restritivo que o previsto no regramento legal anterior (Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996).

Por fim, propôs como solução para o vácuo normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade a aplicação do artigo 1829 também às uniões estáveis, restabelecendo a igualdade de tratamento das entidades familiares, sugerindo ainda a modulação dos efeitos temporais da decisão, para preservar as partilhas concluídas antes do julgamento.

Confira-se a ementa do voto:

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

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

⁵ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em 23.04.2017.

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

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

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

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Em seu voto divergente⁶, o Ministro Dias Toffoli aponta o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição⁷ como norma legitimadora do tratamento diferenciado das entidades familiares, pois, ao determinar que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, teria deixado claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”. Afirma, invocando a exposição de motivos e os debates legislativos, que a desequiparação promovida pelo legislador não seria “injustificada ou desarrazoada”, mas sim fruto do debate democrático. Conclui no sentido de que, havendo múltiplas leituras possíveis da Constituição, deve prevalecer aquela promovida pelo legislador.

No que toca a questão central a ser discutida neste trabalho, o argumento sobre a autonomia do casal, permita-se a transcrição dos trechos mais relevantes do voto do Ministro Dias Toffoli:

⁶ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/3/art20170331-06.pdf>>. Acesso em 23.04.2017.

⁷ “§ 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.” (grifou-se)

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

(...)

Nesse sentido, correto se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que *o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a ‘aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não pretenderam se submeter ao regime formal do casamento’*. Ou pior, que isso possa significar até mesmo

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

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

A mesma preocupação foi externada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio (no deste segundo, talvez até com maior intensidade do que a contida no voto do Ministro Dias Toffoli)⁸.

Exposto o fundamento empregado pelos ministros vencidos, passa-se a um olhar mais detido sobre a matéria. Porém, antes de se adentrar no cerne da questão proposta, há que se aclarar uma indagação preliminar: porque seleccionar, dentre os múltiplos aspectos que circundam o debate sobre o regime sucessório do companheiro, justamente o argumento fundado na liberdade?

3. NOVOS CONTORNOS DA LIBERDADE NO DIREITO CIVIL

É conhecida a percepção histórica do Direito Civil como terreno no qual se reconhece a mais ampla liberdade aos particulares, encontrando esta pontuais limitações:

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias à viabilidade da convivência social.⁹

Essa concepção, porém, não restou imune ao amplo processo de transformações sociais ocorrido ao longo do século XX, culminando, no Brasil e alhures, no fenômeno conhecido como *constitucionalização do Direito Civil*¹⁰. O *princípio da liberdade*, que no âmbito da civilística era traduzido pelo conceito da *autonomia da vontade*, é significativamente impactado por esse giro paradigmático¹¹, ao ponto de se verificar a substituição da expressão clássica pela referência a uma *autonomia privada*.

Enquanto a autonomia da vontade expressava a vasta liberdade do sujeito de regular o seu patrimônio em conformidade com a sua vontade

8 A manifestação oral dos ministros pode ser assistida em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZQDVuD9Rops>>. Acesso em 15.06.2017.

9 BODIN DE MORAES, Maria Celina. "A Caminho de um Direito Civil-Constitucional". In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 4-5.

10 TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 7-13.

11 Referido por Luiz Edson Fachin como uma verdadeira "virada de Copérnico".

psicológica e individualista, salvaguardada contra indevidas ingerências estatais, a noção de autonomia privada hoje remete ao poder conferido pela ordem jurídica às pessoas para regularem suas relações patrimoniais e existenciais, sempre em conformidade com os demais valores contemplados no ordenamento¹². Desse modo, fica marcada de forma nítida a modificação – não apenas quantitativa, mas também qualitativa – do espaço de liberdade no âmbito das relações interprivadas¹³.

Embora a proclamação dessas mudanças já seja amplamente difundida na doutrina pátria, a aplicação de tais ideias a situações concretas muitas vezes encontra uma forte barreira na visão, ainda arraigada na cultura jurídica brasileira, do Direito Civil como um campo normativo que teria na liberdade seu valor maior.

Daí a necessidade de contínua vigilância sobre a invocação de argumentos associados à liberdade (ou à autonomia), de modo a garantir que a liberdade invocada seja aquela em sintonia com os demais valores fundamentais do ordenamento jurídico, e não o puro e simples arbítrio do sujeito, sob pena de relegar ao campo da retórica o valioso esforço empreendido nas últimas décadas para a construção de um Direito Civil comprometido não apenas com uma sociedade livre, mas também justa e solidária (art. 3º, I, da CR).

4. A QUESTÃO DA LIBERDADE QUANTO AO REGIME JURÍDICO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

No caso em exame, o argumento suscitado pode ser assim sintetizado: a coexistência de regimes distintos de sucessão para as famílias fundadas no casamento e na união estável privilegia a autonomia do casal de optar pelo modelo familiar cujo regime jurídico sucessório melhor lhe convier.

É preciso desde já consignar que não há nenhuma inverdade na afirmação. Com efeito, a existência de modelos familiares com regras distintas para a sucessão efetivamente permite que aqueles que pretendam formar uma entidade familiar escolham o seu modelo tomando em consideração o regime sucessório a ele atrelado. Saindo, porém, do plano das abstrações, outras questões relevantes começam a emergir.

Observe-se, inicialmente, o fato de que a mera possibilidade de as pessoas optarem entre os diversos arranjos familiares ponderando as regras

12 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 63-72.

13 Trata-se de questão de extrema relevância, mas que não comporta aprofundamento nos estreitos limites deste trabalho. Para uma análise mais detida da matéria, confira-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. “Autonomia e o Corpo de cada um”. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2015. p. 119-122.

sucessórias aplicáveis não significa necessariamente que este seja um aspecto relevante da decisão tomada.

Aliás, para que esse fator sequer seja considerado, ele precisa ser anteriormente conhecido pelo casal, o que não parece ser a regra na nossa realidade social. No imaginário popular, a união estável acaba sendo equiparada a um “casamento de fato”, especialmente em razão da unidade funcional entre os institutos, intuitivamente percebida mesmo por quem não possui formação jurídica: uma vez configurados, ambos dão origem a uma família, assim reconhecida pelo Direito. Quem já tentou explicar a um leigo que a situação de duas pessoas que vivem como se casadas fossem, são socialmente percebidas como casadas e são juridicamente vinculadas (assim como as pessoas casadas), configura, em verdade, uma união estável, e não um casamento, fatalmente experimentou a frustração de ter suas considerações liminarmente rejeitadas pela convicta afirmação de que “eles estão é casados sim!”

A confusão é potencializada pela identidade do regime de bens supletivo, que tanto na união estável como no casamento é o da comunhão parcial de bens (arts. 1640 e 1725 do CC). No momento da constituição da família, é natural que as atenções recaiam sobre o regime de bens, relegando a um segundo plano cogitações¹⁴ acerca dos efeitos sucessórios¹⁴, ou mesmo presumindo que, sendo iguais os efeitos patrimoniais quanto ao regime de bens, o mesmo se daria em relação à sucessão *causa mortis*.

Não se pode desconsiderar, ainda, o não raro cenário no qual a decisão de constituir família é tomada sem qualquer reflexão prévia quanto aos aspectos patrimoniais envolvidos, seja em razão do fato de o casal não possuir um acervo patrimonial expressivo, seja por reputar “mesquinho” pensar em dinheiro em um momento no qual o afeto deveria prevalecer.

Ainda que se trate de casal precavido, atento aos potenciais reflexos de suas escolhas existenciais sobre seu patrimônio, e que deseje investigar as consequências sucessórias do modelo de família que adotarão, o direito positivo brasileiro não contribui para o esclarecimento das dúvidas que podem

14 O que pode ser explicado, em parte, pela tendência humana de evitar pensar na própria morte: “Quando retrocedemos no tempo e estudamos culturas e povos antigos, temos a impressão de que o homem sempre abominou a morte e, provavelmente, sempre a repeliu. Do ponto de vista psiquiátrico, isto é bastante compreensível e talvez se explique melhor pela noção básica de que, *em nosso inconsciente, a morte nunca é possível quando se trata de nós mesmos. É inconcebível para o inconsciente imaginar um fim real para a nossa vida na terra* e, se a vida tiver um fim, este será atribuído a uma intervenção maligna fora de nosso alcance. Explicando melhor, em nosso inconsciente só podemos ser mortos; é inconcebível morrer de causa natural ou de idade avançada. Portanto, *a morte em si está ligada a uma ação má, a um acontecimento medonho*, a algo que em si clama por recompensa ou castigo” (KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes*. 7. ed. Tradução de Paulo Menezes. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 14. Grifou-se).

surgir. Além da usual dificuldade envolvida na interpretação por leigos dos preceitos legais, em razão do caráter técnico dos textos jurídicos, a ambiguidade na redação dos enunciados contidos nos artigos 1790 e 1829 enseja intensas divergências na doutrina e na jurisprudência, criando um dificultador adicional para quem eventualmente desejar planejar sua sucessão¹⁵. Na prática, portanto, apenas quem puder consultar um advogado especialista será capaz de ponderar os efeitos sucessórios do modo de constituição de família. Em nosso contexto social, essa não é uma possibilidade real para a grande maioria da população.

Ademais, mesmo que a distinção de regimes seja do conhecimento das partes (e que elas sejam capazes de compreendê-los), é possível que outros fatores sejam considerados pelo casal como de maior peso nessa decisão. Convicções político-filosóficas refratárias a exigências burocráticas ou mesmo à necessidade de chancela estatal a decisões afetivas podem ser decisivas na opção do casal pela união estável, preponderando sobre as considerações de ordem patrimonial.

Nessa linha, em um cenário normativo no qual o regime sucessório do companheiro, de modo geral, é tão desfavorecido em relação ao do cônjuge¹⁶, é mais plausível supor que os casais conhecedores do regramento legal optam pela união estável *apesar* dos seus efeitos jurídicos, e não *em razão* deles.

Não se está a afirmar, insista-se, que não existam casais (em geral, pessoas de melhor condição econômica, com a possibilidade de consultar um advogado para auxiliá-los nessa decisão) que escolham constituir suas famílias em união estável justamente para se submeterem à disciplina do artigo 1790. Todavia, em uma realidade social na qual mais de um terço dos casais

15 “Daí a importância de que o Direito das Sucessões não crie obstáculos adicionais, exprimindo-se sempre por normas claras e objetivas. Qualquer dúvida de interpretação dá margem ao surgimento de desacordos, que se mostram de difícil solução em um momento em que os ânimos das partes se encontram à flor da pele, por força da perda dolorosa de um ente querido, não raro o elemento unificador daquela família. O Código Civil brasileiro de 2002 desviou-se dessa importante premissa, trazendo muitas normas de redação ambígua, que suscitam dúvidas para os intérpretes no campo sucessório. (...) Cenários assim tão fragmentados, que poderiam se mostrar instigantes em outros campos do Direito, revelam-se devastadores no campo das Sucessões, onde a ausência de uma diretriz clara acaba elevando a conflituosidade *post mortem* e dificultando mesmo a disposição dos bens em vida, tendo se tornado cada vez mais frequente na prática advocatícia a elaboração de testamentos com cláusulas condicionadas à interpretação prevalente das normas jurídicas. O Direito das Sucessões deixa, assim, de ser baliza, para se tornar complicador” (SCHREIBER, Anderson. Sucessão do Companheiro no STF. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/sucessao-do-companheiro-no-stf/17095>>. Acesso em 16.06.2017).

16 Cite-se, para além da questão da ordem de vocação, o fato de o Código não reconhecer expressamente os companheiros como herdeiros necessários (art. 1845) e a eles não estender o direito real de habitação (art. 1831). É verdade que algumas dessas discriminações legais têm sido objeto de uma hermenêutica corretiva por parcela da doutrina (cf. Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”), mas a matéria está longe de ser pacífica.

que formam uma família vivem em união estável¹⁷, não parece que esta seja a situação da maior parte dos companheiros.

Não é demais pontuar uma certa incoerência na ideia de que haveria uma escolha pela união estável. É que, uma vez presentes seus requisitos legais, estará formado o núcleo familiar, com todos os efeitos jurídicos que dele decorrem, independentemente de qualquer manifestação de vontade dos particulares nesse sentido. Trata-se, portanto, de verdadeiro ato-fato jurídico, que a rigor não derivaria do exercício da autonomia privada pelos integrantes da relação¹⁸.

É verdade que, no mundo dos fatos, muitas vezes há uma decisão prévia e refletida de viver em união estável, mas não se pode ignorar as situações em que um mero namoro se transmude de forma espontânea, com o decurso do tempo e o estreitamento do afeto, surgindo o ânimo de constituir família, em uma união estável, sem que tenha havido uma escolha consciente do casal¹⁹ (e muito menos qualquer cogitação acerca de seus efeitos).

Nessa linha de intelecção, o grande equívoco do argumento parece ser justamente a premissa assumida de que os efeitos jurídicos são um aspecto relevante (senão o principal) da “opção” entre união estável e casamento. Defende-se, assim, a liberdade do *sujeito de direito* abstrato – que toma suas decisões com base apenas na razão, optando pelo arranjo familiar que ofereça o regime jurídico mais conveniente quanto aos efeitos patrimoniais produzidos – em detrimento da tutela da *persona humana*, cujas decisões são influenciadas pelos mais diversos fatores, entre eles seus sentimentos e visões de mundo, e que está concretamente inserida em uma sociedade na qual a maioria das pessoas desconhece os meandros da lei²⁰.

17 “Mais de um terço de uniões no país é consensual sem casamento, diz IBGE”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensual-sem-casamento-diz-ibge.html>>. Acesso em 23.04.2017.

18 “Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas — ou de uma delas — seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 172).

19 Fenômeno sensivelmente captado por Anderson Schreiber: “A constituição da união estável é, quase sempre, progressiva, não podendo ser identificada em um momento singular, mas no crescente comprometimento dos envolvidos em torno de um projeto comum, nascido, não raro, de forma inconsciente e silenciosa, mais na intimidade dos espíritos que na solenidade das declarações” (SCHREIBER, Anderson. “Famílias Simultâneas e Redes Familiares”. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas. 2013. p. 302).

20 Sobre este movimento de transição do indivíduo abstrato à pessoa concreta, são eloquentes as palavras de Daniel Sarmiento: “Nesse novo contexto, o discurso sobre a dignidade humana também se modifica, incorporando uma dimensão social e relacional inafastável. Não se retorna à compreensão pré-moderna e estamental do ser humano como parte subordinada ao todo social, mas tampouco se mantém a visão ‘insular’ de pessoa, alentada pelo discurso jurídico do libe-

Como consequência, a situação dos que ingressam em uma união estável convictos de que estão devidamente amparados pela ordem jurídica e descobrem, no momento do falecimento de seu companheiro, que possuem menos direitos do que teriam caso tivessem escolhido se casar, deixaria de ser reputada uma sanção indireta pela opção pela vida na informalidade, passando a ser considerada constitucionalmente legítima por representar a consequência de uma suposta (ainda que, na maior parte das vezes, inexistente) escolha individual, fruto de sua autonomia²¹.

Olhando a questão sob outro ângulo, percebido com perspicácia pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, vincular determinados regimes sucessórios a modelos familiares específicos pode significar, em verdade, um cerceamento da liberdade do casal, uma vez que deverá ser adotado obrigatoriamente o tipo de constituição familiar que possui o regime de sucessão desejado²²:

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

ralismo-burguês. O ser humano, nessa perspectiva, continua a ser concebido como um fim em si mesmo, na linha de Kant. Mas não se trata mais de uma abstração racional, valiosa porque ‘tem a lei moral dentro de si’, como queria Kant, mas sim de um indivíduo concreto, imerso num determinado universo material e simbólico, participe de uma teia de relações intersubjetivas que compõem a sua identidade. Uma pessoa real, que usa a razão e faz escolhas, mas que também sente fome, fica doente, cultiva amizades, ama, sofre e precisa do outro, e que não deixa de ser digna por isso” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 50-51).

21 Como parece decorrer da lição de Rodrigo da Cunha Pereira: “Em outras palavras, (...) o sujeito é responsável por suas escolhas. Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens e desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é a liberdade de as pessoas escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferença entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “União Estável”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015. p. 233).

22 Em sentido semelhante, o magistrado Luiz Edson Fachin: “Quanto aos valores constitucionalmente consagrados, verifica-se que a discriminação estabelecida no art. 1.790 do CC/2002 viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (ou isonomia), um vez que, por meio da diferenciação entre os efeitos sucessórios da união estável e do casamento, dá menos (ou mais) condições (reais) de desenvolvimento a determinada pessoa tão somente pela *escolha da entidade familiar, que deveria ser livre e desvinculada de quaisquer aspectos patrimoniais*” (FACHIN, Luiz Edson. “Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil Brasileiro”. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de Direito Civil: pareceres*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 55. Grifou-se).

desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988. (grifou-se)

Sob esse viés, desloca-se o enfoque da questionável liberdade para a escolha de efeitos para o campo da livre escolha quanto ao modo de constituição familiar adotado, enquanto decorrência da autonomia privada existencial haurida do princípio da dignidade humana²³:

O delineamento da estrutura familiar na Constituição é finalizado com a conceituação do princípio constitucional da liberdade para constituir família, decorrência da previsão constitucional do princípio da liberdade (artigo 5º, *caput*), inclusive como corolário da dignidade humana (prevista no artigo 1º, III, que se revela principalmente ao supervalorizar a proteção das chamadas situações existenciais, dentre as quais a autonomia privada para escolher como formar a família, protegendo por igual, além da liberdade do indivíduo, a igualdade material com os demais, sua integridade psicofísica e instituindo um regime social de solidariedade). É corrente na doutrina contemporânea a definição desse princípio de liberdade como coincidente com o respeito à livre escolha e autonomia para a constituição da família, realização dos indivíduos dentro dela e sua extinção, sem qualquer imposição ou restrição externa de parentes, da sociedade ou mesmo do legislador.²⁴

Destarte, quando contrapostas as duas expressões de liberdade propugnadas, a primeira fundada na autonomia para a escolha dos aspectos patrimoniais²⁵ ligados à sucessão *causa mortis*, e a segunda ligada à autonomia

23 Sobre a fundamentação da autonomia privada existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, oportuna a lição de Rose Meireles: “Dessa forma, a autonomia privada não pode ser compreendida, hoje, sem o respeito à dignidade da pessoa humana. Nas situações patrimoniais, tal fica marcada no art. 170 da Constituição da República, a sua funcionalização às situações existenciais, visto que a livre iniciativa, base da ordem econômica, tem por fim assegurar a todos existência digna. Com maior intensidade a dignidade da pessoa humana deve ser observada nas situações existenciais, pois nestas a pessoa íntegra, ao mesmo tempo, seu núcleo de interesse e função. A liberdade constitucional do art. 5º tem conteúdo negativo, insuficiente para abraçar a tutela positiva das situações existenciais. Por isso, *o fundamento constitucional da autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais se encontra na própria dignidade humana* que tem como um dos seus postulados a liberdade no sentido positivo e negativo” (MEIRELES, op. cit., p. 106, grifou-se).

24 NAMUR, Samir. *Autonomia Privada para a Constituição da Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 135.

25 Ou, ao menos, *eminente* patrimoniais. Não se pode olvidar o caráter muitas vezes dúplice das situações jurídicas subjetivas, sob pena de escamotear a complexidade inerente à realidade social. Sobre a instigante temática, seja consentido remeter a: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. “Situações Jurídicas Dúpliques: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. p. 3-24. Especificamente no caso em exame,

existencial para a escolha do modelo familiar correspondente à concepção de vida boa do casal, a primazia do “ser” sobre o “ter” – decorrente da centralidade axiológica da dignidade humana em nosso ordenamento jurídico²⁶ – advoga fortemente a prevalência da segunda sobre a primeira.

As dúvidas que poderiam ainda remanescer são afastadas pela singela constatação de que a garantia da concepção da liberdade quanto aos efeitos tem como pressuposto a perpetuação de um tratamento francamente discriminatório entre as entidades familiares fundadas no casamento e na união estável, vulnerando o princípio constitucional da isonomia²⁷. O transplante da anacrônica supremacia do valor da liberdade sobre o da igualdade material (que tanto marcou o pensamento liberal-burguês nos séculos XVIII e XIX) do campo econômico para a seara existencial representaria inaceitável retrocesso civilizatório, incompatível com o caráter compromissório de nossa Constituição.

Destaque-se, por fim, que a liberdade para determinação dos efeitos sucessórios viabilizada pela manutenção do regime legal previsto para a união estável é muito mais aparente do que real. Isso porque o referido regime integra a chamada sucessão legítima, enquanto o exercício da autonomia privada no Direito Sucessório se dá principalmente no campo da sucessão testamentária, ainda assim encontrando expressiva constrição no instituto da legítima²⁸. Portanto, havendo herdeiros necessários²⁹, aplicar-se-ão quanto a eles as regras da sucessão legítima, infensas a qualquer alteração por parte do testador³⁰.

embora direcionada à disciplina da distribuição do patrimônio após a morte de seu titular, o interesse subjacente à escolha do regime poderá, eventualmente, corresponder a concepções existenciais sobre o melhor meio de atender às necessidades dos diversos membros do grupo familiar, por exemplo.

26 Como ensina Maria Celina Bodin de Moraes: “o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. In: BODIN DE MORAES, Na Medida da Pessoa Humana, op. cit., p. 114).

27 A incidência do princípio da isonomia resultando na exigência de tratamento igualitário entre as entidades familiares derivadas de distintos meios de formação é um aspecto teórico central da tese de inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC. Deixou-se de desenvolver o tema de forma mais profunda, de modo a privilegiar o enfoque da questão à luz do princípio da liberdade, problema central deste trabalho, mas a questão da igualdade será retomada, ainda que brevemente, nos tópicos seguintes.

28 “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

29 “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” Intensa é a polêmica sobre a qualificação do companheiro como herdeiro necessário. Para uma explanação substancial sobre a questão, posicionando-se pela condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 469-475.

30 Na precisa síntese de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore: “A sucessão legítima, portanto, é terreno da ordem pública, e não da autonomia privada” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE,

Vê-se com clareza que a autonomia privada sucessória encontra rígidos limites na disciplina legal. De um lado, a pertinência da legítima é matéria candente na doutrina, opondo aqueles que entendem ser o instituto um instrumento valioso de concretização do princípio da solidariedade familiar aos que defendem se tratar de injustificada restrição à liberdade testamentária³¹. Por outro lado, a própria sucessão legítima peca ao submeter os mais diversos arranjos fáticos a um regramento monolítico, pouco preocupado com a situação concreta do herdeiro e sua efetiva inserção na dinâmica familiar, sem permitir qualquer modulação por parte do autor da herança. É o que defende Ana Luiza Maia Nevares:

Nesse cenário, questiona-se se essa proteção direcionada à pessoa de cada um dos que integra a entidade familiar encontra-se na legítima dos herdeiros necessários, uma vez que, em relação aos descendentes e aos ascendentes, por exemplo, não há qualquer diferenciação nas regras sucessórias com base nas características e especificidades dos herdeiros, bastando que integrem tal categoria de parentes para que possam ser considerados herdeiros necessários. [...]

As aludidas posições jurisprudenciais parecem direcionar a análise para um debate mais amplo, a saber, aquele relativo à imposição de uma legítima para certos parentes, demonstrando um reclame por uma ampliação da liberdade de testar e por uma revisão da posição neutra do Direito Sucessório em relação às singularidades dos chamados à sucessão.

Com efeito, diante da igualdade entre os cônjuges na família; da maior expectativa de vida das pessoas, que leva à sucessão em favor dos filhos quando estes já alcançaram a idade adulta e aquela em que mais se produz e em favor dos pais quando estes estão muito idosos e dependentes e, ainda, diante do fenômeno cada vez mais comum da recomposição das famílias em virtude dos divórcios e das novas núpcias, pondera-se se a proteção à família extraída da legislação sucessória está realmente em

Anna Cristina de Carvalho. “Divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida”. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 5, jul./set. 2015. p. 127).

31 Um bom panorama do debate pode ser encontrado em: TEIXEIRA, Daniele Chaves. “A necessidade de se revisitar o instituto da Legítima”. In: MONTEIRO FILHO; GUEDES; MEIRELES (org.), *Direito Civil*, op. cit., p. 389-402.

consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um de seus membros, como determina o mandamento constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.³²

Nesse contexto, a defesa da manutenção de um regime específico de sucessão para os companheiros se dá no afã de tentar ampliar, de modo indireto, o espaço de liberdade das pessoas em determinarem o destino de seu patrimônio após a morte. Ante a excessiva limitação imposta pela legislação vigente, uma possível alternativa seria optar pela constituição da união estável, que ofereceria uma vocação hereditária diferenciada em relação à constante do artigo 1829.

Todavia, há que se reconhecer que o ganho promovido à liberdade do autor da herança com a preservação do regime sucessório do companheiro é mínimo, podendo fugir do bloco normativo rijo previsto no artigo 1829 apenas para se enquadrar no bloco igualmente estático do artigo 1790³³. Fica claro, desse modo, que a ideia de flexibilidade associada à família decorrente de união estável não se revela totalmente verdadeira: não obstante o afastamento da solenidade envolta na constituição da entidade familiar, os efeitos trazidos pelo legislador revelam-se, por vezes, tão rígidos quanto aqueles atribuídos ao casamento³⁴.

A questão, porém, transcende análise do tratamento conferido pelo legislador à matéria, impondo uma reflexão quanto ao objetivo da Constituição ao referir expressamente a tutela da união estável enquanto entidade familiar. Não se buscou ampliar o “cardápio” de regimes jurídicos postos à disposição do casal que desejasse constituir família, mas sim oferecer um “meio de proteção às famílias formadas espontaneamente, à margem do liame solene do matrimônio”, e que “restavam, quase sempre, desamparadas

32 NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 26.04.2017.

33 Daí a impropriedade da manifestação da Procuradoria Geral de República no processo, ao afirmar que: “Diante de tudo isso, tem-se que a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada. Se inexistente impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que a entendem mais adequada às suas conveniências, necessidades e anseios, *afastando-se das rígidas regras decorrentes do casamento*” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307752065&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 28.04.2017). Haveria, de fato, uma maior flexibilidade no regime sucessório da união estável caso reconhecida a qualificação do companheiro como herdeiro facultativo. No entanto, as mesmas razões que levam à inconstitucionalidade do artigo 1790, aduzidas mais à frente, também impõem o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário. Trata-se, porém, de aspecto irrelevante na análise da constitucionalidade do artigo 1790, pois essa maior liberdade decorreria não da vocação estipulada, mas sim do afastamento do caráter necessário da herança do companheiro, que, em tese, poderia subsistir mesmo diante de um tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros quanto à ordem de vocação.

34 A questão do critério para a aferição de legitimidade das distinções de tratamento entre o casamento e a união estável promovidas pelo legislador será objeto de olhar mais cuidadoso mais à frente.

na ocasião de sua ruptura”³⁵. Em outras palavras: a finalidade precípua da união estável não é socorrer a liberdade de quem queira fugir dos efeitos do casamento, mas sim o de tutelar as famílias que se formam sem o amparo de um título formal.

A discussão sobre a amplitude da liberdade testamentária, justamente por traduzir uma preocupação legítima, revela-se merecedora de profunda reflexão e debate, permitindo o adequado equacionamento da tensão entre solidariedade familiar e autonomia privada, sendo indevida a tentativa – vã – de se resolver a questão por via oblíqua por meio da admissão de um regime sucessório paralelo nas famílias formadas por união estável³⁶.

Em conclusão, deve ser rejeitado o argumento em defesa da constitucionalidade do artigo 1790, que sustenta ser o dispositivo norma ampliadora da liberdade referente à escolha dos efeitos jurídicos decorrentes da formação de entidade familiar, por se tratar de concepção em descompasso com a realidade social brasileira, justificada pela tentativa pouco efetiva de ampliar a autonomia patrimonial no campo da sucessão, e por representar entrave injustificado ao exercício da autonomia privada existencial no tocante ao modo de constituição da família, embaraçado pela sua repercussão obrigatória e muitas vezes indesejada no regramento sucessório.

5. AUSÊNCIA DE LIBERDADE E SUFOCAMENTO DO AFETO

Nos últimos anos, modificaram-se significativamente as lentes pelas quais a ciência jurídica encara o afeto: de fenômeno desprovido de qualquer juridicidade, a afetividade passou a ser reputada um verdadeiro pilar do direito de família, levando parte da doutrina a cogitar até da existência de um princípio da afetividade³⁷. Nesse contexto, impõe-se refletir com seriedade sobre a possibilidade de a interpretação conferida a determinada norma jurídica

35 SCHREIBER, Anderson, “Famílias Simultâneas e Redes Familiares”, op. cit., p. 304.

36 É o alerta de Ana Luiza Maia Nevares: “No exame de tal questão, precisamos nos distanciar de uma reflexão mais ampla, relativa ao dilema entre ampliar a liberdade testamentária em detrimento da proteção da família ou vice-versa. Em 2016, diante de uma família plural, democrática, de consagração da plena igualdade entre homens e mulheres e da clara inserção da mulher no espaço público, bem como das famílias recompostas, quando não é incomum a sucessão hereditária em segundos ou terceiros relacionamentos, com filhos comuns ao autor da herança e ao consorte sobrevivente e filhos exclusivos do primeiro, é muito pertinente nos questionarmos sobre a posição do cônjuge e do companheiro na vocação hereditária, ponderando se não seria o caso de ampliar a liberdade do testador em relação ao consorte. No entanto, esta é questão para uma lei a ser criada, que não pode nos influenciar na análise em questão” (NEVARES, Ana Luiza Maia. “Casamento ou União Estável?”. In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 9, jul./set. 2016. p. 167). Na mesma direção, as reflexões contidas no parágrafo final do texto de: 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 16.06.2017.

37 CALDERON, Ricardo Lucas. “Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos?”. In: TEPEDINO; Gustavo; FACHIN; Luiz Edson (Org.). Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá. 2011. p. 265-281.

resultar, ainda que de modo reflexo, na restrição das manifestações de afeto. É nesse sentido a ponderação trazida por Regina Beatriz Tavares da Silva, acolhida expressamente pelo voto do Ministro Marco Aurélio, ao assentar que:

Ao contrário do que pretende o Ministro Barroso, se o STF equiparar indevidamente a união estável ao casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar. Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios! Quem ainda não vive em entidade familiar, possivelmente temeroso de seus efeitos sucessórios, permanecerá sozinho, fará declarações de namoro para assegurar que a relação que vive não é de união estável, enfim, não poderá extravasar seu afeto, terá que contê-lo, tornar-se-á infeliz e isto em razão de uma decisão equivocada do STF. O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e a destruir o afeto.³⁸

A possibilidade real de uma decisão judicial destruir o afeto, ou, ainda que não chegasse a tanto, criar um intenso embaraço à possibilidade de sua vivência, seria um vetor interpretativo relevante no sentido contrário ao da decisão, sendo certo que a afetividade é aspecto central para a realização da personalidade humana.

Contudo, o cenário retratado parece pouco factível. Conforme imortalizado pela pena de Carlos Drummond de Andrade, o “amor foge a dicionários e a regulamentos vários”³⁹. Revela-se, assim, extremamente improvável que a modificação do regime sucessório, ainda que seja do conhecimento do casal, seja causa suficiente para impedir pessoas que se amam de viverem em comunhão, constituindo uma família. O conteúdo do artigo 1829, embora passível de críticas, não parece ser tão repugnante ao ponto de servir de desestímulo a que as pessoas expressem seu afeto – se assim o fosse, seria o caso de investigar a sua inconstitucionalidade, por implicar barreira à constituição não apenas de uniões estáveis, mas também de casamentos.

38 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O afeto será prejudicado pelo STF. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/>>. Acesso em 15.06.2017.

39 ANDRADE, Carlos Drummond de. As sem-razões do amor, apud CALDERON, op. cit., p. 265.

Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, com a consequente submissão dos companheiros ao regime do artigo 1829, constitui alteração com pouco impacto na dinâmica concreta do casal, uma vez que os efeitos sucessórios só se colocam após a morte de um de seus integrantes. A decisão do STF apenas restabelece o quadro normativo vigente antes do Código Civil, no qual havia um regramento sucessório único para o casamento e a união estável. Nunca se cogitou, àquele tempo, de que a ausência de um regime sucessório alternativo inibisse os casais de constituírem família⁴⁰; não parece haver elementos concretos que indiquem que isto efetivamente ocorrerá a partir de agora.

Daí se poder afirmar, com alguma segurança, que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, além de não acarretar uma limitação indevida na liberdade do casal, também não ensejará qualquer reflexo negativo nas suas vidas afetivas.

6. OUTROS FUNDAMENTOS PARA A DEFESA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790

Tecidas as considerações pertinentes à invocação do princípio da liberdade, merecedor de atenção especial, resta analisar, ainda que brevemente, outros argumentos invocados no debate sobre a questão constitucional analisada. Embora causem algum impacto à primeira vista, são assuntos há muito debatidos pela doutrina, devidamente enfrentados no voto do relator, com a chancela do plenário do STF, razão pela qual apenas serão apontados os contra-argumentos pertinentes.

Conforme já exposto, afirma-se que o artigo 226, §3º, da Constituição, ao determinar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, seria norma que autorizaria (ou mesmo imporá) um tratamento diferenciado entre essas modalidades de família, pois só faz sentido converter uma coisa em outra se essas coisas forem distintas⁴¹. Há quem vá mais além,

40 Muito pelo contrário. Analisando o panorama normativo muito mais rígido que vigeu na maior parte do século passado, que impedia a extinção do matrimônio malsucedido e a formação de nova família, aponta Maria Berenice Dias: “Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações afetivas mesmo sem amparo legal. *Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade*” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 173. Grifou-se).

41 Sempre lembrada, na defesa desse ponto, a lição do eminente professor José Carlos Barbosa Moreira: “Ao admitir a união estável entre homem e mulher qual ‘entidade familiar’ posta sob a proteção do Estado, a Carta de 1988 inseriu a matéria, de forma inequívoca, no âmbito do direito de família, diversamente do que faziam construções jurídicas como a da ‘sociedade de fato’, colocada no plano do direito das obrigações. A partir daí, deixou de gozar o casamento da aptidão exclusiva para servir de fundamento à família. Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve facilitar a conversão da

entendendo que não bastaria que essas modalidades tivessem tratamento distinto, devendo o regime do casamento necessariamente ser privilegiado, uma vez que a lógica da Constituição seria a de facilitar a migração do casal para um modelo familiar com mais direitos.⁴²

O raciocínio, todavia, revela-se apenas parcialmente correto. Com efeito, é inegável que casamento e união estável são institutos distintos, sendo impróprio falar em equiparação entre eles. Mas, tratando-se, em última instância, de diferentes modelos de família, essa distinção não é absoluta. Há de se perquirir, portanto, à luz do princípio da isonomia, em que medida tais institutos se aproximam e se afastam, a fim de determinar quais seriam as diferenças de tratamento normativo legitimamente estipuladas⁴³. A questão foi enfrentada com percuciência por Gustavo Tepedino, que assim os cotejou:

Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída do casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.

Trata-se de identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenida-

união estável em casamento - o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguados" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Código Civil e a União Estável. Disponível em: <www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira/novo.pdf>. Acesso em 27.04.2017).

42 Anderson Schreiber adverte quanto ao equívoco desta percepção: "Difundiu-se, todavia, o entendimento de que na união estável os direitos dos companheiros não poderiam ser 'tão fortes' quanto os direitos dos cônjuges, devendo consubstanciar necessariamente uma proteção 'menor' que aquela atribuída à esposa ou esposo. Tem-se aí grave erro de perspectiva, que enxerga a união estável não como entidade familiar *diversa*, mas como entidade familiar *inferior* ao casamento, quando o Constituinte não acolhe tal hierarquização" (SCHREIBER, União Estável e Casamento: uma equiparação?, op. cit.).

43 No elegante magistério de Luiz Edson Fachin: "Sabendo-se, entretanto, que o princípio da igualdade é passível de ponderação com outros princípios de igual hierarquia, impende investigar se a discriminação feita pelo art. 1790 é, ou não, positiva. Para tanto, é necessário identificar: (a) o *fator de discrimen*; (b) se há correlação lógica entre esse fator e a *discriminação legal* decidida em função dele; e (c) se ela atende aos *valores constitucionalmente consagrados*" (FACHIN, op. cit., p. 54-55, grifos no original).

de do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade dos seus componentes, aí, sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contraria o ditame constitucional.⁴⁴

Dessarte, reside na formalidade intrínseca à formação do casamento e ausente na da união estável a chave para a compreensão da celeuma. As distinções normativas cuja teleologia possa ser reconduzida à solenidade do ato originário estarão em consonância com o ordenamento, enquanto aquelas que se justifiquem nos laços familiares formados entre companheiros ou cônjuges devem ser rechaçadas pelo intérprete⁴⁵. Ora, não pairam dúvidas quanto à inserção das regras que estabelecem a vocação hereditária no âmbito da sucessão legítima nesse segundo grupo, tratando-se de “normas que são informadas pelos princípios próprios da convivência familiar, vinculadas ao dever de solidariedade existente entre os componentes da família”⁴⁶.

Companheiro e cônjuge desempenham rigorosamente o mesmo papel no seio do grupamento familiar, sendo impossível determinar, sem uma consulta ao registro civil de pessoas naturais, se se está diante de uma ou outra figura. Daí a injustiça de se conferir, após a morte de um dos membros do casal, tratamentos distintos para quem exerceu a mesma função em vida. Apenas nos casos em que essa “consulta” for relevante será possível a aplicação de regras distintas.

44 TEPEDINO, Gustavo. “Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”. In: TEPEDINO, Temas de Direito Civil, op. cit., p. 408.

45 Esse critério de distinção precisa ser bem compreendido, de modo a evitar equívocos na delimitação dos seus efeitos sobre o regime jurídico da união estável. Nessa esteira, não parece ser a melhor a leitura feita por José Fernando Simão sobre o conteúdo da decisão do STF, ao afirmar que: “Da leitura do voto do Ministro Barroso percebe-se uma linha condutora. Só é constitucional a diferença quando da *criação, comprovação e extinção*, logo, em termos de efeitos, união estável e casamento não podem ser diferenciados, sob pena de arbitrariedade e conseqüente inconstitucionalidade” (SIMÃO, José Fernando. E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em 16.06.2017). O que efetivamente se extrai do voto do Ministro Barroso é o seguinte: “Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável”. Não existe, portanto, vedação à diferenciação quanto aos efeitos, desde que esta se justifique pela formalidade da entidade familiar. Um bom exemplo é a exigência de autorização do outro cônjuge para a prática de determinados atos de disposição patrimonial, efeito do casamento que, segundo José Fernando Simão, deveria ser estendido à união estável, caso aplicada a lógica adotada pelo STF. No entanto, como esclarece Anderson Schreiber: “a exigência de outorga uxória ou marital (contemplada no art. 1.647) é conseqüência que se vincula necessariamente à chancela prévia do Estado, pois se afigura impossível saber se o alienante vive ou não em união estável, modalidade familiar que, repita-se, é de constituição fática e progressiva. A exigência de outorga uxória ou marital aplica-se, portanto, ao casamento, mas não à união estável” (SCHREIBER, União Estável e Casamento: uma equiparação?, op. cit.).

46 NEVARES, Ana Luiza Maia. A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 148.

Ao entender razoável o *discrímen* promovido pelo legislador, o Ministro Dias Toffoli transcreve trecho do debate legislativo que revelaria as razões ponderadas pelo Congresso Nacional para justificar a manutenção de regimes sucessórios diferenciados, do qual se reproduz a seguinte passagem:

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: ‘... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ (CF, art. 226, § 3º).

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

O excerto, no entanto, antes de demonstrar a razoabilidade da escolha legislativa, acaba por expor o viés discriminatório que orientou a atuação do legislador, afastado dos parâmetros legítimos de diferenciação acima expostos. A afirmação de que a instituição da união estável seria um meio para o acesso ao matrimônio, uma espécie de *test drive*⁴⁷ para o casamento, não encontra amparo sequer na sistemática do próprio Código Civil, que admite a tutela da união estável indefinidamente, ainda que essa jamais venha a ser convertida em casamento. Significativo, quanto ao ponto, o batismo do instituto pelo constituinte como união *estável*. A preeminência do casamento, ao contrário do que consta da manifestação do legislador, pode ser facilmente refutada, pois fundada não em qualquer critério racionalmente demonstrável⁴⁸, mas apenas na tradição, que não deve ser imune a uma valoração à luz da axiologia do ordenamento constitucional.

47 A expressão foi utilizada pela advogada Regina Beatriz Tavares da Silva, em sua sustentação oral perante o STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UxgdcCxwlnC>>, especialmente entre os minutos 26:10 e 27:20. Acesso em 26.04.2017.

48 Como explicado por Luiz Edson Fachin: “À medida que a família não mais se justifica em sua acepção abstrata, organicamente autônoma em relação à pessoa que nela se desenvolve, negar qualquer entidade familiar ou tratar as diferentes entidades de forma discriminatória implica muito mais do que negar um modelo ou dar um tratamento diferente a dois modelos constitucionalmente consagrados; implica negar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que têm a formação de suas personalidades reduzida concretamente em função do tratamento discriminatório feito pela lei em razão de um modelo tradicional de família, que sequer guarda correspondência com a realidade vivida. *Inexiste, pois, justificativa racional à discriminação feita pelo art. 1.790 do CC/2002, uma vez que ela não visa à promoção da igualdade material de situações análogas, revelando-se, tão somente, gratuita ou fortuita*” (FACHIN, op. cit., p. 55, grifou-se).

Nessa esteira, a regra de facilitação constante da parte final do §3º do artigo 226 não deve ser lida como uma anacrônica hierarquização das relações familiares, mas como norma fomentadora de segurança jurídica, propiciada pelas formalidades inerentes ao casamento⁴⁹. Embora tal segurança seja desejável, sua ausência em nada desmerece o vínculo socioafetivo formado pelos companheiros, carecedor do mesmo respeito e proteção que as relações estabelecidas pela chancela estatal.

Há que se concluir, ante todo o exposto, pela insubsistência do artigo 1790 em nosso sistema jurídico, considerada sua total incompatibilidade com a Constituição da República, como felizmente reconheceu o Supremo Tribunal Federal e foi tão bem sintetizada por Ana Luiza Maia Nevares:

Desse modo, não podendo haver tutela sucessória diferenciada em virtude da diversidade entre casamento e união estável, pois ambas constituem um organismo familiar, que qualifica a relação do chamado à sucessão, bem como sendo encontrada a mesma vedação em razão da posição que cônjuge e companheiro ocupam nas respectivas comunidades familiares, conclui-se que os direitos sucessórios conferidos a um e a outro devem ser os mesmos, observando-se as relações patrimoniais existentes entre os consortes.⁵⁰

7. CONCLUSÃO

O artigo 93, IX, da Constituição, ao estabelecer o dever dos magistrados de fundamentarem suas decisões, é norma que objetiva propiciar o controle democrático das decisões judiciais⁵¹. Essa fiscalização se afigura particularmente relevante sobre os julgamentos que envolvam a aplicação

49 “Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais” (TEPEDINO, Gustavo. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”. In: TEPEDINO, Temas de Direito Civil, op. cit., p. 430-431, grifou-se).

50 NEVARES, A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional, op. cit., p. 151.

51 “A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. (...) Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo” (DIDER JR., Fredie [et al.]. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm. 2015. p. 315).

de normas do Direito Civil, campo no qual o giro valorativo empreendido pela Carta da República ainda não foi totalmente absorvido pela cultura jurídica brasileira.

Nessa esteira, em que pesem os relevantes argumentos trazidos nos votos vencidos, não merece prosperar a solução por eles preconizada, em razão de sua desconformidade com o modelo constitucional de família. O argumento de que o tratamento diferenciado conferido pelo legislador à pessoa que vive em união estável viria ao encontro da liberdade do casal não merece acolhida em um contexto no qual se exige que o exercício da autonomia privada seja compatibilizado com a tábua axiológica contida na Lei Maior.

Deve, portanto, ser festejado o resultado do julgamento do RE 878.694/MG, que extinguiu a inconstitucional discriminação à família fundada na união estável e consagrou um tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges no que concerne a direitos sucessórios, dando mais um passo na ainda longa jornada para a construção de um regramento para as famílias que concretize adequadamente os valores da liberdade, igualdade e solidariedade. Potencializa-se, assim, a vocação da família para desempenhar sua verdadeira função: servir de instrumento para a proteção e promoção da dignidade de cada um de seus membros⁵². ❖

52 TEPEDINO, “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”, op. cit., p. 420-422.