

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Morgana Deconte

**DISCUSSÕES SOBRE A ABRANGÊNCIA DAS DECISÕES RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS NÚMERO 646721 E 878694**

Porto Alegre

2018

MORGANA DECONTE

**DISCUSSÃO SOBRE A ABRANGÊNCIA DAS DECISÕES RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS NÚMERO 646721 E 878694**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso

Porto Alegre

2018

MORGANA DECONTE

**DISCUSSÃO SOBRE A ABRANGÊNCIA DAS DECISÕES RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS NÚMERO 646721 E 878694**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

Banca examinadora

Prof^a. Simone Tassinari Cardoso
Orientadora

Prof^a. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof^a. Isis Bastos

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de se utilizar os fundamentos apresentados nas decisões proferidas nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, nos quais se decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, para incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários previsto no art. 1.845 do Código Civil de 2002. A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que a ordem sucessória estabelecida pelo Código Civil de 2002 para as uniões estáveis não era compatível com os princípios e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que ela protegia de forma menor o companheiro em comparação à ordem sucessória estabelecida para as pessoas casadas, evidenciando grande desigualdade protetiva entre as configurações de família. Assim, diante da igual proteção conferida pela Constituição Federal a todas as formas de família, prevista no art. 226, *caput* e § 3º, para a maioria dos ministros, não seria possível privilegiar o casamento em relação a outras formas de família. Diante desse contexto, o objetivo desse trabalho é utilizar os princípios constitucionais utilizados nas referidas decisões para demonstrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não se restringe à ordem sucessória da união estável, apresentando uma visão mais abrangente do direito sucessório, em que se deve incluir também o companheiro no rol de herdeiros necessários.

Palavras-chave: Direito das sucessões. RE 878694. RE 646721. STF. Herdeiro necessário. Casamento. União estável.

ABSTRACT

This present work analyses the possibility of using fundamentals stated in the rendered decisions in both extraordinary appeals 878.694 and 646.721, which decided for the unconstitutionality of article 1.790 of the 2002 Civil Code, in order to include the partner as a part of the necessary heirs expected in article 1.845 of the aforementioned Civil Code. The majority of the Supreme Federal Court ministers understood that the succession order for consensual union established by the 2002 Civil Code was not consistent with the principles and values enshrined by the 1988 Federal Constitution, which had a minor protection for partnerships in comparison with the succession order established for marriage people. Therefore, in face of equal protection for all kinds of families conferred under the Federal Constitution, provided in article 226, caput e § 3º, for the majority of ministers would not be possible to favor marriage over any other forms of family. Thus, this study aims to use the constitutional principles used in the referred decisions to demonstrate that the Supreme Federal Court decision is not restrict to the succession order of consensual union, disclosing a comprehensive overview of the succession law, in which it must include the partnership in the necessary role of heirs.

Keywords: Succession law, RE 878694, RE 646721, Supreme Federal Court, necessary heir, marriage, consensual union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A REPERCUSSÃO GERAL DOS TEMAS 809 E 498: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721	8
1.1 DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES SUCESSÓRIOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL ESTABELECIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	9
1.2 FUNDAMENTOS DOS VOTOS A FAVOR DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	11
1.3 FUNDAMENTOS DOS VOTOS CONTRA À INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	22
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NAS DECISÕES	26
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	26
2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	29
2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	31
2.4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO	33
2.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR.....	35
2.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	38
3 A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO NA CATEGORIA DE HERDEIRO NECESSÁRIO	41
3.1 DEFINIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO	41
3.2 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO NA CATEGORIA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é discutir sobre a possibilidade de inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários previsto no art. 1.845 do Código Civil de 2002, a partir da análise dos fundamentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal de Justiça nos julgamentos dos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, nos quais se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. A maioria dos ministros, nas referidas decisões, entenderam que a ordem sucessória conferida à união estável pelo Código Civil não seria compatível com a Constituição Federal, uma vez que tratava de forma distinta e prejudicial a união estável em comparação ao casamento.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela aplicação do art. 1.829 do Código Civil, que regula a ordem sucessória do casamento, também aos casais que vivem em união estável. No entanto, restou em aberta a questão sobre a possibilidade do reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, uma vez que, ainda que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida apenas em relação ao art. 1.790 do Código Civil, os argumentos apresentados pela maioria dos ministros reconhecem um tratamento desigual e discriminatório entre as constituições de família pelo Código Civil em relação aos regimes sucessórios como um todo e não apenas em relação à ordem sucessória, o que abre espaço para se considerar que a decisão não restringe apenas ao art. 1.790 do Código Civil.

A questão da inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários, assim como a questão da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, é um tema de grande relevância social para as famílias e que precisa ser definido, em definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, atualmente, o regime sucessório dos casais que vivem em união estável é bastante inseguro juridicamente. Por, até então, inexistir um entendimento único a ser aplicado sobre o tema, os companheiros, em iguais situações, podem ter direitos diferentes reconhecidos no processo de inventário, simplesmente por causa da opinião do juiz que irá julgá-lo, tendo em vista que alguns julgadores reconhecem aos companheiros os mesmos direitos sucessórios dos cônjuges, enquanto outros mantém as diferenças estabelecidas pelo Código Civil. Logo, necessário que haja um entendimento único para que os casais em união estável tenham garantidos

seus direitos sucessórios, se não iguais aos do casamento, pelo menos iguais aos demais casais em união estável, sem surpresas após a morte do seu par.

Diante desse contexto, o presente trabalho analisa, no seu primeiro capítulo, os artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil, que estabelecem, respectivamente, a ordem sucessória do casamento e da união estável, destacando suas diferenças. Em seguida, ainda no mesmo capítulo, são apresentados os argumentos desenvolvidos nos votos dos ministros proferidos nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, a favor e contra à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

No segundo capítulo, são destacados os principais princípios constitucionais invocados pelos ministros nos seus votos, tanto os utilizados a favor, quanto os usados contra a tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, explicando quais as ideias por eles defendidas e como eles são aplicados nas relações jurídicas. Essa análise tem como finalidade, posteriormente, analisar se seus preceitos podem também ser utilizados como fundamento para a inclusão dos companheiros na categoria dos herdeiros necessários ou se servem unicamente como argumento para a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Por fim, no terceiro capítulo, são trazidas as posições doutrinárias a respeito da inclusão do companheiro na categoria dos herdeiros necessários e, com base nos argumentos apresentados pelos doutrinadores escolhidos, contra e a favor da inclusão do companheiro na categoria, se discorre sobre qual a posição doutrinária que parece se encaixar melhor nos fundamentos apresentados pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, os argumentos apresentados nos votos dos recursos extraordinários, os princípios constitucionais invocados e os argumentos dos doutrinadores servem como base para se concluir pela possibilidade ou não do reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário.

1 A REPERCUSSÃO GERAL DOS TEMAS 809 E 498: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721

O Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2017, julgou os recursos extraordinários nº 878.694 e 646.721, analisando a compatibilidade das diferenças estabelecidas pelo Código Civil de 2002 entre os regimes sucessórios da união estável e do casamento com a Constituição Federal de 1988. A repercussão geral dos referidos recursos foi reconhecida com os seguintes temas: “validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro” (tema 809)¹ e “alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva” (tema 498)².

O caso referente ao recurso extraordinário 878.694, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, tem como objeto a sucessão de um homem que viveu em união estável por 9 anos e não deixou descendentes nem ascendentes, apenas sua companheira e três irmãos. O recurso extraordinário 646.721, de relatoria do ministro Marco Aurélio, por sua vez, aborda a situação da sucessão de um homem que viveu em união estável, por 40 anos, com outro homem e que deixou como herdeiros seu companheiro e sua mãe.

Diante da similaridade das matérias, uma vez que a única diferença é a existência de relacionamento hétero ou homoafetivo, os processos foram julgados na mesma sessão. As decisões utilizaram como base os mesmos fundamentos, sendo fixada a seguinte tese para ambas: “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”.

O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil se deu por maioria de votos, restando vencidos os ministros Marco Aurélio, em ambos os recursos extraordinários, o ministro Ricardo Lewandowski, no recurso extraordinário 646.721, e o ministro Dias Toffoli, no recurso extraordinário 878.694.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017.

1.1 DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES SUCESSÓRIOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL ESTABELECIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O regime sucessório da união estável está estabelecido no art. 1.790³ do Código Civil de 2002, enquanto a sucessão do casamento está prevista no art. 1.829⁴ do mesmo dispositivo legal. As diferenças apresentadas nesses artigos deram início à discussão traçada nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, uma vez que, conforme bem resumiu o ministro Luis Roberto Barroso em seu voto no recurso extraordinário 878.694, “em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido”⁵.

Conforme se observa, o cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem sucessória⁶, bem como possui direito de concorrência com descendentes e ascendentes em relação à totalidade da herança. Em outras palavras, havendo parentes em linha reta do falecido, estes terão a herança dividida com o cônjuge sobrevivente, salvo no caso das exceções previstas no inciso I, do art. 1.829, relacionadas ao regime de bens do casamento. O direito da sucessão do companheiro sobrevivente⁷ se

³ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

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

(BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018).

⁴ 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.

(BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018).

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 21.

⁶ De acordo com Ana Luiza Maia Nevares, o Código Civil de 2002 colocou o cônjuge como elemento central da ordem de vocação hereditária, uma vez que este concorre em propriedade plena com descendentes e ascendentes e, ainda, lhe é preservado um quarto da herança quando é ascendente de todos os herdeiros com quem concorre (NAVARES, 2017. p. 125-144).

⁷ Conforme expõe Wilson Ricardo Ligiera, o artigo 1790 do Código Civil de 2002 foi alvo de muitas críticas, sendo as principais delas a localização do artigo que deveria se encontrar no capítulo que trata da ordem de vocação hereditária, dentro do Título II, e o seu conteúdo confuso, possuindo

restringe aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, independentemente do regime de bens pactuado⁸, ficando excluídos, portanto, os bens particulares do falecido anteriores à união estável, bem como os recebidos por doação ou herança durante o relacionamento⁹.

Além disso, enquanto o cônjuge é considerado herdeiro necessário do *de cuius*¹⁰, não podendo ser excluído da herança por simples ato vontade do falecido (testamento)¹¹, apenas em caso de deserdação, indignidade ou renúncia¹², essa garantia não é reconhecida ao companheiro sobrevivente. O cônjuge herdeiro recebe o mesmo quinhão que os descendentes, independentemente de estes serem comuns do casal ou exclusivos do *de cuius* e, ainda, tem a garantia de uma quota mínima de 1/4, quando é genitor dos descendentes com os quais concorre¹³. Por sua vez, o companheiro tem direito à metade do quinhão recebido pelos descendentes exclusivos do *de cuius* e, quando concorre com descendentes comuns do casal, não possui a garantia de quota mínima.

No caso da concorrência com ascendentes, o regime de bens estabelecido no casamento não possui qualquer interferência no recebimento da herança. O cônjuge sempre será herdeiro da totalidade da herança junto com os ascendentes, recebendo 1/3 do patrimônio se ambos os genitores do *de cuius* estiverem vivos ou metade da herança, nas demais hipóteses¹⁴ – quando há apenas um ascendente em primeiro grau ou qualquer número de ascendentes em grau superior¹⁵. Na ausência de descendentes e de ascendentes, o cônjuge sobrevivente herda a totalidade do

vários equívocos e imprecisões que dificultam a correta compreensão da sucessão da união estável e, em razão disso, geram decisões conflitantes (LIGIERA, 2015. p. 147-170).

⁸ DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, jan./fev., 2017.

⁹ Na visão de Wilson Ricardo Ligiera, da leitura do *caput* do artigo 1.790 do Código Civil, se deduz uma conclusão absurda de que, na ausência de parentes sucessíveis, os bens recebidos pelo falecido gratuitamente ou adquiridos anteriormente à união estável não poderiam ficar com o companheiro sobrevivente, uma vez que o referido artigo indica que o último só herda bens onerosamente adquiridos na constância da união estável (LIGIERA, 2015).

¹⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205.

¹³ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) 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.

¹⁴ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179.

patrimônio do *de cuius*, independentemente do regime de bens¹⁶. Apenas na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge é que a herança se destinará aos parentes colaterais do falecido.

No caso do convivente, este concorre tanto com os ascendentes quanto com os parentes colaterais, na ausência de descendentes. E, nessa divisão da herança, o companheiro terá direito a 1/3 do patrimônio herdado, enquanto o restante se destinará aos demais parentes. Ou seja, havendo apenas um ascendente ou um parente colateral até o quarto grau, este fica com 2/3 da herança, enquanto o convivente fica com somente 1/3. Na redação da legislação, apenas na ausência de descendentes, ascendentes e parentes colaterais é que o companheiro sobrevivente herda a totalidade da herança¹⁷.

A concorrência entre ascendentes e parentes colaterais apresentada é exatamente a situação tratada nos casos objetos dos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, em que, no primeiro, a companheira concorre com três parentes colaterais e, no segundo, o companheiro concorre com um ascendente.

1.2 FUNDAMENTOS DOS VOTOS A FAVOR DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Nos julgamentos em análise, foram apresentados pelos ministros que se manifestaram pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 quatro argumentos centrais. O primeiro foi a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana¹⁸, da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente¹⁹ e da

¹⁶ Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

¹⁷ Jones Figueiredo Alves ressalta que é inquestionável que o Código Civil de 2002, ao dar direitos sucessórios ao companheiro inferiores ao do cônjuge no artigo 1790, discriminou o primeiro, com vulneração aos princípios de igualdade e de proporcionalidade, bem como desconstituiu a evolução histórica que recepcionou a família formada por uniões estáveis. (ALVES, 2018, p. 759-784). Ainda, Ana Luiza Maia Nevares aponta que a diferença de tratamento sucessório dado pelo Código Civil para o cônjuge e para o companheiro contrasta com as legislações anteriores que davam tratamentos sucessórios similares para as duas constituições familiares, bem como com a atual visão de família igualitária e democrática. Tal contraste, para a autora, seria explicado pelo fato de a visão pluralista da família consagrada pela Constituição Federal não ter sido recepcionada pelo Código Civil, em razão de este ter sido concebido na década de 1970, ou seja, antes da legislação constitucional, quando predominava uma visão unitária da família, constituída unicamente pelo matrimônio (NAVARES, 2017, p. 125-144).

¹⁸ Paulo Lobo define a dignidade da pessoa humana como “o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade” (LOBO, 2016, p. 113).

vedação ao retrocesso²⁰. O segundo foi a existência de um retrocesso no Código Civil de 2002 em relação à Constituição Federal, considerando que, em que pese ter entrado em vigência em 2002, o Código Civil tramitou no Congresso por 25 anos e, nesse meio tempo, foram redigidas as Leis 8.791/94 e 9.278/96 que consagraram o direito sucessórios dos companheiros, bem como foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

O terceiro argumento foi que não seria possível tratar de modo distinto pessoas em situações iguais, dando preferência ao casamento em relação à união estável, tendo em vista que a Constituição Federal prevê igualdade de proteção a todas as entidades familiares, sem discriminação ou hierarquia. Logo, considerando que o legislador entendeu que o regime sucessório previsto no art. 1.289 seria o que melhor cumpriria a função protetiva da sucessão, não haveria sentido em dar regime sucessório diverso à união estável. E o quarto e último fundamento utilizado foi que a equivalência dos regimes sucessórios não geraria equivalência dos institutos, tendo em vista que sua forma de constituição e extinção permaneceriam distintas.

O ministro relator do recurso extraordinário 878.694, Luis Roberto Barroso, dividiu o seu voto em três partes: delineamento da controvérsia, a constituição de 1988 e os direitos sucessórios dos companheiros e solução da controvérsia. De início, em relação à controvérsia, o relator discorreu sobre o direito sucessório, destacando que “o fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família”²¹.

Em breve análise histórica das entidades familiares, foi pontuado que, antes da Constituição Federal de 1988, o casamento era fortemente associado ao conceito de família, diante da grande influência religiosa. No regulamento do Código Civil de 1916, o matrimônio era indissolúvel – apenas se tornou possível o desquite com o

¹⁹ A proibição de proteção deficiente, na definição de Luciano Feldens, “opera como ferramenta teórica extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, justamente no ponto em que medidas dessa ordem promovam uma indevida retirada de proteção (normativa) que se faz inequivocadamente necessária ao adequado desenvolvimento e desfrute do direito fundamental” (FELDENS, 2005, p. 109).

²⁰ Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da vedação ao retrocesso é “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”, estando situado no âmbito de uma “eficácia negativa das normas constitucionais” (SARLET, 2010, p. 74).

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 09.

advento da EC/77 –, era um fim a ser protegido e não um meio para o desenvolvimento individual de cada integrante. Apenas na segunda metade do século XX foram sendo reconhecidos os múltiplos modelos de família, a partir de uma evolução gradual, em que a jurisprudência começou a criar soluções para tentar proteger os membros de famílias não reconhecidas pelo Código Civil de 1916²². A Constituição Federal de 1988 foi o marco para uma nova concepção de família, em que

A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo²³.

A função estatal, portanto, se modificou, não mais protegendo o instituto família, mas os integrantes que dela integravam, assegurando meios propícios para seu desenvolvimento e autorrealizações²⁴, ou seja, a família passou a ter um caráter instrumental²⁵. Analisando, nesse contexto, a Constituição Federal e os direitos sucessórios, o relator entendeu que o Código Civil de 2002 não acompanhou as inovações trazidas pela Carta Constitucional ao tratar do regime jurídico da sucessão na união estável²⁶. Isso porque, além do reconhecimento da proteção igualitária a todas as entidades familiares pela Carta Magna, duas outras leis esparsas – Leis 8.971/94 e Lei 9.278/96 –, anteriores ao Código Civil de 2002, regulavam o direito sucessório do companheiro, tendo reproduzido praticamente o

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 10-14.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 14.

²⁴ Maria Berenice Dias, ao tratar do conceito atual da família, salienta a necessidade de se ter uma visão pluralista da família, abrigo todas as formas de constituições familiares, sendo o elo de afetividade o elemento que enlaça o conceito de família e não a sua maneira de formação. Assim, a finalidade da família seria a busca pela felicidade, não sendo, pois, obrigatório manter a família, ela passa a existir apenas quando vale a pena para seus membros (DIAS, 2016, p.137-139).

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 15.

²⁶ Para Maria Berenice Dias, o Código Civil “já nasceu velho”, em razão do significativo tempo que tramitou e das modificações profundas que sofreu. Assim, em que pese o Código Civil tenha buscado atualizar os pontos essenciais do direito de família, não ousou em abordar a pluralidade familiar consagrada pela Constituição Federal (DIAS, 2016, p. 37).

regime sucessório do casamento do Código Civil de 1916, concretizando, pois, o que sinalizava a legislação constitucional.²⁷

Assim, no entendimento do relator, a evolução sinalizada pela Constituição Federal e pelas leis esparsas foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002, ao trazer dois regimes sucessórios diversos para o casamento e para a união estável. Apontou o relator, nessa linha, duas diferenças entre as ordens sucessórias estabelecidas pelo Código Civil de 2002 em relação às duas entidades familiares²⁸: a restrição da participação hereditária do companheiro apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável²⁹ e o recebimento pelo companheiro de quinhão inferior ao do cônjuge na maioria das situações sucessórias, como no caso analisado no julgamento.

Em relação ao caso objeto do recurso extraordinário 878.694, o ministro salientou que o falecido vivia em união estável com a companheira em regime de comunhão parcial de bens e não possuía descendentes nem ascendentes, apenas três irmãos. Seguindo o regramento do Código Civil, a companheira receberia 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, enquanto os irmãos receberiam todos os bens restantes, ou seja, todos os bens adquiridos gratuitamente, antes da união estável e mais 2/3 do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união. Essa situação seria igual no caso de o *de cuius* ter deixado um tio-avô ou um primo, por exemplo³⁰. Em contrapartida, caso o falecido fosse casado com a sua companheira, ela teria direito a toda a herança. Com base nessas constatações, entendeu o relator haver “discrepância razoável

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 17-18.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 18-21.

²⁹ Elder Gomes Dutra salienta, sobre o assunto, que se for aplicado à união estável o regime legal supletivo da comunhão parcial de bens, o companheiro fará jus à meação dos bens comuns, caso não houver disposição contratual em contrário, e, após retirada da meação, terá direito sucessório sobre o mesmo acervo patrimonial de bens comuns, não possuindo qualquer direito sobre os bens particulares do *de cuius* (DUTRA, 2017, p. 43-84).

³⁰ Em relação à concorrência do companheiro sobrevivente com os parentes colaterais, Elder Gomes Dutra destaca que esse é o ponto da matéria que foi o maior objeto de críticas da doutrina nacional, tendo em vista que deixa evidente a discriminação do companheiro em relação ao cônjuge sobrevivente. Explica o autor que, de acordo com o Código Civil, o companheiro apenas irá receber a herança na sua integralidade na ausência de descendentes, ascendentes e parentes colaterais até o quarto grau, ou seja, o companheiro fica em evidente posição desfavorável, precisando concorrer com parentes distantes que muitas vezes nem possui contato com o falecido, enquanto ele é a pessoa que viveu pública, continua e duradouramente ao lado do *de cuius* (DUTRA, 2017, p. 43-84).

entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite”³¹, uma vez que confere amplos recursos para o cônjuge seguir sua vida de forma digna em momento de vulnerabilidade, enquanto trata de forma oposta o companheiro sobrevivente³².

Não obstante, a partir de uma análise do texto constitucional pelas quatro formas tradicionais de interpretação jurídica – gramatical, teleológica, histórica e sistemática –, concluiu o relator que a especial proteção dada pelo Estado deve ser conferida sem diferenciação em relação à formação familiar, uma vez que busca a tutela de seus membros. A Constituição Federal tem como objetivo ampliar a proteção estatal às diversas configurações de família juridicamente desamparadas até então³³, não podendo, pois, a legislação atribuir regimes jurídicos sucessórios diversos ao casamento e à união estável³⁴. Assim, as diferenciações apenas serão legítimas se “basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar”³⁵, não sendo legítima, por sua vez, se implicar hierarquização de uma família em relação a outra, desigualando o nível de proteção³⁶.

Assim, em que pese o reconhecimento da união estável como entidade familiar não ter a equiparado ao casamento, as diferenças entre os dois institutos não justificam a disparidade de tratamento no regime sucessório³⁷, uma vez que

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 22.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 22.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 24-25.

³⁴ Ana Luiza Maia Navares salienta que a sucessão legal, assim como os outros institutos e efeitos da família, tem sua razão de ser na solidariedade familiar, tendo em vista que estabelece a distribuição patrimonial entre os familiares como meio de concretizar uma vida digna. Nesse sentido, considerando que casamento e a união estável possuem a mesma função de constituição de família, estando o cônjuge e o companheiro na mesma posição nas respectivas entidades familiares, não há motivos para que tratamento sucessório dado a eles seja diverso, principalmente tendo em vista que a Constituição Federal prevê igualdade de proteção para as entidades familiares (NAVARES, 2017, p. 125-144).

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 27.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 26.

³⁷ Ana Luiza Maia Navares destaca que a diferença entre o casamento e a união estável é o seu modo de constituição, sendo, assim, inquestionável que são institutos estruturalmente diversos. No entanto, no que toca a sua função, a união estável e o casamento são idênticos, tendo em vista que ambos se destinam à constituição de uma família. Em razão disso, dar tratamentos diversos para institutos que possuem a mesma função na sociedade, de proteção da dignidade de seus membros, seria discriminar as pessoas pelo simples fato de terem optado por uma ou outra forma de constituição de família (NAVARES, 2017, p. 125-144).

caracteriza uma hierarquização das formas de família³⁸. Nessa perspectiva, compreendeu o ministro relator que o art. 1.790 do Código Civil traz uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, uma vez que

Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro³⁹.

Além disso, o ministro salientou que o art. 1.790 viola três princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁰, o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente⁴¹ e o princípio da vedação ao retrocesso⁴². Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o regime sucessório estabelecido para a união estável traz uma discriminação ilegítima, pautada na forma e constituição de família adotada, dando uma menor proteção para quem optar pela união estável⁴³. Assim, há uma restrição na autonomia das pessoas em optar pela forma de família que irão constituir, uma vez que se estaria amesquinhando o instituto, ao basear a escolha da forma familiar no regime

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 24.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 30.

⁴⁰ Paulo Lobo define a dignidade da pessoa humana como “núcleo existencial que que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”, para o autor, a dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico brasileiro, está estritamente ligado ao princípio da solidariedade, sendo a família o lugar por excelência para que uma existência digna do indivíduo se realize (LOBO, 2016, p. 110-112).

⁴¹ O princípio da proibição da proteção deficiente, de acordo com Alexandre Moreira Van der Broocke, é um princípio instrumental em relação aos direitos fundamentais. Assim, a proibição da proteção deficiente serve como critério de sopesamento para verificar se são constitucionais os meios utilizados pelo Estado para atender os comandos constitucionais relativos aos direitos fundamentais dos indivíduos, cumprindo seu dever de proteção. Em outras palavras, esse princípio é utilizado como paradigma de constitucionalidade dos atos do Estado, assegurando que os meios por ele empregados sejam adequados para a proteção dos direitos fundamentais do cidadão. (VAN DER BROOCKE, 2016, p. 59- 60).

⁴² O princípio da vedação ao retrocesso, em seu sentido amplo, significa uma proibição de supressão ou restrição dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, principalmente em relação ao legislador e ao administrador. Com isso, esse princípio possui um caráter instrumental, ainda que não meramente instrumental, tendo em vista que serve de parâmetro para impugnação de medidas restritivas ou supressivas de direitos fundamentais assegurados ao indivíduo pela Constituição Federal (SARLET, 2010. p. 71-110).

⁴³ Jones Figueiredo Alves destaca que a dignidade é um dos principais valores do direito, em que se busca oferecer ao indivíduo condições de uma vida digna, a fim de proporcionar uma segurança existencial. Na perspectiva da decisão do Recurso Extraordinária 878.679, entendeu-se que o tratamento sucessório conferido ao companheiro violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a união estável apresenta um mesmo valor jurídico de afeto que o casamento, devendo, pois, ser fornecida a mesma dignidade dada ao cônjuge ao companheiro sobrevivente. (ALVES, 2018, p. 759-784).

sucessório e não no afeto. Ademais, a diferenciação dos regimes sucessórios prejudica aqueles que mais precisam, tendo em vista que as uniões estáveis são constituídas, em sua maioria, nas classes menos desfavorecidas e esclarecidas da população⁴⁴.

O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados é violado, tendo em vista que o regime sucessório da união estável previsto no art. 1.790 do Código Civil/02 não protege o companheiro sobrevivente de modo adequado e satisfatório. A proteção conferida ao casamento no regime sucessório é evidentemente maior do que a da união estável. Por fim, há violação do princípio da vedação ao retrocesso, em razão de o art. 1.790 do Código Civil/02 ter reduzido os direitos sucessórios do companheiro, previstos nas Lei 8.791/94 e 9.278/96. Assim, houve uma involução desproporcional na proteção dos direitos do companheiro, reduzindo-se a efetividade da norma constitucional que determina a proteção a todas entidades familiares⁴⁵.

O Código Civil de 2002, no seu art. 1.790, não concretiza a proteção à família prevista no art. 226 da Constituição Federal, tendo em vista que, em pese ter entrado em vigência em 2003, sua redação originária data 1985, quando ainda não havia sido promulgada a Carta Constitucional, tampouco existiam as Leis 8.791/94 e 9.278/96⁴⁶. A Comissão Especial do Código Civil de 2002, inclusive, demonstrou sua preferência expressa pelo casamento ao tratar do regime sucessório da união estável. Com base em todas essas considerações, o relator apresentou a sua solução à controvérsia, declarando, em síntese, que a redação do art. 1.790 não

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 30-33.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 34-35.

⁴⁶ Giselda Hinoraka ressalta que histórico da introdução do artigo 1790 no Código Civil de 2002 carrega consigo vários problemas. Explica a autora, nesse sentido, que o artigo 1790 foi introduzido no texto do Projeto de Código Civil pela Emenda n. 358 nas disposições gerais da sucessão, enquanto a sucessão do cônjuge é regulada no título que trata da sucessão legítima. Ainda, a emenda foi inspirada no Projeto de Código Civil elaborado na década de 1960, antes do casamento e da união estável serem igualados pela Constituição Federal, razão pela qual o conteúdo do artigo 1790 é considerado pela autora bastante retrógrado (HINORAKA, 2018, p. 738-739). No mesmo sentido, Elder Gomes Dutra também considera que o Código Civil de 2002, no seu artigo 1790, apresentou um inquestionável retrocesso no direito sucessório do companheiro, em relação às Leis 8971/94 e 9278/96, apresentando uma clara diferenciação entre o casamento e a união estável, situação imprópria que foi, inclusive, reconhecida pelo próprio Deputado Relator do Projeto do Código, o qual propôs a alteração do artigo 1790 (DUTRA, 2017, p. 43-84).

encontra amparo na Constituição Federal, pois hierarquiza as entidades familiares e reduz a proteção sucessória da união estável⁴⁷.

Na sequência, o ministro Edson Fachin manifestou seu entendimento no sentido de que o art. 1.790 do Código Civil estabelece uma desigualdade discriminatória e incompatível com o texto constitucional, não podendo haver uma preferência do casamento em relação à união estável. Em seu voto, enumerou 10 premissas que o levaram à conclusão da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, sendo todas já apresentadas pelo relator no seu voto⁴⁸.

Em síntese, pontuou o ministro que a Constituição Federal não estabelece uma hierarquia entre casamento e união estável, pautando-se nas relações de afeto e na solidariedade ao tratar da família. Com isso, não seria possível discriminar as pessoas por suas opções familiares, pois estar-se-ia fazendo um prévio juízo moral sobre as entidades familiares, principalmente considerando que tanto o casamento como a união estável pressupõem uma comunhão de vida, a afetividade e a entreatajuda. Assim, as duas formas de família são, em sua essência, situações iguais, apenas mudando a sua forma de constituição, o que não interfere no direito sucessório, apenas na prova da conjugalidade⁴⁹.

Explicou o ministro, nesse sentido, que a facilitação da conversão da união estável em casamento seria um instrumento oferecido para o exercício da liberdade individual de migrar de modelo de conjugalidade, não uma justificativa para o tratamento desigual dos regimes sucessórios, pois, caso a maior liberdade para formação da família fosse justificativa para a menor proteção, na opinião do ministro, o regime de bens também deveria ser afastado. O modelo de conjugalidade, portanto, não pode ser confundido com o regime de bens, sendo o primeiro um ato essencialmente existencial de comunhão da vida afetiva. A partir dessas enunciações, o ministro Edson Fachin chegou à conclusão de que pessoas em iguais situações devem ser tratadas de forma equivalente, devendo o tratamento

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 39.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 36-43.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 45-47.

sucessório dado para o casamento e para a união estável ser o mesmo, pois ambos são relações de afetividade e coexistência⁵⁰.

O ministro Teori Zavascki, o ministro Celso de Mello e a ministra Carmen Lúcia acompanharam integralmente os fundamentos apresentados pelo relator, destacando, em breves votos, que a existência de um tratamento discriminatório da união estável e do casamento – chamado de união estável de mais fácil prova pelo ministro Teori Zavascki⁵¹ – é incompatível com a Constituição Federal, violando o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, tendo em vista que se trata de pessoas em situações iguais recebendo um tratamento injustificadamente diferente⁵².

A ministra Rosa Weber, por conseguinte, trouxe em seu voto uma análise histórica e social das famílias e da discriminação e inferiorização da mulher⁵³ para melhor entender o tratamento sucessório diferente da união estável e do casamento. A partir dessa análise, a ministra salientou, em seu voto, que, até hoje, se divide a mulher em duas classes – a mulher casada e a mulher em união estável –, razão pela qual, para ela, a condição feminina seria o objeto real da discriminação existente entre os regimes sucessórios⁵⁴. Para chegar a essa conclusão, além de discorrer sobre a inferiorização da mulher no direito brasileiro, esclareceu a ministra que as mulheres são as destinatárias usuais do art. 1.790 do Código Civil, tendo em

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 46-49.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 57.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017.

⁵³ Maria Berenice Dias guarda um capítulo especial para falar sobre a situação jurídica da mulher, iniciando o tema com a frase “a presença da mulher é uma história de ausência”. Com essa frase inicial, a autora discorre sobre a pouca participação da mulher na sociedade e no direito por grande período da história, em que ela não possuía direitos civis, mas era cheia de direitos servis. Assim, destaca a autora que as mulheres muito lutaram para chegar até a emancipação feminina, a qual gerou reflexos significativos nas relações familiares. Não obstante, salienta a autora que, ainda que a mulher tenha atingido a igualdade de direitos, o Código Civil ainda apresenta dispositivos discriminatórios em relação à mulher, como a presunção legal de paternidade, ainda que a mulher confesse infidelidade e negue a filiação, bem como a admissão de que a mulher possa escusar-se da tutela, não sendo assegurado ao homem casado a mesma possibilidade (DIAS, 2016, p. 37). No mesmo sentido, Carlos de Azevedo descreve a participação da mulher em grande parte da história da humanidade como de poucos direitos e de subordinação patriarcal, recolhendo-se ao âmbito doméstico, sem voz e sem participação na política. No direito, perdeu por séculos a desigualdade entre homens e mulheres, sendo as últimas submetidas a diversas normas que as diminuía e lhe negavam direitos básicos. Cita o autor, por exemplo, que a incapacidade para assumir obrigações ou estar em juízo, a proibição de acesso a profissões e cargos públicos, bem como a quebra do direito à sucessão eram restrições que se repetiam nos textos legais (AZEVEDO, 2001).

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 79.

vista que, normalmente, vivem mais que os homens⁵⁵ ou, ainda, se casam mais novas,⁵⁶ como no caso dos casamentos infantis⁵⁷.

Além disso, a ministra apresentou dados do IBGE sobre a constituição das famílias brasileiras, demonstrando que as uniões estáveis estão aumentando na sociedade, uma vez que “em dez anos o número percentual de pessoas em relações estáveis subiu de 28,6% para 36,4%, representando o equivalente a 1/3 do número de casamentos no país”⁵⁸. Com base nos referidos dados, a ministra reforçou o já dito pelo relator, salientando que o elemento central da família para a Constituição Federal é a presença de laços de afetividade, sendo adotada, na legislação constitucional, uma visão pluralista da família⁵⁹, ou seja, é dado um tratamento protetivo igualitário em relação às famílias, não se admitindo diferenciação discriminatória em razão da forma de constituição a família⁶⁰.

Ainda, destacou a ministra, assim como o relator, que a legislação anterior ao Código Civil de 2002 e a jurisprudência estavam se encaminhando para o reconhecimento da equiparação dos direitos sucessórios do companheiro e do cônjuge até o momento que o Código Civil diferenciou significativamente os dois regimes sucessórios. Logo, concluiu que, diante do contexto histórico de discriminações, o art. 1.790 do Código Civil de 2002 padece de inconstitucionalidade, pois trata de forma desigual duas entidades familiares

⁵⁵ De acordo com Berlindes Astrid Küchemann, atualmente, vivemos um processo de “feminização da velhice”, em razão da maior expectativa de vida da mulher, a qual vive, em média, 8 anos a mais que o homem. Dois são os fatores que concorrem para essa situação, de acordo com a autora: as vítimas de morte violentas, na sua maioria, são homens, e as mulheres geralmente possuem um acompanhamento médio mais contínuo (KÜCHEMANN, 2012).

⁵⁶ A pesquisa realizada pelo Instituto Promundo, evidencia que “o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em números absolutos de mulheres casadas até a idade de 15 anos, com 877 mil mulheres com idades entre 20 e 24 anos que se casaram até os 15 anos (11%). O Brasil é também o quarto país em números absolutos de meninas casadas com idade inferior a 18: cerca de 3 milhões de mulheres com idades entre 20 e 24 anos casaram antes de 18 anos (36% do total de mulheres casadas nessa mesma faixa etária)” (TAYLOR; LAURO; SEGUNDO; GREENE, 2015).

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 63.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 61.

⁵⁹ Maria Berenice Dias destaca que o modelo de família atual se baseia na repersonalização, na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo, onde há uma preocupação maior com o bem-estar do indivíduo e com sua realização pessoal. Assim, se adota, atualmente uma visão pluralista de família, consagrada pela Constituição Federal, em que se reconhece as mais diversas formas de famílias, sendo o seu elemento central os relacionamentos de afetividade, o vínculo emocional que une os membros da entidade familiar (DIAS, 2016, p. 137-138). No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa salienta que o afeto é o prisma mais amplo da família, independentemente de existir vínculo biológico, devendo-se sempre buscar a concretização da dignidade da pessoa humana dentro do ambiente familiar (VENOSA, 2017, p. 08).

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 67.

reconhecidas pela Constituição Federal que apenas se diferem em relação as suas formalidades⁶¹.

Em seguida, manifestou-se o ministro Luiz Fux, ressaltando que, durante sua experiência como promotor e como magistrado, foi constatado que nas comarcas do interior e no centro do Rio de Janeiro, 50% das famílias eram espontâneas. Nesse sentido, destacou, assim como os demais ministros que, as famílias espontâneas foram expressamente reconhecidas como entidades familiares pela Constituição Federal, sendo, pois, seus componentes equiparados aos integrantes das famílias formadas pelo matrimônio. Salientou, com base nesse preceito constitucional que o Código Civil de 2002 surgiu ultrapassado, tendo em vista que tramitou por 25 anos no Congresso e, durante esse período, leis esparsas – Leis 8.971/94 e 9.278/96 – já haviam consagrado o direito sucessório dos conviventes e já haviam sido absorvidas pela sociedade⁶².

Além disso, esclareceu que, em que pese a menor formalidade para constituição da união estável, esta apenas é reconhecida com base em direito evidente e não com “fumaça do bom direito”, razão pela qual não haveria perigo de se conceder direitos sucessórios a um participante de um relacionamento efêmero e oportunista. Assim, reforçou o ministro que, se existe uma união estável, é porque há convivência pública, contínua e duradoura entre o casal, sendo, pois, o companheiro mais próximo do falecido do que os parentes distantes, os quais muitas vezes se aproximam apenas por interesses patrimoniais. Diante dessas premissas, o ministro acompanhou o relator no voto pela inconstitucionalidade do artigo⁶³.

Por fim, o ministro Alexandre de Moraes também se mostrou a favor da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, no recurso extraordinário 646.721. No seu ver, a inconstitucionalidade do artigo 1790 não traria a equiparação das entidades familiares – concordando, inclusive, tratarem de institutos diferentes –, mas a proteção em igual medida para institutos que pretendem a mesma coisa⁶⁴. Para ele,

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 82-83.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 84-88.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 86-87.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 48.

A proteção à família, e conseqüentemente - aí me parece a distinção e a desnecessidade de se igualar ou não a união estável ao casamento -, engloba a extensão de todos os instrumentos protetivos à família que devem ser igualmente aplicados, independentemente do tipo de família, da constituição da família⁶⁵.

Assim, o ministro reforçou as ideias apresentadas pelos demais julgadores, no sentido de que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 não respeita os princípios da igualdade⁶⁶ e da solidariedade⁶⁷, bem como apresentou um retrocesso em relação à sucessão do companheiro, tendo em vista que as Leis 8.971/94 e 9.728/96 traziam maior proteção à união estável. Logo, em respeito à proteção à família, bem como aos princípios da igualdade e da solidariedade, entendeu o ministro que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 se mostra incompatível com a Constituição Federal⁶⁸.

1.3 FUNDAMENTOS DOS VOTOS CONTRA À INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os votos vencidos foram proferidos pelo ministro Marco Aurélio, em ambos os recursos extraordinários, pelo ministro Ricardo Lewandowski, no recurso extraordinário 646.721, e pelo ministro Dias Toffoli, no recurso extraordinário 878.694. Foram apresentados quatro principais argumentos para fundamentação da tese vencida. O primeiro fundamento foi que a equiparação dos regimes sucessórios da união estável e do casamento equipararia as duas entidades familiares, contrariando a Constituição Federal, a qual, expressamente, as diferencia ao determinar que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 48.

⁶⁶ Para Rodrigo da Cunha Pereira, “a igualdade e o respeito à diferença constituem princípios-chaves para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito” (PEREIRA, 2012, p. 163). Complementa Paulo Lobo que o princípio da igualdade é destinado ao legislador, proibindo a edição de normas que o contrarie e incentivando a criação de normas de diminua as desigualdades existentes na sociedade. Ainda, em relação a situação do cônjuge e do companheiro, o autor salienta que não há hierarquização entre as duas formas de família, sendo, pois, injustificável a estipulação de deveres diversos para um e para outro (LOBO, 2016, p. 115-116)

⁶⁷ De acordo com Paulo Lobo, a solidariedade seria “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade” e, no âmbito familiar, a solidariedade dos cônjuges e companheiros se manifesta na assistência moral e material (LOBO, 2016, p. 112-114)

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 49.

Como segundo fundamento, apontou-se que haveria uma violação à liberdade das pessoas de escolher a forma de constituição da sua família, bem como da sua autonomia da vontade ao não poderem escolher os efeitos jurídicos decorrentes da sua união. Em terceiro lugar, afirmou-se que não haveria inferiorização ou hierarquização das formas de família, apenas o respeito às diferenças legítimas. E, como quarto e último fundamento, entendeu-se que deveria ser respeitada a vontade do legislador, aplicando-se o princípio *in dubio pro legislatore*⁶⁹.

O ministro Marco Aurélio, relator do recurso extraordinário 646.721, em seus fundamentos, repetidos no recurso extraordinário 878.694, salientou que não há equiparação dos institutos da união estável e do casamento pela Constituição Federal⁷⁰, sendo legítima, portanto, a diferenciação dos regimes sucessórios. A única similitude entre a união estável e o casamento, para ele, seria que ambos são considerados entidades familiares pela Constituição Federal, no entanto, a união estável seria tida como um caminho ao matrimônio, não podendo, pois, ser confundida com o casamento. Logo, salientou o ministro que, considerando que entidades familiares distintas possuem regimes jurídicos diferentes, a equiparação dos regimes sucessórios geraria a descaracterização da união estável – enquanto instituição meio – e do casamento – enquanto instituição fim⁷¹. Com base nesses fundamentos, salientou que a existência de regimes sucessórios diversos não caracteriza uma inferiorização ou hierarquização dos institutos⁷², sendo permitida pela Carta Constitucional⁷³.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017.

⁷⁰ De acordo com Wilson Ricardo Ligiera, não houve equiparação, pela Constituição Federal, do casamento e da união estável. O fato de ambas as formas de constituição de família merecerem a proteção do Estado, não faz com que elas tenham que ser tratadas exatamente da mesma forma. Em razão disso, para o autor, a sucessão do companheiro não pode ser considerada melhor ou pior que a do casamento, tendo em vista que o legislador adotou critérios diferentes para estabelecer os regimes sucessórios, considerando que cada união é constituída de forma distinta (LIGIERA, 2015, p. 147-170).

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 138-140.

⁷² Wilson Ricardo Ligiera destaca que há razões justificáveis para que os regimes sucessórios do casamento e da união estável sejam diferentes, tendo em vista que suas formas de constituições são distintas. Para o autor, as deficiências encontradas no art. 1790 do Código Civil na sua redação acabam por dar a entender que o companheiro restou prejudicado, no entanto, ao fazer uma interpretação sistemática, teleológica e histórica, é possível fazer uma leitura que esteja de acordo com a Constituição Federal, em que o companheiro precede os parentes colaterais e possui direito à totalidade da herança diante da inexistência dos parentes de linha reta, sem ser necessária a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo (LIGIERA, 2015).

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 140.

No que toca à legitimidade da diferença entre os regimes sucessórios, destacou o ministro que o legislador utilizou um critério diferente para o estabelecimento da sucessão do cônjuge e do companheiro. No primeiro caso, se teria como finalidade não deixar o cônjuge desamparado, já no segundo caso a intenção seria permitir que o companheiro participasse apenas da sucessão dos bens em relação aos quais teria participado da aquisição. Em relação a essas justificativas, destacou o ministro que ainda que não sejam as mais adequadas, não há como considerar uma pior ou melhor que a outra. Com isso, para o ministro, a não utilização do melhor critério pelo legislador não justificaria, por si só, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. O fato de a Constituição Federal conferir igual proteção à união estável e ao casamento não significa que os institutos devem ser tratados da mesma maneira⁷⁴.

No caso, a equiparação dos regimes sucessórios desrespeitaria a autonomia da vontade do casal⁷⁵, bem como a liberdade dos indivíduos na escolha da forma de constituição da sua família, uma vez que o casamento é uma possibilidade para todos e o casal não optou pela conversão da união estável. Desse modo, entende-se que houve uma escolha dos companheiros pelo regime jurídico da união estável, não cabendo ao judiciário interferir na vontade das partes. Nesse sentido, concluiu o ministro que reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil igualaria o casamento e a união estável, traria prejuízo para os sucessores e, principalmente, desrespeitaria a autonomia do casal⁷⁶.

O ministro Dias Toffoli, no mesmo sentido, entendeu que a Constituição Federal autoriza a existência de regimes jurídicos diversos na sucessão, tendo em vista que não equiparou o casamento e a união estável e, conseqüentemente, não equiparou seus efeitos jurídicos. Nesse sentido, o ministro faz referência à exposição de motivos do art. 1.790 do Código Civil de 2002, bem como o documento publicado pelo Senado referente ao Código Civil. Esses documentos, para o

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 141-142.

⁷⁵ Em relação à autonomia privada da família, destaca Rodrigo da Cunha Pereira que “no seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência”, tendo em vista que houve a despatrimonialização da família e, com isso, o indivíduo se tornou o centro da proteção familiar. Assim, a liberdade das relações familiares é regra, enquanto a intervenção estatal é exceção, apenas possível para prestar assistência e garantir que os membros da família vivam em condições adequadas para seu desenvolvimento pessoal e afetivo (PEREIRA, 2012, p. 179-182).

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 142-146.

ministro, demonstram que houve uma justificativa plausível para o legislador impor dois regimes sucessórios diferentes⁷⁷, qual seja, que o casamento seria mais estável e certo, motivo pelo qual se decidiu pela “prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”⁷⁸.

Além disso, ressaltou também a questão trazida pelo relator Marco Aurélio da autonomia e liberdade do casal, o qual fez uma opção pela forma de família constituída. Logo, na opinião do ministro, não houve inferiorização, tampouco hierarquização dos institutos, o Código Civil apenas acentuou que a união estável e o casamento são formas diversas de entidades familiares, motivo pelo qual entendeu o ministro que se deve aplicar o princípio *in dubio pro legislatore*, tendo em vista haver dúvida razoável sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil⁷⁹.

Por derradeiro, o ministro Ricardo Lawandovski apresentou um voto sucinto, fazendo referência aos fundamentos apresentados pelo ministro Marco Aurélio. Para ele, diante da evidente dúvida razoável existente sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, deve-se prestigiar o legislador. Assim, a seu ver, seria legítima a existência de regimes jurídicos diferentes, uma vez que a Constituição Federal estabelece que os institutos do casamento e da união estável são diferentes, não havendo que se falar em tratamento inferior⁸⁰.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 101-104.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 106.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017. p. 102-110.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017. p. 64-65.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NAS DECISÕES

Ainda que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal tenha encerrado uma longa discussão sobre o regime sucessório do companheiro, uma questão relativa ao assunto ainda restou pendente: a inclusão do companheiro na categoria de herdeiro necessário. Assim, para que se entenda a abrangência das decisões proferidas nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721 – se são aplicáveis restritivamente à ordem sucessório ou se abarcam a questão do herdeiro necessário – é necessário analisar os seus fundamentos, mais precisamente, os diversos princípios invocados para se chegar à tese final de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal⁸¹, sendo considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o Estado deve sempre buscar e preservar a dignidade da pessoa humana nas relações. Esse princípio é, entre todos, o mais universal, servindo de base a todos os outros princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro⁸². Em razão disso, ele é considerado um macrop princípio, sendo o início e o fim do Direito⁸³.

A dignidade da pessoa humana é conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais

⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018)

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114-115.

que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁸⁴.

Paulo Lobo define a dignidade da pessoa humana como “o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”⁸⁵. A dignidade é algo intrínseco ao indivíduo e inerente à sua vida, é a razão de ser do homem racional e, por isso, a ela não se pode atribuir um preço, estando acima de qualquer “especulação material”⁸⁶. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, “as coisas têm preço e as pessoas, dignidade”⁸⁷. Logo, sendo a dignidade algo indisponível, sua violação seria exatamente tratar o indivíduo como objeto, como um bem disponível⁸⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana limita e norteia a atuação do Estado, uma vez que impede a violação da dignidade dos indivíduos e, ao mesmo tempo, impõe que o Estado promova essa dignidade, garantindo um mínimo existencial às pessoas. A partir do estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal demonstra sua opção pela pessoa em detrimento da instituição. Assim, a pessoa se torna o centro da proteção estatal e as instituições jurídicas passam a ter como principal finalidade a busca pelo desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo. Há, pois, uma personalização dos institutos jurídicos⁸⁹, em que o patrimônio perde espaço para a pessoa⁹⁰.

Em relação ao direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana possui especial relevância, uma vez que a família, a partir da Constituição Federal

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

⁸⁵ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

⁸⁸ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 06.

de 1988, passou a ser um instrumento para o desenvolvimento da pessoa⁹¹. A família do século XX se tornou o espaço por excelência para que cada um de seus membros afirme sua dignidade, devendo haver um respeito mútuo entre os indivíduos. Cada integrante tem o papel de auxiliar no desenvolvimento e na realização pessoal dos demais. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não é apenas oponível ao Estado, mas também à sociedade e, especialmente, aos demais membros da família⁹².

Para Maria Berenice Dias,

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas⁹³.

A dignidade da pessoa humana é um pressuposto da democracia e, na área da família, ela representa a inclusão de todas as formas de formação familiar na proteção estatal. Para que haja respeito à dignidade da pessoa humana, é necessário que haja respeito ao afeto, às diferenças, à autonomia e à liberdade dos indivíduos⁹⁴. Diante da necessidade de tratamento digno dos indivíduos da sociedade, tanto dos próprios membros da comunidade, como do Estado, conclui Maria Berenice Dias que “o princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”⁹⁵. Logo, diante da amplitude e importância desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana deve ser observada em toda e qualquer situação jurídica familiar⁹⁶.

⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 06.

⁹² LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

⁹⁴ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

⁹⁶ FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Sulina, v. 32, novembro, 2014. p. 234.

2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A Constituição Federal prevê o princípio da solidariedade no seu art. 3º, inciso I⁹⁷, reconhecendo-o como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil⁹⁸. Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁹, tendo como objetivo a proteção do bem-estar social dos indivíduos e a satisfação das necessidades mínimas do ser humano para sua existência digna. Não apenas o Estado, mas também a sociedade e a família são responsáveis por promover a solidariedade¹⁰⁰.

De acordo com Paulo Lobo, a solidariedade pode ser assim definida:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.¹⁰¹

O princípio da solidariedade tem sua origem nos vínculos afetivos, sendo aquilo que cada pessoa deve a outra, com base na fraternidade e na reciprocidade entre os indivíduos de uma sociedade¹⁰². A solidariedade pressupõe que cada membro da sociedade seja responsável pela existência social dos demais integrantes, proporcionando o desenvolvimento da personalidade individual do próximo. A partir dela, passa-se a buscar por uma sociedade menos individualista, em que os direitos individuais concorrem com direitos sociais¹⁰³. Há, pois, um dever

⁹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018)

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 12.

⁹⁹ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

¹⁰⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004. p. 119-121.

¹⁰¹ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

¹⁰³ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

geral de reciprocidade, cooperação e amparo entre os indivíduos¹⁰⁴, superando-se a perspectiva predominantemente patrimonial e individual da sociedade que vigorava nos primeiros séculos da modernidade¹⁰⁵.

A solidariedade social ganha especial relevância no ambiente familiar, tendo em vista que, conforme destaca Maria Berenice Dias, “uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família”¹⁰⁶. No âmbito das famílias, Paulo Lobo divide o princípio da solidariedade em duas dimensões: a dimensão interna, que diz respeito às relações internas de cooperação e cuidado entre os membros, e a dimensão externa, que se refere à relação da família com a sociedade como um todo. Assim, esse princípio é aplicado na família não apenas nas relações entre seus membros, mas também na relação do ente coletivo com o restante da sociedade¹⁰⁷. A colaboração dos cônjuges para dirigir a família¹⁰⁸, a mútua assistência moral e material entre eles¹⁰⁹ e entre companheiros¹¹⁰, bem como o dever de prestar alimentos entre membros da família são exemplos de normas baseadas no princípio da solidariedade previstas no Código Civil.

Como se pode observar, a família atual é o local por excelência para o desenvolvimento da solidariedade, onde deve haver cooperação, assistência e cuidado entre os seus membros¹¹¹. Para Paulo Lobo, o princípio da solidariedade é o fundamento jurídico axial da funcionalização da família brasileira “como espaço de realização existencial das pessoas, em suas dignidades, e como *locus* por

¹⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

¹⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

¹⁰⁷ LOBO, Paulo. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6, 2007, **Anais...** Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

¹⁰⁸ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

¹⁰⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

¹¹⁰ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹¹¹ LOBO, Paulo. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6, 2007, **Anais...** Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

excelência de afetividade”¹¹². O princípio da solidariedade, no âmbito familiar, impõe um dever natural de cuidado, de zelo e de assistência entre os integrantes de uma família, não só em relação ao apoio material, mas também afetivo e psicológico¹¹³.

2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proibição de proteção deficiente, na definição de Luciano Feldens,

opera como ferramenta teórica extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, justamente no ponto em que medidas dessa ordem promovam uma indevida retirada de proteção (normativa) que se faz inequivocadamente necessária ao adequado desenvolvimento e desfrute do direito fundamental.¹¹⁴

O princípio da proibição da proteção deficiente, assim como o princípio da proibição do excesso¹¹⁵, compõe o conceito do princípio de proporcionalidade¹¹⁶. A proibição da proteção deficiente é um princípio instrumental que serve como parâmetro de verificação da constitucionalidade de determinado ato estatal. Para se entender a aplicação desse princípio, é necessário, antes, entender o dever de proteção estatal em relação aos indivíduos¹¹⁷.

O dever de proteção do Estado seria a obrigação estatal de viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais¹¹⁸ estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, o Estado-legislador deve positivizar normas, regulando as relações jurídicas dos indivíduos na sociedade, em conformidade com as normas constitucionais. O

¹¹² LOBO, Paulo. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6, 2007, **Anais...** Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

¹¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 227.

¹¹⁴ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 109.

¹¹⁵ O princípio da proibição do excesso, na definição de Luciano Feldens, pressupõe a utilização do meio de proteção que, dentre todos os meios disponíveis, menos oneraria o indivíduo (FELDENS, 2005, p. 110).

¹¹⁶ O princípio da proporcionalidade, de acordo com Wilson Steinmetz, “ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada” (STEINMETZ, 2004, p. 212).

¹¹⁷ VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016. p. 20.

¹¹⁸ De acordo com José Afonso da Silva, direitos fundamentais seriam “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (DA SILVA, 2015, p. 180).

Estado-administrador deve, dentro do seu poder discricionário, dar eficácia fática às garantias fundamentais dos indivíduos por meio, principalmente, de políticas públicas. E, por fim, o Estado-juiz deve, primeiramente, verificar se os demais poderes agiram em conformidade com os preceitos fundamentais em uma determinada situação fática e, caso a resposta seja negativa, é seu o dever declarar a inconstitucionalidade da norma ou entender pela nulidade do ato administrativo e preencher a lacuna deixada, concretizando o mandamento constitucional¹¹⁹.

Em relação aos direitos fundamentais a serem protegidos, estes podem ser divididos em direitos de defesa¹²⁰ - os quais para serem protegidos, pressupõem uma abstenção do Estado – e em direitos de prestação¹²¹ - que dependem de uma ação do Estado para serem garantidos. Logo, deixando o Estado de se abster em relação ao direito de defesa ou de se manifestar em relação ao direito de prestação, há uma proteção deficiente. Não obstante, o Estado deve assegurar tanto a eficácia horizontal, como a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, deve garantir esses direitos não só em relação aos seus próprios atos, mas também em relação ao agir de terceiros particulares.

Para que exista uma proteção eficaz por parte do Estado de um direito fundamental é necessário utilizar-se do princípio da proporcionalidade para averiguar a constitucionalidade do ato estatal, devendo, para tanto, haver um equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente. A existência de excesso na atuação do Estado – violando, assim, o princípio da proteção ao excesso – gerará a interferência indevida da esfera da autonomia privada do indivíduo, ferindo, pois, os direitos fundamentais de defesa do indivíduo. A proteção deficiente, por sua vez, se manifesta tanto em relação aos direitos de defesa, como em relação aos direitos a prestação, quando há uma omissão por

¹¹⁹ VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016.

¹²⁰ Os direitos de defesa, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, são direitos “contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”, gerando, pois, um dever de abstenção por parte do Estado. Salienta o autor, ainda, que esses direitos não geram a exclusão total do Estado, mas limitam a sua intervenção na esfera de liberdade pessoal a situações determinadas e sob condições. Além disso, os direitos de defesa não se limitam à liberdade e à igualdade, garantindo também a livre manifestação da personalidade, bem como uma esfera de autodeterminação do indivíduo (SARLET, 1998, p. 167-169).

¹²¹ Na definição de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos a prestações seriam aqueles que incumbem ao Estado “a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”. Assim, esses direitos exigem uma posição ativa do Estado para que os indivíduos tenham a sua disposição meios para viabilizar a eficácia desses direitos fundamentais (SARLET, 1998, p. 185-186).

parte do Estado, em que não se tutela adequadamente o direito fundamental de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos¹²².

O objeto da proteção estatal é, portanto, o bem jurídico protegido pelo direito fundamental e a posição por ele garantida ao seu titular, como a vida e a saúde, e os meios utilizados pelo Estado para tanto são correlatos à atuação dos Poderes Constituídos, quais sejam, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Logo, diante do princípio da proibição da proteção deficiente, o legislador tem o dever de criar normas que norteiam as relações entre os indivíduos sempre observando a efetivação dos direitos fundamentais¹²³.

2.4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

O princípio da vedação ao retrocesso, em seu sentido amplo, na definição Ingo Wolfgang Sarlet, significa “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”¹²⁴, estando situado no âmbito de uma “eficácia negativa das normas constitucionais”¹²⁵. O referido princípio tem como objetivo tutelar os direitos fundamentais contra situações que suprimem ou restringem, ilegitimamente, os níveis vigentes de proteção social. Essa restrição ilegítima ocorre quando há supressão do núcleo essencial do direito fundamental, o qual está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana¹²⁶.

O retrocesso é verificado quando se coloca barreiras em relação a um direito fundamental, de forma ilegítima, sendo necessário, para tanto, que haja um estado

¹²² VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016.

¹²³ VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

anterior em relação ao direito fundamental tutelado, estabelecendo, assim, um caráter relacional entre as duas situações. Nesse sentido, havendo uma legislação que regula os direitos sociais, não pode o legislador suprimir o grau de concretização de um direito social conferido nessa lei com base na sua liberdade de conformação. Com a satisfação de um direito, não é possível suprimir seu núcleo essencial¹²⁷.

J. J. Gomes Canotilho, nesse sentido, ressalta que os direitos sociais “uma vez alcançados ou conquistados passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”¹²⁸ e, assim, há uma limitação da livre disposição do legislador, o qual não pode reverter as conquistas sociais. Além de servir de um limitador para o legislador, esse princípio também impõe um dever ao Estado de exercer atos congruentes com esses direitos adquiridos e com as expectativas por eles geradas¹²⁹.

O objeto dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, em regra, precisa ser determinado pelo legislador, no entanto, não há uma autonomia geral deste para regular da maneira que melhor lhe convém sobre os direitos fundamentais, havendo uma vinculação mínima com a essência do direito previsto na legislação constitucional. Assim, havendo a satisfação do direito por um ato estatal, não é possível a supressão ou a redução da sua eficácia pelo legislador ou por qualquer outro órgão estatal¹³⁰. O princípio da vedação ao retrocesso, pois, é assim sintetizado por Ingo Wolfgang Sarlet:

O legislador (assim como o Poder Público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado.¹³¹

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 474-475.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 474-475.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110. p. 86-87.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO,

Diante da sua finalidade, o princípio da vedação do retrocesso possui um caráter instrumental – ainda que não meramente instrumental – e dialoga com outros princípios, como o do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da proteção da confiança e da segurança jurídica. No entanto, ele possui uma autonomia em relação aos demais princípios, na medida em que é possível que haja a supressão e diminuição de direitos sociais sem que haja uma mudança da redação constitucional. Em que pese a importância desse princípio, ele não é absoluto, sendo possível que o legislador reduza direitos sociais individuais em detrimento do interesse público urgente e relevante¹³².

O princípio da vedação ao retrocesso não reduz a atuação legislativa em mera execução dos preceitos constitucionais, no entanto, para que haja uma regressividade de um direito social sem violar o princípio da vedação ao retrocesso, é necessário que essa medida possuir uma justificativa de caráter constitucional e, ainda, salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental, principalmente de modo a garantir prestações materiais necessárias para que o indivíduo viva de maneira digna. Nesse contexto, o princípio da vedação ao retrocesso serve como forma de assegurar que haja uma continuidade de efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, garantindo que este não irá reduzir ou extinguir os níveis já concretizados de proteção estatal, de forma que venha a ofender a dignidade da pessoa humana¹³³.

2.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

O princípio da pluralidade das entidades familiares consiste no reconhecimento, pelo Estado, das diversas formações familiares presentes na

José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110. p. 79-80.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

sociedade, sendo-lhes conferida proteção igual¹³⁴. Antes do advento do princípio do pluralismo familiar, a constituição da família era bastante rígida e estática, em que apenas o modelo matrimonial e patriarcal era reconhecido como entidade familiar¹³⁵. A partir do reconhecimento do princípio do pluralismo familiar pela Constituição Federal, rompeu-se com a ideia de que o casamento seria a única forma de entidade familiar¹³⁶ e as pessoas passaram a ter o livre arbítrio para constituir, organizar e extinguir a sua família sem qualquer imposição ou restrição externa¹³⁷.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226¹³⁸, rompeu com a visão matrimonial ao dispor sobre a proteção de outras formas de família – união estável e família monoparental – e, em que pese haver previsão de apenas três formas de constituição de família, a enumeração constitucional, para Rodrigo da Cunha Pereira, é apenas exemplificativa¹³⁹. Assim, a Carta Constitucional reconheceu o princípio da pluralidade das entidades familiares, ampliando o conceito de família¹⁴⁰, a qual passou a ser caracterizada não mais pelo casamento, mas pela afetividade e mútua assistência dos seus membros¹⁴¹.

Nesse sentido, o pluralismo é assim explicado por Bianca Filla:

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

¹³⁵ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

¹³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

¹³⁷ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

¹³⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194.

¹⁴⁰ FILLA, Bianca Camile dos Santos. O pluralismo como categoria para a compreensão das entidades familiares no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 982, 2017. p. 87-104.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

O pluralismo reconhece que a sociedade é constituída por indivíduos com valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela diversidade, circunstancialidade, temporalidade e conflituosidade. O que implica dizer que cada grupo de pessoas mantém um estilo próprio de vida, com conteúdos ideológicos, sociais e econômicos próprios.¹⁴²

O princípio do pluralismo das entidades familiares é responsável, pois, por reconhecer o direito de proteção a toda família, independentemente de essa formação familiar estar prevista no ordenamento jurídico, uma vez que não há um rol taxativo de entidades familiares¹⁴³. A visão de personalização dos integrantes da família trazida pela Constituição Federal passou a considerar a pessoa o objeto da proteção familiar e não mais a instituição em si. Com isso, o membro da família deve encontrar na sua constituição familiar um meio para desenvolvimento pessoal de forma livre de qualquer padrão estabelecido pelo Estado, garantindo-se a liberdade e igualdade¹⁴⁴.

O reconhecimento da existência de diversas formas de família foge totalmente da família ortodoxa na sociedade e, em razão disso, cada estrutura familiar deve ser compreendida, muitas vezes, caso a caso pela jurisprudência¹⁴⁵, tendo em vista que as possibilidades de formação familiar são diversas. Rodrigo da Cunha Pereira divide as formações familiares em três grupos: a família conjugal, a família parental e a família unipessoal. O primeiro grupo seria a família formada por uma relação amorosa, em que há uma união através do afeto, o segundo seria formado por parentesco, tanto biológico quanto socioafetivo, e o terceiro seria formado por uma pessoa sem vínculo marital. De acordo com o autor, essas três categorias englobam todas as possibilidades de constituição familiar¹⁴⁶.

Logo, o princípio da pluralidade das entidades familiares pressupõe um respeito a toda a forma de convivência, sendo necessário, pois, que se reconheça “um mosaico na classificação familiar que não pode seguir regras rígidas”¹⁴⁷, conforme defende Sílvio de Salvo Venosa. A pluralidade familiar se pauta na

¹⁴² FILLA, Bianca Camile dos Santos. O pluralismo como categoria para a compreensão das entidades familiares no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 982, 2017. p. 87-104.

¹⁴³ FILLA, Bianca Camile dos Santos. O pluralismo como categoria para a compreensão das entidades familiares no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 982, 2017. p. 87-104.

¹⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194-195.

¹⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58.

¹⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198-208.

¹⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58.

tolerância, na diversidade, na solidariedade e no respeito às diferenças, devendo sempre o Estado amparar as diversas formas de família formadas na sociedade¹⁴⁸.

2.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada, na definição de Wilson Steinmetz, é “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)”¹⁴⁹. Assim esse princípio concede aos indivíduos uma liberdade de autodeterminação e autovinculação, em maior ou menor grau, dependendo do âmbito do direito privado em que se manifesta.

A família, do ponto de vista jurídico, é uma instituição e, em razão disso, o Estado regula suas relações jurídicas através do direito de família. No entanto, a família é também um espaço íntimo e pessoal, em que o indivíduo deve ter liberdade para desenvolver sua personalidade. Em razão dessas duas situações contrastantes, há, atualmente, um debate sobre o limite entre o público e o privado no direito de família. Em relação a esta questão, Rodrigo da Cunha Pereira entende que, ainda que seja necessária a interferência do Estado nas relações familiares como forma de tutela, é necessário respeitar a autonomia dos membros que integram a família¹⁵⁰.

Assim, não se pode alçar o direito de família à categoria de direito público, o qual é regulado por critérios técnicos-jurídicos, sob pena de restringir a autonomia privada, sendo este, pois, o limite para a intervenção do Estado nas relações familiares. As relações familiares, antes da Constituição Federal de 1988, eram reguladas de forma ostensiva, mantendo-se uma família patriarcal e hierárquica. Com o advento da legislação constitucional, os membros das famílias passaram a possuir mais espaço para a autonomia privada, diante da preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana e da despatrimonialização das relações jurídicas¹⁵¹.

¹⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

¹⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004. p. 190-191.

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176-178.

¹⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

Nessa perspectiva, os membros da família passaram a ser os responsáveis por regular sua convivência dentro do ambiente familiar, devendo o Estado respeitar tanto o grupo familiar, como os indivíduos de forma individual. A autonomia privada, no direito de família, ganhou maior relevância, em razão da mudança de foco da instituição para os indivíduos dentro do grupo familiar, havendo, pois, um dever de interferência mínima do Estado nas relações íntimas dos membros das famílias¹⁵².

O papel do Estado em relação à família passou a ser “protetor-provedor-assistencialista”, devendo apenas interferir nas relações familiares para tutelar a família e proporcionar garantias fundamentais aos seus membros, para que estes vivam em condições adequadas para seu desenvolvimento pessoal. Com isso, a atuação do Estado se dá apenas no âmbito da proteção, devendo-se conciliar a autonomia privada com os interesses de ordem pública¹⁵³.

No Código Civil, o princípio da autonomia é consagrado no art. 1513 que dispõe ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”¹⁵⁴. Ainda, no mesmo sentido, dispõe o art. 1565, § 2º do mesmo diploma legal que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”¹⁵⁵. Como se observa, o princípio da autonomia do âmbito familiar determina que o Estado não pode, de forma coativa, intervir nas relações familiares¹⁵⁶.

Rodrigo da Cunha Pereira explica nova roupagem da autonomia privada nas relações familiares trazidas pela Constituição Federal:

O indivíduo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais apenas um elemento de força produtiva. Em outras palavras, passou-se a valorizar o sujeito das relações e não mais o seu objeto. Ocorreram, pois, a personificação e despatrimonialização da família

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179-182.

¹⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 183-189.

¹⁵⁴ BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁵⁵ BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 19.

e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nesta esfera relacional.¹⁵⁷

Em que pese o princípio da autonomia tenha ganhado maior relevância no âmbito das relações familiares, é importante salientar que, atualmente, se reconhece o dever de proteção da família pelo Estado e pela sociedade previsto na Constituição Federal¹⁵⁸, o que, de certo modo, permite a intervenção estatal na relação familiar em determinados momentos. Diante dessa questão, ressalta Flávio Tartuce que o princípio da autonomia “deve ser lido e ponderado perante outros princípios”¹⁵⁹ para, assim, se definir até onde é possível a intervenção estatal nas relações familiares.

¹⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181.

¹⁵⁸ FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Sulina, v. 32, novembro, 2014. p. 235.

¹⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 19.

3 A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO NA CATEGORIA DE HERDEIRO NECESSÁRIO

A sucessão por morte pode ser dividida em três categorias: sucessão legítima, sucessão testamentária e sucessão necessária¹⁶⁰. A sucessão legítima é aquela em que os herdeiros sucedem segundo à ordem sucessória prevista em lei, participando os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, o companheiro e os parentes colaterais. A sucessão necessária prevê o direito de determinados herdeiros à legítima, chamados herdeiros necessários, em que o legislador segue uma vontade presumida do *de cuius* e beneficia com o patrimônio deste os seus parentes mais próximos¹⁶¹. Por fim, a sucessão testamentária segue a vontade do autor da herança, onde este escolhe quem irá receber seu patrimônio deixado através de um testamento¹⁶².

3.1 DEFINIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO

Herdeiros necessários são aqueles que participam da sucessão necessária e possuem direito a receber metade da herança do *de cuius*¹⁶³, exceto no caso de indignidade ou deserção¹⁶⁴, tendo o autor da herança, pois, disponibilidade para deixar em testamento para outras pessoas apenas a outra metade do seu patrimônio¹⁶⁵. O art. 1.845¹⁶⁶ do Código Civil estabelece como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge¹⁶⁷, excluindo, pois, o companheiro

¹⁶⁰ DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

¹⁶¹ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁶² DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 6: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 32.

¹⁶⁴ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 6: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 36.

¹⁶⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁶⁷ Flávio Tartuce ressalta que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário foi uma das “grandes novidades do sistema sucessório em vigor” (TARTUCE, 2016, p. 37), tendo em vista que, conforme explica Jorge Adrovaldo Maciel, o cônjuge era considerado herdeiro facultativo no Código Civil de 1916, sendo apenas os descendentes e os ascendentes herdeiros necessários. A outra novidade trazida pelo Código Civil de 2002 foi a introdução do cônjuge nas duas primeiras categorias de sucessores, em concorrência com descendentes e ascendentes (MACIEL, 2018, p. 151-152)

dessa categoria, o qual acaba por ser classificado como herdeiro facultativo – categoria dos parentes colaterais. Caso o falecido faça um testamento sem deixar nada aos herdeiros facultativos, estes automaticamente serão excluídos da sucessão¹⁶⁸. A existência de herdeiros necessários é, pois, uma limitação à liberdade de testar, tendo como fundamento a proteção da família e a solidariedade familiar¹⁶⁹, garantindo aos parentes mais próximos do morto uma proteção patrimonial¹⁷⁰. Apenas na inexistência de herdeiros necessários o morto poderá deixar a totalidade de seus bens para quem desejar, através do testamento¹⁷¹.

A categoria dos herdeiros necessários foi criada pelo legislador com base em uma presunção de afeto, bem como no dever de amparo que o falecido tem em relação a seus parentes mais próximos. A legítima encontra seu fundamento, portanto, no vínculo familiar e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar¹⁷². O ministro Luis Roberto Barroso, ao tratar sobre a legítima em seu voto, destacou que a justificativa para a sua existência seria “assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado”¹⁷³.

Mário Luiz Delgado explica que o direito dos descendentes à legítima teria como base o dever natural dos pais de não abandonarem e não deixarem desamparados os filhos, enquanto o direito da legítima dos ascendentes teria como fundamento a “compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes”¹⁷⁴. Por sua vez, o fundamento para a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário seria que ele é o único membro estável e essencial na família

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 6: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38.

¹⁶⁹ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁷⁰ NAVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do recurso extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, maio/junho, 2017, p. 135.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 10.

¹⁷² DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 10.

¹⁷⁴ DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018. p. 47.

nuclear, uma vez que os demais parentes, em algum momento, irão formar seu próprio núcleo familiar¹⁷⁵.

Com base nesse contexto, conclui-se que se a pessoa morre e era casada, metade do seu patrimônio necessariamente precisa ser deixado para seu cônjuge, em concorrência com os demais herdeiros, se existentes, previstos no art. 1.820 do Código Civil. Por sua vez, se quem morre vivia em união estável e não deixou descendentes ou ascendentes – herdeiros necessários –, poderá escrever um testamento deixando todos os seus bens para pessoas diversas, situação em que o seu companheiro não terá qualquer participação na herança¹⁷⁶, apenas receberá sua meação, se esta existir.

3.2 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO NA CATEGORIA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

A questão da inclusão do companheiro na categoria de herdeiro necessário não foi expressamente resolvida nas decisões dos recursos extraordinários 646.721 e 878.694¹⁷⁷, tendo em vista que o efeito da tese fixada na declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil foi aplicar “tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”¹⁷⁸. Assim, em uma interpretação literal da decisão, apenas a ordem sucessória estabelecida para a união estável seria inconstitucional, mantendo-se a diferença de que, no casamento, o cônjuge seria herdeiro necessário e, na união estável, o companheiro não teria o mesmo direito¹⁷⁹.

Em razão da lacuna deixada pelas decisões, surgiram doutrinas divergentes no que toca a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário. Alguns

¹⁷⁵ DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 6: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38.

¹⁷⁷ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017.

¹⁷⁹ QUINTELLA, Felipe. Repensando o Direito Civil brasileiro: a equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro. **Genjurídico**, maio. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

autores, como Mário Luiz Delgado¹⁸⁰ e Felipe Viana de Mello¹⁸¹, entendem que a exclusão do companheiro na categoria dos herdeiros necessários é legítima e compatível com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto outros, como Elder Gomes Dutra¹⁸², Flávio Tartuce¹⁸³, Felipe Quintella¹⁸⁴ e Maria Berenice Dias¹⁸⁵ entendem que, com base nos argumentos apresentados pelas decisões, deveria se incluir o companheiro na categoria de herdeiro necessário, equiparando-se totalmente os regimes sucessórios do casamento e da união estável.

Os autores que defendem a não inclusão do companheiro como herdeiro necessário entendem que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nada falam sobre a sucessão testamentária, limitando-se a determinar que o art. 1.829 do Código Civil seria aplicado também aos companheiros. Assim, considerando que o referido dispositivo trata especificamente da sucessão legítima e nada fala sobre os herdeiros necessários, a categoria dos herdeiros necessários prevista no art. 1.845 do Código Civil continuaria sem alterações¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Mário Luiz Delgado defende que não é possível incluir o companheiro na categoria dos herdeiros necessários, apontando quatro argumentos para tanto: o *status* de herdeiro necessário possui relação direta com as formalidades do casamento, o art. 1845 do Código Civil é uma norma restritiva de direitos e, por isso, não pode ter uma interpretação ampliada, a insegurança jurídica e restrição da liberdade testamentária e, por fim, a ausência de manifestação do STF pelo reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário (DELGADO, 2018, p. 60-61).

¹⁸¹ Felipe Viana de Mello entende não ser viável a inclusão do companheiro na categoria dos herdeiros necessários, apontando três argumentos para tanto: impossibilidade interpretação extensiva da decisão proferida pelo STF, preservação da autonomia da vontade e segurança jurídica do testamento (DE MELLO, 2017, p. 151)

¹⁸² Elder Gomes Dutra, ao tratar sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 878.694, destacou que a inclusão do companheiro como herdeiro necessário não foi adequadamente discutida pela Corte Suprema, mas, apesar disso, os fundamentos apresentados na decisão do RE 878.694 “conduzem para um cenário de total equiparação do cônjuge e do companheiro em matéria de direito sucessório” (DUTRA, 2017, p. 80).

¹⁸³ Flávio Tartuce ressalta que a questão ficou pendente no julgamento do Supremo Tribunal Federal, mas, com base no voto proferido pelo Relator, Ministro Luis Roberto Barroso, no seu ver, é possível concluir pela possibilidade de inclusão do companheiro como herdeiro necessário (TARTUCE, 2017).

¹⁸⁴ Felipe Quintella, em relação à declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 pelo STF, destaca que há outros dispositivos que tratam da sucessão do cônjuge além do art. 18.29 e, por isso, mandar aplicar o referido artigo ao regime sucessório da união estável poderia, dar “uma falsa impressão” de que apenas “se devem aplicar ao companheiro as posições do cônjuge na ordem de vocação hereditária”, o que, para o autor, não está correto, “devendo ser aplicada ao companheiro toda a disciplina da sucessão do cônjuge (QUINTELLA, 2017).

¹⁸⁵ Maria Berenice Dias entende que, com base no princípio da igualdade, a decisão do STF não se aplica apenas em relação à divisão do patrimônio da sucessão, aplicando-se “a toda e qualquer diferenciação tanto no âmbito do Direito de Sucessões como no Direito de Família e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional” (DIAS, 2017).

¹⁸⁶ DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legítimos. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

Felipe Viana de Mello, inclusive, destaca que a inclusão do companheiro como herdeiro necessário seria “permitir ao Estado intervir de forma absurda nas entidades familiares”¹⁸⁷. Para o autor, esta seria uma preocupação manifestada nos votos proferidos na decisão do recurso extraordinário 878.694, principalmente no do ministro Edson Fachin, o qual ressaltou que a liberdade patrimonial do casal que vive em união estável seria assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário e, conseqüentemente, com a possibilidade de excluí-lo por meio de testamento¹⁸⁸.

Além desses fatores, os dois autores citados que são contra o reconhecimento do convivente como herdeiro necessário ainda destacaram que haveria uma grande falta de segurança jurídica, tendo em vista que, muitas vezes, o autor do testamento pode acreditar estar em um namoro, mas, na verdade, ter constituído uma união estável, a qual poderia vir a ser reconhecida *post mortem*. Com isso, caso houvesse o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, o testamento deixado pelo *de cuius* com disposição total dos bens não poderia ser cumprido, devendo ser resguardada a legítima ao convivente sobrevivente. Assim, de acordo com esses autores, deve prevalecer a autonomia da vontade do testador, o qual, se desejar que seu companheiro participe da sua sucessão, poderá incluí-lo no testamento ou casar-se¹⁸⁹.

Mário Luiz Delgado, além dos argumentos também apresentados por Felipe Viana de Mello, destaca que a qualidade de herdeiro necessário conferida ao cônjuge decorre da formalidade exigida para o casamento e, em razão de estar diretamente ligada à forma de constituição do casamento, seria uma diferenciação legítima entre o matrimônio e a união estável, uma vez que a última, na sua essência, não necessita das formalidades exigidas para casamento. Não obstante, destaca o autor a natureza restritiva da norma prevista no art. 1.845 do Código Civil, a qual impõe uma restrição à autonomia privada do autor da herança e, por isso, de acordo com as normas da hermenêutica, não seria possível fazer uma interpretação

¹⁸⁷ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁸⁸ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

¹⁸⁹ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

ampliativa dessa norma para incluir os companheiros, sendo, pois, o rol apresentado no referido artigo, taxativo¹⁹⁰.

De outro lado, os autores citados que defendem o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário usam como base os fundamentos apresentados nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Os principais fundamentos apresentados pelos ministros a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, como já analisado, basearam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição ao retrocesso, da vedação à proteção deficiente, da pluralidade familiar e da solidariedade familiar. Assim, a maioria dos ministros reconheceu, em síntese, que deve ser dada proteção igual para indivíduos em situações iguais, como seria o caso de pessoas casadas e em união estável, em observância aos princípios referidos.

Analisando os argumentos apresentados pelas duas posições doutrinárias em relação à inclusão do companheiro na condição de herdeiro necessário, entende-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal estão em maior sintonia com aqueles que são a favor do reconhecimento do convivente como herdeiro necessário. Ainda que o ministro Edson Fachin tenha salientado que “a liberdade dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário”¹⁹¹, os demais ministros levam a crer que a equiparação do regime sucessório deveria se estender a todos os efeitos sucessórios, não apenas à ordem de sucessão.

Os argumentos apresentados pela maioria dos ministros demonstram que o tratamento dado ao regime sucessório da união estável pelo Código Civil é discriminatório e retrógrado, uma vez que o regime sucessório do matrimônio é nitidamente mais protetivo, não havendo qualquer justificativa plausível para tanto, pelo contrário, os preceitos constitucionais apontam para a necessidade de um tratamento igualitário entre as duas formas de constituição de família. Nessa linha, destacou o ministro Luis Roberto Barroso em seu voto:

As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos

¹⁹⁰ DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 47.

direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna. Conforme já adiantado, o Direito Sucessório brasileiro funda-se na noção de que a continuidade patrimonial é fator fundamental para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família.¹⁹²

A única justificativa para que fosse dado um regime sucessório menos protetivo para a união estável seria incompatível com a Constituição Federal, qual seja, a preferência do legislador pelo matrimônio, uma vez que, antes de 1988, a legislação infraconstitucional reconhecia apenas o casamento como forma legítima de constituição de família e, por isso, se dava maior proteção para essa forma de composição familiar. Esse pensamento, contudo, não vigora mais na atualidade, tendo em vista o reconhecimento constitucional do princípio da pluralidade familiar, em que se reconhece como família todas as relações baseadas na afetividade e não apenas aquelas previstas na lei, dando-se a todas elas igual proteção pelo Estado¹⁹³.

Não há motivos plausíveis, portanto, para se incluir o cônjuge de forma obrigatória na sucessão e o companheiro não, tendo em vista que a função das duas entidades familiares é idêntica¹⁹⁴. Tanto o casamento quanto a união estável visam a constituir uma família com base na afetividade e na assistência recíproca na vida em comum, a única diferença entre elas, conforme salientou o ministro Luis Roberto Barroso¹⁹⁵ seria a forma de constituição e extinção mais ou menos formal¹⁹⁶. Logo, se o legislador entendeu que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário iria melhor protegê-lo e tutelar seus interesses no momento da morte do parceiro, este

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 18.

¹⁹³ DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, jan./fev., 2017.

¹⁹⁴ NAVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do recurso extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, mai./jun., 2017.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017.

¹⁹⁶ Felipe Quintella, faz uma analogia do testamento com a constituição da família, explicando que, assim como se reconhece formas diferentes e válidas para que o testamento gere os mesmos efeitos, a lei reconhece o casamento e a união estável como formas diferentes, mas ambas válidas, de constituição da família. Nesse contexto, independentemente da sua forma, as duas formas de constituição de família devem se submeter à mesma disciplina e aos mesmos efeitos, uma vez que a diversidade de formas serve para dar maior liberdade à pessoa, podendo ela “livremente escolher dentre as diferentes formas e suas diferentes solenidades. Mas os efeitos jurídicos da manifestação de última vontade não poderiam ser diversos apenas porque a forma escolhida foi uma ou outra, vez que decorrem do negócio celebrado, e não da sua forma” (QUINTELLA, 2017).

deve ser o igual tratamento dado ao companheiro, que estará na mesma situação e, com isso, deverá receber a mesma proteção estatal.

O princípio da dignidade da pessoa humana invocado pela maioria dos ministros no julgamento dos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, determina, em síntese, que deve ser garantido às pessoas um mínimo existencial para ter uma vida digna e um desenvolvimento pleno, havendo um dever de proteção do Estado, da sociedade e da família em relação aos indivíduos. Na família, o princípio da dignidade humana se manifesta no dever de os membros auxiliar os demais na sua realização pessoal e desenvolvimento da sua personalidade¹⁹⁷. O direito sucessório, como o ministro Luis Roberto Barroso salientou, tem seu fundamento na proteção dos integrantes de uma família através da continuidade patrimonial¹⁹⁸. Ainda, essa proteção deve ser dada de forma igualitária entre os seus membros, não podendo haver uma maior ou menor proteção em razão da forma da constituição da família, como foi explicado pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto:

Dessa forma, independentemente da diferença de institutos, casamento e união estável, o que se protege, com o Direito Sucessório, é a família. E a família, independentemente da forma como se constituiu, não pode ter tratamento diferenciado.¹⁹⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana, como já dito, tem forte vinculação com o princípio da solidariedade, o qual determina que as pessoas devem se respeitar e se auxiliar, principalmente entre os membros da mesma família²⁰⁰. A solidariedade é também um dos fundamentos do direito sucessório, tendo em vista que o patrimônio deixado pelo morto seria uma forma de cooperação e assistência material em relação aos herdeiros²⁰¹. Nesse contexto, considerando que, assim como em relação ao cônjuge, o companheiro também possui o dever e direito de assistência mútua com seu par, não seria plausível dar mais segurança ao

¹⁹⁷ LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 09.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília 10 maio. 2017. p. 49-50.

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁰¹ DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

cônjuge sobre sua participação na sucessão legítima do morto do que ao companheiro sobrevivente.

O dever de solidariedade entre o casal se aplica tanto para o casamento quanto para a união estável, razão pela qual, se entendeu o legislador que incluir o cônjuge no rol de herdeiros necessário seria uma forma de melhor atender as finalidades da sucessão legítima, entre elas a solidariedade, não haveria motivos para não incluir o companheiro nesse rol, uma vez que este também possui direito de participar da divisão patrimonial da pessoa com quem conviveu e auxiliou material e psicologicamente durante a vida em comum. Essa foi a fundamentação apresentada pelo ministro Luis Roberto Barroso:

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 adiante 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.²⁰²

Assim como é inconstitucional a ordem sucessória da união estável determinada pelo Código Civil por oferecer mais recursos para o cônjuge seguir sua vida de forma digna do que para o companheiro, a questão do herdeiro necessário segue o mesmo raciocínio. O legislador entendeu que incluir o cônjuge como herdeiro necessário seria uma forma de proteger a esposa ou o marido na hora da morte de seu par, impedindo que o *de cuius* pudesse o excluir da sucessão por simples disposição de vontade e, assim, garantindo que o sobrevivente tivesse meios para sobreviver e seguir sua vida de forma digna nesse momento de vulnerabilidade²⁰³. Logo, a mesma proteção deve ser garantida ao companheiro sobrevivente, o qual ocupa o mesmo papel do cônjuge na relação de afeto e companheirismo.

A garantia de participar da sucessão legítima como herdeiro necessário dada pelo legislador àquele que era casado com o morto, deve ser estendida àquele que vivia em união estável com o falecido, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da pluralidade familiar. O não

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 31.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 30.

reconhecimento do convivente sobrevivente como herdeiro necessário é uma diferenciação de tratamento ilegítima entre duas entidades familiares que possuem a mesma função de constituição de família, uma vez que, utilizando a argumentação do ministro Luis Roberto Barroso, essa diferenciação não se baseia “em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar”²⁰⁴, sendo, pois, apenas uma forma de hierarquização das entidades familiares. Em relação à questão, explicou o ministro relator:

Essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de funcionalização da família, alcança-se uma segunda constatação importante: só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desiguando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.²⁰⁵

Ao contrário do que defende Mário Delgado, a condição de herdeiro necessário reconhecida pelo Código Civil de 2002 ao cônjuge não está relacionada à forma de constituição do casamento, sendo, em realidade, um instrumento de proteção conferido ao cônjuge quando da abertura da sucessão do marido ou da esposa para garantir que este tenha meios necessários para continuar sua vida. Assim, sendo a condição de herdeiro necessário uma forma de proteção do cônjuge que não é conferida ao companheiro, há um tratamento desigual e discriminatório entre as formas de famílias, uma vez que ambos ocupam igual posição, sendo o fato de não existir uma certidão de casamento na união estável o único motivo para não conferir ao convivente a mesma proteção.

Não incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários é não estender a este um instrumento protetivo conferido ao cônjuge, o que contraria o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Nessa linha, a maioria dos ministros foram claros, no julgamento dos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, ao defender pela necessidade e imprescindibilidade de se conferir a mesma proteção ao companheiro, uma vez que esta independe da forma de constituição da família, conforme destacou o ministro Alexandre de Moraes:

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 27.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 26.

A proteção à família, e conseqüentemente – aí me parece a distinção e a desnecessidade de se igualar ou não a união estável ao casamento -, engloba a extensão de todos os instrumentos protetivos à família que devem ser igualmente aplicados, independentemente do tipo de família, da constituição da família.²⁰⁶

O fato de o art. 1.845 do Código Civil apresentar uma restrição à autonomia do autor da herança, conforme destacou Mário Delgado, não é suficiente para afastar o direito do companheiro a ser incluído no rol dos herdeiros necessários, uma vez que ele e o cônjuge estão em situações idênticas de afeto e assistência e, por isso, devem ser os mesmos direitos sucessórios garantidos. Se entendeu o legislador pela viabilidade da restrição de liberdade do *de cuius* em razão do seu casamento, deve-se estender essa possibilidade à união estável, uma vez que ambas as formas de família são constituídas por laços de afetividade, tendo apenas como diferença a sua formalidade, que nada interfere no reconhecimento de instrumentos protetivos.

O ministro Luis Roberto Barroso apresentou, em seu voto, exemplos de diferenças legítimas do casamento e da união estável, as quais se justificam pelo fato de o casamento ser mais formal e possuir uma prova mais fácil, trazendo, assim, mais segurança jurídica perante terceiros e exigindo menos esforços para comprovar a união. Um dos exemplos apresentados foi a maior facilidade para o cônjuge receber um benefício previdenciário, o qual apenas precisa apresentar a certidão de casamento, enquanto alguns entes públicos exigem que os companheiros apresentem documentos que comprovem a existência de união estável, sendo, pois, mais trabalhoso para eles demonstrar seu direito ao recebimento do benefício²⁰⁷.

Para o ministro relator essa diferença de tratamento para provar a existência da união é plenamente aceitável, pois é uma diferença que deriva das características de cada constituição de família. Assim, a fundamentação apresentada indica que apenas diferenças referentes “às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar” são legítimas e devem permanecer no ordenamento jurídico, sendo todas as demais distinções discriminatórias²⁰⁸. Logo, o fato de haver menor

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília 10 maio. 2017. p. 48.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 27-29.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 27.

segurança jurídica na união estável não justifica dar tratamento privilegiado ao casamento, devendo as duas formas de família ser tratadas de forma igual em relação aos direitos de seus membros. Nesse sentido, ministro relator manifestou-se em seu voto:

Ante o exposto, conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade.²⁰⁹

Diante desses argumentos, não há como concluir que a condição de herdeiro necessário seria inerente às peculiaridades do casamento, uma vez que o legislador criou a figura dos herdeiros necessários com a finalidade de proteção e solidariedade da família, garantindo aos parentes mais próximos do morto uma proteção patrimonial²¹⁰. Portanto, sendo uma forma de proteção do cônjuge, esta deve ser estendida aos companheiros para que ambos sejam tratados de forma igualitária, com igual respeito e dignidade, uma vez que, nas palavras do ministro Luis Roberto Barroso é “arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados”²¹¹.

O princípio da proibição da proteção deficiente é uma ferramenta de controle do Estado que busca garantir a eficácia plena dos direitos e princípios tutelados pela Constituição Federal²¹², estando, entre eles, a igualdade de proteção para todas as formas de família. Nessa perspectiva, se o Estado não protege de modo adequado e satisfatório bens jurídicos relevantes, ele está violando o princípio da proibição da

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 878.694, julgado 10/05/2017, Relator Ministro Roberto Barroso, p. 29.

²¹⁰ NAVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do recurso extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, maio/junho, 2017.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 27.

²¹² VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016. p. 21-22.

proteção deficiente, sendo este o caso do art. 1.790 do Código Civil, como foi reconhecido nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²¹³.

Na mesma linha de raciocínio, é possível afirmar que há também uma proteção deficiente no art. 1.845 do Código Civil, ao não incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários, tendo em vista que o reconhecimento do cônjuge nessa categoria foi um meio de o legislador protegê-lo. Logo, essa mesma proteção deve ser estendida ao companheiro, com base no dever constitucional do Estado de proteger, de forma igual, todas as formas de família. Não reconhecer o companheiro como herdeiro necessário é admitir uma maior proteção estatal do casamento em relação à união estável, o que evidencia uma falha de proteção dos direitos do companheiro por parte do Estado.

O Código Civil, no que toca à matéria do direito de família, principalmente em relação ao matrimônio e à união estável, apresenta uma visão não plural das famílias, em que se prioriza o matrimônio a todas as demais formas de constituição familiar. Essa situação é bem demonstrada pelo ministro Luis Roberto Barroso, o qual destacou que o projeto original do Código Civil de 2002 foi elaborado em 1985 – antes da Constituição Federal –, demorando mais de quinze anos para ser promulgado, sem praticamente nenhuma alteração²¹⁴. A união estável, ainda que seja abordada pelo Código Civil, é tratada de forma periférica, em separado da “verdadeira” família, constituída pelo casamento²¹⁵. O regime sucessório da união estável retrata bem a dificuldade do Código Civil de aceitar a união estável como forma de constituição familiar, tendo em vista que este não é sequer tratado no título da sucessão legítima, ficando em separado, nas disposições gerais do direito sucessório²¹⁶.

Nesse sentido, o argumento levantado pelos ministros de que o Código Civil foi redigido em anos anteriores a 1988 e, portanto, com valores diferentes aos da atualidade e da própria Constituição Federal, principalmente em relação à família,

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 33.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 36.

²¹⁵ Flávio Tartuce destaca que o artigo 1.790 do Código Civil está “mal colocado”, uma vez que se encontra nas disposições gerais do Direito das Sucessões e não está incluído na ordem de vocação hereditária, em razão de as disposições relativas à união estável terem sido adicionadas ao Código Civil de 2002 “nos últimos momentos de sua elaboração” (TARTUCE, 2016, p. 242).

²¹⁶ DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, janeiro/fevereiro, 2017.

também pode ser utilizado para demonstrar a necessidade de inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários. O rol indicado pelo art. 1.845 do Código Civil, assim como a ordem sucessória prevista no art. 1.790 do mesmo dispositivo legal, foi redigido com base nos valores matrimoniais que vigoravam antes da Constituição Federal e, em razão disso, não seguem os valores plurais e igualitários da família, defendidos pela Carta Constitucional de 1988.

A não inclusão do companheiro como herdeiro necessário seguiu a mesma linha de raciocínio hierarquizadora e discriminatória do legislador, em que se buscava dar maior proteção às relações formadas pelo matrimônio. Os ministros favoráveis à inconstitucionalidade do art. 1970 do Código Civil repetidamente salientaram que as pessoas unidas pelo casamento e pela união estável estão na mesma situação fática de afeto e mútua assistência, sendo a única diferença entre as uniões a formalidade. No entanto, a menor formalidade da união estável, assim como não justifica a ordem sucessória distinta, também não serve de fundamento para a não inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Conforme destacou o ministro Luiz Fux, não se pode pressupor que as pessoas que se unem pela união estável, apenas por constituir sua família de forma informal, não possuem o mesmo nível de afetividade e companheirismo que o casal formado pelo matrimônio. Para que a união estável seja reconhecida, é necessário que haja prova da convivência pública, contínua e duradoura do casal, não se podendo, assim, presumir que seria um relacionamento oportunista visando apenas a participação na sucessão do companheiro. Até porque, pressupor essa situação, como destacou o ministro Luis Roberto Barroso, seria amesquinhar o instituto familiar. Nesse sentido:

Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade.²¹⁷

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 32.

Logo, o fato de haver mais informalidade na união estável não justifica a menor proteção do companheiro sobrevivente, o qual deve também possuir a garantia de participar da sucessão do seu par independente da sua disposição de última vontade, assim como possui o cônjuge sobrevivente. Conforme destacaram os ministros, se o legislador entendeu que o reconhecimento do cônjuge como herdeiro necessário seria uma forma de melhor protegê-lo, igual tratamento deve ser dado ao companheiro, o qual também convivia de forma contínua e duradoura com o falecido, e merece, pois, igual proteção. Nas palavras do ministro Teori Zavascki a união estável “não tem razão alguma para ser discriminada em relação a outra união estável – ou que até pode nem ser tão estável assim – pela simples razão de ser demonstrada através de uma certidão de casamento”²¹⁸.

O argumento da ausência de segurança jurídica com a inclusão do companheiro como herdeiro necessário é refutada pelo voto apresentado pelo ministro Luiz Fux, o qual foi categórico ao dizer que, para que haja o reconhecimento de uma união estável, necessário haver “prova inequívoca conducente à verossimilhança”²¹⁹, cumprindo-se os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, o que reduz os riscos de “se conceder efeitos drásticos a qualquer tipo de relacionamento efêmero”²²⁰. Assim, se é reconhecida a união estável é porque os requisitos necessários para tanto foram preenchidos e, portanto, o companheiro tem direito de participar da sucessão com todas as garantias protetivas conferidas a ele, as quais devem ser iguais as do cônjuge, diante da igual proteção conferida a ambas as famílias pela Constituição Federal. Com essas constatações, concluiu o ministro Luiz Fux:

O que se trata aqui – e a realidade é essa -, é que quando há essa união estável entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição da família, é porque a família daquela pessoa é aquela convivente. Porque quem tem uma família que coparticipa da existência de um dos integrantes dessa controvérsia, efetivamente essa família não dá ensejo a esse abandono, em que os parentes só se aproximam no momento de recolher os frutos da existência daquele seu parente consanguíneo.²²¹

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 57.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 87.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 86.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 87.

Não obstante, ainda que as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 não tenham considerado o companheiro herdeiro necessário, é possível entender que houve um retrocesso da legislação, uma vez que esta indicava pela quase igualdade de direitos sucessórios entre companheiro e cônjuge²²², uma vez que a ordem sucessória era muito parecida e ambos não eram considerados herdeiros necessários. Entretanto, ainda que a evolução legislativa indicasse para a igualdade de proteção quanto aos direitos sucessórios aos cônjuges e aos companheiros, o Código Civil de 2002 rompeu abruptamente com essa expectativa²²³.

Assim, a união estável já havia conquistado um direito ao regime sucessório praticamente equivalente ao do casamento, mas o Código Civil de 2002 acabou por restringir esse direito, uma vez que aumentou a proteção da pessoa casada e diminuiu, por sua vez, a proteção das pessoas unidas pela união estável. Nesse contexto, ainda que o retrocesso não seja tão visível quanto o da ordem sucessória, uma vez que havia uma mais protetiva aos companheiros antes do Código Civil, houve uma interrupção na evolução dos direitos sucessórios da união estável, enquanto o regime sucessório do casamento continuou progredindo na sua proteção²²⁴. Desse modo, pode-se concluir que não houve uma continuidade de efetivação dos direitos sucessórios dos companheiros, uma vez que reduziu um nível já concretizado de proteção estatal em relação à união estável, o que também é proibido pelo princípio da vedação ao retrocesso²²⁵. Essa situação restou evidenciada, inclusive, pelo relator Luis Roberto Barroso:

Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. Assim, caso se interprete o Código Civil em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma união estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja

²²² Jorge Adrovaldo Maciel salienta que as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 “conferiram aos companheiros praticamente os mesmos direitos que eram conferidos aos cônjuges pelo Código Civil da época” (MACIEL, 2018, p. 150).

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 18.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 18-19.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira.²²⁶

Por fim, o argumento da autonomia da vontade apresentado pelos autores que defendem o não reconhecimento dos conviventes como herdeiros necessários, também não é suficiente para afastar o companheiro do rol apresentado no art. 1.845 do Código Civil, uma vez que a partir do momento em que se considera o cônjuge herdeiro necessário, imperioso se faz reconhecer a mesma condição ao companheiro, em observância à igual proteção às entidades familiares determinada pela Constituição Federal e consequente impossibilidade de hierarquização entre elas²²⁷.

A questão da autonomia da vontade do testador é bastante importante, no entanto, ela diz respeito a uma discussão maior do que a equiparação dos regimes sucessórios da união estável e do casamento, qual seja, a real necessidade de incluir o companheiro do autor da herança, no sentido amplo – tanto no que toca à união marital quanto à união estável – como herdeiro necessário²²⁸. Contudo, enquanto o cônjuge permanecer como herdeiro necessário, deve se incluir também o companheiro na categoria, independente da discussão sobre ser certa a inclusão do cônjuge nesse rol, diante dos fundamentos invocados pelas decisões dos recursos extraordinários 878.694 e 646.721.

A maioria dos ministros que votaram pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil apresentou fundamentos que levam à conclusão de que os regimes

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 10 maio. 2017. p. 18-19.

²²⁷ QUINTELLA, Felipe. Repensando o Direito Civil brasileiro: a equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro. **Genjurídico**, maio. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

²²⁸ Felipe Quintella, por exemplo, se manifesta contra a existência de herdeiros necessários, sendo sua opinião, pois, desfavorável tanto pela inclusão do cônjuge quanto a do companheiro como herdeiro necessário, sob o fundamento da ingerência demasiada do Estado na família. No entanto, tendo em vista que o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, esse direito deve ser estendido ao companheiro, tendo em vista que ambos devem ter os mesmos efeitos sucessórios (QUINTELLA, 2017). Em relação ao tema, Ana Luiza Maia Naves também destaca que a figura dos herdeiros necessários não está isento de críticas, devendo-se “repensar aqueles que devem ser agraciados com uma herança necessária”, de acordo com seu nível de necessidade e não de parentesco (NAVARES, 2017, p. 135-138). Mário Delgado também apresenta argumentos contra a existência de herdeiros necessários, ressaltando que esta categoria seria inútil e inconveniente, pois, atualmente, há uma “transformação sociológica e jurídica da família”, em que há “outros mecanismos protetórios da família fora do direito sucessório”, bem como há uma “rápida mutabilidade dos estados civis”. Assim, para o autor “o fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro” (DELGADO, 2018, p. 49-53).

sucessórios do casamento e da união estável devem ser iguais, considerando que cônjuge e companheiro ocupam a mesma função de afeto e companheirismo na relação. A única diferença entre as duas formas de constituição de família é a maior ou menor formalidade para sua constituição e, por isso, o tratamento distinto entre ambas deve se dar apenas em relação às suas características, não sendo este o caso da inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários.

A condição de herdeiro necessário é um instrumento protetivo conferido ao cônjuge que deve ser estendido ao companheiro, uma vez que a Constituição Federal prevê que o casamento e a união estável devem ter a mesma proteção do Estado. Logo, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da pluralidade familiar, da proibição da proteção deficiente e da vedação ao retrocesso, o companheiro deve ser incluído na categoria dos herdeiros necessários e ter as mesmas garantidas sucessórias conferidas ao cônjuge.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos apresentados nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721 não se limitam ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devendo ser aplicados também para o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, incluindo-o no rol previsto no art. 1.845 do Código Civil. Em que pese as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não tratarem, especificamente, da questão dos herdeiros necessários e que, na sua interpretação literal, apenas a ordem sucessória estabelecida para a união estável é declarada inconstitucional, defende-se que os seus fundamentos podem ser utilizados também para se reconhecer a inclusão do companheiro no rol do art. 1.845 do Código Civil.

A partir da análise dos votos proferidos nos recursos extraordinários 878.694 e 646.721, no primeiro capítulo, concluiu-se que a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal possuem a opinião de que não é possível tratar de modo distinto pessoas em situações iguais, como é o caso das pessoas casadas e das pessoas que vivem em união estável. Para eles, o Código Civil, em relação ao direito sucessório do casamento, fornece mais instrumentos de proteção para o cônjuge do que para o companheiro, o qual acaba por, na maioria das vezes, ter menos direito na participação da herança, pelo simples motivo de a união ser constituída de maneira informal.

O tratamento diferenciado dado pelo Código Civil ao casamento e à união estável, de acordo com os ministros, é explicado pela época em que foi redigido o projeto de lei, antes da Constituição Federal, em que o matrimônio era a única forma de família legalmente reconhecida. Com os valores e princípios trazidos pela Constituição Federal, principalmente a especial proteção do Estado a todas as formas de família, não é possível aplicar normas que, nitidamente, protegem mais uma forma de família que outra, sendo que, na prática, tanto a união estável quanto o casamento são baseados na afetividade e na mútua assistência do casal.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da pluralidade familiar, da vedação ao retrocesso e da proibição à proteção deficiente, destacados nas decisões, apontam também pelo tratamento sucessório equivalente ao casamento e a união estável, conforme buscou-se demonstrar no segundo capítulo. Os três primeiros princípios defendem um tratamento com igual dignidade e respeito para todas as formas de família, em que

deve ser garantido o pleno desenvolvimento de seus membros, bem como assistência mútua, cooperação e solidariedade entre eles, para que tenham uma vida digna. Por sua vez, os dois últimos indicam que deve haver uma proteção efetiva e adequada de todas as formas de família por parte do Estado e que não podem ser reduzidos os níveis já concretizados de proteção estatal, devendo se assegurar que haja uma continuidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Em relação à questão do reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, mostrou-se no terceiro capítulo que a doutrina se divide em duas posições, em razão da omissão das decisões. Parte da doutrina defende o não reconhecimento do convivente como herdeiro necessário, sob o fundamento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitam ao art. 1.790 do Código Civil, não sendo plausível utilizá-las para modificar também o rol do art. 1.845 do mesmo dispositivo legal, no entanto, entendeu-se, no presente trabalho, que não seria essa a visão mais adequada quando se analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal.

A visão que está em maior sintonia com as decisões analisadas, conforme demonstrado no último capítulo, seria a dos autores que defendem a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários, com base nos fundamentos invocados pela maioria dos ministros. Os preceitos constitucionais analisados no trabalho são compatíveis com a igualdade de tratamento sucessório dado para o casamento e para a união estável, uma vez que ambas as formas de família são construídas por meio de afetividade e coexistência, sendo a única diferença a maior ou menor formalidade para constituição.

Assim, se o legislador entendeu que incluir o cônjuge como herdeiro necessário seria uma forma de protegê-lo na hora da morte de seu par, impedindo que o morto pudesse excluí-lo da sucessão através do testamento e garantindo que o cônjuge supérstite tivesse meios para seguir sua vida de forma digna, essa mesma proteção deve ser garantida ao companheiro sobrevivente, diante da igual proteção das famílias conferidas pela Constituição Federal. A diferenciação de tratamento dada para essas duas formas de família é ilegítima, pois a condição de herdeiro necessário não possui relação com a forma de constituição das famílias, sendo, na realidade, um instrumento protetivo que deve ser garantido para ambas as formas de família. Se entendeu o legislador pela viabilidade da restrição da liberdade do falecido em razão do seu casamento, a mesma restrição deve existir em relação a

quem vivia em união estável, uma vez que ambas as relações se baseiam na afetividade.

No decorrer do trabalho, buscou-se demonstrar que não reconhecer o companheiro como herdeiro necessário seria admitir uma maior proteção estatal conferida ao casamento, o que evidenciaria uma falha de proteção dos direitos por parte do Estado. Defender o tratamento diferenciado dos regimes sucessórios, com base apenas na maior ou menos formalidade para a formação da família, é hierarquizar as entidades familiares e discriminar a união estável, mantendo-se, assim, uma visão já ultrapassada de que há uma preferência do casamento em relação às demais formas de família.

Chegou-se, pois, à conclusão final, no sentido de que a condição de herdeiro necessário, assim como a ordem sucessória, são instrumentos de proteção conferidos ao cônjuge que devem ser aplicados também para o companheiro, tendo em vista que a Constituição Federal prevê a mesma proteção para todas as formas de constituição de família. A Carta Constitucional determina que todas as formas de família merecem igual proteção do Estado, sendo, pois, imperioso que se proteja, no mesmo nível, os membros do casamento e da união estável, conferindo, assim, os mesmos direitos sucessórios para quem é casado e para quem vive em união estável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 mai. 2017.

BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

NAVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do recurso extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, mai./jun., 2017.

DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, jan./fev., 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. **Consultor Jurídico**, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento?imprimir=1>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
ALVES, Jones Figueiredo. Sucessão de convivente e a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 759-784.

LOBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 103-131.

_____. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6, 2007, **Anais...** Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016.

HINORAKA, Giselda. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 737-757.

AZEVEDO, Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KÜCHEMANN, Berlindes Astrid. Envelhecimento populacional, cuidado e cidadania: velhos dilemas e novos desafios. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 27 n. 1, 2012. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/se/v27n1/09.pdf>>. Acesso em 07 de junho de 2018.

TAYLOR, Alice; LAURO, Giovanna; SEGUNDO, Marcio; GREENE, Margaret. **“Ela vai no meu barco”**: casamento na infância e adolescência no Brasil. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US, 2015. Disponível em: < <https://promundo.org.br/wp->

content/uploads/sites/2/2015/07/SheGoesWithMyBoat_PT_Final_15SET.pdf>.
Acesso em: 07 de junho de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito Civil 6: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?. **Migalhas**, maio. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art%20+1790+do>>.
Acesso em: 26 de maio de 2018.

FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Sulina, v. 32, novembro, 2014.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

FILLA, Bianca Camile dos Santos. O pluralismo como categoria para a compreensão das entidades familiares no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 982, 2017. p. 87-104.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LIGIERA, Wilson Ricardo. A incompreendida constitucionalidade da sucessão na união estável no Código Civil brasileiro. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 147-170, jan./mar., 2015.

DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. **Revista nacional de direito de família e sucessões**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 42-63, jan./fev, 2018.

DE MELLO, Felipe Viana. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 22, p. 137-157, jul./ago., 2017.

MACIEL, Jorge Adrovaldo. Direito Sucessório na União Estável e a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002. **Revista Síntese: direito de família**, São Paulo, v. 18, n. 105, p. 144-166, dez./jan, 2018.

QUINTELLA, Felipe. Repensando o Direito Civil brasileiro: a equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro. **Genjurídico**, maio. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>. Acesso em: 28 de maio de 2018.