

Revista de Direito Civil Contemporâneo

Revista dos Tribunais

Este PDF contém

2. UNIÃO ESTÁVEL – DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO – INADMISSIBILIDADE – CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA QUE CONTEMPLA DIFERENTES FORMAS DE FAMÍLIA – NÃO EXISTE HIERARQUIA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES – INCONSTITUCIONALIDADE, ADEMAIS, QUE ENTRA EM CONTRASTE COM OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE – TESE FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL.

2020 - 09 - 30

Revista de Direito Civil Contemporâneo

2018

RDCC VOL. 16 (JULHO - SETEMBRO 2018)

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA - COMMENTARIES ON CASES

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2. UNIÃO ESTÁVEL – DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO – INADMISSIBILIDADE – CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA QUE CONTEMPLA DIFERENTES FORMAS DE FAMÍLIA – NÃO EXISTE HIERARQUIA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES – INCONSTITUCIONALIDADE, ADEMAIS, QUE ENTRA EM CONTRASTE COM OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE – TESE FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL.

2. UNIÃO ESTÁVEL – Distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro – Inadmissibilidade – Constituição brasileira que contempla diferentes formas de família – Não existe hierarquia entre as entidades familiares – Inconstitucionalidade, ademais, que entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana e da proporcionalidade – Tese firmada em sede de repercussão geral.

STF - RE 878.694 - j. 10.05.2017 - m.v. - Rel. Luís Roberto Barroso - DJe 06.02.2018 - Área do Direito: Família e Sucessões.

UNIÃO ESTÁVEL – Distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro – Inadmissibilidade – Constituição brasileira que contempla diferentes formas de família – Não existe hierarquia entre as entidades familiares – Inconstitucionalidade, ademais, que entra em contraste com os princípios da igualdade e, da dignidade humana e da proporcionalidade – Tese firmada em sede de repercussão geral.

Veja também Jurisprudência

- RT 917/912 - UNIÃO ESTÁVEL - Inventário - Herança - De cujus que deixa companheira,...
- RT 917/1103, DJRJ 11/11/2011 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Sucessão - Art. 1.790, III, do CC/...

Veja também Doutrina

- A NATUREZA JURÍDICA DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME SUCESSÓRIO DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL, de Carlos Eduardo Minozzo Poletto - RDPriv 83/2017/209

- O REGIME SUCESSÓRIO APLICADO AO CÔNJUGE CONFORME O CÓDIGO CIVIL VIGENTE: AVANÇO OU RETROCESSO?, de Marcelo Cabelreira Escobar - RDPriv 34/2008/169

10/05/2017 PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

RELATOR :MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MARIA DE FATIMA VENTURA

ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – ADFAS

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ADV.(A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA – IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA

Ementa

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

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

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

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

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

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

COMENTÁRIO

A declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal: comentários ao RE 646.721/RS e RE 878.694/MG

1. O objeto das decisões do Supremo Tribunal Federal no RE 646.721/RS e no RE 878.694/MG

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 10 de maio de 2017, o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG e reconheceu, por maioria de votos ¹⁾, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil o qual estabelecia, para os conviventes em união estável, regime sucessório diverso do estabelecido no art. 1.829, direcionado aos cônjuges.

No Recurso Extraordinário 646.721/RS, discutia-se a sucessão decorrente de união estável entre pessoas do mesmo sexo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, após consignar ser imprópria a equiparação jurídica do companheiro com o cônjuge para fins sucessórios, aplicou o art. 1.790 do Código Civil (afastando a incidência do art. 1.829), designando 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável ao companheiro sobrevivente e os outros 2/3, além dos bens particulares do falecido, à mãe deste último.

Idêntica discussão jurídica foi objeto do Recurso Extraordinário 878.694/MG, sendo que o caso concreto tratava da sucessão decorrente de união estável entre pessoas de sexo diferente, tendo-se imputado à companheira sobrevivente 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência e, aos irmãos do falecido, os 2/3 restantes.

Cingiu-se, pois, a controvérsia dos recursos extraordinários, na adequação da sistemática estabelecida no art. 1.790 do Código Civil para a sucessão do companheiro sobrevivente (do mesmo sexo ou de sexo distinto do falecido) ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que seria diversa da sistemática prevista para os cônjuges no artigo 1.829 do mesmo Código.

Nos termos do citado art. 1.790, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável cabia ao companheiro supérstite (i) quinhão na mesma proporção e quota do que caberia aos filhos comuns; (ii) 1/2 do que tocaria a cada filho (somente) do falecido; (iii) havendo parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até quarto grau), 1/3 da herança e, (iv) a totalidade da herança na inexistência de parentes na linha sucessória.

Na sucessão do art. 1.829, o cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos do *de cujus*, casado no regime de comunhão parcial de bens e quanto aos bens particulares desse (i) concorre com os descendentes por cabeça, sendo-lhe sempre garantido o mínimo de 1/4 da herança; (ii) recebe 1/3 da herança se concorrer com os dois ascendentes do falecido ou a 1/2, caso sobrevivente apenas um dos pais ou ascendente de grau maior e (iii) herda a totalidade dos bens na inexistência de ascendentes. Os colaterais sucedem apenas quando superadas as ordens acima indicadas.

Acrescente-se ainda que no Recurso Extraordinário 646.721/RS foi (re)afirmada, sem discrepância de entendimentos entre os ministros, a equiparação jurídica entre uniões estáveis homossexuais e heterossexuais, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132 ²⁾, da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Como os dois recursos extraordinários foram julgados sob o rito da repercussão geral, fixou-se a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

Do voto vencedor-condutor do Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, transcrevem-se as seguintes passagens:

34. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiantes de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar.

35. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido.

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

Quanto à corrente derrotada, colhem-se os excertos abaixo do voto divergente do Ministro Dias Toffoli, proferido no Recurso Extraordinário 878.694/RS:

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.

[...]

Ocorre que não me parece que a opção legislativa tenha sido injustificada ou desarrazoada. Pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claros os motivos do tratamento diferenciado [...].

[...]

Estou plenamente convicto de que a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitados e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960 [...].

[...]

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

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

Apresentados os elementos descritivos dos acórdãos sob escrutínio, apresenta-se na seção seguinte os comentários. Adotou-se uma postura crítica quanto à tese vencedora nos dois acórdãos, que é idêntica quanto à questão jurídica, uma vez que não se vislumbra a declarada inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

2. Os fundamentos dos acórdãos e sua refutação

Os fundamentos dos votos vencedores podem ser sintetizados nestas *três premissas* : (i) a Constituição Federal reconheceu três entidades familiares em seu art. 226, as quais, embora dessemelhantes, não têm hierarquia entre si: a família constituída pelo casamento (§ 1º), a união estável entre homem e mulher (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) ³⁾ . A ausência de hierarquia constitucional entre as famílias deve se estender ao campo sucessório, premissa não respeitada pelo art. 1.790 do Código Civil; (ii) o art. 1.790 do Código Civil infringiu o *princípio da dignidade da pessoa humana* ao prever regime jurídico sucessório para os companheiros distinto do regime sucessório das pessoas casadas; (iii) o mesmo artigo, ao revogar tacitamente as Leis 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.05.1996, que estabeleciam regime sucessório substancialmente igual ao estabelecido para os cônjuges, violou os *princípios da vedação ao retrocesso* e da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente* .

Entretanto, refuta-se a *primeira premissa* – de que a Constituição Federal, ao não hierarquizar as entidades familiares, deve também igualar os respectivos regimes sucessórios – com *dois argumentos* .

O *primeiro* é que, a não hierarquia entre as entidades familiares ⁴⁾ e sua equiparação não têm os efeitos amplos que se lhes atribuem. Sustenta-se que os efeitos da equiparação estão restritos às disposições constitucionais. Em outras palavras, deve-se garantir aos modelos familiares não hierarquizados que os direitos assegurados às famílias *na Constituição Federal* os atinjam indistintamente, i.e., no que respeita à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 226, § 5º); à liberdade no planejamento familiar e colocação ao dispor, pelo Estado, de recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º); à assistência estatal à família (art. 226, § 8º), dentre outros.

Prova da contenção dos efeitos da equiparação das famílias ao plano constitucional está em que o ordenamento infraconstitucional estabelece diferenciações entre os modelos. Tais distinções são identificáveis por meio da enumeração de algumas: (i) não se exige autorização dos pais ou dos representantes legais de pessoas com mais de 16 e menos de 18 anos para reconhecimento de união estável (artigo 1.517 do Código Civil), ao contrário do casamento; (ii) não há incidência das causas suspensivas do artigo 1.523 para a caracterização da união estável (§ 2º do artigo 1.723 do Código Civil) etc.

A respeito do tema, afirma Regina Beatriz Tavares da Silva ⁵⁾ :

O primeiro equívoco deste raciocínio é não perceber que a Constituição equiparou a união estável ao casamento, mas não os igualou. Se a Constituição determina que dois caminhos levam a um mesmo lugar, isto é, se tanto casamento como união estável formam entidades familiares, o legislador tem ampla margem para disciplinar cada um desses caminhos 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.

O *segundo* argumento é que a equiparação constitucional dos modelos familiares não implica a equiparação dos regimes sucessórios. O regime jurídico do Direito de Família difere do regime jurídico do Direito Sucessório, cada qual com suas regras e princípios. Tira-se exemplo da Constituição Federal que, em *maior grau* , regrou o primeiro e, em *menor grau* , dispôs sobre os direitos sucessórios, citando-se três normas que tratam do tema: a primeira, que garante o direito à herança (artigo 5º, XXX); a segunda, que estabelece, como regra, a aplicação da lei brasileira mais benéfica ao cônjuge ou a filhos brasileiros, na sucessão de bens estrangeiros aqui situados (artigo

5º, XXXI); a terceira, que limita a obrigação de reparar o dano dos sucessores ao limite do valor do patrimônio transferido (artigo 5º, XLIV).

O Ministro Edson Fachin, no voto proferido no RE 646.721/RS, afirma que “o modelo de conjugalidade não se confunde com o regime de bens” ⁶⁾. A troca dos termos da equação também é verdadeira, i.e., as relações sucessórias não se confundem com os regimes de constituição de família. Por essa razão, é de se avaliar criticamente outra afirmação do mesmo ministro no mesmo voto, de que “os efeitos sucessórios de casamento e união estável, inclusive a homoafetiva, devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges” ⁷⁾.

A *segunda premissa* dos votos vencedores é que o artigo 1.790 do Código Civil infringiu o princípio da dignidade da pessoa humana, merecendo transcrição trechos do voto do Ministro Roberto Barroso a respeito:

13. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a *repersonalização do Direito Civil*, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio.

[...]

15. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto.

[...].

35. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas ⁸⁾.

Entende-se que os argumentos lançados não se encaixam no que se compreende como dignidade da pessoa humana e seu princípio decorrente, apesar da consciência da dificuldade de conceituação, vez que inexistente consenso quanto ao conteúdo semântico da *expressão*.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, “a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ no mundo do direito é fato histórico recente” ⁹⁾ e que surgiu pela primeira vez no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, em 1945 ¹⁰⁾. Afirma que o conteúdo material da expressão-princípio impõe, como *imperativo jurídico categórico*, a *intangibilidade da vida humana* e como *imperativos jurídicos relativos hierarquizados*, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; os pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária ¹¹⁾. Assim, ao colocar o respeito à dignidade humana como o atendimento a *pressupostos mínimos*, materiais e/ou imateriais, de sobrevivência (como contemporaneamente aceitos no mundo ocidental civilizado), o festejado civilista do Largo do São Francisco restringe a expressão e afasta as maximizações que aquela angariou no presente.

Otávio Luiz Rodrigues Jr. informa que “a dignidade humana não é um conceito criado pelo Direito Constitucional, antecedendo-o historicamente, na verdade” ¹²⁾ e que “sua presença em textos constitucionais não tem o efeito imunizante que muitos podem esperar” ¹³⁾.

Sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, um número de excessos judiciais começa a ser reconhecido como indevidamente alto.. Lenio Luiz Streck, a tal propósito, refere-se ao “pampricipiologismo”, que considera um “recurso teórico-metodológico espúrio”. O princípio

da dignidade da pessoa humana é, com as ressalvas cabíveis, um elemento fortemente manipulável retoricamente, pois “fundamentaria tudo o que o intérprete quisesse. Diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não por acaso, o Código Civil está refém da subjetividade judicial” ¹⁴⁾ .

Nas palavras de Gabriel Valente dos Reis, a aplicação da dignidade da pessoa humana “possui três grandes riscos: (i) reducionismo, (ii) fetichismo, e (iii) insegurança jurídica” ¹⁵⁾ e que argumentar com base nela é simplista, além de ignorar “as diferentes escolhas dramáticas que se impõem no caso concreto. Tal postura argumentativa não atenta para o fato de que, frequentemente, há mais de uma dignidade humana em jogo” ¹⁶⁾ .

No entendimento esposado pelo Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, o Estado deve garantir que qualquer um dos modelos familiares cumpra seu papel constitucional de elemento de autorrealização do indivíduo. O art. 1.790 do Código Civil teria violado o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente ao hierarquizar os regimes sucessórios atribuíveis a cada modelo familiar, enfraquecendo a autonomia privada (as escolhas pessoais do indivíduo) pois, ao não disciplinar de forma idêntica a situação jurídica dos casados e dos conviventes quanto à sucessão, estaria impingindo aos primeiros a adoção do casamento para a proteção de seus direitos sucessórios.

Além de não se vislumbrar ter o art. 1.790 do Código Civil violado o *mínimo* existencialmente aceitável, material e imaterial, para se ter uma vida digna, o contrário do afirmado no citado voto também é válido: ao se elevar a dignidade da pessoa humana sobre a autodeterminação dos indivíduos se deprecia esta e a possibilidade de escolha do modelo familiar com as consequências infraconstitucionalmente previstas. Sobre essa questão o Ministro Marco Aurélio advertiu ser “possível que ocorram efeitos perversos e contrários à proteção da união estável, com casais de companheiros” ¹⁷⁾ . Acrescenta Regina Beatriz Tavares da Silva que os conviventes que optaram por não se casar, ao tomarem ciência da decisão do Supremo Tribunal Federal, venham a fazê-lo em oposição às suas convicções pessoais ou a dissolver a relação ¹⁸⁾ .

Em contraste à corrente vencedora, o voto divergente do Ministro Dias Toffoli seguiu a linha da defesa da margem de discricionariedade do legislador democrático, ao não identificar no Código Civil a existência de uma opção legislativa desarrazoada ou injustificada. Deixou-se à autodeterminação ou à autonomia privada, conforme o caso, a escolha dos efeitos jurídicos que o arranjo familiar eleito pudesse acarretar.

Ou seja, o que a sistemática dos artigos 1.790 e 1.829 estabeleciam eram as “regras do jogo”: um regime sucessório diverso para os conviventes em comparação com o estabelecido aos casados, *em seara dominada pela autodeterminação* e esta última, pode-se dizer, também realiza o princípio da dignidade da pessoa humana, que encontra fundamento no personalismo ético-social ¹⁹⁾ , como pontua Otávio Luiz Rodrigues Jr.:

Entretanto, prefere-se o termo *autodeterminação*, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art. 1º, inciso III), pois realiza a *dignidade da pessoa humana* , sob a ótica do *personalismo ético-social* e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana. Logo, a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita *opção sexual* e ao direito de renunciar à própria vida ²⁰⁾ .

Percebe-se, pois, a armadilha conceitual da dignidade da pessoa humana e a fragilidade de ser utilizada como fundamento jurídico indiscriminado ao se argumentar que violar a autodeterminação também é violar a dignidade humana.

Some-se a tudo a constatação de que nunca se proibiu que os conviventes estabelecessem de forma diversa ao disposto no artigo 1.790 do Código Civil (por testamento, por doação etc.). Na vigência desse dispositivo o que se oferecia era um maior espectro de escolhas, que preservaria a autodeterminação. Quando se eliminam opções, também se tolgem liberdades.

A decisão do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerada paternalista, o que se torna evidente todas as vezes nas quais o tribunal se imiscui por essas searas em desafio ao princípio da legalidade e à regra do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Ao agir assim, a impressão que se tem é que o tribunal parte da inferência de que o cidadão comum e leigo é desconhecedor de seus direitos e deveres.

Quanto ao parecer do Ministério Público ²¹⁾, pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, há a advertência para os perigos dos *exercícios de isonomia* do Poder Judiciário, capazes de aniquilar todo o sistema civilístico:

Ora, os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de propiciar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais.

[...]

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

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

A *terceira* e última *premissa* da corrente vencedora é de que teria havido violação aos princípios da *vedação ao retrocesso* e da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente* quando houve a revogação tácita das Leis ordinárias 8.971/94 e 9.278/96 pelo Código Civil. Sobre esse argumento, registre-se a refutação contida no voto do ministro Dias Toffoli:

A restrição imposta pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório da união estável, com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, quando comparado com o regime sucessório que vigorava anteriormente pela Lei 8.971 (art. 2º) e Lei 9.278/96 (art. 7º), me parece absolutamente legítima – assim como tantas outras restrições a direitos civis que foram estabelecidas pelo novo Código Civil e que foram realizados sob o permissivo constitucional-, na medida em que o legislador optou, pelos fundamentos revisitados neste voto, por garantir ao companheiro herdeiro, na hipótese de concorrer com os colaterais, o recebimento de um terço da herança ²²⁾.

Eventualmente leis posteriores recrudescem institutos, eliminam direitos, modificam situações jurídicas e prejudicam cidadãos. Isso ocorre, até com certa frequência, nas áreas penal, tributária e administrativa. Mas a Constituição Federal, nesses três campos, oferece as balizas de contenção da aplicação da nova lei que são (i) no Direito Penal, a proibição da regra retroagir, a não ser para beneficiar o réu (*novatio legis in melius*, art. 5º, XL, da Constituição Federal); (ii) no Direito Tributário, os princípios da anterioridade e da noventena (art. 150, *b e c*, da Constituição Federal); (iii) no Direito Administrativo, o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No Direito Civil, há as regras constitucionais e infraconstitucionais que preconizam o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal; art. 6º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Operando-se dentro desses limites, não se vislumbra ofensa direta à Constituição Federal (e, conseqüentemente, causa para a declaração de inconstitucionalidade de normas do direito ordinário), quando uma lei nova estabelece regras diversas das anteriores, mesmo que menos benéficas. A sistemática civilística retroalimenta-se e encontra meios próprios de autocorreção. Em seu âmbito, encontram-se (quase) todas as respostas aos principais anseios individuais, valorados pelo legislador democrático ou criados pela autonomia privada. Não há necessidade da intervenção estatal nesse campo, salvo em situações muito específicas.

A respeito das relações entre a Constituição e o Direito Privado, convém examinar um dos conteúdos semânticos da expressão *constitucionalização* do Direito Civil formulado por Otavio

Luiz Rodrigues Jr.:

Constitucionalizar o Direito Civil é reconhecer a *juridicização* da Constituição, com as ressalvas presentes na jurisprudência do STF e na teoria constitucional. A constitucionalização do Direito Civil, nesta *terceira acepção*, implica que as normas constitucionais não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que elas seriam meros programas políticos, envolvidos em uma forma jurídica” ²³⁾

E essa delimitação conceitual há de ser acompanhada de três ordens de observações, mais do que pertinentes a tudo quanto sustentado: (i) que são poucos os preceitos constitucionais diretamente ligados ao Direito Civil (os relativos à propriedade, família, personalidade, livre-iniciativa); (ii) que uma norma, mesmo que autoaplicável e de eficácia imediata, não incide diretamente sobre as relações privadas, que não podem ignorar sua sistemática infraconstitucional; (iii) que a interpretação dos princípios constitucionais exige dos magistrados maior autocontenção, “diante dos sérios riscos de se ‘desprestigiar o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional’” ²⁴⁾.

3. Conclusão

Não é imune a apreciações críticas a decisão do Supremo Tribunal Federal, que se tomou na assentada de 10 de maio de 2017, nos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG e que declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 1.790 do Código Civil, equiparando os regimes sucessórios do casamento (artigo 1.829 do Código Civil) e da união estável.

Para estes comentários, o acórdão do Supremo Tribunal Federal pode ser posto em causa porque (i) a equiparação e ausência de hierarquia entre as entidades familiares não implica na identidade entre elas e tampouco na necessária isonomia entre os regimes sucessórios patrimoniais infraconstitucionalmente estabelecidos; (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana, de vaguidade conceitual e polissêmico, só seria violado caso se infringisse o *mínimo* a uma existência digna (material e/ou imaterial), como concebido contemporaneamente na civilização ocidental, sendo que a autodeterminação também perfaz o princípio da dignidade humana e (iii) não há violação aos *princípios da vedação ao retrocesso* e da *proporcionalidade como vedação à proteção deficiente* quando a novel sistemática civil respeita o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Em resumo, o artigo 1.790 do Código Civil prestigiava a autodeterminação, oferecendo uma opção a mais aos indivíduos no que se refere a modelos familiares e sucessórios, sendo que o ordenamento jurídico-civil infraconstitucional sempre possibilitou que os conviventes afastassem essa regra, utilizando-se do arsenal de regras jurídicas nele previstas.

Referências

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 115-126, jan.-dez. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 199-299, jan.-dez. 2013.

REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do Direito Civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, p. 92-109, jan.-mar. 2010.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação:

notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 113-129, jul.-set. 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018.

ROBERTA MARIA RANGEL

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. roberta@redadvocacia.com

NOTAS DE RODAPÉ

1

No Recurso Extraordinário 646.721/RS, o relator originário foi o Ministro Marco Aurélio, que restou vencido, designando-se redator para o Acórdão o Ministro Roberto Barroso (relator atual). Nesse julgamento, além do relator originário, ficou vencido o Ministro Ricardo Lewandowski e não votaram os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. No Recurso Extraordinário 878.684/MG, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. “Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011). 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provisamento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002’” (Ementa do RE 646.721/RS, *DJe* de 11.09.2017). “Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas

de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002’ (Ementa do RE 878.694/MG, DJe de 06.02.2018).

2

A propósito da ADPF 132, Otavio Luiz Rodrigues Jr., em Tese de Livre-Docência apresentada em dezembro de 2017 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, anota que o Supremo Tribunal Federal interpretou *conforme a Constituição Federal* uma *norma de direito ordinário que era conforme a Constituição Federal*, mas negou-lhe um dos efeitos decorrentes: “um leitor estrangeiro que lesse o acórdão do STF e fosse ao CC/2002 encontraria, de imediato, um problema lógico: reconheceu-se a união estável igualitária, mas se lhe negou a possibilidade de conversão em casamento. Ocorre que o Código Civil é taxativo em afirmar que: ‘A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil’ (art. 1.726, CC/2002). Logo, se era possível constituir a união estável, tal como declarado pelo STF, não se lhe aplicaria a restrição dos impedimentos matrimoniais (art. 1.723, § 1º, CC/2002). Em sendo assim, não se teria como restringir aos companheiros do mesmo sexo o pedido de conversão em casamento previsto no art. 1.726, CC/2002. Essa incoerência só veio a ser resolvida, também de modo heterodoxo quanto à via, pela Resolução CNJ n. 175, de 14 de maio de 2013, que dispôs sobre a ‘habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo’” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 364).

3

A doutrina identifica arranjos familiares outros além dos compilados na Constituição Federal, como adverte Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 199): “família é arranjo que se já espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base o afeto cultivado entre seus membros”.

4

Lenio Luiz Streck (O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”. *Consultor Jurídico*. Disponível em [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018) é da opinião que “a

Constituição do Brasil (art. 226) coloca o casamento em primeiro plano com relação a qualquer outra união, independentemente das opiniões pessoais dos juristas a respeito de sua (in)justiça. Isso porque, embora refira que a união estável é reconhecida como entidade familiar, acrescenta que a lei deve facilitar sua conversão em casamento (§ 3º). Ou seja, dá especial proteção ao casamento (§ 1º e 2º)”.

5

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico* . Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

6

Voto do Ministro Edson Fachin no RE 646.721/RS, p. 5.

7

Voto do Ministro Edson Fachin no RE 646.721/RS, p. 5-6.

8

Voto do Ministro Roberto Barroso no RE 646.721/RS, p. 7-8 e p. 17.

9

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado* . São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

10

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado* cit., p. 3.

11

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado* , cit., p. 3-22.

12

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais* , cit., p. 319.

13

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais*, cit., p. 321.

14

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo]. Acesso em: 10.07.2018.

15

REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil: origens e riscos metodológicos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 82, jan.-mar. 2010. p. 101.

16

REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil... cit., p. 102.

17

Voto do Ministro Marco Aurélio no RE 646.721/RS, p. 3.

18

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime sucessório da união estável não é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional]. Acesso em: 10.07.2018.

19

antonio Junqueira de Azevedo (Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 115-126, jan.-dez. 2008) escreve que o personalismo ético centra-se no antropocentrismo, na pessoa humana dissociada do fundamento biológico da ética, que se baseia em três emergências, a evolução biológica entre o *homo sapiens* e os animais superiores, não havendo uma radical separação; solidariedade grupal e direito à realização dos impulsos vitais e na igualdade de tratamento e solidariedade universal.

20

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, jul.-set. 2004. p. 127.

21

Proferido no RE 878.694/MG.

22

Voto do Ministro Dias Toffoli no RE 878.694, p. 11.

23

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 395-396.

24

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais* , cit., p. 396.