



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 179011/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário 878.694 – MG

Relator: Ministro **Roberto Barroso**

Recorrente: Maria de Fátima Ventura

Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 809 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. VALIDADE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE ATRIBUEM DIREITOS SUCESSÓRIOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO.

1 – Recurso extraordinário que discute a possível inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, que dispõe sobre os direitos sucessórios do companheiro.

2 – Arguição de inconstitucionalidade que se baseia na ideia de que não se compatibiliza com o texto constitucional o tratamento diferenciado dispensado pela norma ao companheiro e ao cônjuge sobreviventes para fins de direitos sucessórios.

3 – O casamento e a união estável, embora sejam igualmente reconhecidos como núcleos familiares que devem ter especial proteção do Estado, não se equiparam, possuindo assimetrias trazidas pelo próprio texto constitucional.

4 – As diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

5 – Não se mostram incompatíveis com a Constituição Federal as disposições do art. 1.790, III, do Código Civil que dispensam regime de sucessão ao companheiro diferente do regulado para o cônjuge.

6 – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Trata-se de recurso extraordinário interposto por MARIA DE FÁTIMA VENTURA de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que entendeu constitucional o previsto no art. 1.790, III, do Código Civil, que dispõe sobre os direitos sucessórios do companheiro.

Conforme consta dos autos, a ora recorrente propôs ação declaratória de reconhecimento de união estável pós-morte c/c petição de herança e direito real de habitação, requerendo lhe fosse reconhecido, em interpretação sistemática com o art. 1.829 do Código Civil, o direito à totalidade da herança deixada por seu falecido companheiro.

O pedido foi julgado procedente pelo juízo de primeiro grau para reconhecer a união estável dissolvida em razão da morte, bem como para atribuir à autora a totalidade da herança deixada pelo companheiro falecido, afastando-se as disposições do art. 1.790, III, do Código Civil.

Os fundamentos da sentença foram assim expostos:

[...]

Quanto à sucessão hereditária, o Código Civil de 2002 preserva a meação, que não se confunde com a herança, do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do aludido diploma.

No tocante à herança, os direitos sucessórios limitam-se “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, como

preceitua o art. 1.790, *caput*.

Esses direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente à que for por lei atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns, ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer, ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do de cujus, ou à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV.

Assim, o novo diploma, além de restringir o direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda impôs a concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido, retirando-lhe o direito real de habitação e o usufruto vidual, previstos nas leis que anteriormente regulavam a convivência extra matrimonial.

A nova disciplina dos direitos sucessórios do companheiro é considerada pela doutrina e jurisprudência um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. No sistema do aludido art. 1.790, todavia, só receberá a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável se não houver nenhum parente, descendente, ascendentes ou colateral até o quarto grau. Se houver, concorrerá com eles, recebendo apenas um terço da herança de concorrer com ascendentes e colaterais.

A meu sentir, não se justifica esse tratamento discriminatório, em comparação com a posição reservada às famílias matrimonializadas, nas quais o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os colaterais do de cujus, quando a própria Constituição Federal recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

Com efeito, não deve ser aplicada a regra contida no art.

1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo a autora o direito à totalidade da herança.

Tal entendimento foi reformado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em acórdão cuja ementa possui o seguinte teor:

APelação CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002¹, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

1 Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família – União Estável – Sucessão – Companheiro sobrevivente – Artigo 1.790, inciso III, do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns.

2. A teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz juz 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 excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do *de cujus*.

Daí o presente recurso extraordinário, em que se sustenta o desacerto da decisão impugnada, afirmando-se afronta aos preceitos constantes dos arts. 5º e 226, §3º, da Constituição Federal.

A recorrente argumenta que o art. 1790, III, do Código Civil tem despertado calorosos debates doutrinários em razão da diferenciação feita em relação à sucessão dos companheiros. Defende, nesse contexto, a tese de que o texto constitucional não diferenciou as famílias constituídas de fato das constituídas por meio do casamento, ficando certo, no seu entender, que qualquer forma de constituição familiar merece e tem a mesma proteção e garantia do Estado.

Segue asseverando que o mencionado dispositivo infraconstitucional, ao contrariar o disposto no art. 226, § 3º, da Carta Magna, *ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente.*

Aduz, por outro lado que, em razão do que previu a Lei 8.971/94 – no sentido de que o companheiro somente concorreria na sucessão com os descendentes e ascendentes do *de cujus* e, na

ausência destes, teria direito à totalidade da herança – as disposições do impugnado art. 1790, III, do Código Civil violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Apresentadas as contrarrazões, o recurso extraordinário foi inicialmente inadmitido sob o fundamento de que a controvérsia não possuía estatura constitucional.

Providenciado o respectivo agravo, adveio despacho do eminente Relator para dar provimento ao apelo e convertê-lo em recurso extraordinário.

A existência de repercussão geral da questão constitucional debatida foi reconhecida em acórdão assim ementado:

Direito das sucessões. Recurso Extraordinário. Dispositivos do Código Civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Atribuição de repercussão geral.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.
2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.
3. Repercussão geral reconhecida.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Esses, essencialmente, os fatos de interesse.

O recurso reúne condições de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido. Não comporta, todavia, provimento.

Discute-se, na origem, o direito hereditário da companheira, levando-se em consideração que o seu falecido companheiro deixou parentes sucessíveis, no caso, colaterais de 2º grau (irmãos), de forma que, de acordo com o previsto no Código Civil de 2002, teria a ora recorrente direito a um terço da herança, sem prejuízo do direito de meação.

O regime de bens a ser considerado na espécie é o da comunhão parcial de bens, tendo em vista que não celebrado contrato escrito estabelecendo regramento diverso.

Para melhor compreensão da questão, adequado se proceda a um breve histórico acerca da legislação pertinente ao tema.

Antes, porém, de tratar-se da sucessão do companheiro e de seus aspectos, necessário que se realize uma abordagem geral da sucessão do cônjuge, mesmo porque as discussões relativas à possível inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil centram-se na desigualdade do regramento das referidas situações.

No Código Civil de 1916, o cônjuge encontrava-se em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (CC/16, art. 1.603,

III)², podendo suceder como herdeiro único, na falta de descendentes e de ascendentes (CC/16, art. 1.611)³.

Com a edição da Lei 4.121/62, aumentando ainda mais a proteção ao cônjuge sobrevivente, alterou-se a redação do art. 1.611, cujos os §§ 1º e 2º passaram a prever, respectivamente, o usufruto viual e o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente.

Assim, o cônjuge viúvo, desde que o regime do casamento não fosse o da comunhão universal, tinha direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, ou à metade, se não houvesse filhos, mas sobrevivessem ascendentes do *de cujus* (art. 1.611, § 1º)⁴.

Se, por outro lado, o regime do casamento fosse o da comunhão universal, afastava-se o usufruto viual, assegurando-se, po-

2 Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

3 Art. 1.611 - À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal

4 Art. 1.611

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

rém, ao cônjuge supérstite o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar (art. 1.611, § 2º)⁵.

O Código Civil de 2002 manteve o cônjuge na terceira classe da ordem de vocação hereditária. No entanto, alçou-o à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845)⁶ e determinou sua concorrência com os descendentes e ascendentes nos seguintes termos:

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.

Como dito, o cônjuge passou a integrar a categoria dos herdeiros necessários, juntamente com os ascendentes e descendentes, nos termos do art. 1.845 do referido diploma normativo. Desse modo, o cônjuge não pode ser afastado da sucessão, salvo em casos

5 § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

6 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

de indignidade e deserdação, conforme disposto no art. 1.961 do Código Civil.

Ademais, consoante previsto no art. 1.846 do Código Civil, metade da herança pertence de pleno direito aos herdeiros necessários. Havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, não poderá o testador dispor de mais da metade de seus bens (CC/02, arts. 1.967 e 1.968).

Percebe-se, portanto que, nos termos do ordenamento vigente, na falta descendentes e ascendentes, caberá ao cônjuge a totalidade da herança, independentemente do regime de bens (CC/02, art. 1.838⁷).

No que tange aos direitos sucessórios do companheiro, o Código Civil de 1916 não trouxe qualquer disposição, advindo tal regulação por meio da Lei 8.971/94 que estabeleceu:

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

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

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

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) compa-

7 Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

nheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

A mencionada norma estabeleceu o convivente sobrevivente na terceira classe sucessória, preferindo-o aos colaterais sucessíveis e lhe assegurou, quando em concorrência com descendentes e ascendentes do falecido, o usufruto legal, respectivamente, da quarta parte ou da metade dos bens do acervo hereditário.

Posteriormente, a Lei 9.278/96, ao regular o § 3º do art. 226, da Carta Magna, concedeu ao convivente sobrevivente, enquanto viver ou não constituir nova união, em seu art. 7º, parágrafo único, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Evidencia-se, assim que, na ausência de descendentes e ascendentes, determinava a citada Lei 8.971/94 que o companheiro teria direito à totalidade da herança.

No atual Código Civil, a sucessão do companheiro foi tratada no art. 1.790 que assim dispõe:

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.

Pode-se dizer, de maneira geral, que o transcrito art. 1.790 limitou a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, prevendo a sua concorrência não só com os descendentes (CC/02, art. 1.790, I e II) e ascendentes do *de cujus*, mas também com os seus colaterais, como se pode notar do previsto no inciso III do referido dispositivo legal, cabendo ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança apenas na hipótese de não haver nenhum outro parente sucessível (CC/02, art. 1.790, IV).

Nesse contexto é que surge a controvérsia tratada no presente recurso extraordinário. Discute-se as disposições trazidas pelo art. 1790, III, do Código Civil para concluir-se se a diferenciação feita pelo dispositivo acerca da sucessão do companheiro ofende ou não a Constituição Federal, especialmente à luz dos arts. 5º e 226, § 3º, da Carta.

A recorrente, bem como o Juízo de primeiro de grau, entendem que o dispositivo legal em estudo não se compatibiliza com o texto constitucional, tendo havido ilegítima diferenciação na sucessão do cônjuge e do companheiro na hipótese de existirem parentes colaterais sucessíveis.

No recurso extraordinário, aponta-se que a Constituição Federal não diferenciou as famílias constituídas de fato das constituídas por meio do casamento, tendo ambas a mesma proteção e garantia do Estado. Além disso, anota que as disposições do impugnado art. 1790, III, do Código Civil violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, em razão do que previu anteriormente a Lei 8.971/94.

Nessa mesma linha, entendeu o julgador de primeiro grau, afirmando não ser justificável esse tratamento discriminatório em relação às famílias matrimonializadas, nas quais o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os colaterais do *de cujus*. Afirmou o magistrado que a própria Constituição Federal recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, concluiu que o tratamento diferenciado não fere o texto constitucional, na medida em que, embora a Carta reconheça a união estável como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, não a equiparou ao casamento, mantendo a peculiaridade dos dois institutos, motivo pelo qual poderiam ser regidos por disposições distintas. Fez a Corte local as seguintes considerações:

O casamento continua sendo o paradigma, principal instituto do Direito de Família, tanto que o legislador constituinte manda que a lei venha a facilitar a conversão da união estável em casamento; noutras palavras, se o constituinte pretendeu que toda união estável se converta em casamento, é porque reconheceu que união estável não é casamento, não equiparando os institutos, pois quando quis assim o fez como no caso da filiação.

Em que pese divergências existentes, tenho que o tratamento diferenciado ao direito sucessório do companheiro não vulnera o princípio constitucional da igualdade, pois este não tem por fim tratar todos igualmente, senão naqueles aspectos em que as pessoas se encontram em situações idênticas, o que não ocorre na espécie.[...]

Dessa forma, o que se verifica é o respeito à autonomia da vontade, tanto para quem assumiu o ônus do casamento, tanto para quem não o assumiu e viveu em união estável, estando ambas as situações devidamente regulamentadas e protegidas. Em ambos os casos há limitações aos quinhões, no primeiro decorrente do regime de bens adotado, e no segundo da regulamentação legal do direito sucessório dos companheiros. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro pode não ter sido a melhor opção do legislador ordinário, mas encontra guarida na própria Constituição Federal.

Cumpra, por oportuno, observar que os colaterais não são herdeiros necessários, assim nada impede que o autor da herança, como no casamento civil, disponha em testamento dos seus bens particulares e da sua meação relativamente ao patrimônio comum nomeando seu companheiro herdeiro universal.

Logo, não representa ofensa à norma constitucional que reconhece a união estável como entidade familiar, ou a qualquer princípio constitucional, o tratamento conferido pelo artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com demais parentes sucessíveis – ascendentes e colaterais até quarto grau, o

direito a 1/3 da herança, resguardados, diga-se de passagem, o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Esta última parece ser a interpretação mais adequada das normas em questão.

Como explicitado, a questão acerca da constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, é objeto de divergência tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo possível encontrar posicionamentos antagônicos, inclusive, dentro de uma mesma Corte.

De todo modo, ao *Parquet*, parecem mais harmônicas e adequadamente colmatadas à integridade sistêmica do ordenamento as decisões e a doutrina que perfilham a tese da constitucionalidade do referido dispositivo.

Não há dúvidas de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova fase do Direito de Família e, por conseguinte, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos diversos são igualmente aptos a constituir esse núcleo denominado *família*, recebendo todos eles a *especial proteção do Estado*, antes conferida unicamente à estrutura familiar edificada a partir do casamento.

O art. 226 da Constituição Federal, que, de maneira significativa, abandonou de vez a antiga fórmula de vincular família unicamente ao casamento, estabelece que a família é a base da sociedade

e deve ter especial proteção do Estado. Tal determinação constitucional não possui ressalvas ou reservas quanto à forma de constituição desse núcleo familiar que requer especial atenção estatal.

Ressalte-se, neste aspecto, que a Constituição não faz qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável: ambas entidades familiares que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade.

Pensar que a Constituição pudesse criar diferentes graus hierárquicos de família afronta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e contraria um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF).

Não obstante a inexistência de distinção hierárquica e a certeza de que ambos os institutos devem ter especial proteção estatal, não houve, é necessário dizer, equiparação entre os dois tipos de família em estudo.

A Constituição, aliás, determina à lei que facilite a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º) – talvez em virtude da maior segurança jurídica deste, cuja formalidade e publicidade tornam inequívoco o liame estabelecido entre os cônjuges – de forma que os institutos foram tratados de maneira diferente pelo

próprio legislador constituinte, decorrendo a assimetria, portanto, do próprio texto constitucional.

Pontuado isso, mencione-se de outra banda, que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus objetivos garantir que os cidadãos, através de seus múltiplos projetos pessoais de vida, alcancem a felicidade, sua plenitude existencial. Todavia, o exercício dos direitos subjetivos está desatrelado de fins egoísticos e individualistas, corrigindo-se os excessos que ocorreram sob a égide do Estado Liberal ou de sua mitigação no Estado Social⁸.

No contexto atual, o Direito Privado, com seu sistema de regras e princípios abertos, constitui o amparo fornecido pelo Estado para o exercício da autonomia da vontade na busca dos indivíduos pela realização pessoal⁹. Na compatibilização entre os interesses públicos e privados, a autonomia privada assume contornos de função social, ao projetar a realização individual como parte integrante do bem estar da coletividade.

8 RÜGER, André. Autonomia como princípio jurídico estrutural. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Organizadores). Direito Civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18.

9 MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Organizadores). Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 72.

A expressão mais existencial e subjetiva da autonomia privada se manifesta no direito que cada um tem de escolher com quem irá partilhar seus projetos de vida, sonhos e momentos íntimos. Essa escolha pode ter consequências na esfera patrimonial, cuja expressão da autonomia da vontade se exterioriza na definição de um regime jurídico próprio destinado a regular essa união ou, ainda, na omissão em escolhê-lo.

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestações da autonomia privada dos contraentes¹⁰, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento¹¹.

Enfim, os diversos regimes de bens constituem fórmulas jurídicas postas à disposição dos sujeitos com o objetivo de instrumentalizar-lhes sua realização pessoal. A liberdade de escolha de qualquer deles, ou mesmo a omissão em escolhê-los, constitui a mais autêntica manifestação da autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

10 BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o art. 1790 do Código Civil. In: Tartuce, Flávio (Org.). Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 898.

11 GANDOLFI, Rafael Marques. O contrato escrito na união estável. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (Org.). Direito civil constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161.

Diante de tudo isso, tem-se que a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada¹². Se inexistente impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que a entendem mais adequada às suas conveniências, necessidades e anseios, afastando-se das rígidas regras decorrentes do casamento¹³.

Assim, ainda que as disposições legais aplicáveis à união estável sejam ora mais ora menos vantajosas em relação ao casamento, não se pode negar a inviolabilidade à autonomia da vontade das partes na escolha de regime jurídico que lhes pareça mais adequado.

Aliás, haverá situações em que a sucessão decorrente da união estável será mais vantajosa para o convivente do que o casamento o seria para o cônjuge, a depender do regime de bens adotado.

Na hipótese específica do previso no art. 1.790, III, do Código Civil, objeto a que se restringe este feito, excluídos os bens não sucessíveis, deve-se excluir também a meação do companheiro sobrevivente, por constituir o conjunto de bens adquiridos por direi-

12 BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o art. 1790 do Código Civil. In: Tartuce, Flávio (Org.). Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 898.

13 BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o art. 1790 do Código Civil. In: Tartuce, Flávio (Org.). Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 898.

to próprio, os outros 50% restantes, correspondentes à herança propriamente dita, devem ser divididos na seguinte proporção: um terço para o companheiro sobrevivente e os outros 2/3 para demais parentes *sucessíveis*, que, no caso deste autos, são os irmãos do *de cuius*.

Apesar de nesta situação o companheiro ter sido colocado em desvantagem em relação ao regime anterior (art. 2º, III, da Lei 8.971/94), no qual preferia aos colaterais, não se vislumbra tratamento discriminatório no modelo atual, pois, a depender do regime de bens adotado pelos cônjuges, o casamento pode ser mais desvantajoso do que a união estável.

Fazendo-se uma análise sistêmica, percebe-se que o art. 1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC¹⁴, 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.

14 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;

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.

Destarte, se houvesse algum fator discriminatório, com muito mais razão haveria em relação aos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, herdeiros necessários somente quando não houver descendentes.

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 em 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.

Conclui-se, portanto, que as diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, ser-

vem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos.

Este tratamento constitucionalmente assimétrico de ambos os institutos, reflete-se não só no aspecto patrimonial ou sucessório: o casamento difere da união estável quanto à formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório.

Importante mencionar, por fim, que o dispositivo objeto deste recurso extraordinário também tem sua compatibilidade com o texto constitucional analisada nos autos do RE 646.721, em que reconhecida a repercussão geral do Tema 498: alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva.

Com os mesmos fundamentos utilizados na presente manifestação, opinou o Ministério Público Federal naqueles autos, em pa-

recer também da lavra deste subscritor¹⁵, pela constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil.

Assim, demonstrado que a diferenciação feita pelo diploma civil em relação às regras sucessórias para o cônjuge e o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade.

15 Parecer nº 9098/RJMB, de 8 de julho de 2013, assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: MESMO REGIME JURÍDICO PREVISTO ÀS RELAÇÕES HETEROSSEXUAIS DE MESMA NATUREZA (ADI Nº 4.277/DF E ADPF Nº 132/DF). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NOS AUTOS.

1. Não faz a Constituição qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável, entidades que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade.
2. Embora a CF/88 seja omissa quanto às uniões estáveis homoafetivas, ela própria estabelece que os direitos e garantias previstos explicitamente não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CF).
3. As diferenças quanto à orientação sexual não constituem fundamento racional à incidência de discriminações negativas.
4. As diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.
5. A Constituição Federal dispensa tratamento assimétrico à união estável e ao casamento, tanto que determina à lei facilitar a conversão da primeira no segundo. A diferença dispensada a ambos os institutos revela-se quanto a formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório. Constitucionalidade do artigo 1790 do CC, que estabelece regime sucessório diferenciado na união estável em relação ao casamento.
6. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

de das partes, forçoso concluir-se pela constitucionalidade do art. art. 1790, III, do Código Civil.

Ante o exposto, o parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/VCM