

UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE: QUAL ESPAÇO PARA A AUTODETERMINAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES?

AN ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL
Nº 878.694 IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO FREEDOM: WHAT IS THE SPACE FOR
SELF-DETERMINATION IN FAMILY RELATIONS?

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Doutor em Direito pela Universidade Federal do
Paraná (2009). Professor Adjunto nos cursos de Graduação
e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Paraná.

Marcos Augusto Bernardes Bonfim

Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito
Constitucional. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é, partindo de uma análise acerca das repercussões do direito fundamental à liberdade na dimensão funcional da família eudemonista, oferecer uma posição sobre as duas questões postas ao apreço do Supremo Tribunal Federal no RE nº 878.694: o art. 1.790 do Código Civil, que estabelece para a união estável regime sucessório diverso do previsto para o casamento, é inconstitucional? Caso positiva a resposta, deve a regra que considera o cônjuge como herdeiro necessário receber interpretação conforme a Constituição para incluir o companheiro? Nessa tarefa, sustenta-se, no presente artigo, que a família deve ser lócus privilegiado de uma liberdade coexistencial, de desfrute do afeto à maneira do casal, tendo a normatividade derivada da vivência livre de seu projeto de vida em comum tutelado pelo Estado. Empregando essa concepção ao caso concreto, pondera-se, primeiramente, que a liberdade de escolher entre dois regimes sucessórios predefinidos pelo legislador não é determinante à “escolha” entre se casar ou viver em união estável. Além disso, eventual ganho de liberdade, se existente, é diminuto diante dos efeitos deletérios que a sucessão da união estável, na forma positivada no art. 1.790, produz, sendo inconstitucional o dispositivo. Respondendo à segunda indagação, sugere-se que poder excluir o companheiro da sucessão via testamento é resguardar uma legítima liberdade de autorregulação dos efeitos da constituição de família, o que neste caso deve prevalecer.

Palavras-chave: Direito das famílias e sucessões. União estável. Direito fundamental à liberdade. Art. 1.790 do CC. RE 878.694.

Abstract: The purpose of this paper is, from an analysis of the effects of the fundamental right to freedom in the functional dimension of the “eudemonist family”, offer a position on the two issues brought to the Supreme Court in the RE 878.694: is the art. 1.790 of the Civil Code, which establishes for unmarried couples’s succession inheritance a different legal discipline from that predicted for the marriage, unconstitutional? If so, should the rule that considers the spouses as heirs, by consequence, be interpreted according to the Constitution to extend its effects to non-married partners? In this task, this article maintains that the family should be the privileged locus of a coexistential freedom, of enjoying affection in the manner of the couple, and having their common life project protected by the State. Applying this conception to the concrete case, it is firstly considered that the freedom to choose between two succession’s legal frameworks pre-defined by the legislator is not decisive to the “choice” between marrying or living in a civil union/unmarried couple. Furthermore, eventual gain of freedom, if it exists, will be small in the face of the deleterious effects that the succession rules for unmarried couples, in the form regulated by art. 1.790, produces, being the norm unconstitutional. In response to the second question, it is suggested that the possibility of exclusion of the companion from the succession, by last will, safeguards a legitimate freedom of self-regulation of the family constitution’s effects, which in this case must prevail.

Keywords: Family and succession law. Unmarried couples. Fundamental right to freedom. Art. 1.790. RE 878.694.

Sumário: Introdução – **1** Síntese dos principais argumentos invocados no debate sobre a (in)constitucionalidade do art. 1.790 do CC – **2** Família como liberdade – **3** A (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil – **4** O companheiro como herdeiro necessário? – Considerações finais

Introdução

Em 10.5.2017 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, admitido sob o regime de repercussão geral.¹ Acabou por decidir pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, dispositivo legal que estabelecia para a união estável regime sucessório diverso daquele previsto para a família contraída pelo casamento. Ainda, fixou tese determinando que as regras sucessórias aplicadas aos cônjuges (art. 1.829 do CC) fossem estendidas aos companheiros.

A decisão mereceu elogios de boa parte da doutrina, mas não passou imune a críticas. Elas centram-se no argumento de que a Corte Suprema acabou por suprimir uma legítima liberdade de escolher entre regimes sucessórios diversos. Alguns críticos mais ferrenhos da decisão afirmam que o STF derrubou o último pilar que diferia a união estável do casamento e que, ao equalizar-se em tudo e por tudo os efeitos dessas formas de família, já não há mais qualquer espaço para a liberdade nessa seara.²

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018.

² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Observa-se que, em apenas aparente paradoxo, o voto vencedor, do Ministro Relator Roberto Barroso, traz como argumento – entre outros – o direito fundamental à liberdade. A alegação é de que, ao estabelecer regras sucessórias menos protetivas ao companheiro em união estável, a disposição normativa em questão hierarquizaria as entidades familiares, dirigindo os indivíduos para o casamento, tolhendo sua liberdade de optar por uma ou outra forma de constituição de família.

Assim, com o princípio da liberdade sendo suscitado pelos dois polos da discussão, torna-se indispensável uma análise do RE nº 878.694 que parta da reflexão acerca de qual o espaço do direito fundamental à liberdade no direito de família contemporâneo. O presente artigo se propõe a essa empreitada.

Em uma primeira parte, o artigo terá por escopo minudenciar os argumentos trazidos tanto pelo voto-condutor da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC quanto pelos ministros que restaram vencidos – Ministro Dias Toffoli, Ministro Marco Aurélio, e Ministro Ricardo Lewandowski –, bem como pela doutrina crítica à decisão.

Na segunda parte da análise, será traçado breve panorama acerca do percurso histórico da família brasileira, sob o fio-condutor do princípio da liberdade. O foco estará nas mudanças sociais experimentadas no segundo quadrante do século XX. Tratar-se-á, nesse tópico, da passagem de uma noção transpessoal para uma concepção eudemonista de família, em que a pessoa não mais pensa em si mesma como existindo para a família, mas, diversamente, passa a compreender a família como algo que existe para seu desenvolvimento pessoal, tratando-se, pois, do que se pode chamar de uma “família instrumento”.³

Nessa senda, investigar-se-á como a Constituição apreende normativamente essa passagem e, tendo-a como ponto de partida, estabelece um dever-ser em matéria de relações familiares. A ideia, aqui, é, partindo da axiologia constitucional, enfatizar e discutir as repercussões da liberdade na dimensão funcional da família eudemonista.

Na terceira e quarta partes elaborar-se-á um posicionamento acerca da discussão constitucional. Essa análise, como se vê, será dividida em duas etapas. A primeira ofertará uma posição acerca da (in)constitucionalidade do referido dispositivo legal. A segunda discutirá se a equalização dos regimes sucessórios alcança a posição de herdeiro necessário que é assegurada aos cônjuges – e que não foi objeto de exame pelo STF, como restou explicitado em decisão que não acolheu embargos de declaração.

Por fim, percorrido esse itinerário, extrair-se-ão as devidas conclusões acerca do tema.

³ OLIVEIRA, Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 7; MICHEL, André. *Modèles Sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Reformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975. t. 20.

1 Síntese dos principais argumentos invocados no debate sobre a (in)constitucionalidade do art. 1.790 do CC

1.1 O cerne da discussão: o art. 1.790 e o art. 1.829

Antes de passar à exposição dos argumentos trazidos pelos polos do debate, afigura-se indispensável tecer breves comentários acerca do conteúdo dos artigos que se erigem no ponto fulcral da controvérsia.

O art. 1.790 do CC, que disciplina o regime sucessório do companheiro, tem a seguinte redação:

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

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

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

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

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

O art. 1.829 do CC, que regra a sucessão do cônjuge, é dessa forma textualizado:

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.

Comparando os regimes sucessórios definidos por esses dispositivos legais, vê-se, primeiramente, que o companheiro participaria da sucessão seja qual for o regime de bens eleito pelo par. Já o cônjuge não tem parte na herança quando for

casado pelo regime da comunhão universal de bens ou pelo regime de separação obrigatória.

Em segundo lugar, o companheiro concorreria, nos termos da norma julgada inconstitucional, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Por sua vez, o cônjuge, quando concorre, o faz relativamente a todos os bens, salvo se casado no regime da comunhão parcial – o que é a hipótese mais comum –, quando terá parte apenas quanto aos bens particulares do instituidor da herança. O que é importante notar é que o companheiro, nos termos do art. 1.790, herdaria parte do mesmo acervo que, no regime supletivo legal, seria objeto de meação, ao passo que o cônjuge, salvo nas hipóteses acima em que excluído da concorrência sucessória com os descendentes, herda, em regra, quando chamado na mesma vocação que a primeira classe, relativamente a acervo que não se sujeita à meação. As bases de cálculo são, assim, diversas.

É de se destacar que o voto do Ministro Relator Roberto Barroso se centrou nessa diferença. O constitucionalista destacou que “a ideia de proteção do regime sucessório”, calcado na solidariedade constitucional, é justamente que o companheiro/cônjuge supérstite herde relativamente ao que não meia, assegurando-se que não fique desamparado.⁴

Em terceiro lugar, o companheiro, se concorrer com descendentes comuns, receberia a parte que tocar a cada filho. Já se concorrer com descendentes apenas do falecido, receberia metade do que coubesse a cada um deles. Por sua vez, o cônjuge, conforme disciplina o art. 1.832 do CC – que complementa o dispositivo supratranscrito –, recebe a mesma quota que tocar a cada filho, seja comum, seja apenas do autor da herança. Ainda, goza de uma reserva de, no mínimo, 1/4 da herança se concorrer com filhos comuns. Aqui, a discriminação é evidente.

Em quarto lugar, se concorresse com ascendentes, o companheiro teria, na norma julgada inconstitucional, um terço da herança. Já o cônjuge, se concorrer com ascendentes – no plural – receberá um terço da herança, e metade da herança se houver apenas um ascendente ou ele for de grau maior. Novamente, a discriminação, neste ponto, está acima de dúvidas.

Por fim, se não houver ascendentes, o companheiro concorreria com os parentes colaterais, recebendo um terço da herança. O cônjuge, por sua vez, recebe toda a herança, excluindo os parentes colaterais da sucessão.

Esta última diferença é a mais ressaltada pelos adeptos da decisão, por ser a que mais enfaticamente discrimina o companheiro em união estável.

⁴ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 20).

Em um apanhado geral das assimetrias entre os dois dispositivos, deve-se perceber que existem incisos francamente discriminatórios, que atribuem menos direitos sucessórios aos companheiros. Mas também que, a depender do caso concreto, o companheiro pode se ver em situação mais benéfica que o cônjuge. Tudo dependerá do regime de bens adotado e do fato de o *de cujus* ter maior acervo de bens particulares ou de bens adquiridos onerosamente na constância da relação conjugal.

Os críticos da decisão se apegam a esta última consideração para frisar que o regime sucessório da união estável não seria discriminatório, apenas diverso, consagrando, seja como for, uma liberdade de escolha.⁵

Já os que se filiam à tese prevalente na decisão, apontam que, como regra geral, o companheiro tem quinhão muito inferior ao que tocaria ao cônjuge, sendo excepcionais os casos nos quais seu regime sucessório é mais benéfico.⁶

⁵ Nesse sentido Mário Delgado, quando afirma que “não se pode falar em violação ao princípio da isonomia simplesmente por haver uma normativa sucessória diferenciada entre casamento e união estável. O conteúdo óbvio desse princípio pressupõe ‘que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais’. Da mesma forma, não há como equiparar situações quando nelas se encontram claros fatores de desigualação, como é o caso. Ambos (casamento e união estável) são entidades familiares, porém com características fundamentalmente distintas [...] a orientação jurisprudencial, a nosso ver, não deve se sobrepor à liberdade daqueles que optaram pela relação informal [...] deve-se lembrar ter sido opção do legislador o tratamento diferenciado da sucessão do companheiro, sem que tal disparidade venha a representar discriminação” (DELGADO, Mario Luiz. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 441, p. 15-23, jul. 2014). Por outra perspectiva, também defendendo não ser o regime do art. 1.790 discriminatório, apenas diverso daquele do casamento, o interessantíssimo ponto de vista de Wilson Ricardo Ligieira: “Há razões justificáveis para que a sucessão na união estável não siga exatamente as mesmas regras estabelecidas para o matrimônio, haja vista que estas famílias são constituídas de modo diferenciado e seguem rumos distintos, especialmente no tocante à aquisição patrimonial. Sendo a união estável uma família de fato, tendo como pressuposto a convivência contínua e duradoura, é justo e jurídico que, quanto maior o tempo decorrido de relação e quanto mais intenso forem os esforços comuns para a conquista de bens, maior seja a parcela da herança do companheiro sobrevivente” (LIGIEIRA, Wilson Ricardo. A incompreendida constitucionalidade da sucessão na união estável no código civil brasileiro. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, Belo Horizonte, v. 3, mar./abr. 2015. p. 15).

⁶ Assim se posicionam autores como Ana Luiza Nevares, Zeno Veloso, Francisco Cahali, Giselda Hironaka, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, e tantos outros. Destaca esta última autora, após fazer um panorama das hipóteses fáticas mais comuns, cotejando-as com o art. 1.790 e art. 1.829, que “Este naco da herança – conhecido como direito de concorrência sucessória – tem diferente base de incidência e distintos percentuais. O viúvo recebe parte dos chamados bens particulares, ou seja, aqueles que o morto adquiriu antes do casamento, por doação ou por herança. Já o companheiro sobrevivente recebe um quinhão dos bens que foram adquiridos durante a união. A repartição, no entanto, é feita frente a todos os herdeiros, parentes até o quarto grau. Inclusive – e absurdamente –, o sobrevivente recebe um terço dos bens comuns, e os parentes ficam com dois terços e mais todos os bens particulares do morto. Mesmo que sejam parentes distantes, como tios-avôs, sobrinhos-neto ou até mesmo primos. Qual a justificativa para esse tratamento discriminatório? Porque um ‘sim’ provoca tantas diferenças?”. E conclui: “diante de todas as situações hipoteticamente figuradas, o que mais surpreende é a lei ter tratado de forma desigualdade situações idênticas [...] as diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*).

Ainda, reputam odioso e intensamente discriminatório o dispositivo que impõe ao companheiro a concorrência com os muitas vezes distantes parentes colaterais, recebendo menos do que toca a estes.⁷

Aliás, destaca-se que o caso concreto do RE nº 878.694 é justamente relativo a esta última hipótese.

A saber, a autora da ação vivia há nove anos em união estável até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar descendentes ou ascendentes. Como o instituidor da herança tinha três irmãos, fosse seguida a literalidade do códex à companheira tocaria apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente. O juízo de primeiro grau declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo e, aplicando o art. 1.829, concedeu-lhe a totalidade da herança. Interposto recurso de apelação por um dos irmãos, o TJ-MG reformou a decisão. Contra o acórdão foi manejado o apelo extremo. É incisiva a crítica tecida por Regina Beatriz Tavares da Silva, no sentido de que o STF, desconsiderando a repercussão geral, deixou-se levar pela injustiça deste caso concreto.⁸

Introduzida a disciplina legal do regime sucessório do cônjuge e do companheiro, deve-se observar que a conclusão de que o dispositivo legal concede menos direitos aos membros de uma união estável, ainda que a atinjamos inequivocamente, é apenas o ponto de partida do embate.

A seguir, passamos aos argumentos despendidos pela (in)constitucionalidade do art. 1.790 do CC.

1.2 O voto-condutor do Ministro Roberto Barroso

Em seu voto-vencedor, o Ministro Roberto Barroso, após observar na diversidade de regimes sucessórios uma “discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite”,⁹ delimita na seguinte proposição a controvérsia constitucional: “é legítima a distinção, para

⁷ A indignação diante dessa previsão é visível nas lições do insigne Zeno Veloso: “O inciso III do art. 1.790 trata da concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, quando terá direito a um terço da herança. Sim, o leitor não está enganado: dois terços da herança caberão a estes outros parentes sucessíveis, e um terço da herança ao companheiro sobrevivente [...] por que deu o atual código essa reviravolta? A que interesses atendeu?” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.770).

⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁹ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 9).

fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente da união estável?”.¹⁰

A resposta negativa do ministro deve-se ao fato de que, ao seu ver, trata-se de norma 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”.¹¹

Começemos pelo argumento da violação à igualdade. Para o ministro, a gramática, a análise histórica e a interpretação teleológica convergem no sentido de que sob o pálio constitucional não pode haver hierarquização entre as entidades familiares. Por isso, inconstitucional o art. 1.790 ao “tratar de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente [em relação ao cônjuge], como se este fosse merecedor de menor proteção”.¹²

O texto constitucional, enfatiza o magistrado, consagra diferentes formas de família sem estabelecer uma hierarquia entre elas. A análise dos anais da Constituinte, na mesma toada, denota o intento inclusivo e não segregacionista do art. 226 da Constituição Federal. A interpretação teleológica, por sua vez, reforça a premissa. Isso porque, com a consagração da dignidade humana enquanto finalidade-função de nossa ordem jurídica, é para a pessoa que deve estar voltada a proteção da família. Assim, “arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família”, inobstante ela estar fundada no afeto e na comunhão de vida.

Ainda, compilando essas ideias, o ministro, ao final da teorização acerca da igualdade entre as entidades familiares, estabelece balizas para aferir a legitimidade de desigualdades legais entre o casamento e a união estável. Este ensaio muito importa para a finalidade do presente artigo, pois esboça o espaço que o magistrado entende deve a liberdade desempenhar no âmbito da união fática.

Para Barroso, a união estável, em seus efeitos, em tudo se deve equiparar ao casamento. Ao ver do ministro, não se pode “diminuir o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados”. Assim, as diferenciações que permanecem legítimas são apenas aquelas que dizem respeito “ao modo

¹⁰ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 8).

¹¹ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 38).

¹² Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 22).

de constituição, comprovação e extinção”¹³ dessa entidade familiar que, por não se tratar de instituto formal e solene, nestes aspectos difere-se, naturalmente, do matrimônio.

O segundo argumento do Ministro Roberto Barroso para sustentar a inconstitucionalidade do art. 1.790 diz respeito a uma violação, pelo dispositivo, da dignidade humana em sua “vertente da autonomia”. Aqui, novamente, há uma ligação estreita com a reflexão objeto deste texto, qual seja, a valoração da liberdade nas entidades familiares.

Nessa esteira, o ministro redator do voto-vencedor afirma que “a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”.¹⁴ E ressalta que a liberdade de optar por uma ou outra forma de constituição de família é uma das mais elementares decisões existenciais. Assevera que o Código Civil, quando cria regimes sucessórios diversos para o casamento e a união estável, restringe essa autonomia. Para o ministro, “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”. Dessa forma, “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”.¹⁵

É dizer, para o constitucionalista, a liberdade de optar entre dois regimes sucessórios diversos deve ceder, aqui, para uma que ele entende mais relevante, que é a de escolher a porta de entrada no manto protetor do direito de família, se

¹³ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 24). É a mesma a opinião do renomado doutrinador José Fernando Simão, citado no voto do Ministro Dias Toffoli. Segundo o ministro, interpretando as lições do supracitado autor, as normas distintivas válidas, na visão deste, seriam as que versam sobre “i) sua criação (procedimentos registrares e sua dispensa); ii) comprovação jurídica, iii) extinção, iv) efeitos perante terceiros, v) outorga uxória e marital (que não se aplica ao segundo regime); vi) presunção de paternidade (que por ora inexistente para a união estável); vii) e até o procedimento para a mudança de regime de bens”.

¹⁴ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 31).

¹⁵ Semelhante é o magistério de Luiz Edson Fachin. Em parecer ofertado sobre o tema em 2011, consignou que o legislador, “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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II. p. 55). A inconstitucionalidade do dispositivo, diga-se, já havia sido apontada em parecer anterior à própria aprovação, à época, do projeto do Código Civil, em 2000 (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 1, n. 4, p. 243-263, out./dez. 2000).

pelo casamento ou união estável: “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”.¹⁶

No entender do relator, casamento e união estável diferem-se apenas quanto à forma de ingresso no mundo jurídico – se com ou sem a prévia chancela formal do estado –, devendo-se, a partir daí, em tudo se igualar. E isso em nome da própria possibilidade de escolha entre uma ou outra entidade familiar. Não à toa Rodrigo da Cunha Pereira, enfrentando especificamente esse argumento, versa sobre o paradoxo da equiparação amparada na liberdade. O tema será retomado adiante.

Adiciona o Ministro Barroso que a dignidade humana é violada pelo art. 1.790 do CC não apenas em sua vertente da autonomia, mas também como valor intrínseco. Isso porque, na sua concepção, a herança tem por fundamento “a transferência de recursos para que os familiares possam levar suas vidas adiante de forma digna”, e o regime sucessório da união estável, a depender das circunstâncias, “pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários”.¹⁷ O constitucionalista enxerga neste fator uma proteção insuficiente que, ademais, não é justificada por qualquer outro interesse constitucional legítimo, em franca violação à regra da proporcionalidade.

Por fim, Barroso aponta que a espécie normativa questionada viola o princípio da vedação ao retrocesso. Relata que, antes do advento do Código Civil, o legislador infraconstitucional havia equalizado o regime sucessório da união estável em relação ao do casamento por meio das leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Assim, o códex civilista “representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis”.¹⁸

Forte nessas razões, o ministro votou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790. Entendendo, ainda, indesejável a lacuna normativa, propôs – no

¹⁶ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 32). Rafael Mansur, em excelente artigo acerca do tema, compartilha deste entendimento do Ministro Barroso, destacando que “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 desejado” (OLIVEIRA, Rafael Mansur de. O argumento da liberdade no debate sobre a constitucionalidade do regime sucessório do companheiro: notas ao RE 878.694/MG. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 147-155, set./dez. 2017. p. 148).

¹⁷ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fls. 12; 34).

¹⁸ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 32).

que foi atendido – a extensão do art. 1.829 do CC para abarcar os companheiros em união estável.

Sintetizados os argumentos da corrente vencedora no julgamento do RE nº 878.694, passamos à exposição dos argumentos trazidos pela corrente minoritária.

1.3 O voto-vencido do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Dias Toffoli inaugurou a dissidência em relação ao voto do Ministro Relator Roberto Barroso e foi seguido pelos ministros Lewandowski e Marco Aurélio.

O Ministro Marco Aurélio principia seu voto destacando que o art. 226, §3º, da CF, quando comanda que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, apesar de não estabelecer uma hierarquia entre as entidades familiares, esclarece, justamente, tratar-se de formas de família distintas. Não haveria sentido em converter algo naquilo que é à sua semelhança. Destaca tratar-se, assim, legitimamente, “de institutos díspares, com regimes jurídicos próprios, especialmente no âmbito patrimonial”.¹⁹

Ressalta que, bem ou mal, o legislador infraconstitucional atendeu ao dispositivo supracitado, regrando a união estável e o matrimônio de forma diversa quanto ao tema aqui discutido, deixando espaço à escolha dos parceiros afetivos. Resguardou, assim, uma legítima liberdade.

Grifa ser temerário que, após o exercício da autonomia pelos indivíduos, optando pelo regime legal da união estável por ser mais conforme ao seu projeto de vida, o Judiciário desconsidere, por completo, “o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento”.²⁰

Com veemência sublinha que equalizar os regimes sucessórios significa, ao fim e ao cabo, “desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável”.²¹

¹⁹ Voto-vencido do Ministro Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 124).

²⁰ Voto-vencido do Ministro Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 129).

²¹ Voto-vencido do Ministro Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 126).

Conclui seu voto sintetizando que “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”.²²

Eis a racionalidade que informou os votos dissidentes no RE nº 878.694.

Apresentada a posição dos votos vencidos, cumpre abordar os argumentos elaborados pela doutrina crítica à decisão da Suprema Corte. Como se verá, há, entre os autores selecionados, diferentes e interessantes perspectivas sobre a repercussão da liberdade no direito de família pátrio.

1.4 Síntese dos argumentos da doutrina crítica à decisão

Entre as objeções suscitadas pela doutrina à decisão do STF, evidencia-se especial ênfase crítica no pensamento de Regina Beatriz Tavares da Silva.

Para a autora, “equiparar a sucessão na união estável à sucessão no casamento trará consigo impactos sociais graves e nocivos”.²³ A autora sustenta que, não obstante as melhores intenções da decisão – não privilegiar o casamento –, ela acaba por atentar justamente contra a união estável. Isso porque, ao seu ver, os companheiros que, em um exercício legítimo de liberdade, optaram por esta entidade familiar em vista de seu regime sucessório, acabarão por migrar para o casamento ou, “receosos e pressionados pela exacerbada gravidade que a relação acaba de adquirir graças ao STF”,²⁴ optarão por dissolver a relação. Enfatiza que, se a segunda opção for a mais provável, a Suprema Corte terá atingido a família constitucionalizada em seu âmago: o afeto.

²² Voto-vencido do Ministro Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 126). De modo bastante semelhante a conclusão do Ministro Dias Toffoli: “As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos” (Voto-vencido do Ministro Marco Aurélio em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 102).

²³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

A autora aponta que o equívoco central da decisão do STF foi olvidar que “a Constituição equiparou a união estável ao casamento, mas não os igualou”.²⁵

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, o que a Carta Magna impõe é que união estável e casamento sejam considerados igualmente família. Mas os efeitos jurídicos produzidos por uma ou outra entidade familiar não apenas podem como devem ser diversos, “de modo a permitir que as pessoas que queiram atingir o destino – a constituição de entidade familiar – tenham à sua disposição alternativas reais, e não apenas aparentes, de caminhos a escolher”.²⁶

Ela enfatiza que, ante uma injustificada heteronomia normativa, as uniões estáveis já tinham efeitos muito similares ao casamento:

efeitos patrimoniais, com o regime legal sendo, nos dois casos, o da comunhão parcial de bens e tendo os companheiros ampla liberdade de escolha de outro regime; efeitos pessoais, tendo os companheiros entre si os mesmos deveres e direitos dos cônjuges e efeitos verticais perante o estado.

Com a decisão do STF “a união estável passa agora a produzir os mesmos efeitos que o casamento”. Para ela, isso não apenas implica a aludida violação ao direito fundamental à liberdade, mas também desatende ao comando constitucional que impõe a facilitação da conversão da união estável em matrimônio, pois que não há sentido em converter algo naquilo que já lhe é substancialmente igual.²⁷

Por fim, a autora destaca que a Corte deixou-se levar pela injustiça do caso concreto. Na prática, ter-se-ão situações de companheiros cujas relações afetivas duraram um ou dois anos concorrendo no mesmo quinhão que filhos do *de cujus*, produzindo inúmeras injustiças e “atijando os oportunistas de plantão”.²⁸

Destaca-se, ainda, entre os opositores da equiparação de regimes sucessórios, a doutrina sempre relevante de Mário Luiz Delgado.

²⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Conjur*, 19 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>. Acesso em: 20 jul. 2018.

O ponto central da sua crítica é que a união estável foi concebida em nosso ordenamento para ser uma união livre, flexível em seu regramento. Ao se lhe impor o regime sucessório do casamento se está “alterando a sua natureza jurídica, transformando-a em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes”.²⁹ Para o autor, agora tem-se, em efeitos jurídicos da união estável, um casamento forçado.

Mário Delgado vale-se, ainda, de um argumento de direito comparado, para indicar como, em matéria de união fática, caminhamos na contramão dos ordenamentos estrangeiros. Apontando para o direito francês, o autor enfatiza que a união estável é vista por lá como uma alternativa informada pela liberdade, não se impondo efeitos sucessórios aos companheiros, que, via de regra, não herdam.³⁰

Por fim, indispensável abordar a análise de Rodrigo da Cunha Pereira.

Ele se refere a um “paradoxo da equiparação”. A saber, o paradoxo está no fato de que, em nome de uma liberdade de escolher entre casamento e união estável, vai-se, gradativamente, equiparando os efeitos da escolha entre as duas entidades familiares. Esse itinerário acaba reduzindo a liberdade nessa seara a uma alternativa quanto à porta de entrada, se com ou sem a chancela formal e solene do estado.³¹

Rodrigo da Cunha Pereira enfatiza que “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”.³²

E, para o autor, equalizar os efeitos da união estável àqueles previstos para o casamento é “matá-la em sua essência”. Isso porque, ao seu ver, “a união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar suas próprias regras de convivência, sem interferência estatal [...] é algo que quer exatamente fugir das regras e escapar dos limites e formalidades do casamento civil”.³³

²⁹ DELGADO, Mario Luiz. Não cabe ao judiciário conferir à relação informal os efeitos da sociedade conjugal. *Conjur*, 7 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>. Acesso em: 20 jul. 2018. Em outra passagem, o autor adiciona que “não compete ao legislador, muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe ‘direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal’” (DELGADO, Mario Luiz. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 441, p. 15-23, jul. 2014. p. 16).

³⁰ DELGADO, Mario Luiz. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 441, p. 15-23, jul. 2014. p. 13.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. *Rodrigo da Cunha*, 3 nov. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. *Rodrigo da Cunha*, 3 nov. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. *Rodrigo da Cunha*, 3 nov. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Para o civilista, a união estável deve ser, por excelência, o lugar do não institucionalizado,³⁴ da vivência de uma conjugalidade fora do modelo preestabelecido pelo Estado, devendo-se refutar toda e qualquer pretensão de desvirtuamento dessa sua natureza.

Ele adiciona que equiparar a união estável ao casamento é o mesmo que não a reconhecer como uma entidade familiar autônoma, tratando-se de “uma posição moralista e equivocada”. Nessa mesma esteira, anota que “as tentativas de equiparação da união estável esbarram em contradições. É que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer a intervenção excessiva do Estado”.³⁵

Conclui, assim, que poder optar por outro tipo de conjugalidade, não normatizada, e tê-la reconhecida como “forma de família e como instituto que tem consequência jurídicas”, é uma posição jusfundamental derivada da liberdade constitucional, e que foi negada pela decisão do STF.³⁶

Introduzidos os argumentos das correntes pró e contra a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o próximo capítulo se destina ao estabelecimento de premissas para o oferecimento de uma posição acerca do tema.

2 Família como liberdade

2.1 Da família transpessoal à família eudemonista

O Código Civil de 1916, corolário das codificações oitocentistas, ainda que tendencialmente liberal em matéria patrimonial, era francamente conservador em matéria de família.³⁷ Nesta seara refletia, fidedignamente, uma sociedade fortemente machista e religiosa, reproduzindo um discurso moral limitador das liberdades.³⁸

A concepção de família adotada por aquele Código era transpessoal, isto é, protegia o matrimônio – única entidade familiar reconhecida – enquanto instituição, independentemente dos interesses dos membros que a compunham – e, inclusive, muitas vezes contra estes interesses.

³⁴ Mas não o lugar do não direito. Abordaremos essa questão à frente, no tópico 3.2.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. *Rodrigo da Cunha*, 3 nov. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. *Rodrigo da Cunha*, 3 nov. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 317.

³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 31.

A função da família era de servir de *longa manus* do Estado no controle social. Era tida como um primeiro interdito moral, que deveria moldar os desejos individuais às concepções morais coletivas,³⁹ além de ser enxergada como “esteio econômico da nação”,⁴⁰ sendo a ela imputadas as funções institucionais de transmissão de *status* e patrimônio.

Para servir a esses intentos, a família era submetida a uma intensa heteronomia normativa, de modo que a lei impunha o casamento como sua exclusiva forma de constituição, disciplinando os deveres conjugais em seus pormenores, além de consagrar uma rígida hierarquia interna.

Na previsão da indissolubilidade do matrimônio se encontrava a mais simbólica expressão de que o direito legava proteção à família enquanto instituição, e não na pessoa de seus membros. Estes não raro agonizavam na imposição da vivência dos “despojos insepultos de uma família que não mais existia”.⁴¹ Impunha-se a manutenção do vínculo matrimonial, “em prol de um suposto bem maior para a sociedade”,⁴² ao custo da felicidade dos cônjuges, principalmente das mulheres – que se submetiam a um forte controle de sua sexualidade, e de quem, ao contrário dos homens, se exigia o dever de fidelidade matrimonial.⁴³

O lugar reservado à liberdade na família tradicional era, assim, secundário, tendo vazão apenas na pontual manifestação de vontade quando da celebração do casamento.

Essa concepção de família, no entanto, vai se dissipando, gradativamente, ao longo do século XX.

O ingresso da mulher no cenário econômico e na vida pública, fazendo com que ela ganhe poder e independência, alavanca essa transformação,⁴⁴ impulsionando

³⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 315.

⁴⁰ “Era interesse do Estado que essa família monolítica, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 186).

⁴¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 251.

⁴² Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 11).

⁴³ Em interessante análise, Rodrigo da Cunha Pereira adverte que os deveres de fidelidade sempre tiveram pesos diferentes em relação aos gêneros. O autor afirma que o sistema monogâmico só se manteve na história porque as regras de fidelidade eram válidas e exigíveis somente da mulher, a parte mais fraca. Ela, em virtude da preocupação com a própria subsistência e com a dos filhos, se sujeitava à infidelidade masculina que era não raro exaltada, enquanto a feminina poderia levar até à morte. A exigência, contra ela, dos deveres de fidelidade e de “débito conjugal” sempre funcionaram como um controle de sua sexualidade e como forma simbólica de sua negação enquanto um sujeito de desejo (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 127-148).

⁴⁴ Para a análise da estreita ligação da emancipação da mulher e sua revolução sexual com as mudanças na concepção de família, indispensável a obra a seguir referenciada: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

uma redivisão dos papéis no âmbito familiar, e trazendo “para a organização jurídica da família novos questionamentos que provocam uma mudança no cotidiano e na prática das relações jurídicas e judiciais”.⁴⁵

De se destacar, também, o papel ativo e marcante dos movimentos feministas a partir da década de 60, resgatando a sexualidade da mulher.⁴⁶

Nessa senda, em lugar da dominação e dos interesses institucionais, do patriarcalismo e da rigidez hierárquica, o afeto, que deve ser colhido e renovado, passa, gradualmente, a ser o único sustentáculo da relação conjugal,⁴⁷ de modo que a família passa a ser compreendida pelos seus integrantes como algo que existe para seu próprio desenvolvimento pessoal.^{48 49}

O direito é chamado a apreender essa modificação, e assumir uma concepção de família eudemonista, de uma família como lócus privilegiado da busca pela realização existencial, que deve ser protegida na pessoa de cada um dos seus membros. A edição da Lei do Divórcio, em 1977, prevendo a possibilidade de ruptura da sociedade conjugal, é simbólica dessa transformação.

Na feliz metáfora de Michelle Perrot, a família, historicamente, era um ninho repleto de nós.⁵⁰ Os nós podem ser compreendidos, aqui, como integrantes de uma concepção de família “em que a liberdade dos seus componentes não é

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

⁴⁶ Para uma profunda análise a esse respeito, ver: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

⁴⁷ O que aqui se quer explicitar é sintetizado com extrema clareza por Rodrigo da Cunha Pereira: “o declínio do patriarcalismo e o movimento feminista trouxeram reflexões e importantes mudanças e retificações nos sistemas jurídicos ocidentais que abalaram profundamente as tradicionais concepções de igualdade [...] a submissão e a resignação das mulheres mantinham os casamentos a qualquer custo. E era um custo alto. Era a negação de suas possibilidades desejantes e alienação no desejo do outro. Até mesmo sua identidade era retirada, ao adotar o sobrenome do marido [...] a partir do momento em que a mulher se coloca na relação amorosa e conjugal como sujeito e não mais na condição de assujeitada, isso repercute no ordenamento jurídico com a quebra do princípio da indissolubilidade do casamento e exige um novo contrato social-conjugal e um eterno renovar dos pactos amorosos, implícitos e explícitos” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176-177).

⁴⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 315.

⁴⁹ Como destacam Ana Carolina Brochado e Maria Celina Bodin de Moraes, houve quem alardeasse, neste momento de ruptura, o fim da família. Não foi o que aconteceu, mas justo o contrário. As autoras apontam que, ante essas descontinuidades, “a ideia de família experimenta um momento de esplendor, por assim dizer, tendo-se tornado aspiração comum de vida, diante do desejo generalizado de integrar formas agregadas de relacionamento, baseadas no afeto recíproco, seja em busca de reconhecimento social, seja, mesmo, em prol de benefícios econômicos ou fiscais previstos em lei. Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo, agora se sabe, era o modelo familiar único, absoluto e totalizante representado pelo casamento indissolúvel” (BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, set./dez. 2017. p. 118).

⁵⁰ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja 25 anos: reflexões para o futuro*, São Paulo, p. 75-81, 1993.

preocupação efetiva”. Diante das aludidas mudanças, “se vão os nós, permanecendo o ninho como espaço de afeto e entreatada”, e se verifica um incremento da liberdade, e um clamor por mais liberdade na seara das relações familiares.⁵¹

Não tardou para que à liberdade derivada da igualdade *na* família fosse somado o reclamo pela liberdade de viver o afeto sem a interferência excessiva do Estado. Se a família não era mais protegida simplesmente enquanto instituição, mas como instrumento de realização existencial de seus membros, então não era o Estado que deveria ditar o que é família; por que regras se deve vivê-la; e quando ela deve ser extinta.

Foi nesse contexto que o reconhecimento jurídico da união estável pediu passagem. Como aponta o Ministro Barroso, muito antes do reconhecimento jurídico dessa entidade familiar “parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum”.⁵² Essa circunstância evidenciava inequivocamente a fratura entre a norma positivada – que estabelecia um rígido modelo predefinido e excludente de família – e a realidade vivida.⁵³

É preciso destacar, no entanto, que havia dois motivos distintos e relevantes que levavam à formação dessas numerosas uniões fáticas.

O primeiro é o aqui enfatizado, o daquelas pessoas que queriam constituir família, que queriam partilhar de uma comunhão plena de vida, mas que não aceitavam os efeitos rígidos, predeterminados em lei, para o casamento.

O segundo era o de pessoas que espontaneamente se viam em uma duradoura relação afetiva, sem título formal,⁵⁴ ou que, diante do abuso de poder de

⁵¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 321.

⁵² Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 13).

⁵³ E essa “fratura entre o programa da norma e a dinâmica factual” é, como nos lembra Fachin, “propositiva de superações”. Deve forçar o intérprete a buscar respostas, a sair “do conforto da armadura jurídica”, atravessar “o jardim dos conceitos” e alcançar a “praça da vida material” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 56).

⁵⁴ Aqui queremos nos reportar às pessoas que, sem qualquer reflexão e refutação quanto aos efeitos jurídicos do matrimônio, constituíam uma duradoura relação afetiva, que por não ter a chancela formal do Estado ficava à margem do direito. Um bom e corriqueiro exemplo é o dos namoros que “transmudam de forma espontânea” em união estável, sem que tenha havido uma escolha consciente do casal. Como aponta Rafael Mansur, é bastante comum, em nosso país, que a decisão de constituir família seja tomada sem conhecimento ou qualquer reflexão prévia quanto aos aspectos patrimoniais envolvidos. Ainda, destaca o autor que, justamente “não se pode ignorar as situações em que um mero namoro 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 casal”. Rafael Mansur conclui essa ideia citando 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

uma parte sobre a outra – normalmente do homem sobre a mulher – não celebravam o casamento.⁵⁵ Sem o reconhecimento jurídico da união estável como família, essas pessoas restariam desamparadas quando da ruptura.

Esse segundo motivo encontrava – em verdade, ainda encontra – seu contexto mais comum entre os setores mais pobres e menos esclarecidos da sociedade,⁵⁶ mas também é de especial relevância, mesmo em classes sociais mais favorecidas, no contexto inegável da ainda persistente desigualdade fática entre homens e mulheres.

Daí o desafio permanente da lei e da jurisprudência de “proteger sem sufocar e de regular sem engessar”.⁵⁷

É precisamente na busca desse difícil equilíbrio, entre proteção da liberdade substancial por meio da tutela de vulnerabilidades e a proteção da liberdade positiva dos que não são marcados pela vulnerabilidade juridicamente relevante, que o legítimo reclamo deste último grupo de pessoas deve ser desconsiderado. Como veremos no próximo tópico, a apreensão normativa dessas mudanças sociais pela Constituição estabelece um dever-ser em matéria de família que tem, inequivocamente, a liberdade em sua dimensão funcional.

dos espíritos que na solenidade das declarações” (OLIVEIRA, Rafael Mansur de. O argumento da liberdade no debate sobre a constitucionalidade do regime sucessório do companheiro: notas ao RE 878.694/MG. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 147-155, set./dez. 2017).

⁵⁵ Permitindo-nos uma breve digressão, anotamos que os suíços, ora às voltas com a discussão sobre como regulamentar as uniões estáveis por lá – que hoje entram no direito local apenas por meio de expressa e formal manifestação de vontade –, colocam esse aspecto no ponto central de suas preocupações. Questiona-se, no relatório do congresso suíço – etapa prévia à consolidação de projeto de lei para alteração do Código Civil –, sobre que solução dar para vincular juridicamente os conviventes, sem aniquilar sua liberdade, diante das situações em que “a parte em posição mais fraca depende do consentimento da parte em posição mais forte”. O impasse do Senado suíço foi assim resumido no relatório oficial, de título “Modernisation du droit de la famille”: “Les raisons pour lesquelles un couple, ou un des membres du couple, ne veut pas se marier, sont diverses : une certaine philosophie de la vie, des aspirations à la liberté, le refus du conformisme ou la perception de la place de l'individu dans la société mènent à une grande diversité de projets de vie en dehors du mariage, de manière parfaitement légitime. Le fait de ne pas se marier peut être délibéré et convenu d'un commun accord, mais il peut aussi résulter d'une divergence de vues à ce sujet entre les partenaires, ou à leur indécision [...] La difficulté réside dans le fait que si l'un des partenaires refuse de se marier ou de conclure un partenariat enregistré, il n'est guère probable qu'il déclarerait consentir à une telle union. On se trouverait donc de nouveau face à des situations dans lesquelles une protection légale est objectivement nécessaire mais ne peut pas être accordée faute d'un accord du couple sur cette déclaration. La lacune juridique subsisterait, au moins en partie [...] leur imposer d'office des droits et obligations similaires à ceux du mariage, sans plus de nuance, n'est donc pas sans poser des difficultés ; le législateur n'a pas le droit de contraindre les couples à un genre de mariage” (LE CONSEIL FEDERAL. *Modernisation du droit de la famille*. Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607). Mars 2015 Disponível em: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018).

⁵⁶ A circunstância é bem destacada pelo Ministro Roberto Barroso em seu voto, mais precisamente nas fls. 25-26.

⁵⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. União Estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, out./dez. 2000. p. 16.

2.2 A família na Constituição de 1988

A Constituição Federal aproximou o direito da “praça da vida material”⁵⁸ consagrando expressamente a união estável como entidade familiar, o que fez em seu art. 226, §3º.

Em seu art. 1º, inc. III, consagrou a dignidade da pessoa humana como norte de nosso ordenamento jurídico.

No art. 5º, *caput*, dispôs que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito* à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade” – destacamos.

No art. 226, §8º, dispôs que “o Estado assegurará a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” – destacamos.

Por sua vez, no art. 3º, inc. I, estabeleceu que é objetivo fundamental da república “construir uma sociedade justa, *livre* e solidária”, e no art. 226, *caput*, consignou que “a família, base da sociedade” – vale dizer, dessa sociedade justa, livre e solidária –, “tem especial proteção do Estado”.

A leitura conjunta desses dispositivos constitucionais, que estabelecem um dever-ser às relações familiares, permite extrair não apenas que a família eudemonista foi a consagrada pela Constituição, mas também que ela tem a liberdade em sua dimensão funcional – e assim, por óbvio, a união estável. As próximas linhas destinam-se a esse esforço hermenêutico.

Nesse desiderato, cumpre, primeiro, destacar que diante da dignidade humana sendo alçada a vértice do ordenamento jurídico pátrio, a família deve estar funcionalizada para sua concretização. Impõe-se, assim, compreendê-la como lócus privilegiado da realização existencial de cada um de seus membros.

Isso leva a estender o reconhecimento estatal, com a chancela de efeitos jurídicos, a todos os relacionamentos conjugais que sejam calcados no afeto e na comunhão de vida, por serem igualmente aptos a propiciar o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, ao lado do casamento, é corolário direto da releitura do direito de família em torno do valor intrínseco à pessoa humana.

Essa concepção eudemonista de família apreendida pela Carta Magna, que anuncia o abandono de sua função institucional, é confirmada pelo supratranscrito art. 226, §8º, quando estabelece que “o Estado assegurará a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*” – destacamos.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 64.

Diante disso, já não há mais espaço para a hierarquização de formas de família, nem mesmo para sua enunciação *numerus clausus*. A família não se submete a modelos predefinidos pelo Estado. É o Estado que deve chancelar o modelo de família eleito pelos seus membros.

Mais do que a liberdade de constituir família, a Constituição federal consagra a liberdade dos conviventes de regrá-la à sua maneira.

A dignidade humana, que se erige em finalidade-função de nosso direito, tem entre seus substratos filosófico-políticos a autodeterminação – notadamente, como expressão da liberdade –, componente indissociável do valor dignidade.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o substrato da dignidade implica reconhecer que todo indivíduo é dotado de vontade livre, de autodeterminação.⁵⁹

Afirmar a dignidade como valor intrínseco significa reconhecer todo ser humano como um igual agente moral, o que implica admitir que à toda pessoa humana deve ser dado ter suas próprias concepções de bem e orientar sua vida por elas.⁶⁰

E não se trata, aqui, da mera enunciação de uma liberdade negativa, de um espaço de não coerção estatal que assegure apenas uma possibilidade abstrata de o indivíduo exercer suas potencialidades. Não ser constrangido pelo Estado em suas escolhas de vida, coagido a adotar concepções morais coletivas de vida boa, é fundamental, mas não o suficiente para a concretização da dignidade. É necessário assegurar não apenas o espaço, mas também a capacidade de autorrealização. O que a Constituição consagra é o direito de cada cidadão de ter providas as condições para ser senhor de si mesmo. Na clássica lição de Oscar e Mary Handlin:⁶¹

Ainda que o conceito, em abstrato, pudesse ser examinado, em concreto a liberdade só foi suscetível de explicação em termos do poder ou da capacidade de agir. A medida da falta de liberdade é a falta de poder. O prisioneiro ou o escravo é reconhecível não tanto pelas

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116-119.

⁶⁰ Como nos lembram Magno Federici Gomes e Frederico Oliveira Freitas, com apoio na doutrina de José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. Ou seja, “o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todas as pretensões essenciais”. Não obstante, como advertem os autores, “o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da ideia de dignidade”. O direito fundamental à liberdade, e eis a finalidade dessa teorização, talvez seja o que está mais direta e intimamente conectado à dignidade humana (GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 181-207, jul./set. 2010).

⁶¹ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. *As dimensões da liberdade*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

restrições que o coíbem, como pela incapacidade de agir e de fazer os outros agirem. As algemas e as grades podem contribuir para sua incapacidade, mas não são suficientes para descrevê-la ou explicá-la. Ao contrário, o homem livre é aquele que tem a capacidade de agir e de fazer outros agirem.

Dworkin enfatiza que determinadas esferas da vida do indivíduo são tão dependentes de julgamentos pessoais, de autocomprometimentos, que nessas áreas o cidadão deve ser deixado só, sem nenhuma concepção moral coletiva que as invada, sob pena de lhe ser negada essa condição de sujeito ético.⁶²

Quando se trata de família, está-se a versar sobre “uma das mais relevantes decisões existenciais”⁶³ que podem tocar a vida de alguém, de sorte que falamos inequivocamente em uma dessas áreas em que o direito deve estar funcionalizado não para a repressão e ingerência, mas para suplantar vulnerabilidades e incrementar liberdades.

O papel do direito de família, ressignificado pela axiologia constitucional, é o de propiciar condições para a liberdade de afeto.

Nessa Virada de Copérnico⁶⁴ em matéria de regulação das relações familiares, não há mais lugar para a heteronomia normativa rígida e excludente de modelos predefinidos e efeitos jurídicos inflexíveis.

Como nos lembram Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Multedo, “tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas” que influenciam o conceito de família, tantas são “as imponderáveis aspirações e inspirações da pessoa na situação de família”, que “nenhum modelo pré-concebido e fechado”⁶⁵ seria capaz de atender a todos os diferentes caminhos para a realização afetiva.

⁶² DWORKIN, R. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 337-346, 1990.

⁶³ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 24).

⁶⁴ A expressão é utilizada por Fachin para significar a radical virada de eixo que o direito civil brasileiro conhece com o advento da Constituição Cidadã. Aponta o autor que, com o “giro de lugar ocupado entre Constituição e Código Civil”, passando a Carta Magna à centralidade do governo das relações interprivadas, “a hermenêutica não se descurou da passagem do individualismo para a coexistencialidade, do Código-texto ao Código por fazer ou refazer em sua normatividade, sob a contraprova do real. Assim, uma virada de Copérnico se registra desde o princípio das razões expostas às raízes históricas e sociológicas da vida privada captada nos Códigos. As transformações se dão no tríptico vértice, vale dizer, do contrato, a seu modo do pacto parcelar à obrigação como processo, da propriedade, da titularidade singular ao significante plural, propriedades, e da família, esta (sem deixar o que realmente é, ontologicamente) além do *numerus clausus*” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 56-57).

⁶⁵ MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. p. 7. Disponível em: <http://civillistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Assim, sob pena de ver negada a condição de sujeito ético de alguns, deve-se afirmar a “viabilidade de o próprio casal construir sua ordem familiar”. Isto é, de não apenas constituir família diversa da do casamento, mas também de nela autoconstituir-se, vivendo-a conforme as regras estabelecidas pelo próprio casal, inclusive no que toca aos efeitos da dissolução do vínculo afetivo.^{66 67}

Isso não significa que deveríamos retornar às uniões fáticas tal como anteriormente à Constituição. O que se sugere não é a ausência do Estado em matéria de família – pois, como visto, o espaço de não coerção estatal é insuficiente à autodeterminação –, mas, como diria Luiz Edson Fachin, sua “ausente presença”.⁶⁸ O direito deveria não apenas “permitir” a liberdade afetiva, mas conferir efeitos jurídicos às escolhas do casal, chancelando seus projetos de vida.

A união estável, nessa leitura constitucional, deveria se apresentar como alternativa ao casamento não apenas quanto à porta de entrada no manto do direito da família – prescindindo da chancela formal e solene do Estado –, mas também quanto aos efeitos da constituição de uma entidade familiar.

A união estável deveria gozar de uma disciplina jurídica supletiva, de regras dispositivas, destinadas, principalmente, para aquele segundo grupo de pessoas que forçou seu reconhecimento jurídico – o das que espontaneamente se viam em uma duradoura relação afetiva, ou que, em virtude do abuso do poder econômico de uma sobre a outra, não celebravam o casamento. Para estas, a solidariedade constitucional de fato impunha a regulação de efeitos jurídicos, inclusive no

⁶⁶ “No âmbito do Estado Democrático de Direito – em que se renova o conceito de ordem pública, de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana –, vem sendo afirmada a viabilidade de o próprio casal construir sua ordem familiar. Isso se dá pela possibilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e eventualmente recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de essas disposições coincidirem com as disposições legais” (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. p. 7. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Acesso em: 6 ago. 2018).

⁶⁷ Maria Berenice Dias, grande defensora da possibilidade de autorregulação, pelo par, dos efeitos da dissolução da relação familiar, ressalta que “compartilhar vidas nem sempre significa querer embaralhar patrimônio ou dividir bens” (DIAS, Maria Berenice. Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 23, ago./set. 2010. p. 27).

⁶⁸ Explicando sua expressão, Fachin teoriza, primeiramente, a necessidade de freios à uma intervenção excessiva do Estado na esfera privada: “[...] propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar”. Em seguida, ressalta, no entanto, que a garantia da efetiva liberdade no seio familiar, para que haja a realização no afeto, é a função que informa a pontual presença do Estado: “Mas ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um ‘Estado ausente’, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados [...] Emerge então a figura de um ‘Estado presente’, do ente estatal que intervém ao beneplácito do desenvolvimento da personalidade humana, repelindo obstáculos e garantindo, mesmo que em perspectiva de prevenção, que o ambiente familiar seja o espaço profícuo para a objetivação plena e inarredável do desenvolvimento da personalidade” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 167-168).

que toca ao regime sucessório. Não, porém, com normas cogentes. A disciplina jurídica da união estável com normas dispositivas, permitindo a mitigação ou o afastamento de efeitos patrimoniais por meio de decisão dos companheiros, parece ser a solução que teria sido mais conforme a Constituição, harmonizando a solidariedade às famílias espontaneamente informais, com a liberdade às famílias nas quais a informalidade é fruto da vontade livre e consciente.

Esse é o sentido que deve ser atribuído à hermenêutica das normas constitucionais sobre o direito de família, notadamente em matéria de união estável.⁶⁹

A decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não se desgarra dessa linha interpretativa, desde que compreendida nos estritos limites da controvérsia que foi submetida ao tribunal. É o que passamos a tratar.

3 A (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil

Para a aferição da (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, utilizar-se-á a regra da proporcionalidade. É dizer, o dispositivo será submetido ao crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tal como teorizado por Virgílio Afonso da Silva,⁷⁰ no intuito de averiguar se ele impõe restrições desproporcionais a direitos fundamentais.

Este método permite pôr às claras, de maneira ordenada, o raciocínio ponderativo adotado, possibilitando um “controle de juridicidade e racionalidade”⁷¹ da fundamentação oferecida em cada etapa do exercício hermenêutico.⁷²

⁶⁹ Deve ser citada, aqui, como relevante contribuição à liberdade patrimonial nas relações de conjugalidade, a tese de Doutorado defendida no PPGD da UFPR por Felipe Frank, que, em brilhante reflexão, embasada em sólida pesquisa dogmática, conceitual e histórica, sustenta a possibilidade de, em pacto antenupcial ou em pacto de convivência, excluir-se a concorrência sucessória entre cônjuge/companheiro sobrevivente e descendentes (FRANK, Felipe. *Autonomia privada e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre a cláusula pré-nupcial de exclusão da concorrência sucessória do cônjuge*. Tese (Doutorado) – PPGD, UFPR, Curitiba, 2017).

⁷⁰ Tratam-se, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, de sub-regras da proporcionalidade em sentido amplo. São filtros pelos quais deve-se passar o ato estatal em apreço, permitindo averiguar se a restrição que impõe a direitos fundamentais é proporcional. A passagem do ato por estes crivos é sucessiva e eliminatória. Se o ato não passa pelo filtro da adequação, por exemplo, despiendo submetê-lo ao crivo da necessidade, pois a resposta já terá sido oferecida: a restrição ao direito fundamental que o ato estatal impõe é inadequada e deve ser expurgada do ordenamento jurídico (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002).

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 112.

⁷² Ricardo Marcondes Martins ressalta que “a teoria da ponderação vem sendo acusada, por muitos, de ser irracional. Seria uma forma de legitimar decisões arbitrárias do Poder Judiciário, adotadas com desprezo ao direito positivo. Tratar-se-ia da consagração do ‘governo dos juizes’ ou, mais apropriadamente, ‘da tirania do judiciário’” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, maio/ago. 2018. p. 154). A ideia de fundo dessa

Antes de mais nada, para uma análise franca e qualitativa do conflito constitucional, é necessário identificar os princípios que estão em rota de colisão. No caso concreto, os que reputam inconstitucional o art. 1.790 do CC apontam, como visto, para uma violação à dignidade humana em sua vertente de autonomia/liberdade (art. 1º, inc. III e art. 5º, *caput*); à igualdade (art. 5º, *caput*); à solidariedade social (art. 3º, inc. I); e à vedação ao retrocesso (princípio constitucional implícito).⁷³ Os que entendem constitucional o dispositivo o amparam no direito fundamental à liberdade (art. 3º, inc. I, e art. 5º, *caput*).

Tem-se, aí, uma dificuldade inicial, já anunciada anteriormente: o fato de que ambos polos da discussão fundamentam sua interpretação no princípio da liberdade.

No entanto, como se pretendeu pôr em evidência no item 2 deste artigo, ser senhor de si mesmo implica ir além de uma mera opção entre constituir família com ou sem a chancela formal e solene do Estado. A autodeterminação, ínsita à ideia de dignidade humana, implica poder viver a relação afetiva conforme o projeto de vida do casal. Significa afirmar a viabilidade da autorregulação de efeitos jurídicos da constituição familiar, em um exercício de autonomia que deve ser protegido pelo Estado, como meio de realização existencial de seus membros.

Assim, a liberdade de escolher entre a união estável e o casamento, se ambos os modelos forem sujeitos às mesmas normas cogentes, acaba por ser uma liberdade apenas aparente, artificial, esvaziada, que nega a condição de agente moral àqueles que não se vejam identificados nestes modelos rígidos, predefinidos, de família.⁷⁴

crítica é a velha matriz ideológica positivista, amparada na crença de que os juízes podem e devem realizar uma descrição neutra do direito positivo. Entendemos, com Dworkin, que essa ideia apenas esconde uma inevitável influência. O direito é, em si, uma prática social interpretativa, e a pretensão de uma decisão judicial livre de convicções morais e políticas do intérprete é de todo artificial. Sua inadequação é ainda mais gritante diante de constituições como a noção que estabelecem cláusulas dotadas de linguagem aberta, como a que consagra o direito fundamental à liberdade. Tal norma, para ser preenchida e aplicada a casos concretos, “invoque moral principles about political decency and justice” (DWORKIN, R. *Freedom’s Law: a moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996. p. 12-13). Há, como aponta Juarez Freitas, uma fase interna da decisão judicial. O magistrado, é certo, diante de um caso concreto, antes mesmo de formular sua argumentação, escolhe um ou outro lado. E o faz imbuído pela carga moral, pela sua história, que ele carrega consigo e que imprime na decisão ainda que inconscientemente (FREITAS, Juarez. O lado oculto da decisão jurídica e o dever de fundamentação. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica, e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 9, n. 3, set./dez. 2017, *passim*). A regra da proporcionalidade não nega isso. Ela não tem a pretensão de ser um caminho para que o juiz chegue à resposta. Mas um método para exigir que ele explicitamente racionalmente como chegou lá. Esse método, colocando às claras a sua fundamentação, é o que permite o controle da decisão judicial pela sociedade em suas verdadeiras bases, submetendo-a ao crivo dos bons argumentos. É essa a intenção do presente trabalho ao lançar mão da regra da proporcionalidade. Não é buscar uma pretensa objetividade, mas permitir a exposição de maneira clara e ordenada da fundamentação utilizada, submetendo-a ao crivo dos bons argumentos do leitor.

⁷³ Vide nota de rodapé 100.

⁷⁴ “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,

Assistiria, então, razão àqueles que defendem que a igualdade de regimes sucessórios equivaleria a solapar a liberdade? A resposta, cabe adiantar, é negativa.

Para responder a essa pergunta, cabe a realização de exercício hermenêutico, no qual a liberdade será colocada como argumento de apenas um dos lados dessa discussão: aquele que, à luz do objeto do RE nº 878.694, defende a constitucionalidade do art. 1.790.

Passando à tarefa interpretativa, a sub-regra da adequação exige que haja um objetivo legítimo e que ele seja ao menos fomentado pelo ato estatal que, por restringir direitos fundamentais, tem sua constitucionalidade questionada.⁷⁵

A questão da adequação, no que toca ao art. 1.790, já é em si tormentosa. É que, quando recorremos às notas taquigráficas da aprovação, na Câmara dos Deputados, da subemenda que deu redação ao dispositivo legal em questão, percebemos, de maneira cristalina, seu intento discriminatório. Transcrevemos em parte:

[...] persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessórios entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável [...] 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 [...] Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável.⁷⁶

Assim, poder-se-ia cogitar de não haver, no art. 1.790, sequer um objetivo legítimo.⁷⁷ Se fôssemos tomar a intenção do legislador como parâmetro, o ato legislativo em apreço não passaria pelo filtro da adequação e o exercício interpretativo cessaria por aqui, com a conclusão de que o dispositivo é inconstitucional.

Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 233).

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002 p. 38.

⁷⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56 (Deputado Ricardo Fiúza)*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadao-processo-constituente. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁷⁷ E foi dessa premissa que partiu o Ministro Barroso em seu voto.

Por outro lado, parece melhor levar em conta não o que o legislador pretendeu, mas o que legitimamente poderia ter amparado sua decisão: a ampliação da liberdade.

Se esta alternativa parecer a mais correta, poder-se-ia supor, em abstrato, como adequado o ato estatal em questão, pois o estabelecimento de dois regimes sucessórios distintos, permitindo a opção por um ou outro, poderia ser considerada, de início, medida apta a fomentar a liberdade.

Ocorre que o confrontamento dessa tese com a realidade nos mostra que a escolha entre regimes sucessórios não é o que determina a decisão entre casar-se ou viver em união estável. O argumento da liberdade carece de pressuposto empírico indispensável para sustentar a validade da ferramenta jurídica que visa encetar uma opção, razão pela qual ela nos parece inadequada.

A escolha de um modelo de conjugalidade – matrimonializado ou não matrimonializado – não guarda relação necessária nem com a predileção de um regime de bens nem com a escolha de efeitos sucessórios. Como demonstrado, pode decorrer de vulnerabilidades, de opção pela ausência de intervenção estatal ou, ainda, pela pura e simples escolha por não se sujeitar à formalidade do casamento, sem que isso implique, no campo da liberdade vivida, uma conjugalidade menos imantada na comunhão de vida do que uma conjugalidade matrimonializada.

Vale dizer: não é possível presumir que, materialmente, a convivência entre cônjuges difira substancialmente da convivência entre companheiros. O elemento volitivo consistente no “propósito de constituição de família”, integrante do suporte fático da união estável, serve, inclusive, para infirmar essa presunção, uma vez que se materializa, precisamente, por meio da comunhão de vida.

Isso significa que eventual pretensão de oferecer a casais a escolha por regimes sucessórios diversos não se realiza de modo adequado por meio da diferenciação pura e simples de efeitos sucessórios entre casamento e união estável. O espaço de escolha deveria existir qualquer que seja o modelo de conjugalidade adotado.

Portanto, sob qualquer prisma, a opção legislativa não passa pelo crivo da adequação.

E, além de adequado – e viu-se que este artigo do Código Civil não é –, o dispositivo legal que restringe direitos fundamentais deve ainda ser necessário, sob pena de padecer de inconstitucionalidade. É dizer, é preciso averiguar se o objetivo perseguido pelo art. 1.790 do CC não pode ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido –⁷⁸ igualdade, solidariedade, vedação ao retrocesso.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002 p. 40.

O item 2 deste trabalho já esboçou uma resposta acerca da desnecessidade da discriminação estabelecida pelo dispositivo legal em questão. Para ficarmos apenas com um exemplo – o que já é suficiente para a invalidade do ato –, o legislador poderia ter regrado a sucessão na união estável com um regime sucessório igual ao do casamento, mas com normas dispositivas. Assim, não haveria restrição à igualdade – ou ela seria menor – e as aludidas famílias espontaneamente informais se veriam amparadas quando da morte de um dos companheiros. Ao mesmo tempo, por meio de negócio jurídico, o casal em união estável poderia afastar os efeitos sucessórios da relação afetiva, garantindo-se sua liberdade, inclusive em maior medida do que a assegurada pelo art. 1.790.

Dessa forma, essa opção fornecida, sem embargo de outras, fomentaria o objetivo com maior intensidade e menor restrição a direitos fundamentais, o que leva a reputar desnecessário e, conseqüentemente, inconstitucional o art. 1.790 do CC

Poder-se-ia questionar, no entanto, se decidir com base na existência dessa alternativa que, ao nosso ver, maximiza os princípios constitucionais em colisão,⁷⁹ não seria, no caso concreto, ofender o princípio democrático, “impondo” uma solução ao legislador.

É uma preocupação legítima, da qual partilhamos. Mas convidamos a um raciocínio inverso. Caso intentada ação pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da cogência do regime sucessório do companheiro por ofensa à liberdade, o remédio constitucional, ao menos adotando-se as premissas expostas no presente trabalho – inclusive nas considerações deste tópico –, haveria de ser concedido.

E isso sem que pudesse se cogitar de ofensa ou tensão da revisão judicial com a democracia. Como reiteradamente enfatizado, a condição de sujeito ético exige que nas esferas em que as decisões se façam mais relevantes à autodeterminação do indivíduo – a exemplo das relações afetivas – ele seja deixado só. E, como leciona Dworkin, é pressuposto para uma democracia genuína que se considere os cidadãos independentes agentes morais.⁸⁰ Do contrário, com concepções

⁷⁹ E essa é senão a função dos princípios, são mandamentos de otimização direcionados ao legislador e ao intérprete, comandando que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90). Esse é mais um ingrediente para se refletir sobre o argumento do caráter antidemocrático da solução proposta.

⁸⁰ Para Dworkin, a exigência de independência ética e moral dos membros da comunidade é o que distingue uma democracia comunitária de um governo totalitário. Consiste em dizer, primeiramente, que uma democracia genuína deve criar incentivos e condições propícias para que os cidadãos construam suas próprias convicções e reflexões sobre temas de política, ética e moral. Isso de maneira alguma significa afirmar que o indivíduo deve se manter em solitária reflexão, infenso à influência do meio externo – o que seria mesmo impossível e indesejável –, nem que deve deixar de refletir sobre a moral e a boa vida

morais coletivas invadindo o foro das relações mais íntimas e impondo aos indivíduos a concepção de vida boa que deve guiar-lhes, tem-se totalitarismo e não governo democrático, tem-se a opressão da maioria. Ao defender a possibilidade dos cidadãos de viver suas relações afetivo-conjugais conforme suas próprias concepções de vida, a Corte estaria assegurando a democracia e não atentando contra ela – ao menos se tomarmos como pressuposto uma noção substancial e não meramente majoritária dessa forma de governo.

Ainda assim, para fins de reforço argumentativo, passa-se a submeter o art. 1.790 do CC ao crivo da última sub-regra, a da proporcionalidade em sentido estrito.

Trata-se de realizar “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁸¹

Para que o art. 1.790 do CC seja considerado desproporcional em sentido estrito “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”.⁸² É o caso.

comunitária. O que se busca vedar, com tal princípio, é que a comunidade, por outro meio que não o legítimo debate argumentativo, intente mudar as convicções de um cidadão. O emprego de meios coercitivos ou obscuros para inculcar no indivíduo uma moral comunitária faria da ação coletiva um totalitarismo. E a abrangência do princípio da independência vai mesmo além disso. Afirmar a essencialidade, para uma genuína democracia, da unidade de julgamento individual, implica não apenas incentivar que o indivíduo tenha suas próprias reflexões, mas também assegurar que ele possa viver sob elas. Por vezes o ter concepções autônomas de ética e moral e o agir conforme elas são coisas tão intimamente conectadas que pretender dissociá-las seria consagrar uma independência apenas artificial. Dworkin deriva importantes consequências dessa última afirmação. Extrai dela que certa dose de tolerância liberal faz parte do conceito de democracia, é condição de uma concepção substantiva. Isso implica dizer que existem áreas em que decisões estão tão fortemente ligadas a julgamentos pessoais que furtá-las da esfera privada, impondo concepções comunitárias, seria negar a própria existência do indivíduo enquanto sujeito ético e, assim, excluí-lo da comunidade democrática: “it is preposterous that I should think of myself as sharing integrated collective responsibility within a group that denies my capacity to judge for myself”. Em síntese, em matéria de “decisions of personal commitments”, o princípio da independência, ao ver do autor, viria a objetar legislações “moralizadoras”, ainda quando elas deixem espaço para que os cidadãos “pensem o que quiserem contanto que façam o que a lei diz” (DWORKIN, R. *Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 337-346, 1990. p. 337-346). Na mesma linha, Cecília Pires e Neuro Zambam destacam o recíproco condicionamento entre o comunitarismo democrático e a independência moral: “As condições de reconhecimento das concepções morais e a sua respectiva legitimidade decorrem de um ambiente social construído e mediado por recursos e estratégias que contribuem para o respeito mútuo, o exercício da tolerância e o desejo de compartilhar o mesmo espaço territorial e social. Essa relação simultaneamente exigente, tempestuosa e necessária demanda uma assimetria moral em relação aos demais seres humanos, isto é, o direito de expressar as convicções e ser respeitado pelos demais. Essa convicção é sintetizada por Appiah (2012, p. 23): ‘Precisamos que os outros nos reconheçam como seres conscientes e percebam que nós também os reconhecemos assim’” (PIRES, Cecília Maria; ZAMBAM, Neuro José. O reconhecimento moral e a democracia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica, e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 6, n. 3, p. 260, out./dez. 2014).

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002 p. 42.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002 p. 43.

A liberdade que o dispositivo legal fomenta, de escolher entre dois regimes sucessórios predefinidos, é diminuta – e, a rigor, ilusória – diante dos efeitos deletérios que a discriminação produz – atingindo intensamente bens jusfundamentais.

A finalidade da herança, e da inserção do parceiro afetivo entre os herdeiros legítimos, é a de assegurar “um patamar de recursos que permita que preserve, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado”.⁸³

E assim é com o regime positivado do casamento, no art. 1.829 do CC.

Restringir a base de cálculo da sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, como faz o art. 1.790, é desvirtuar a finalidade da herança.

Como nos lembra Ana Luiza Nevares, “basta pensar numa pessoa que só tenha bens adquiridos antes da união, ou somente tenha adquirido bens a título gratuito, como herança ou doação, e viva durante muitos anos em união estável. Quando essa pessoa falecer, seu companheiro nada receberá”.⁸⁴

A situação é tão mais grave quando se lembra a realidade do nosso país, em que este companheiro supérstite, em boa parte dos casos, é alguém que constitui espontaneamente uma relação informal, sem ter a ciência desses efeitos jurídicos.⁸⁵ Nega-se, assim, a resposta a um dos motivos mais proeminentes da própria consagração da união estável enquanto entidade familiar.⁸⁶

Além disso, o art. 1.790 vai na contramão da passagem da família transpessoal à eudemonista ao dispor que ao companheiro em união estável toca metade do que couber ao filho do *de cuius*, e ao estabelecer sua concorrência com parentes colaterais do falecido. Privilegia-se, com essas previsões, a consanguinidade

⁸³ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 10).

⁸⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115. No mesmo sentido Zeno Veloso: “Essa restrição da incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1768-1769).

⁸⁵ Como destaca Rafael Mansur, a união estável tem de ser inserida no contexto de “uma sociedade na qual a maioria das pessoas desconhece os meandros da lei”. Para o autor, muitas pessoas “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” (OLIVEIRA, Rafael Mansur de. O argumento da liberdade no debate sobre a constitucionalidade do regime sucessório do companheiro: notas ao RE 878.694/MG. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 147-155, set./dez. 2017. p. 147-148).

⁸⁶ A este respeito faz-se remissão à nota de rodapé 56.

da família-instituição, em detrimento do afeto da família instrumento de realização existencial. Como observa Ana Luiza Nevares, homenageiam-se, de maneira injusta e anacrônica, os vínculos de sangue que não necessariamente significaram compartilhamento de vida, em atentado à autodeterminação do companheiro falecido e em desrespeito à solidariedade àquele que ficou.⁸⁷

Ainda, não é demais observar que as leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que regulamentaram o direito sucessório dos companheiros antes do Código Civil de 2002, equiparavam, substancialmente, a sua situação com a sucessão do cônjuge, então disciplinada pelo Código Civil de 1916. Como destacou o Ministro Barroso, “cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação”.⁸⁸

É de se destacar, ainda, que, não havendo descendentes e ascendentes, essas leis especiais atribuíam ao companheiro o direito à totalidade da herança, excluindo os parentes colaterais.

Destaca Zeno Veloso que essa situação já contava com “com geral e pacífica aceitação na sociedade e objeções apenas pontuais na doutrina”⁸⁹ quando surgiu o Código Civil de 2002, com um retrocesso flagrante e arbitrário nessa matéria. A retirada de direitos do companheiro é sintoma de um código que, tramitando desde a década de 70, e sistematizando o pensamento jurídico dessa época, já nasceu velho. O retrocesso é produto de um diploma normativo com “asas fabricadas para voar mais ventos soprados do pretérito”,⁹⁰ e que “não dialogou, no transcurso da elaboração legislativa, com o novo programa constitucional”,⁹¹ muito menos com as aludidas leis especiais que regulavam a união estável.

A ausência do direito real de habitação, a sucessão de maneira diversa da do cônjuge, e a concorrência com os parentes colaterais, implicando a injustificada retirada de direitos consolidados – inclusive já socialmente aceitos –, aviltaram a segurança jurídica dos companheiros em união estável, que exige uma proteção contra medidas arbitrariamente retrocessivas. Como destaca Ingo Sarlet, “a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica” acaba por transformar “seus titulares e autores em

⁸⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 154-155.

⁸⁸ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 36).

⁸⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1768.

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 16.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 16.

simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade”.⁹²

Estes são motivos que nos parecem ter um peso maior que uma suposta liberdade mínima de escolher entre regimes sucessórios diversos – e que, na verdade, como exposto, relação lógica alguma possui com a escolha entre a conformação de uma conjugalidade matrimonializada e uma conjugalidade por meio de união estável. O ganho que se tem com a equiparação da sucessão da união estável à do casamento, no desiderato de concretização da igual dignidade de cônjuges e companheiros, supera aquele que se presta oferecendo-os a alternativa entre os efeitos patrimoniais do art. 1.790 e aqueles do art. 1.829.

Assim, sob a ótica do presente texto, evidencia-se a desproporcionalidade da restrição impingida pelo dispositivo legal a direitos fundamentais.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proibição de retrocesso: algumas dimensões da assim designada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais (notadamente dos direitos sociais) em relação ao legislador infraconstitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 452. A vedação ao retrocesso é princípio constitucional implícito, e tem ainda outras bases. Alude-se, comumente, ao art. 5º, §1º, da CF, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desse artigo extrai-se um dever de legislar, sob pena de se negar o caráter jusfundamental desses direitos. Mais que isso, tem-se, aí, o dever de, uma vez regulamentado o direito, “só se admitir marcha atrás mediante fundamentação que demonstre a necessidade, adequação e proporcionalidade” (BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159). Vanice Regina e Renata de Marins destacam que há divergência, na doutrina, acerca de se há um núcleo duro, estático, de cada direito fundamental, que serve como parâmetro para aferir a possibilidade de retrocessão, ou se este conteúdo essencial deve ser relativo, aferido casuisticamente. As autoras lançam um olhar crítico sobre ambos polos dessa relevante discussão, oferecendo uma terceira solução: “No ponto, cabe a seguinte crítica: de um lado, entender que o núcleo essencial é por si só intangível, praticamente resultaria no esvaziamento do próprio princípio da proibição do retrocesso; de outro, a afirmação pura e simples de que tal conteúdo é relativo, à medida que a restrição poderá ocorrer de forma fundamentada, revelaria grave imprecisão e poderia acabar por gerar, a depender das circunstâncias que envolvam o caso concreto, a negação do próprio direito fundamental; ou, ainda, uma ausência de homogeneidade no que toca à delimitação de suas fronteiras – influenciada que estaria pela casuística, e pela percepção subjetiva do julgador. Uma possível solução ao imbróglio reside em acrescentar à segunda hipótese a proposta de Young, qual seja: a aceitação da existência de um critério misto (abstrato e concreto) de verificação do minimum core, com a prefixação de parâmetros objetivos indicativos do núcleo essencial pelo Judiciário, com base em um consenso mínimo, mas com presunção relativa com relação aos demais Poderes. Isso significa que caberá a estes, para além de fundamentar a restrição, comprovar a ausência de correspondência com a essência normativa em concreto, elidindo a presunção; sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso” (VALLE, Vanice Regina Lírio do; MANEIRO, Renata de Marins Jaber. Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 154-155, out./dez. 2015). Manejando este instrumental teórico diante do caso concreto, a retrocessão, na hipótese, principalmente diante da mudança da base de cálculo da herança – potencialmente privando o cônjuge supérstite de recursos para seguir sua vida – e o arrefecimento dos laços afetivos – diante da valorização da consanguinidade em detrimento do afeto concreto – parecem atingir este núcleo essencial da dignidade humana, além de ter, tal circunstância, peso maior que a liberdade de optar entre dois regimes sucessórios.

4 O companheiro como herdeiro necessário?

Ao final do julgamento do RE nº 878.694 o STF fixou a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”.

A condição de herdeiro necessário do cônjuge não decorre, no entanto, do art. 1.829, mas sim do art. 1.845 do código civilista.

Os votos vencedores e vencidos não se manifestaram expressamente acerca de se a decisão, para além de igualar a ordem de vocação hereditária – invalidando a do art. 1.790 e aplicando, para todo caso, a do art. 1.829 –, fulminava toda e qualquer distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros – elevando, assim, o companheiro à condição de herdeiro necessário que é assegurada ao cônjuge.

A opinião majoritária parece seguir Paulo Lôbo quando este afirma que “por arrastamento, pelo mesmo princípio da igualdade sucessória”, deve haver interpretação conforme dos demais artigos que se referem à sucessão do cônjuge, “para que sejam interpretados como incluindo o companheiro”. Dessa forma, completa o autor:

são iguais os direitos dos cônjuges relativamente à ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III), ao direito real de habitação (art. 1.831), à sucessão concorrente com os descendentes e quota mínima (art. 1.832), à sucessão concorrente com os ascendentes (art. 1.837), à qualificação como herdeiro necessário (art. 1.845).⁹³

Em outras palavras, a decisão do STF teria por efeito “declarar que os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros são iguais, aplicando-se explicitamente o Código Civil, 1.829 e, implicitamente, os demais artigos correlacionados para a consecução desse fim”.⁹⁴

Cabe refletir se essa posição seria coerente com o voto do Ministro Relator Roberto Barroso. Como visto, o constitucionalista reputa que, em efeitos jurídicos, as entidades familiares devem se igualar, permanecendo legítimas apenas distinções que digam respeito “ao modo de constituição, comprovação e extinção” da união estável.⁹⁵ Poder-se-ia ponderar, assim, que a condição de herdeiro necessário, neste raciocínio, deveria abarcar tanto o cônjuge quanto o companheiro.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

⁹⁵ Voto do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fl. 24).

A resposta do STF, porém, não parece conduzir a esse entendimento. É que, em face da decisão proferida, foram opostos embargos de declaração, precisamente com o fito de integrar a decisão de modo a obter expresso pronunciamento sobre o tema do rol de herdeiros necessários.

A decisão foi de não acolhimento dos aclaratórios, sob o fundamento de que “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”.

O tema, portanto, remanesce em aberto.

A dúvida se intensifica diante do voto do Ministro Edson Fachin, que expressamente apontou, com acerto:

a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.⁹⁶

Ou seja, extrai-se daí que o Ministro Fachin não entende deva o companheiro ser elevado à condição de herdeiro necessário. Seu voto pela declaração de inconstitucionalidade cingiu-se à ordem de vocação hereditária do art. 1.790.

Foi justamente tendo em vista o trecho supratranscrito que a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e o Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), habilitados como *amicus curiae* no RE nº 878.694, opuseram embargos de declaração contra a decisão do STF, no intuito de obter expressa manifestação acerca da questão ora abordada – embargos estes, como visto, não acolhidos.

Diante da relevante e persistente dúvida, impende ofertar uma posição acerca do tema.

Já se explicitou que o dever-ser estabelecido pela Constituição em matéria de família tem a liberdade em sua dimensão funcional.

Dessa forma, a união estável deve se oferecer não como um “modelo preconcebido e fechado”, mas como meio de conferir efeitos jurídicos às escolhas do próprio casal.

⁹⁶ Voto vencedor do Ministro Edson Fachin (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10.5.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 21, 5 fev. 2018. fls. 46-47).

Ressaltou-se, no entanto, que a união estável também está vocacionada para preservar recursos àquele companheiro supérstite que constituía uma entidade familiar sem que seus efeitos jurídicos tenham sido pensados pelos conviventes – o que aqui se chamou de uma informalidade espontânea.

Assim, sugeriu-se como solução, para equacionar estes interesses, que a união estável, no que toca à sucessão, fosse dotada de uma disciplina jurídica supletiva – que não colhe qualquer razão para ser diferente da ordem de vocação hereditária do casamento (art. 1.829), e por isso a inconstitucionalidade do art. 1.790.

Estas regras dispositivas estariam destinadas a conferir efeitos sucessórios às famílias espontaneamente informais, mas permitindo, via negócio jurídico, seu afastamento pelo casal, possibilitando o legítimo exercício de uma liberdade pelas que aqui se chamou de famílias volitivamente informais.

Tendo isso em vista, rejeita-se a posição no sentido de que o companheiro deve ser alçado à condição de herdeiro necessário.

A solução do Ministro Fachin, de equalizar a ordem de vocação hereditária de cônjuge e companheiro, mas permitir a exclusão de efeitos sucessórios via testamento, é a que se adota no presente artigo.

Há, com essa proposta, uma maximização dos princípios em rota de colisão. Assegura-se um espaço de liberdade, que está na essência da união estável, ao mesmo tempo em que se resguarda a solidariedade ao companheiro supérstite. Por isso, a diferenciação em relação ao casamento, diante da não qualificação do companheiro à condição de herdeiro necessário, longe de ser um tratamento discriminatório, assegura a lógica da liberdade que deve prevalecer como derivação inerente ao próprio modo de constituição da união estável.

Vale dizer: a união estável não se constitui sob o Estado – por meio de sua formal proclamação pela autoridade celebrante –, mas seus efeitos são por este apreendidos, como chancela da liberdade positiva vivida pelos companheiros. É nesse momento em que a informalidade do modo de constituição – trazida como critério legítimo de *discrimen* pelo voto vencedor no STF – pode se encontrar com a proteção às escolhas que derivam dessa informalidade.

Chancela-se a escolha livre por não casar, e os efeitos da conjugalidade livremente constituída são apreendidos, também, sob o viés da liberdade, por meio da leitura apenas supletiva das normas ali aplicáveis – inclusive, portanto, das normas sucessórias.⁹⁷

⁹⁷ Mário Delgado, em artigo acerca do tema, explicita interessante opinião crítica ao próprio instituto da legítima, como meio de tolher desproporcionalmente a liberdade testamentária. Para o autor, são tempos de reflexão acerca do próprio instituto da legítima, e essa discussão deve ser trazida para dentro do problema ora abordado. Interessantíssima sua reflexão no sentido de que “em tempos de afetos líquidos, de vínculos fluídos e de instituições familiares rarefeitas pela informalidade e pelo descompromisso, ampliar

Assim, caso adotadas as premissas do presente trabalho, não há dúvidas de que a inconstitucionalidade da distinção dos regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro não deve alcançar a regra que dispõe sobre a condição de herdeiro necessário – regra essa que inclui o cônjuge e exclui o companheiro.

Considerações finais

Já se passam 30 anos desde a edição da Constituição Federal, quando o problema fundamental em torno da união estável passou a ser não mais o de reconhecê-la, mas o de como normatizá-la – ou sobre que valores.

A Carta Magna alçou a pessoa humana, em seu desígnio fundamental de autodeterminação, à vértice do ordenamento jurídico pátrio. E, não obstante estabelecer um dever-ser às relações familiares que tem a liberdade em sua dimensão funcional, não raro, continua-se enxergando a união estável sob a mesma lupa que enxerga o casamento: a da institucionalização.

Sob um viés de um paternalismo exacerbado, refuta-se, não raro, qualquer reflexão que pretenda enveredar pela afirmação da união estável como espaço de liberdade coexistencial, de desfrute do afeto à maneira do casal, de autorregulação dos efeitos jurídicos da constituição dessa forma de família.

Ainda que não se desconfie das melhores intenções, o caminho muitas vezes proposto à união estável parece ser, cada vez mais, de uma matrimonialização,⁹⁸ sob a *vis attractiva* do Estado.

a liberdade testamentária não incentivaria mais uma solidariedade familiar autêntica, fundada no afeto em direção a uma herança conquistada em substituição a uma transmissão hereditária forçada?”. O doutrinador põe em destaque a reação social negativa provocada pela elevação do próprio cônjuge à posição de herdeiro necessário, o que aconteceu com o advento do Código Civil de 2002. A aversão popular, aponta o autor, era indicativo de um clamor que apenas se intensificou, o de maior liberdade testamentária. Anota que tramitam na Câmara projetos para retirar a condição de herdeiro necessário do cônjuge, e inclusive o IBDFAM está elaborando anteprojeto neste sentido. São circunstâncias que, ao ver do autor, denotam a necessidade de se dar mais peso à liberdade nessa discussão acerca de se o companheiro deve ser alçado à condição de herdeiro necessário. Conclui Mário Delgado que “restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso, mostra absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se foram e se dissolvem mais facilmente que o casamento” (DELGADO, Mario Luiz. O cônjuge e o companheiros deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 23, set./out. 2017, *passim*).

⁹⁸ Como sublinha Rodrigo da Cunha Pereira, “a tendência e as tentativas de estabelecer os efeitos da união estável são sempre no sentido de equipará-la a um casamento oficial, fazendo-se uma analogia às regras definidas de um casamento civil, mas com as peculiaridades e os cuidados, às vezes até mesmo moralistas, de cada tribunal [...] o paradigma de atribuição de direitos à união estável é o casamento” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*).

Admitir a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC não é, porém, nem de longe, filiar-se à chancela de um intervencionismo estatal – que, a rigor, entende-se, deveria ser mitigado tanto no casamento como na união estável.⁹⁹

A solução adotada pelo legislador, que não encontra semelhanças no regime sucessório do casamento, violava, efetivamente, a Constituição.

O peso dos efeitos deletérios produzidos pela distinção de regimes sucessórios superava o ganho de uma apenas aparente liberdade em poder optar por duas ordens de vocação hereditária distintas – escolha que, de resto, como exposto, relação material alguma guardava com a escolha das pessoas por se casar ou por viver em união estável.

Já no que diz respeito à discussão acerca de se o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, a liberdade de regular os efeitos jurídicos da relação afetivo-conjugal deve prevalecer. É legítima a vontade de constituir família sem misturar patrimônios, nem em vida, nem após a morte.

Neste particular, a desequiparação entre a sucessão do cônjuge e do companheiro, antes de configurar uma indevida hierarquização entre as entidades familiares, respeita à *ratio* de constituição e de apreensão jurídica mais livre presente na união estável. O presente trabalho se filia, quanto ao tema, aos que defendem que a declaração de inconstitucionalidade da distinção entre regimes sucessórios da união estável e casamento não deve alcançar a condição de herdeiro necessário do cônjuge.

Por fim, à pergunta que se erigiu em força-motriz e perpassou o presente artigo, ofereceu-se uma resposta que igualmente esteve difusa pelas considerações deste texto. Qual o espaço do direito fundamental à liberdade no direito de família contemporâneo? Seu espaço é o da funcionalização da família à vivência afetiva à maneira do casal. É o de indicar a necessidade de romper com as amarras da ingerência moralizante no seio familiar. É o de afirmar a possibilidade de se constituir, reger e extinguir o núcleo familiar de acordo com o projeto de vida em comum e sob a proteção do Estado. Foi essa a função defendida neste texto para

⁹⁹ Há iniciativas doutrinárias nessa linha, como a consistente tese de Doutorado de Felipe Frank (FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos das disposições pré-nupciais*. Tese (Doutorado) - PPGD, UFPR, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52021/R%20-%20T%20-%20FELIPE%20FRANK.pdf?sequence=1&isAllowed=y>). Nesse trabalho, sustenta-se a existência de espaço de autonomia privada para a exclusão negocial da concorrência sucessória, em pacto antenupcial ou em contrato de convivência.

a liberdade no direito de família. E é esse o papel que a união estável deve estar desenhada para realizar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BONFIM, Marcos Augusto Bernardes. Uma análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 à luz do direito fundamental à liberdade: qual espaço para a autodeterminação nas relações familiares?. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 141-178, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.007.
