

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que aplicou orientação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em julgamento de incidente de inconstitucionalidade, reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, entendendo que,

“a teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus”.

Em seu percuciente voto, o eminente Relator, Ministro **Roberto Barroso**, deu provimento ao recurso para “reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente” e declarou, por consequência, o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Nesse sentido também foram os votos dos eminentes Ministros **Edson Fachin**, **Teori Zavascki**, **Rosa Weber**, **Luiz Fux**, **Celso de Mello** e **Cármem Lúcia**.

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, em especial, diante das ponderações apresentadas nas sustentações orais.

Há algumas premissas fáticas deste caso concreto que devem ser salientadas, a saber: i) o reconhecimento da união estável de nove anos (2000 a 2009) se deu **post mortem**, não havendo notícia de testamento ou de qualquer declaração deixada pelo falecido sobre as questões postas nestes autos; e ii) não há ascendentes ou descendentes do falecido, sendo os herdeiros com quem concorre a companheira sobrevivente os três

irmãos do falecido.

Vê-se, portanto, que na espécie há, em tese, a subsunção da hipótese prevista no inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002. No entanto, pretende o nobre Ministro Relator ampliar a tese a ser fixada, sugerindo seja assentado o seguinte entendimento com repercussão geral:

“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.”

Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Ministro Relator, após nova reflexão sobre o conteúdo dos autos e da questão central posta no extraordinário, com a devida vênia, penso não existir a inconstitucionalidade apontada. Com efeito, vejamos.

Como proêmio, **data venia** dos que têm entendimento distinto, há que se deixar bem claro que não há como se dar uma interpretação ampliativa ao que restou decidido na ADI nº 4.277, na medida em que esta Suprema Corte se limitou a dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. O referido acórdão não equiparou o casamento à união estável e muito menos os efeitos jurídicos pela escolha de uma ou de outra espécie de entidade familiar.

A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”.

Como tive a oportunidade de me manifestar na referida ação direta de inconstitucionalidade, na condição de Advogado-Geral da União, a compreensão do art. 1.723 do Código Civil não pode ignorar o princípio da isonomia, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Também salientei que a Carta Maior prevê, de

modo expresso, em seu art. 226, que o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) são espécies de “entidades familiares”, não se podendo afirmar que o conjunto de suas normas permita excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns (fls. 406 e 407).

Na referida manifestação, acentuei, também, que não se poderia admitir diferenciação entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas, porque existiria justificativa plausível para essa indiferenciação sob a óptica do princípio da igualdade, na medida em que uma união homoafetiva estável, uma vez preenchidos os requisitos legais, estaria a se fundar **nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões estáveis – as quais se distinguem do casamento** -, tendo, na oportunidade, lembrado que países como França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconheciam juridicamente a união homoafetiva, sem equipará-la, contudo, ao casamento, e concluí que

“(...) o pedido formulado na (...) ação revela procedência, na medida em que se afigura necessário o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar a fim de que aos participantes da união homoafetiva sejam assegurados os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis” (fls. 413).

Retomo agora duas premissas jurídicas que adiantei por ocasião de meu pedido de vista. 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.

A questão constitucional posta no apelo extremo pode ser assim resumida: o art. 1.790 do CC estipula regras sem razões justificadas para o *discrímen*, ou o legislador, ao fazer a opção, fez o juízo adequado da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito?

Para uma melhor compreensão do regime jurídico que se está a analisar, **vide** os arts. 1.829, 1.830 e 1.832, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

“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 (...); 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.”

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao **cônjuge sobrevivente** se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

“Art. 1.832. **Em concorrência com os descendentes (...)** caberá ao cônjuge **quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.**”

Façamos um resumo paralelo desses regimes sucessórios.

Vê-se, pela leitura dos textos, que, com o Código Civil de 2002, o

cônjuge passou a concorrer com descendentes e, na falta desses, com ascendentes do autor da herança, se houver, e, quando é chamado à sucessão em concurso com descendentes, o cônjuge herda um quinhão da parte que não lhe cabe por força do regime de bens, mas sempre como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes (cf. arts. 1.829, incisos I e II e 1.845, do CC).

Por sua vez, na hipótese da herança do companheiro, embora o art. 1.790 tenha garantido, relativamente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, que o companheiro sobrevivente concorrerá com os descendentes apenas do falecido na proporção da metade do que cabe a cada um deles e com os filhos comuns na mesma proporção de cada um deles – com a mesma quota -, quando o companheiro sobrevivente concorre com os demais parentes sucessíveis, ele tem direito a um terço da herança (incisos I a III).

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, e para a certeza das coisas, tomo a liberdade de relatar o que se consignou como fundamentos da decisão legislativa.

Inicialmente, na exposição de motivos do art. 1.790 do CC, ficou explicitado que

“as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõe um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta”.

Não bastasse isso, no documento publicado pelo Senado Federal em 2012, sobre a Memória Legislativa do Código Civil¹, podemos verificar os

1 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turmo**. Vol. 4. Brasília: Senado

principais motivos que levaram o Congresso a não equiparar os efeitos sucessórios para os dois institutos. É que o que se extrai da leitura dos fundamentos utilizados para a aprovação, em segundo turno, na Câmara dos Deputados, da Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56 (Deputado Ricardo Fiúza), a qual ocorreu após parecer final pela aprovação emitido pelo Senador José Fogaça, a saber:

“É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável. Nesse particular, qualquer dos cônjuges pode suceder ao de cujus na categoria de herdeiro necessário (art. 1.857), podendo inclusive concorrer, dependendo do regime de bens existente, com os ascendentes e até mesmo com os descendentes. (Esta Relatoria-Geral permite-se, neste momento, um comentário, ainda que breve, sobre guindar-se o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, para dizer que discorda dessa orientação. Porém, tendo em vista tratar-se de texto original do projeto, não emendado pelo Senado, nada se poderia fazer, a esta altura.).

(...)

Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge.

Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que perfaz razão relevante para a não supressão da emenda.

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988.

A própria formulação do texto constitucional já é

Federal, 2012, p. 72 a 74.

suficientemente elucidativa a esse respeito : "... *para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*" (CF, art. 226, § 3º).

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

A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimônio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas. Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial.

A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos (arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de

lei.

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável - enquanto *instituição-meio* - quanto o casamento - enquanto *instituição-fim* - na conformidade do preceito constitucional. A natureza *tutelar* da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento *mais* estável do que a *estabilidade* da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável.

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” (destaques nossos).

Não se verifica, nos fundamentos, uma inferiorização de um instituto em relação ao outro, ou deliberada criação de uma situação desvantajosa. O legislador cuidou, no entanto, de dar a eles tratamento diferenciado, até para que não houvesse a equiparação entre os regimes dos dois institutos.

Nesse sentido, correta se mostra a alerta feita por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a “aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não

pretenderam se submeter ao regime formal do casamento”. Ou pior, que isso possa significar até mesmo

“o fim da própria união estável, pois, à medida que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, estar-se-á alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes. É o que chamo de ‘casamento forçado’, ou, ainda, ‘dormir com alguém e acordar com o Estado’, como diz Zeno Veloso”².

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, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares em face do Estado, ideia que se desenvolveu na sociedade germânica e que influenciou seu ordenamento jurídico, culminando na doutrina da “Finalidade Individual do Estado”, segundo a qual deveria haver uma menor intervenção estatal na vida dos indivíduos³.

Na atualidade, ainda prevalece nesse país essa concepção libertária, tanto é que não há sequer previsão normativa para o dever de sustento mútuo para os conviventes em união estável, regras sobre a sucessão, ou mesmo sobre a aquisição de bens durante a convivência, “de modo que os bens adquiridos em nome apenas de um dos conviventes permanecem na propriedade exclusiva dele” (MARTINY, Dieter. Family Law. In, REIMAN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 255).

Assim, reitero entender não ser possível a equiparação entre

2 Em 7 de agosto de 2016, 8h05.

3 **Vide** interessante trabalho de Venceslau Tavares Costa Filho. Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**, de 17 de outubro de 2016, 8h00, em que lembra o pensamento que então se instalava (**Lehre von individualistischen Staatszweck**).

casamento e união estável, tal como ocorre na maioria dos países europeus, os quais nem sequer disciplinam as relações sucessórias. **Exempli gratia**, na França, nem os concubinos nem os membros do pacto civil de solidariedade – formas de união admitidas naquele sistema jurídico – herdaram um do outro.

Nem se diga que a liberdade de escolha da espécie de “entidade familiar” estaria tolhida porque só as pessoas com condições econômicas é que teriam condições de se casar. A legislação tratou de garantir a gratuidade do casamento a quem preenche os requisitos legais (**vide** art. 1.512 do Código Civil de 2002 e as legislações estaduais que dispõem sobre os requisitos), e os casamentos comunitários têm ajudado a viabilizar os matrimônios, que ocorrem diariamente em todo o país.

Certo é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Em sintonia com esse pensamento, trago as inteligentes ponderações feitas pelo eminente civilista da Faculdade de Direito da USP, Professor José Fernando Simão, que elencou as regras constitucionalmente válidas dos regimes jurídicos diferenciadores do casamento e da união estável⁴, no que tange às normas 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 bens⁵.

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

4 Além da própria regra do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

5 Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, sob o título “**E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)**”, em 25 de dezembro de 2016, 9h07. Abordou também em seu trabalho as eventuais consequências jurídicas caso mantida a maioria já formada neste julgamento.

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

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 8.971/94 (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.

Portanto, não se vislumbra irrazoabilidade ou desproporcionalidade na opção legislativa, como bem sustentou o eminente Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que, em seu primoroso parecer, além de descrever o histórico dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro a relatar o vai e vem desses direitos, concluiu, em sua análise sistêmica, que

“[o] art. 1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares.

A apontada inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC apoia-se no argumento que essa diferença de tratamento tem por consequência rebaixar a família decorrente da união estável em comparação à advinda do casamento. 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” (destaques nossos).

Mesmo que utilizada a estratégia do festejado professor Robert Alexy para estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, com a aplicação dos elementos que formam a estrutura da ponderação, quais sejam, a ponderação, a fórmula de peso e a proporcionalidade - observadas as intensidades das argumentações-, na hipótese que se descortinou, não há como se desrespeitar, em especial quando aplicada a teoria externa dos direitos fundamentais, o sistema democrático e a separação de poderes, a opção discricionária feita pelo legislador.

Portanto, como salientado por mim em tantas oportunidades, na espécie cabe também a aplicação da máxima jurídica **in dubio pro legislatore**, que, para alguns doutrinadores, como Juan Antonio García Amado⁶, é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador.

Da mesma forma, se se vislumbra, pela abertura constitucional – como é o caso dos autos - uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar, como uma defesa da própria democracia, o pensamento possibilista - há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio de Niklas Luhmann (Komplexität und Demokratie, **PSV**, 4, 1968, p. 494 e ss.) -, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as

6 . Apud PULIDO, Carlos Bernal. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17

alternativas surjam dos marcos constitucionais⁷.

Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a alteração dessa norma, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da norma e seus respectivos impactos no ordenamento social.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

⁷ . HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. p. 68.