



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

DIREITO CIVIL

FERNANDA BEATRIZ ALÉCIO DE OLIVEIRA RODRIGUES

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
JUNTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694
E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Salvador
2018

FERNANDA BEATRIZ ALÉCIO DE OLIVEIRA RODRIGUES

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
JUNTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694
E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e
Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau
de Especialista em Direito Civil.

Salvador
2018

FERNANDA BEATRIZ ALÉCIO DE OLIVEIRA RODRIGUES

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
JUNTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694
E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

Dedico o presente trabalho à minha amada mãe e ao meu querido esposo, que tanto me apoiaram e foram fundamentais para que a concretização de mais esse sonho se tornasse possível.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sinônimo do reconhecimento. Reconhecimento por o que nos faz melhores, por quem, mesmo inconscientemente, nos estimula a ser melhor, em todo e qualquer aspecto da vida.

Por isso é que sou e serei eternamente grata à minha mãe, Ana Áurea, que é o meu exemplo de dedicação, o meu porto seguro e a pessoa que mais me incentiva a ser sempre mais do que sou, não me fazendo esquecer o potencial que possuo e que sempre conseguirei subir mais um degrau.

Aquele que igualmente me apoia, me acompanha e é o meu parceiro em todos os aspectos da vida, o meu esposo, Rodrigo Couto, dedido os meus sinceros agradecimentos e o meu amor.

Aos meus irmãos Pedro Henrique e Cisse, que fazem brotar em mim o que há de mais puro e reforçam o sentimento de nunca me sentir sozinha.

Aos amigos Livia e Igor que me acolheram durante esse período com muito carinho e solidariedade.

A Deus, soberano, por me conceder o dom da vida e me fazer crer que para tudo há um propósito que concorre para o nosso bem e amadurecimento.

“Se enxerguei mais longe foi porque me apoiei sobre o ombro de gigantes.” (ISAAC NEWTON)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o julgamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao Recurso Extraordinário nº 878.694-MG e seus reflexos nos institutos da união estável e do casamento, de modo a demonstrar seus impactos nos institutos do casamento e da união estável. Para tanto, são apresentados os conceitos de família, união estável, autonomia da vontade e o Direito das Famílias mínimo, bem como seus princípios correlatos. Fez-se necessário, ainda, analisar o caso que ensejou o mencionado Recurso Extraordinário e os argumentos apresentados pelos ministros julgadores, a favor e contra a (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Confrontando-se os conceitos apresentados e a decisão proferida no julgamento do caso, resta comprovada a sua inconstitucionalidade e os seus possíveis reflexos negativos para os institutos do casamento e da união estável.

Palavras chaves: Família. União Estável. Casamento. Autonomia da vontade. Direito das Famílias mínimo. Recurso Extraordinário. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURA

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	AS MODALIDADES DE FAMÍLIA PARA O DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS.....	13
2.1	O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	13
2.2	O CASAMENTO COMO FORMA INSTITUCIONALIZADA MAIS ANTIGA DE CONSTITUIR FAMÍLIA.....	18
2.2.1	Evolução histórica, conceitos e natureza jurídica	18
2.2.2	Aspectos sucessórios no casamento – regimes de casamento e seus reflexos na sucessão.....	22
2.3	A UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	26
2.3.1	Conceito	26
2.3.2	A sucessão entre os companheiros	28
3	O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO	32
3.1	O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A AUTONOMIA PRIVADA.....	32
3.2	O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO.....	36
3.2.1	Conceito	37
3.2.2	Reflexos no direito brasileiro	41
4	A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUNTO AO RE Nº 878.694 E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL	45
4.1	RESUMO DO CASO QUE ENSEJOU O JULGAMENTO DO RE Nº 878.694 E SEU DESDOBRAMENTO	45
4.2	PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS JULGADORES EM DESFAVOR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO	

	CIVIL.....	49
4.3	A DECISÃO E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL	54
5	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho preocupa-se, primordialmente, com questões que, muito longe de serem apenas inerentes a estudos de conceitos e de um caso concreto específico, são, acima de tudo, discussões sobre temas sociais, de reflexos imensuráveis, haja vista que grande parte da população brasileira é composta por casais, instituídos formalmente ou não.

Dessa forma, o papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.894, do estado de Minas Gerais, foi o de julgar se é inconstitucional ou não o que dispõe o art. 1.790 do Código Civil, que confere tratamento diferente aos aspectos sucessórios da união estável.

O ramo do direito ao qual faz parte a discussão aqui proposta, qual seja o Direito de Família, há muito é objeto de estudo da autora, vez que, após graduar-se e obter o registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil, sempre atuou em casos relacionados a essa matéria. Nesse período, pode notar e perceber na prática, a crucial importância do exercício da autonomia da vontade pelas partes, cidadãos brasileiros que apenas esperam do Judiciário uma resposta para os seus anseios e o atendimento das suas vontades. Muitas vezes, o que se nota é a aplicação fria da lei, sem que seja efetivamente observado o caso concreto e o *animus* das partes que litigam, mesmo se tratando de uma esfera do direito que, por si só, refere-se a sentimentos e emoções mais íntimas do ser humano – como o relacionamento com outra pessoa, com filhos, com parentes, etc.

Evidente, assim, é a importância jurídica e social da temática aqui proposta. Importância jurídica pois está-se propondo a analisar um julgamento de um Recurso Extraordinário de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista os inúmeros reflexos que serão causados, já que se trata da análise da constitucionalidade, ou não, de um dispositivo constante no Código Civil brasileiro, especificamente o art. 1.790, que trata dos aspectos sucessórios para aqueles que

vivem em união estável. Ou seja, havendo alteração ou não no tocante a esse dispositivo, serão observados fortes impactos no ordenamento jurídico.

A importância social, por sua vez, será inconteste, visto que, toda decisão prolatada pelos Órgãos superiores, mormente aquelas às quais fora atribuído o efeito da repercussão geral, acarreta em profundas mudanças na sociedade. Com efeito, a decisão imposta ao Recurso Extraordinário em comento no presente trabalho poderá resultar numa alteração social no que diz respeito à forma com que as pessoas se relacionam, optando por um ou outro instituto disponível no ordenamento brasileiro.

Para o estudo sobre o tema, a autora propôs-se a analisar, junto à doutrina disponível, os conceitos correlatos ao assunto (família, casamento, união estável, autonomia privada, Direito das Famílias mínimo, direito sucessório, dentre outros), bem como fazer um estudo do caso em questão, destacando os principais argumentos explanados pelos ministros julgadores, a favor e contra a conclusão quanto à constitucionalidade, ou não, do art. 1.790 do Código Civil. Feito isto, a fim de se chegar à conclusão pretendida, foram contrapostos os conceitos trazidos e o quanto argumentado no julgamento do caso.

O que se pretende com a presente pesquisa é, assim, demonstrar, com base nos princípios e conceituações acima listados, que, ao considerar inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal incorre no afrontamento a preceitos fundamentais constantes no ordenamento jurídico brasileiro, mormente o que se refere à autonomia privada. Ademais, com tal decisão, o STF acaba por igualar (e não apenas equiparar) os institutos da união estável e do casamento, considerando que entendeu ser aplicável à união estável, no tocante aos seus aspectos sucessórios, o quanto disposto no art. 1.829 do Código Civil, referente ao casamento.

Entende-se, ainda, que, ao entender de tal forma, aplicando-se, inclusive, efeitos de repercussão geral à decisão, o STF pode contribuir para o desaparecimento de um dos institutos (casamento ou união estável), e/ou estimulará aqueles que nela convivem, justamente pelos seus efeitos serem distintos do casamento, a romperem. Ou seja, os efeitos causados poderão ser muito nocivos à sociedade, que sabe que a união estável é uma relação informal, cujos efeitos são diferentes aos do casamento e, justamente por isso, optam por ela.

Ou seja, busca-se demonstrar que o STF, apesar de fundamentar sua decisão, incorreu em afronta aos conceitos apresentados, mormente à autonomia privada e também à própria Constituição, visto que sua conclusão fere frontalmente o quando contido no seu art. 226, §3º, restando inconstitucional, portanto, a conclusão.

Visando a concretização de tais objetivos, a Autora se valerá de pesquisas relacionadas ao tema, mormente ao que se refere à autonomia privada dos indivíduos junto ao ordenamento jurídico brasileiro, além da leitura de livros e artigos confeccionados sobre os temas correlatos.

2 AS MODALIDADES DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS

2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de tecer quaisquer comentários acerca do tema efetivamente aqui proposto, mister se faz a apresentação de alguns conceitos basilares para uma maior compreensão acerca do Direito de Família ou, como prefere chamar alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, *Direito das Famílias*¹, bem como a sua aplicação no tema aqui proposto.

A família pode ser vista como um conjunto de pessoas que residem no mesmo teto, ou até mesmo daquelas que possuem uma ancestralidade em comum, porém, o seu conceito hoje perpassa por critérios mais subjetivos, podendo-se dizer que a família tem como pressuposto o vínculo de afetivo que envolve os seus integrantes.

Deste modo, deixando de existir o afeto, deixará de existir a família na sua concepção moderna e atual.

A organização da sociedade, de certa forma, sempre se deu em torno da estrutura familiar, tendo como ponto de partida o matrimônio, que, até meados do século passado, era visto como regra de conduta instituída pelo Estado. Assim, em uma sociedade conservadora, para merecer reconhecimento e aceitação social, o núcleo familiar se dava de forma hierarquizada e patriarcal.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

A família servia como base para a procriação, expansão dos agentes que pudessem trabalhar, a fim de proporcionar um crescimento a todos, em termos de sobrevivência.

Tal formatação, porém, não conseguiu se manter durante a Revolução Industrial, que exigiu mão de obra de todos os gêneros, fazendo com que as mulheres igualmente saíssem em busca de trabalho e meios de sustento para a família. Esta, por sua vez, se alterou, tornando-se nuclear, adstrita ao casal e seus filhos, tendo por fim, assim, o seu caráter reprodutivo e produtivo.

Passou-se, assim, a se constituir mediante a existência de afeto entre os seus integrantes, através de laços de carinho, amor, deixando de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio.

Nota-se, assim, que a família é a base da sociedade e, ao mesmo tempo, as mudanças ocorridas nessa última interferem diretamente na sua configuração, sendo sempre alvo de alterações constantes.

A doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka aduz que a a família é entidade “ancestral, como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”².

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes. (2017, p. 35)

Funda-se, assim, uma família pós- moderna, assentada na liberdade do indivíduo (e não na obrigatoriedade antes existente em consuir matrimônio), afeto, ética, solidariedade recíproca entre os seus componentes e na preservação da dignidade deles.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. 7ª ed. São Paulo. Atlas, 2006.

É inégavel que, para se compreender o conceito de família, imprescindível se faz analisar e entender os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo, que, obviamente, se refletem na evolução legislativa acerca do tema.

Logo, ultrapassando-se observações históricas e antropológicas referentes à família antiga na pré-história, tomar-se-á como ponto de partida da análise legislativa do tema o Código Civil Brasileiro do ano de 1916.

Sob a influência da Revolução Francesa, a família naquela codificação era tida como patriarcal, necessariamente matrimonializada, na qual a dissolução não era admitida, fazendo clara distinção entre o homem e a mulher (única forma de união admitida), trazendo ainda qualificações discriminatórias às pessoas que se uniam através de forma diversa do casamento e aos filhos oriundos dessas relações.

Numa visão meramente patriarcal, a família era vista como unidade de produção, com o claro intuito de constituição de patrimônio, daí a impossibilidade de desfazimento do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade³.

Como dito, porém, as alterações sofridas pela sociedade se refletiram na legislação, de modo que, adveio, em 1962, a Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, que, apesar de extremamente machista e conservador, foi um avanço no sentido de devolver à mulher casada a sua plena capacidade e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

Do mesmo modo, importante alteração fora trazida pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, possibilitando a dissolução do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Um dos grandes avanços ocorreu, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe profundas mudanças nos paradigmas dos conceitos relacionados à família, e também em inúmeras outras searas do Direito brasileiro.

Com efeito, a nova Carta Magna inaugurou uma visão principiológica da família,

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 9ª ed. Salvador. *JusPODIVM*, 2017.

abolindo diversas posturas preconceituosas e conservadoras dantes existentes, apresentando diretrizes como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º), a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), de modo que o Direito relacionado às famílias passou a encará-las de forma igualitária, democrática e plural (não mais permitida somente através do casamento), restando devidamente assegurados quaisquer modelos de relação afetiva.

Nas palavras da multicitada Maria Berenice Dias a Constituição Federal de 1988:

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Deste modo, o Código Civil do ano de 2002, que viria tempos depois da Carta Magna, acabou por pouco inaugurar, já nascendo, de certa forma, defasado, haja vista o grande lapso temporal para a sua elaboração e promulgação, tendo como grande mérito a ser destacado a supressão de determinadas expressões e conceitos que causavam grande repulsa, haja vista o caráter já aqui mencionado patriarcal, preconceituoso e de tratamento distinto entre os membros da família constantes na Codificação anterior.

Em termos processuais, o Novo Código de Processo Civil (2015), por sua vez, trouxe um capítulo dedicado somente às ações de família, (arts. 693 a 699) e, ainda, inovou quando impôs que as partes ao se qualificarem informem se vivem em união estável, o que é de suma importância para o avanço no que concerne a esta modalidade de relacionamento, diretriz do presente trabalho.

Nota-se, portanto, um grande avanço, no decorrer dos anos, na concepção dada à família, que passou a ser vista não mais como um núcleo produtivo (entidade de produção), patriarcal, evoluindo-se para uma compreensão socioafetiva (unidade de afeto e entreajuda), surgindo, assim, novos “ arranjos familiares”, deixando o casamento de ser premissa necessária à sua constituição.

Nesse novo contexto importa ressaltar o caráter democrático da família contemporânea, na qual seus membros dialogam, desejando-se a confiança recíproca, em lugar daquela estrutura patriarcal e inflexível de outrora.

Assim, a proteção da família deve ser atrelada, necessariamente e precipuamente, à tutela da pessoa humana, seus desejos, vontades e sua dignidade como agente responsável por suas próprias escolhas, inclusive da forma que deseja constituir a sua própria família, atualmente tão multifacetada e plural.

Ou seja, fica constitucionalmente assegurado, através de uma visão principiológica, a felicidade do cidadão como finalidade principal na constituição da família, tendo aquele como seu destinatário mediato e imediato, merecedor de tutela especial, assegurando-se a sua dignidade, igualdade, sob a perspectiva da solidariedade social.

Assim é que fica totalmente rechaçada a ideia da defesa da “família pela família” em detrimento da tutela da própria pessoa humana, sendo absolutamente inconstitucional e inadmissível qualquer forma de violação à dignidade do homem, nas suas mais variadas versões e possibilidades, sob o pretexto de garantir proteção à família.

Até porque aquela é consequência de uma união de indivíduos, sendo estes o seu ponto de partida e o seu fim, sendo ilógico afrontar os seus componentes sob o argumento de que se estaria preservando o “grupo”, o instituto familiar, sendo que este não subsiste sem a felicidade e satisfação daqueles.

Assim leciona Gustavo Tepedino, quando afirma que a preocupação central do ordenamento é:

“(…) a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.” (1999, p. 326)

A busca da felicidade pessoal e solidária de cada um dos membros da família convencionou-se chamar de “família eudemonista”, tratando-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das

Famílias da *instituição* para a proteção especial da *pessoa humana* e de sua realização existencial dentro da sociedade⁴.

Assim, a família passa a ser vista como o local adequado em que o ser humano nasce inserido, merecendo especial proteção do Estado, para que possa desenvolver a busca da felicidade e realização pessoal.

Tem-se, assim, claras distinções entre a família no contexto do Código Civil de 1916 e nos tempos atuais, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002: aquela partia do pressuposto de que “família” necessariamente havia de ser matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, biológica, unidade produtiva, de caráter institucional; hodiernamente, passa-se ao conceito instrumentalizado de família plural, democrática, igualitária, biológica ou socioafetiva e unidade formada pelo afeto.

Conclui-se, assim, que a família em sua visão moderna cumpre um papel funcionalizado, devendo ser palco, efetivamente, para a promoção da dignidade e da realização pessoal de seus membros, integrando sentimentos, valores, vontades respeitadas, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Luiz Edson Fachin, neste sentido, sensivelmente aduz que a família há de ser “*mais que fotos nas paredes, quadros de sentido*”, deve, sim, ser “*possibilidades de convivência*”⁵.

Conclui-se, de todo o exposto, portanto, que a função social da família moderna é a felicidade e realização dos seus membros, vistos isoladamente (através da projeção de seus anseios) e em conjunto (objetivos em comum, em prol do núcleo formado).

2.2 O CASAMENTO COMO FORMA INSTITUCIONALIZADA MAIS ANTIGA DE CONSTITUIR FAMÍLIA

2.2.1 Evolução histórica, conceitos e natureza jurídica

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, op. cit., p. 42.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

O casamento tem sua origem basicamente fundada pela religião católica, que foi a pioneira no que tange à formalização da união, de modo que, até o ano de 1889 (advento da República), somente existia o casamento na modalidade religiosa. Ou seja, quem não fosse católico não teria acesso ao casamento, vivendo à margem da sociedade no tocante ao reconhecimento de sua relação amorosa.

O casamento civil veio a surgir no ano de 1891, mas tendo o seu cunho religioso e sagrado devidamente mantido pelo direito que, embora se entitule laico, todas as Constituições Federais do Brasil abarcaram o conceito de família como resultado de um casamento (matrimônio) consagrado e indissolúvel.

O Código Civil de 1916, continuando nessa mesma linha, admitia a constituição de família também somente através do casamento, que era considerado um sacramento, indissolúvel absolutamente, tanto que, acaso a união se desfizesse, tal situação era chamada “desquite” e não anulava/desfazia o vínculo matrimonial, de modo que não era possível contrair novo vínculo.

Em seguida, embora tenha sido admitido o divórcio, através da Lei. n. 6.515 de 1977, a visão religiosa e matrimonializada permaneceu. Mesmo com a distinção que passou a existir entre a separação (antigo desquite) e o divórcio, diversos prazos eram exigidos antes de efetivamente se dissolver o vínculo, existia a necessidade de se apontar um culpado para o desfazimento daquela união, estipulando-se “penalidades” para quem era assim considerado, tudo isso a fim de manter, “a qualquer custo”, o insituto da família. Tais características denotam o caráter ainda conservador da referida lei, embora possa ser considerada um avanço em relação aos tempos que a antecederam.

Nova realidade foi implantada, porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, como dito no tópico anterior, inaugurou uma visão mais humanizada e sensível acerca de diversos temas, dentre eles, a família e também o casamento.

A família passou a ser vista amplamente, com diversas possibilidades de configuração, não apenas tendo como pressuposto fundamental o casamento, mas também admitindo-se relações monoparentais de união (um dos pais com seus filhos) e também a chamada união estável. Deste modo, o casamento deixou de ser a única forma de constituir família.

Assim, a Constituição Federal de 1988 declara que a família tem especial proteção do Estado, mas não conjuga a ideia de família com a de casamento⁶.

O Código Civil de 2002, embora posterior à Constituição Federal, que inaugurou o viés mencionado anteriormente acerca do casamento, não o acompanhou, limitando-se apenas a estipular a possibilidade de convivência através da União Estável, recepcionando a legislação que a regulamenta, deixando, porém, de, por exemplo, mencionar a possibilidade das supracitadas famílias monoparentais, deixando clara, assim, o seu posicionamento quanto à supremacia do casamento ainda como formador de família.

Conceitualmente, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁷ entendem que “*o casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e matrimonial*”.

Um dos pontos controvertidos acerca do casamento diz respeito à sua natureza jurídica, ou seja, à compreensão do que é matrimônio para o direito brasileiro.

Diferentemente de alguns ordenamentos jurídicos que definiram em lei sua natureza jurídica, o Direito Brasileiro deixou esta tarefa à cargo da doutrina, que, por sua vez, dividiu em três os posicionamentos acerca do conceito de casamento. Alguns o entendem como um contrato, outros como instituição e há quem o defina, ainda, como um ato complexo, de caráter híbrido, misto ou eclético.

Para os adeptos da teoria contratualista, o casamento é um negócio jurídico que depende da livre manifestação de vontade das partes para sua realização, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens, assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Nesse sentido entende Caio Mário da Silva Pereira⁸:

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 7-9.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, op. cit., p. 176.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direito de Família, 11 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001, v. 01, p. 36.

O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um contrato especial dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas.

Da mesma forma leciona Camilo Colani Barbosa⁹:

Em outras palavras, o casamento, devido à liberdade conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje características que o aproximam mais de negócio jurídico, do que de instituição.

Sobre essa vertente destacada ao final do mencionado posicionamento (casamento enquanto instituição), esta entende que o casamento é regido por normas de ordem pública, que define de forma pormenorizada seus efeitos jurídicos, impondo deveres e estabelecendo os direitos dos cônjuges, não podendo ser mitigados pela livre vontade das partes.

Ademais, não se poderia reduzir à condição de um contrato pois o casamento não regula apenas efeitos patrimoniais, mas, também, acarreta efeitos pessoais que não são objetos de um contrato. Para os defensores desta corrente, a exemplo da professora Maria Helena Diniz¹⁰, o casamento seria, portanto, um conjunto de normas institucionalizado.

Diante do impasse, surge uma terceira corrente que concebe o casamento como um ato complexo de natureza mista, pois reconhece no mesmo a coexistência de características contratuais com as institucionais. Para esta terceira corrente, a autonomia da vontade das partes se resume apenas à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar. Por outro lado, efeitos pessoais como alteração do estado civil, surgimento dos vínculos de parentesco, alteração do nome, deveres de fidelidade e coabitação, entre outros, tiram do casamento sua essência contratualista, já que efeitos pessoais não podem ser

⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Direito de Família – Manual de Direitos do Casamento. São Paulo. Suprema Cultura, p.19.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. 22 ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 39.

regulados por contrato.

Essa terceira corrente, assim, sustenta que o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso, existência e efeitos é uma instituição, de modo que toma uma feição mista, híbrida e eclética que mescla, de forma mais ponderada, as duas correntes anteriores.

O que nos afigura, diante dessas correntes, em verdade, é que se torna despicienda quaisquer discussões acerca da natureza jurídica do matrimônio, eis que com a possibilidade de dissolução consensual do mesmo em cartório, confirma que a sua formação e extinção dependem, fundamentalmente, da vontade das partes, o que é sinal indicativo indubitável da sua natureza contratual/negocial.

Assim, acaso se tenha que optar por uma das correntes, no presente trabalho entende-se que a corrente contratualista se afigura a mais indicada, sendo o casamento uma modalidade especial de contrato qualificada pelo Direito de Família.

Fato é que existe um elemento fundamental na constituição do casamento, traço comum a todos que se dispõem a contrai-lo, qual seja a realização dos desejos e alcance da felicidade dos cônjuges e também dos filhos advindos da relação, sejam biológicos ou não.

Como já explicitado no tópico referente à conceituação de “família” e suas nuances, o casamento atualmente não é visto como um fim em si mesmo, mas sim o instrumento através do qual se poderá alcançar a felicidade de todos os seus membros (casal – hetero ou homossexual, e filhos), figurando-se, assim, a verdadeira função social da família.

2.2.2 Aspectos sucessórios no casamento – regimes de casamento e seus reflexos na sucessão

Uma vez delimitado o conceito aqui utilizado para o casamento, ou pelo menos devidamente apresentadas as correntes existentes para este tocante, com vistas a uma maior sedimentação do tema, passamos a apresentar os aspectos sucessórios do casamento, em relação aos regimes de comunhão de bens, segundo o Direito Brasileiro, senão vejamos.

Como dito, a abordagem aqui proposta nesse tópico se limitará à conceituação dos regimes de comunhão de bens existentes no casamento e suas respectivas feições sucessórias.

Então, vejamos.

Antes da celebração do casamento, os noivos têm a possibilidade de escolher o regime de bens a ser adotado, que determinará se haverá, ou não, a comunicação (compartilhamento) do patrimônio de ambos durante a vigência do matrimônio. O regime escolhido, além disso, servirá para administrar a partilha de bens quando da dissolução do vínculo conjugal, seja pela morte de um dos cônjuges, seja pela separação do casal.

Deste modo, possibilita o ordenamento jurídico brasileiro a livre escolha, pelos nubentes, do regime de bens a ser adotado, conforme preceitua o art. 1.639 do Código Civil, ressalvando-se as disposições legais obrigatórias da adoção do regime de separação obrigatória de bens, previstas no art. 1.641 e seguintes do mesmo texto legal.

Assim é que a legislação substantiva civil brasileira prevê quatro possibilidades de regime matrimonial, quais sejam: comunhão universal de bens (art. 1.667), comunhão parcial (art. 1.658), separação voluntária de bens (art. 1.687), separação obrigatória de bens (art. 1.641) e o da participação final nos aquestos (art. 1.672). Importa ressaltar, porém, que existe ainda a possibilidade dos nubentes gerarem o seu próprio regime, bastando que seja feito um pacto antenupcial, devidamente registrado no Cartório de Registro de Notas (Tabelionato) competente e obedecendo-se as formalidades exigidas em lei.

Passemos, porém, a um breve apanhando dos regimes trazidos expressamente pela legislação.

O regime da **comunhão universal** de bens resulta na unicidade do patrimônio do casal, ou seja, uma junção do patrimônio anterior dos cônjuges e, também, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título gratuito ou oneroso no curso do casamento, incluindo-se também as obrigações, ressalvadas algumas exceções (trazidas pelo art. 1688, seguinte ao que disciplina este regime).

Assim, cada consorte é titular da propriedade e posse da metade ideal de

todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Ada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento¹¹.

Importa ressaltar que, para a validade deste regime, é fundamental que seja feito um pacto antenupcial, devidamente formalizado.

Quanto ao regime da **comunhão parcial**, este vigora quando não houve celebração de pacto antenupcial e é o regime legal, aquele que geralmente prevalece (trazido pelos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil). Os bens adquiridos por cada um não se fundem, e a comunicação é do patrimônio incorporado na constância do casamento.

É um regime de separação quanto ao passado (pois os bens adquiridos anteriormente ao casamento, isoladamente por cada cônjuge, não fazem parte do patrimônio comum) e comunhão quanto ao futuro (tudo adquirido na constância do casamento é propriedade de ambos).

O regime da **separação voluntária (ou convencional) de bens**, por sua vez, estipula que o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um, livremente, alienar e gravar de ônus real os seus bens.

Os dispositivos que tratam deste regime são apenas dois, quais sejam os arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil, que determinam verdadeira incomunicabilidade dos bens do casal, resultando, assim, em outras palavras, em uma ausência de regime, vez que o que existem são acervos totalmente distintos e que não se comunicam enquanto resultado do casamento.

O penúltimo regime aqui elencado, o da **separação obrigatória de bens (ou separação legal de bens)**, é motivo para discussões acirradas na doutrina brasileira, mormente no que se refere à imposição colocada para os idosos acima de 70 (setenta) anos que pretendem se casar.

Essa modalidade é trazida pelo art. 1.641 do Código Civil e, nada mais é do que a obrigação necessária imposta aos nubentes de se aplicar o regime da separação obrigatória de bens para os casos trazidos pelos incisos do mencionado artigo. Para

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família, 14. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 193.

alguns, como Maria Berenice Dias¹², impor aos maiores de 70 (setenta) anos a separação obrigatória de bens, sem que lhes seja facultado qualquer outra possibilidade, “trata-se de presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental” e, acrescenta ainda, que “de forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal”.

Cumpra mencionar, por fim, o **regime da participação final nos aquestos**, que é, ao nosso ver, uma espécie de regime híbrido, com características do regime da comunhão parcial e o da separação total de bens, embora possua regramento autônomo.

Com efeito, da simples leitura do dispositivo que o traz na Legislação Civil, pode-se depreender o seu caráter misto entre os dois mencionados regimes acima, valendo aqui transcrever:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Ou seja, é como se, na constância do casamento, vigorasse a separação de bens e, na sua dissolução, a comunhão parcial.

Importante ressaltar, por fim, que, antes da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), caso não houvesse manifestação de vontade contrária, o regime legal de bens que vigorava era o da comunhão universal, mas, a partir da sua vigência, o regime precípua passou a ser o da comunhão parcial, inclusive nos casos em que, como se verá adiante, for reconhecida a união estável.

Uma vez traçados os tipos de regime trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, importa mencionar os seus reflexos quanto aos seus aspectos sucessórios.

¹² Ob. Cit., p. 325.

Com efeito, a escolha feita pelo casal também exerce influência no momento da transmissão da herança, que somente ocorre com a morte de um dos cônjuges e está disciplinada pelos arts. 1.784 a 1.856 do Código Civil.

De acordo com o entendimento do ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “existe, no plano sucessório, influência inegável do regime de bens no casamento, não se podendo afirmar que são absolutamente independentes e sem relacionamento, no tocante às causas e aos efeitos, esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das sucessões”.

O Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, trouxe importante inovação ao elevar o cônjuge ao patamar de concorrente da herança da pessoa falecida, juntamente com os ascendentes e descendentes da mesma, de modo que passou a reconhecer a importância daqueles que, embora não possuam grau de parentesco, pode-se dizer que são o eixo principal na formação da família.

Isso se deu com o fato de que o art. 1.829, inciso I, do atual código, dispõe que a sucessão legítima é concedida aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente - exceto se casado em regime de comunhão universal, em separação obrigatória de bens ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não tiver deixado bens particulares.

O inciso II do mesmo artigo, ainda, determina que, na falta de descendentes, a herança deve ser concedida aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens adotado no casamento.

2.3 A UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

2.3.1 Conceito

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha relutado por muito tempo em reconhecer e até aceitar a existência de relações que não sejam revestidas pelas características do casamento (já citadas nos tópicos anteriores deste capítulo), fato é que elas sempre existiram e existirão.

Deste modo, o Código Civil de 1916 excluiu (e até punia) as relações existentes

fora dos moldes do matrimônio instituído, mas, como dito, nem por isso elas deixaram de acontecer - tais relações eram denominadas de “concubinato”, que, oriunda do latim, significava “dividir o leite” e, do ponto de vista popular da época, representava a situação de uma mulher “tida e mantida” (“teúda e manteúda”) por um homem, do qual era amante.

Nos últimos anos, porém, especificamente nos anos 90, a forma que tais relações passaram a ser encaradas mudou, de modo que a “concubina” passou a ser vista de forma mais digna, não mais como uma amante que vivia uma história clandestina, mas como uma mulher que, como tantas outras, queria apenas constituir uma família.

Assim é que o ordenamento jurídico pátrio passou a denominar as relações existentes fora dos moldes do casamento, porém encabeçadas por pessoas livres e desempedidas, de “companheirismo” ou “união estável”, ao passo em que o “concubinato” restringe-se atualmente unicamente à união estabelecida por pessoas impedidas de casar (art. 1.727, CC).

A chamada união estável, vez que é configurada como uma convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família¹³, elevou-se inclusive a patamar constitucional, vez que o art. 226, em seu parágrafo terceiro, firmou este tipo de relação como forma de constituir família.

Embora a lei não defina a união estável, limitando-se apenas a elencar suas características (art. 1.723, CC), alguns elementos caracterizadores, porém, são imprescindíveis para configurar uma relação nos moldes da união estável, quais sejam: publicidade (convivência pública), continuidade (convivência contínua), estabilidade (convivência duradoura) e objetivo de constituição de família.

Com relação à publicidade, segundo Maria Helena Diniz¹⁴, o que a lei exige é notoriedade, de modo que a publicidade da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 1ª ed. Saraiva, 2017, p. 1.284.

¹⁴ Ob. Cit., p. 245

de “como se casados fossem”.

Embora atualmente não se exija tempo mínimo para a configuração da união estável (em tempos passados havia a menção ao lapso temporal de 05 – cinco – anos), a relação não deve ser efêmera ou eventual, ou seja, há que ser observada uma continuidade ou, ao menos, uma intenção neste sentido.

Quanto à estabilidade (de onde, inclusive, advém a expressão “estável” na “união estável”), significa que deve ser uma convivência duradoura entre os sujeitos da relação.

Por último, mas não menos importante, pelo contrário, o objetivo em constituir família é requisito básico e indispensável para a configuração da relação, uma vez que tal preceito é o que diferencia a união estável de um simples namoro, por exemplo, e o que a distingue dos outros tipos de relações, sendo, inclusive, a sua essência, dissociando-se, assim, de um vínculo meramente obrigacional.

Na configuração de uma relação enquanto união estável, há que se observar, porém, todos esses requisitos, analisados de forma conjunta, havendo também alguns outros, porém acidentais, não havendo o que se falar em análise isolada de nenhum desses elementos, mas sim o *animus* dos indivíduos que a compõem, que resolvem se inserir num relacionamento como se casados fossem, mas optam por algo diverso, muitas vezes justamente porque não querem se submeter às formalidades exigidas pelo matrimônio institucionalizado e suas consequências.

Afinal, não optaram por contrair matrimônio de forma deliberada, uma vez que, se assim desejassem, uma vez desimpedidos, assim teriam se estabelecido. Importa ressaltar que não se está aqui tratando de relações em que uma das partes busca “enganar” a outra, deixando de contrair matrimônio, para, ao invés disso, viver em união estável eterna, buscando “fugir” do casamento.

Está-se aqui partindo do pressuposto das relações de união estável devidamente constituídas, em atendimento à vontade dos indivíduos que dela participam.

Em consonância com o quanto aqui destacado, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹⁵, pontuam:

¹⁵ Ob. Cit., p. 472

(...) cuida-se, em verdade, de um *casamento* de fato, efetivando a ligação entre um homem e uma mulher, fora do casamento, merecedor de especial proteção do Estado, uma vez que se trata de fenômeno social natural, decorrente da própria liberdade de autodeterminação de uma pessoa livre que opta por viver uma união livre.

2.3.2 A sucessão entre os companheiros

Neste tópico serão trazidas considerações acerca da sucessão entre os companheiros até meados do ano de 2017, visto que, como se verá adiante, o tratamento dispensado à união estável neste tocante se alterou a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 878.694.

Há que serem traçadas aqui, porém, as considerações acerca de como eram tratadas as questões sucessórias entre os companheiros a fim de que seja, em momento posterior deste trabalho, feito o devido contraponto com a situação atual.

Feitas essas considerações iniciais fundamentais, passa-se à análise dos aspectos sucessórios entre os companheiros até o julgamento do mencionado Recurso.

Com o Código Civil de 2002 houve uma sensível mudança no que concerne à sucessão entre os companheiros, tendo sido alterada sobremaneira a forma de tratamento antes impressa pelas Leis nº 8.971/94 (que regulamentava especificamente sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão) e a 9.278/96 (a chamada Lei da União Estável, que trazia os elementos caracterizadores à configuração deste tipo de união, trazendo também aspectos sucessórios, a exemplo do quanto disposto em seu artigo 7º, parágrafo único, que trata do direito real de habitação do companheiro sobrevivente em caso de morte do outro).

Assim é que a lei substantiva civil trouxe, em seu art. 1.790¹⁶, regra específica,

¹⁶ 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;

própria, para o direito à herança do companheiro, distinguindo das regras aplicáveis ao cônjuge.

Nota-se, portanto, da leitura do artigo, que, ao contrário do que é atribuído ao cônjuge, já trazido no presente capítulo em momento anterior, fica o direito sucessório do companheiro restrito a uma cota igual à que for atribuída ao descendente do falecido, se estiver concorrendo com filhos comuns, ou à metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da herança. Por fim, terá direito a apenas um terço dos bens deixados (sempre adquiridos a título oneroso), se estiver concorrendo com outros parentes sucessíveis, ou seja, colaterais até o quarto grau. O companheiro somente teria direito a herdar a totalidade da herança caso o falecido não tenha deixado nenhum outro parente sucessível.

Severas críticas sempre foram direcionadas a esse dispositivo, haja vista o seu caráter discriminatório do companheiro em relação ao cônjuge, sendo que, para muitos, ambas as formas de relação visam a constituição da família, então não haveria o que se falar, muito menos de forma codificada, em distinção entre as formas de sucessão para uma e outra.

Os que coadunam com a tese de que a forma imposta à sucessão entre os companheiros argumentam que se trata de um retrocesso às legislações anteriores, citadas acima, visto que o Código Civil de 2002 limita o direito de herança do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, exatamente sobre a parcela do patrimônio sobre a qual já incidiria o direito à meação (por força do artigo 1.725 do mesmo *Codex*).

Nesse sentido de que o art. 1.790 é flagrantemente inconstitucional (antecipando-se ao que já estaria por vir, como se verá adiante), argumentam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹⁷:

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.

¹⁷ Ob. Cit. p. 517

Por tudo isso, resta como imperativa a tarefa de propagar a *inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil*, defendendo uma valorização da relação afetiva, conforme a especial proteção do Estado conferida à família, pelo art. 226 da Carta Maior. Como lucidamente percebe Belmiro Pedro Welter¹⁸, o Texto Constitucional de 1988 representa um *pacto social* em que estão inseridos direitos e deveres recíprocos entre o Estado e o indivíduo. (...) Dessa forma, no Estado Democrático de Direito vige o princípio da proibição do retrocesso social”, motivo pelo qual “o Poder Judiciário não tem o direito de agasalhar a desigualdade sucessória entre os cônjuges e os companheiros, devendo julgar inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil de 2002, já que tem a função de aplicar o princípio da justiça, acimentado no art. 3º, inciso I, da Constituição Cidadã de 1988”.

O art. 1.790 trazido pelo Código Civil de 2002 de fato imprime situação extremamente desvantajosa para o companheiro, de forma desigual à conferida aos cônjuges, até por que se tratam de situações distintas e, como tais, merecem tratamentos também diferentes.

O presente trabalho coaduna com o quanto adotado por diversos doutrinadores e juristas, aqui exemplificado pelos mencionados acima, porém, em parte, conforme se verá devidamente concluído fundamentado e concluído nos tópicos seguintes.

¹⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da União Estável. 2ª ed. Porto Alegre. Síntese, 2003, p. 220.

3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO

3.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A AUTONOMIA PRIVADA

Tratar-se-á no presente tópico de conceitos de suma importância para o entendimento da conclusão à qual se chegará através do presente trabalho, sendo imprescindível a sua apresentação da forma aqui disposta.

Assim é que pode-se primeiramente afirmar que o princípio sobre o qual tratará o presente capítulo é corriqueiramente aplicado aos contratos e obrigações, de modo que, *a priori*, se poderia estranhar sua aplicabilidade no tema ora proposto.

Ocorre que se entende aqui que as relações humanas também perpassam por tal princípio, inclusive precipuamente, afinal sem vontade não há qualquer tipo de relação e há que se ter autonomia quanto à sua expressão, seja na forma, seja nos reflexos que ocasionarão.

Tal assertiva pode também ser considerada como um viés do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Carta Magna), no momento em que se tem como premissa fundamental para o estabelecimento das relações o respeito à vontade própria dos indivíduos e respectiva autonomia no que concerne à possibilidade de escolha sobre a forma que pretende se ligar a outra pessoa.

Tem-se, portanto, que a liberdade corresponde ao princípio da autonomia privada, a ordem ao princípio da boa-fé, a justiça ao princípio da justiça contratual e, à dignidade do homem correspondem todos eles e os princípios da dignidade humana e da função social do contrato.

Ademais, pode-se inclusive argumentar que as relações matrimoniais e também

as de união estável, objeto maior de estudo no momento, se figuram como contratos (tácitos ou não, admitindo-se, inclusive, como já visto, a possibilidade de lavratura de pactos antenupciais – no caso do matrimônio, e de escrituras em cartório – para as uniões estáveis, acaso seja do desejo dos participantes da relação) e, por isso, devem sim atender ao princípio ora elencado.

Autonomia da vontade, assim, é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, mormente após a propagação das ideias iluministas. Marcada por uma ideologia individualista, na qual o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

A ideologia desse momento histórico era a da intervenção mínima do Estado na esfera do particular. O homem tinha plena liberdade para realizar negócios jurídicos, sendo livre para fixar o conteúdo desses negócios e escolher com quem iria contratar, ou seja, havia plena liberdade contratual.

Eurico Pina Cabral¹⁹ afirma que a autonomia da vontade é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz de produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. Para esse autor, a autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de auto-regular-se nos limites do ordenamento jurídico”.

Sobre o assunto leciona também Antônio Amaral²⁰ ao conceituar a autonomia da vontade como “o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.

Ocorre que, os movimentos sociais ocorridos logo após o início do século XX, e também depois da Primeira Guerra Mundial, mudaria o contexto da liberdade contratual, não a abolindo, de modo que, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redefiniriam a geopolítica do mundo, o individualismo liberal cederia lugar para o intervencionismo do Estado, que passaria a intervir cada vez mais na

¹⁹ CABRAL, Eurico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. a.5, n. 19, jul./set., 2004, p. 87.

²⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998.

atividade econômica.

Tais mudanças logo se refletiram nas legislações, vindo a ocorrer o chamado “dirigismo contratual” (normas de ordem pública), passando as leis civis a deixarem de ser, paulatinamente, meramente abstencionistas, passando a intervir fortemente na seara das relações negociais.

Deste modo, a autonomia da vontade deixou de ser efetivamente o centro das relações negociais travadas, passando a ser pano de fundo, base da noção de contrato, porém limitada e condicionada por normas de ordem pública em benefício do chamado “bem-estar comum”.

Assim é que, embora não possa ser interpretada de modo absoluto, aliás, como nada no mundo jurídico, nem na vida, a autonomia da vontade, na forma da liberdade contratual, foi realmente contemplada ao patamar de princípio, existindo três modalidades distintas da sua expressão.

A liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; a intangibilidade do pactuado – o “pacta sunt servanda” exprime a ideia de obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres e a relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Ou seja, em outras palavras, essas três vertentes se dão, resumidamente em: a própria liberdade de contratar, a liberdade de com quem contratar e a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar²¹.

Afirma-se aqui, ante o exposto, que, embora se tenha mudado o paradigma sobre o qual se funda a autonomia da vontade, deixando de ser estritamente a vontade do indivíduo visto de forma isolada que deve prevalecer, passando-se a consdierar o “bem-estar comum”, fato é que aquela continua existindo, devendo ser observada em todas as relações travadas, como dito no início do presente capítulo.

²¹ Ob. Cit. p. 400.

Ou seja, a intervenção estatal existe, foi positivada, porém, a vontade das partes há que ser devidamente observada, mormente ao que se refere às três vertentes já citadas (à liberdade de contratar, com quem contratar e de que forma contratar – ou seja, de se relacionar), não deixando de ser observado também o interesse da coletividade, que, importa ressaltar, possui diversas vertentes e formas de expressão.

Houve, porém, uma mudança de conceitos no que concerne à autonomia do querer (da vontade), passando-se, atualmente, a ser encarada como “autonomia privada”, cujas distinções merecem ser esclarecidas.

As expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimas, ao contrário, cada uma delas possui o seu significado. A diferença entre uma e outra é de suma importância e implica em consequências práticas importantes, já que modifica a noção de negócio jurídico.

Roxana Borges²² defende que é necessário ficar atento à transição da autonomia privada para a autonomia da vontade, sendo que a segunda “se vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana”.

Assim é que a autonomia da vontade pode ser conceituada como o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Já autonomia privada pode ser vista como o poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas.

Na esfera contratual, César Fiuza²³ destaca:

(...) a contratualidade teria evoluído da autonomia da vontade para a autonomia privada, tendo em vista que o contrato deixou de ser o acordo livre de vontade entre as partes, sendo possível contratar qualquer coisa que seja do desejo e da necessidade humana, para representar um valor de utilidade social, passando a ser a combinação de três elementos: ordem, justiça e liberdade.

²² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2007, p. 51.

²³ FIUZA, César., SÁ, Maria de Fátima Freide de. E NAVES, Bruno Torquato de Olivera. Direito Civil. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte/MG: Editora DelRey. 2007, p. 57.

Para ele, a liberdade corresponde ao princípio da autonomia privada. A ordem ao princípio da boa-fé, a justiça ao princípio da justiça contratual e, à dignidade do homem correspondem todos eles e os princípios da dignidade humana e da função social do contrato.

Nesse contexto, então, pode-se notar que a autonomia da vontade cedeu lugar à autonomia privada, deixando de ser a vontade estritamente suprema das partes, isoladamente considerada, para ser a vontade do indivíduo condicionada aos dispositivos legais vigentes.

Importa ressaltar, destarte, que no Brasil a autonomia da vontade, portanto, estava presente no Código Civil de 1916 e em todas as Constituições anteriores à Constituição Federal de 1988; já a autonomia privada está presente no Código Civil de 2002 e na Carta Magna de 1988.

Deste modo, a autonomia não é mais um fim em si mesma, como era a autonomida da vontade, segundo o entendimento de alguns. A autonomia privada, portanto, é um instrumento que tem como finalidade a promoção de interesses que sejam úteis para a sociedade em geral, consolidando os fundamentos estabelecidos no preâmbulo da Constituição.

A autonomia privada, porém, vai mais além, de modo que ultrapassa os moldes estabelecidos pelas legislações citadas, tendo como premissa fundamental e básica, ainda e sempre, a liberdade do indivíduo e sua autonomia, como o nome já diz, em escolher a forma que vai se relacionar com a sociedade (desde que, claro, obedeça os ditames estabelecidos em lei, mas que os caminhos dispostos possam ser devidamente escolhidos pelo indivíduo).

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias denominam tal situação não como uma mera autonomia privada, mas sim essencialmente a *autonomia existencial*, que se afirma como o exercício de liberdade e instrumento de concretizaçãodo princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a autonomia privada não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica, por exemplo, sendo localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas da personalidade, concretizando os seus projetos espirituais.

3.2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS MÍNIMO

3.2.1 Conceito

A delimitação do direito à vida íntima, privada é tema de bastante dificuldade para conceituação, já que existem diferenças culturais, regionais, tradições e costumes entre as diferentes sociedades – o que para alguns pode ser considerado ofensivo, para outros pode não ser, e vice-versa.

Não é difícil notar, e nesse tocante não costuma haver divergências, que a família é o refúgio primário de todo indivíduo, seja pela ligação biológica, intrínseca ao ser, ou pela afetividade construída, merecendo, portanto, proteção devida.

Não há o que se falar em publicizar aquilo que é de foro absolutamente íntimo e que tem, na sua origem, o desejo da vivência em privacidade.

Deste modo, não restam dúvidas de que um dos campos mais férteis para se vislumbrar a necessidade de proteção da privacidade diz respeito às relações familiares – uma vez que é no seio da família que a pessoa humana desenvolve a sua personalidade e os seus atributos personalíssimos, ampliando a necessidade de efetiva proteção contra a ingerência indevida de terceiros.

Cumprido ressaltar, destarte, que o Direito das Famílias enquadra-se, como já dito em momento anterior, fundamentalmente no âmbito do direito privado, uma vez que, ao nosso ver, trata-se da forma mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas no âmbito da ciência jurídica.

Deste modo, certo é que a relação familiar diz respeito a interesses particulares e está incluída na estrutura do Direito Civil porque o interesse fundamentalmente presente diz respeito, basicamente, à pessoa humana. Justamente por isso é que as relações familiares possuem um caráter essencialmente privado, voltando-se para a proteção do ser, do indivíduo, e suas multifacetadas expressões morais e também materiais.

Repelindo-se a tentativa de alguns juristas em enquadrar o Direito das Famílias no âmbito público, certo é que, embora pertencente indubitavelmente ao ramo do direito civilista, e, portanto, privado, aquele possui características peculiares que servem para

distingui-lo dos demais ramos.

Ocorre que, apesar de inserido no Direito Civil, fato é que o Direito das Famílias sofre interseções e limitações de ordem pública, ocasionadas pela natureza indisponível e personalíssima de algumas de suas normas jurídicas, mormente aquelas referentes às relações familiares existenciais. Por via de consequência, apresenta-se a norma de direito de família como irrenunciável, instransmissível, inusucapível, inalienável, não sendo passível de prescrição, decadência e não admitindo termo ou condição.

Nas palavras de Nelson Rosendal²⁴:

Em síntese apertada: apesar de encartada, topologicamente, na seara do direito privado (e, por conseguinte, submetida à *autonomia privada*, norteadora das relações entre particulares), a norma jurídica (princípios e regras) do Direito das Famílias *pode, eventualmente, se apresentar cogente e de ordem pública quando disser respeito a situações existenciais*. É o exemplo dos institutos relativos à filiação e ao bem de família (direito social à moradia).

Mesmo assim, ou seja, mesmo que algumas situações do Direito das Famílias sejam interferidas pelo direito público – havendo, assim, uma parcial mitigação da autonomia privada (devidamente descrita no tópico anterior), ainda assim esta prevalece, principalmente no que se refere à escolha da forma em que vão se relacionar, a escolha do regime de bens (e conseqüentemente sucessório), e tantas outras situações de expressão do mais íntimo desejo do ser, não havendo o que se falar em possibilidade de intervenção estatal necessária.

Uma vez delimitado o enquadramento ao qual pertence o Direito das Famílias, passa-se à análise propriamente dita da chamada intervenção mínima do Estado nas relações familiares ou, como também é chamado, o “Direito das Famílias mínimo”.

O referido tema é de bastante relevância, visto que o Direito das Famílias contemporâneo, como dito, se apresenta como a expressão mais pura de uma relação jurídica privada, submetida, por via de consequência, ao exercício da autonomia

²⁴ Ob. cit. p. 46.

privada dos indivíduos. Neste diapasão, é que toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, principalmente daqueles ditos vulneráveis, como a criança e o adolescente, as pessoas especiais, idosos, deficientes – a quem se dedica proteção integral.

É, assim, uma projeção da autonomia privada como premissa fundamental das relações regidas pelo Direito Civil, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado. Deste modo, deverá o Estado, como afirmado anteriormente, atuar nas relações privadas somente para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular daquelas.

Não é papel do Estado, portanto, intervir nas relações privadas da mesma forma que regulamenta, por exemplo, as relações contratuais, visto que essas últimas não perpassam o ramo da afetividade, que nega, por sua própria natureza, a agressão estatal de intervir num âmbito tão íntimo do indivíduo.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira²⁵ explicita:

O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Para se compreender o tema perfeitamente, porém, há que se referir aos tempos passados, nos quais a atuação do Estado nas relações familiares era abundante, especialmente através de normas jurídicas, limitando a vontade do titular. O Estado

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2006, p. 157.

intervia nas relações familiares, como dito no capítulo anterior, com o propósito de estabelecer comportamentos-padrão que deveriam ser cumpridos por todos os membros do grupo. Sobre o tema, afirma Silvio Rodrigues²⁶ que se chegou a afirmar, à época, que “dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual”.

Com o advento da Carta Magna de 1988 e o seu movimento de total proteção constitucional à pessoa humana (art. 1º, III), foi preciso observar um movimento de limitação da presença do Estado nas relações familiares, respeitando-se a liberdade dos componentes dos núcleos familiares – tratando-se, assim, de afirmação da autonomia privada no Direito das Famílias.

Naturalmente, essa atuação do Estado no âmbito das famílias há que estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana. A regra geral a ser obedecida, assim, é o reconhecimento da autonomia privada, possibilitando que “cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva de maneira que mais lhe interessar”, de acordo com o que traz o autor Leonardo Barreto Moreira Alves²⁷, em sua obra pioneira sobre o tema discutido no presente tópico.

É o fenômeno chamado de *privatização da família* ou *desinstitucionalização da família*, impondo uma intervenção mínima do Estado nas relações afetivas, bem captado por Rodrigo da Cunha Pereira: “Sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”, reconhecido “um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas”²⁸.

²⁶ Ob. Cit. p. 11.

²⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, p. 141.

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. ob. cit. p. 156- 157.

Com isso, o Estado não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamentos. É o que se chama de família eudemonista, com os seus membros buscando a felicidade plena – tema já disposto no segundo capítulo do presente trabalho. Até porque a presença excessiva do Estado na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringindo a liberdade das pessoas.

Imperioso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da indevida e excessiva participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade de autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito, devendo-se, outrossim, cuidar de outras questões que precisam da sua atuação mais direta e efetiva, é o que pelo menos se espera.

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os já citados direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional de cada titular.

Exemplos da necessária atuação estatal seriam: intervenção estatal para impor a um genitor relutante em reconhecer a paternidade de filho seu, através de uma decisão judicial em uma respectiva ação judicial (investigação de paternidade) e também a necessária presença do Estado para obrigar o pagamento de prestação alimentícia a um pai que abandona materialmente o seu filho.

Na mencionadas hipóteses, portanto, impõe-se sim a intervenção estatal a fim de que sejam evitadas violações frontais a direitos e garantias reconhecidos aos titulares, assegurando-lhes a dignidade, constitucionalmente assegurada.

3.2.2 Reflexos no Direito brasileiro

Tem-se, no arcabouço jurídico brasileiro, no tocante ao Direito das Famílias,

assim, alguns exemplos de sua aplicabilidade, que merecem ser devidamente elencados e descritos para um maior embasamento do presente trabalho.

Assim é que, coadunando com as ideias aqui expostas, o parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação emprestada pela Lei nº 12.010/09, reconhece, expressamente:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (...)

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

No mesmo viés, o Estatuto Protetivo Infanto-Juvenil, em seu art. 28, §2º, determina que, em se tratando “de maior de treze anos de idade”, a colocação em família substituta (através de guarda, tutela ou adoção) dependerá do “consentimento, colhido em audiência”, valorizando-se a vontade da criança e do adolescente.

Importante precedente na justiça gaúcha merece ainda ser destacado, já que retratou a valorização da autonomia privada infantojuvenil:

Ação de modificação de guarda de menor com 16 anos completos. Improcedência do pedido. O menor entre 16 e 18 anos possui plena capacidade de discernimento. Sabe e consegue determinar-se de acordo com esse entendimento. Somente motivos muito fortes e relevantes autorizariam a mudança de guarda de menor com 16 anos de idade, relativamente incapaz, que desde a separação dos pais está sob a guarda da mãe.²⁹

Pelas evidências trazidas, pode-se afirmar que está devidamente assentada a ideia da intervenção mínima estatal na área infantojuvenil.

A Emenda Constitucional nº 66/10 inovou trazendo a possibilidade de divórcio independentemente de qualquer lapso temporal e de qualquer indagação acerca do

²⁹ TJ/RS, Ap. Civ. 70023549546, Relator. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 4.6.2008, *DJRS* 11.6.2008.

motivo da dissolução do casamento, resguardando a liberdade das pessoas humanas de casar e, identicamente, de não permanecerem casadas.

Outro exemplo claro da aplicação da intervenção mínima do Estado vem do art. 226, §7º, da Constituição da República, que afirma que o planejamento familiar decorre de livre decisão do casal, mas impondo ao Poder Público propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, evitando a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.

O art. 1.513 do Código Civil, por seu turno, consagra também a autonomia privada, sendo talvez a sua maior expressão, ao determinar: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Sem a menor dúvida, trata-se de norma dirigida veementemente ao Poder Público, estabelecendo com precisão os contornos para mantê-lo afastado da privacidade familiar.

Representação importante acerca do fim do excesso da interferência estatal na vida privada é a Lei nº 11.441/07, que permite a dissolução do casamento, consensualmente, em cartório, quando não há interesses de incapazes.

A vida privada encontra-se também devidamente assegurada pela Constituição Federal, que, em seu tão conhecido art. 5º, tutelou a vida privada de modo genérico nos incisos V e X, e também, de maneira mais direta e esmiuçada, em seus incisos XI, XII e LX.

Ao contrário dos exemplos acima, tem-se um caso claro de dispositivo que vai de total encontro à ideia de intervenção mínima do estado aqui trazida. A alteração dada à redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, feita pela Lei nº 12.344/10, modificando a idade de imposição do regime de separação obrigatória de bens é uma situação incontestada de total intervenção do Estado na esfera privada quando o assunto é a constituição de família.

Com efeito, de acordo com o mencionado texto legal, a pessoa humana maior de 70 (setenta) anos de idade deverá casar sob o regime da separação obrigatória de bens, mesmo contra a sua própria vontade. Ou seja, trata-se indubitavelmente de uma “interdição parcial de direitos em decorrência da idade, confundindo o legislador,

lamentavelmente, senilidade com incapacidade”³⁰. O Estado está, assim, invadindo a esfera privada do nubente para impor a “escolha” do regime de bens pelos septuagenários. Deixa-se de lado aqui, portanto, a proteção integral do Estado ao idoso, que deveria ter a sua vontade preservada, tendo, assim, atingida a sua dignidade.

Ou seja, com os exemplos acima, resta claro que a intervenção estatal não pode, ao nosso ver, sobrepor a vontade privada e sua respectiva autonomia, sob pena de violação aos direitos mais essenciais do indivíduo, quais sejam a sua intimidade e sua dignidade. Afinal, uma família há que ser construída tendo como base, como já dito em capítulo anterior deste trabalho, a vontade livre das partes e da forma que elas desejarem, sem qualquer tipo de imposição estatal seja na sua forma de constituição, seja nos reflexos que porventura passarão a existir quando da sua dissolução ou falecimento de uma das partes.

É imperioso reconhecer, portanto, que a superação definitiva da indevida participação do Estado no âmbito das relações familiares, vedado a ingerir sobre aspectos da vida privada e, portanto, personalíssima, que diz respeito somente à vontade dos próprios titulares, como expressão mais pura da sua dignidade enquanto sujeito de direitos.

Importa concluir, ainda, que, uma vez determinada constitucionalmente a privacidade do indivíduo e conseqüentemente a sua autonomia privada quanto à constituição de sua família, todo o arcabouço infraconstitucional e também as decisões dos juristas não que observar e atender tal premissa.

Assim é que quaisquer dispositivos ou entendimentos que venham a violar tal direito devem ser devidamente afastados, cabendo aos juristas fazerem valer efetivamente a primazia constitucional.

Deste modo, resta plenamente configurada e aplicável, portanto, a teoria da intervenção mínima do estado na vida privada dos indivíduos, já que, como igualmente argumentado alhures, a família é o local mais privado e íntimo do indivíduo, não havendo, portanto, espaço para qualquer tipo de expressão publicista.

³⁰ Ob. Cit. p. 49

4 A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUNTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878694 E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL

4.1 RESUMO DO CASO QUE ENSEJOU O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEU DESDOBRAMENTO

O presente trabalho, neste momento, visa fazer uma síntese acerca do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 31 de agosto de 2016, do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, que trata da suposta inconstitucionalidade do quanto disposto no art. 1.790 do Código Civil.

A questão central contida no caso é, em suma, a análise e julgamento acerca da diferença de tratamento em questões sucessórias (e, portanto, na divisão de patrimônio deixado pelo *de cuius*) entre pessoas que vivem em união estável (companheiros) em relação às que são formalmente casadas.

Como já discutido em momento anterior, o fato é que existe uma diferenciação trazida pelo Código Civil acerca da sucessão dos bens do falecido, que varia de acordo com o tipo de relação estabelecida entre ele e seu companheiro ou cônjuge – se são companheiros, vivendo em união estável, portanto, existe uma diferença substancial quanto ao recebimento da herança em relação à situação de serem casados; para esta última, a forma de sucessão é muito mais benéfica para o cônjuge sobrevivente do que para o companheiro.

E é justamente sobre esse tratamento desigual e, aparentemente, injusto, estipulado pelo art. 1.790, que trata o mencionado Recurso, de repercussão geral, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Luís Roberto Barroso.

O caso trata de decisão, em primeira instância, no estado de Minas Gerais, que reconheceu, em primeira instância, ser a companheira de um homem falecido a herdeira universal dos bens do casal, conferindo tratamento igual ao do casamento

àquela união. A mulher havia vivido em união estável com o mesmo por nove anos e não havia filhos, netos ou ascendentes.

O Tribunal de Justiça, porém, reformou a decisão de primeiro piso, conferindo à mulher o direito apenas a um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pela casal, permanecendo o restante com os três irmãos do falecido, na exata medida do quanto contido no art. 1.790 do Código Civil – acaso fossem casados, ela teria herdado a totalidade dos bens. Inconformada, porém, a companheira do *de cuius* interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), sob o argumento de que a Constituição Federal não diferenciou as famílias constituídas por união estável e por casamento, arguindo ainda, que, qualquer forma de constituição familiar deve ter a mesma proteção e garantia do Estado.

Atuaram como “amigos da corte” (*amici curiae*) a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Assim é que, após os procedimentos de praxe, por 7 (sete) votos a 3 (três) e, portanto, em decisão não unânime, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a união estável e o casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tendo o companheiro os mesmos direitos heranças que o cônjuge (pessoa casada).

A decisão possui repercussão geral, como já mencionado, e serve para todas as disputas em herança nas diferentes instâncias dos Tribunais. A tese estabelecida foi a de que é considerado inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, que determinava regras diferentes para a herança no caso de união estável.

Os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia acompanharam o voto do relator do caso, que opinou pela procedência do recurso.

Sugeriu o ministro Luiz Barroso a aplicação da seguinte tese:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. (trecho do julgamento contido no RE 878.694/MG)

Assim é que, de acordo com tal entendimento, mesmo que o indivíduo não seja casado formalmente (“no papel”), o companheiro que provar a união estável terá direito à metade da herança do falecido, sendo o restante dividido entre os filhos ou pais, se houver. Não havendo ascendentes ou descendentes, a herança é integralmente do companheiro.

O ministro, em seu pronunciamento, considerou que a Carta Magna brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Para ele, “nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável”.

E prosseguiu argumentando:

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

Para esse ministro, não se afigura legítimo desequiparar para fins sucessórios os cônjuges e os companheiro, uma vez que tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição. Ou seja, de acordo com os que coadunaram com o voto, todos os instrumentos protetivos à família devem ser igualmente aplicados, independentemente do tipo de família, da sua origem. Para eles, não importa se a família foi constituída pelo casamento, pela união estável, hétero ou homoafetiva.

Em discurso no plenário, o ministro Celso de Mello ressaltou:

A qualificação da união estável como entidade familiar para efeitos sucessórios também representa o reconhecimento de que essas outras conjugalidades distintas da união matrimonial e por repousarem a sua existência aos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, não merecem o integral amparo do Estado - a particular proteção dessa Suprema Corte - que lhes deve estado dispensar, notadamente em termos de direitos hereditários os mesmos direitos do tratamento atribuído às uniões matrimoniais.

Nessa seara de argumentação, concluem que o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis 8.971/94 e 9.278/96, ambas já citadas no presente trabalho, e

discriminar a companheira ou o companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa, ou ao marido, entra em dissonância com os princípios da igualdade, da dignidade humana e da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação ao retrocesso.

Ao fim do seu voto, assim, Luis Roberto Barroso apresentou a seguinte modulação, com efeitos, portanto, *ex nunc*:

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

Com tal julgamento, portanto, os efeitos sucessórios típicos do casamento são, a partir de então, atribuídos também à união estável que antes recebia regramento através do art. 1.790³¹ do Código Civil, passando a vigorar, assim, para os que convivem nesse tipo de relação, em caso de falecimento de um deles, as regras constantes no art. 1.829³² do mesmo texto legal – dispositivo que tratava, *a priori*, de

³¹ 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.

³² 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;

regramento específico para os que casados fossem.

Ou seja, a partir dessa decisão, os “viúvos” ou “viúvas” de uma união estável, terá direito a herdar pelo menos 50% (cinquenta por cento) da herança do patrimônio construído junto com o parceiro ou parceira falecido, como acontece entre os que são casados formalmente.

À decisão, como dito, fora atribuído efeitos de repercussão geral, o que acarreta a obrigatoriedade de acompanhamento dela pelos Tribunais inferiores, em casos que versam sobre o mesmo objeto.

Decidiu, portanto, o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “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”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

4.2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EM DESFAVOR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/02

Embora o julgamento tenha se dado no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, aplicando-se a equiparação, para as uniões estáveis, em relação aos aspectos sucessórios do casamento, diversos foram os

argumentos contrários a tal entendimento (proferidos pelos ministros José Antônio Dias Toffoli, Marco Aurélio de Farias Mello e Enrique Ricardo Lewandowski e também pelos *amici curiae* que atuaram no caso), os quais serão destacados no presente momento, posto que fundamentais para o deslinde do presente trabalho.

No entendimento do ministro Dias Toffoli, a parte final do *final do* §3º do art. 226 da Constituição da República é clara ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, deixando incontestado que se tratam de situações jurídicas distintas.

Assim, argumentou o mencionado jurista que as entidades familiares são distintas, de acordo com a própria Constituição Federal, de modo que o casamento não é união estável, o que, por si só, autoriza que seus regimes jurídicos respectivos seja distintos, devendo ser respeitada, portanto, a opção feita pelos indivíduos que decidem por um ou outro modo de se relacionar.

Para ele, devem ser garantidos, assim, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia da vontade (conceito já devidamente esmiuçado no presente trabalho) para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos. Para ilustrar o seu pensamento, o ministro ressalta o quanto disposto nos arts. 1.829³³, 1.830³⁴ e 1.832³⁵

³³ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

³⁴ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Na visão do mencionado ministro não parece que o fato da legislação ter diferenciado os regimes seja incorreto ou inferiorize um perante o outro. Ao contrário, para ele o legislador debateu devidamente o tema, deixando claro os motivos do tratamento diferenciado, ressaltando:

Ocorre que não me parece que a opção legislativa tenha sido injustificada ou desarrazoada. Pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claros os motivos do tratamento diferenciado, e para a certeza das coisas, tomo a liberdade de relatar o que se consignou como fundamentos da decisão legislativa. Inicialmente, na exposição de motivos do art. 1.790 do CC, ficou explicitado que “as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõe um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta.

Finaliza, assim, o ministro, com o entendimento de que, para ele, não há o que se falar em equiparação entre casamento e união estável (ressaltando, inclusive, que tal impossibilidade é o que ocorre na maioria dos países europeus, havendo países que sequer disciplinam regras sucessórias), estando certo de que a *“liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitados e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares em face do Estado, ideia que se desenvolveu na sociedade germânica e que influenciou seu ordenamento jurídico, culminando na doutrina da ‘Finalidade Individual do Estado’, segundo a qual deveria haver uma menor intervenção estatal na vida dos indivíduos”*.

Nota-se que, com tal explanação em seu voto, o jurista coaduna com a ideia da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, ao menos no tocante à escolha quanto ao tipo de relação amorosa que pretende travar, devendo aquele, assim, respeitar a autonomia privada do indivíduo e o seu direito fundamental à liberdade, até

³⁵ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

porque assim quis o legislador ao diferenciar os institutos do casamento e da união estável.

Deste modo, entendeu, como dito, que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, não vendo na medida um retrocesso (como muitos afirmaram) em termos de proteção social. Declarar a igualdade no direito sucessório, para ele, por fim, representa uma ameaça à liberdade daqueles que optam pela relação informal justamente porque não gostariam de se submeter às regras e à formalidade inerentes ao casamento.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, também entendeu que não há qualquer inconstitucionalidade no art. 1.790 do Código Civil e, por via de consequência, no regime sucessório imposto à união estável, valendo aqui destacar alguns de seus argumentos utilizados para a defesa do seu posicionamento.

Como também pontuou o ministro citado anteriormente, Marco Aurélio ratifica que o legislador busca facilitar a conversão da união estável em casamento mas em momento algum os equipara, até porque, se assim fosse, perderiam a razão de ser.

Para ele, *“a única similitude entre os institutos é que ambos são considerados pelo Texto Maior entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Lei Fundamental estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização. Presentes as balizas constitucionais, o Código Civil, bem ou mal, disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez.”*

No seu entendimento, assim, existe uma evidente distinção entre os institutos. Tanto é assim que, para alteração do regime (converter união estável em casamento, junto ao Cartório de Registro Civil), necessário se faz formalizar a situação de fato, com manifestação expressa da vontade, pontuando:

Trata-se de institutos díspares, com regimes jurídicos próprios, especialmente no âmbito patrimonial. Inexiste campo para potencializar a união estável, sob risco de suplantar o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes. (...) Não cabe ao Judiciário, após a escolha legítima pelos particulares, sabedores das consequências, suprimir a manifestação de vontade com promoção de equiparações, sob pena de ter-se manifesta violação a um dos pilares do Estado Democrático de

Direito – o direito à liberdade, à autodeterminação. (...) Incumbe a cada cidadão formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade, não podendo o Estado-juiz fazer tábula rasa da opção realizada.

O referido ministro, então, proferiu seu voto em desfavor à possibilidade de considerar inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. Mencionou, ainda, o fato de que, caso os indivíduos que optaram pela união estável desejem estabelecer situação diversa ou “mais vantajosa” (se entender que o artigo estabelece desvantagem) ao seu companheiro, existe o recurso do testamento, que atinge a todo e qualquer cidadão, independentemente do tipo de relação na qual está inserida.

Em seu pensamento, por fim, imputar situação diversa à sua vontade, após a sua morte, é ferir frontalmente os direitos constitucionalmente assegurados de liberdade e autonomia da vontade ao indivíduo que deliberadamente optou pela união estável, e não pelo casamento, mesmo tendo a possibilidade de fazê-lo. Admitir a equiparação dos institutos é, para ele, e como se argumentará adiante, tornar possível que ocorram “efeitos perversos e contrários à proteção da união estável e aos casais de companheiros” .

No mesmo sentido arguiu a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, que atuou como *amicus curiae* no julgamento do Recurso Extraordinário em apreço.

Através de sua presidente, Regina Beatriz Tavares da Silva, a Associação pondera questões importantes, fundamentadamente, citando, para isso, o entendimento de diversos autores sobre o tema, como os juristas Miguel Reale, Silvio Rodrigues, Orlando Gomes e outros, inclusive da literatura jurista internacional.

Para ela, a Constituição pode ter equiparado a união estável ao casamento, mas como modalidades de constituição de família e no que diz respeito à moral, à dignidade, à fidelidade e demais valores morais, sociais e jurídicos, mas não os igualou.

Frisou que o simples fato de serem admitidos diversos tipos de família pela Constituição Federal já significa, por si só, que o casamento e a união estável não têm, e nem podem ter, regimes jurídicos totalmente idênticos – pois, se assim não fosse, não haveria a necessidade de existência dos dois institutos, bastando apenas um deles. Para ela, a “*A diferenciação de regimes jurídicos entre casamento e união estável é,*

assim, pressuposto lógico para a própria existência dos dois tipos de entidade familiar, sendo que a competência para estabelecer essa diferenciação em termos juridicamente adequados pertence ao Legislador ordinário.”

Na mesma esteira de pensamento dos ministros acima destacados, a Associação destacou, ainda, que a não-equivalência de efeitos jurídicos entre a união estável e o casamento também se justifica pelo direito das pessoas à liberdade, declarando expressamente o seu apoio à intervenção mínima do Estado na esfera privada, mormente à modalidade de constituição de família, quando argui, *in verbis*:

Não seria adequado o legislador cercear a liberdade das pessoas que não pretendem casar. (...) Há que se respeitar o direito daqueles que não desejam se submeter aos efeitos sucessórios do casamento. (...) Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho³⁶ aponta várias razões que podem levar alguns casais a optar pelo direito de não casar, entre as quais se destaca “a liberdade das pessoas de sujeitarem-se quanto menos possível à intervenção do Estado.

A liberdade do indivíduo também é evidenciada, segundo a presidente, a partir do momento em que se considera que, se as pessoas desejarem desfrutar dos direitos e deveres inerentes ao casamento, podem simplesmente optar por formalizar a união, como inclusive ressaltado no multicitado art. 226 da Constituição Federal, uma vez que a “convolação de núpcias” está à disposição de todos, inclusive para aqueles que não podem custear as taxas do matrimônio, haja vista a possibilidade de isenção das mesmas quando comprovada a sua impossibilidade de pagamento.

Muitos casais adotam a união estável como momento anterior ao casamento, como uma espécie de preparação para o mesmo. Ou seja, o intuito final pode até ser o do casamento, mas naquele momento não foi essa a intenção, justamente por terem o conhecimento de suas consequências e formalidades exigidas.

Conclui sua argumentação pela não procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, merecendo aqui destacar os seguintes trechos da parte conclusiva da peça apresentada:

³⁶ MADEIRA FILHO, Ibrahim Fleury de Camargo. Conversão da União Estável em Casamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

É evidente, portanto, que o princípio da igualdade estará preservado se observado que, para situações desiguais, cabe tratamento normativo desigual. Mais, o Estado tem que respeitar a liberdade das pessoas de não se submeterem a regime normativo de uma determinada relação jurídica quando não desejarem ali inserir-se. (...) Há de ser conservada a plena liberdade de escolha e a autonomia da vontade na escolha entre casar ou constituir união estável. Portanto, não há que se falar em discriminação.

4.3 A DECISÃO E SEU CARÁTER INCONSTITUCIONAL

Embora tenha o Supremo Tribunal Federal, instância máxima no direito brasileiro, decidido pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, determinando que deverá ser considerado, para fins sucessórios àqueles que vivem em união estável o art. 1.829 – aplicado ao casamento, em consonância com os argumentos dos ministros e demais juristas elencados no tópico anterior, críticas devem ser feitas, ressaltando-se as possíveis consequências negativas que podem vir a ocorrer.

O fato de ter-se igualado os efeitos sucessórios entre cônjuges para os companheiros, trará efeitos sociais graves e nocivos. A alteração brusca e substancial no regime jurídico da união estável prejudicará sobremaneira o instituto e, por via de consequência, os companheiros que vivem sob essa forma de união, bem como seus herdeiros.

Ora, existindo a possibilidade de casar, contrair matrimônio com todas as formalidades existentes e disponíveis (inclusive com possibilidade de isenção de taxas, quando preenchidos os requisitos para tanto), mas o indivíduo, o casal, opta por viver juntos de maneira mais “informal”, através de união estável, fato é que houve uma opção, uma escolha clara que não pode ser desconsiderada.

Desprezar a vontade manifestada em vida, quando da morte do companheiro ou companheira, é ferir frontalmente todos os direitos constitucionais assegurados a ele(a), que optou deliberadamente por viver dessa e não de outra forma, ciente inclusive dos seus efeitos, valendo aqui transcrever parte do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio:

É temerário igualizar os regimes familiares, a repercutir nas relações

sociais, **desconsiderando, por completo, o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois.** A fortalecer a autonomia na manifestação da vontade, tem-se o instituto do testamento. Existindo herdeiros necessários, é possível testar 50% do patrimônio. Não havendo, embora presente pessoa que inicialmente herdaria, pode-se dispor, em vida, de 100% do patrimônio. **Em síntese, nada impede venham os companheiros a prover benefícios maiores do que os assegurados em Lei, para o caso de falecimento. (...) É impróprio, após a dissolução da unidade familiar com a morte de um dos companheiros, convertê-la em outra diversa, inobservando a adoção, quando em vida, de certo regime jurídico,** inclusive no tocante aos direitos patrimoniais. Não há como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo à união estável, surgindo incompatível justamente com a autodeterminação da pessoa a revisão após o óbito.

(grifos inseridos)

Ou seja, o indivíduo possui recursos suficientes, em vida, para optar pelo regime que desejar e, se assim desejar, fazer valer todos os seus desejos quando do seu falecimento, a exemplo do testamento e também da possibilidade de escolha do regime patrimonial a vigorar na relação.

Desconsiderar a autonomia da vontade do indivíduo, interferindo o Estado de forma tão incisiva em sua escolha, é inobservar o que já aqui denominou-se de “Direito de Família mínimo”, no qual o Estado possui pouco poder de ingerência e interferência.

O casamento, como já explicitado no capítulo que a ele se refere, é um instituto que sofre forte interferência do Estado. Não existe nenhum dispositivo que autorize que um dos nubentes suscitem que se casaram mas “não era bem o que se queria”, exceto os poucos casos específicos de nulidade e anulação. Ou seja, ao contraírem o matrimônio, na maioria dos casos, restou claro que de fato era essa a vontade do casal.

Tal conjuntura não acontece na União estável, que, em muitos casos a vontade de um é apenas de que seja considerada a relação como um “simples namoro”, enquanto o outro está efetivamente consciente do tipo de união que ali se estabeleceu. Por conta disso é que existe a Ação de Reconhecimento da União Estável, cujas características e pressupostos de caracterização (elencados no capítulo 2) deverão ser colhidos pelo

juízo, a fim de que fique efetivamente configurada.

Tal situação, como dito, não ocorre no casamento, visto que, ao ser contraído, resta clara a vontade dos nubentes naquele sentido, estando clara a data de início da relação (através da certidão de casamento), o regime de bens escolhido e todas as outras formalidades exigidas devidamente preenchidas. Não existe dúvida, portanto, quanto à escolha para o matrimônio.

Ou seja, através do quanto aqui dito, esmiuçado nos capítulos anteriores, não existem dúvidas de que, embora sejam formas de constituir família e relação entre pessoas, casamento e união estável são institutos absolutamente distintos, cujos integrantes tiveram a possibilidade de optar por um ou outro. Ou seja, se a intenção for clara e incontestada de se casar, estão à disposição dos cidadãos todos os mecanismos para tanto.

O regime democrático e de liberdade individual está devidamente assegurado pela Constituição Federal, que assegura indubitavelmente aos brasileiros a autonomia de decidir o seu planejamento familiar – garantindo, ainda, como dito, a intervenção mínima do Estado nas escolhas. Disso infere-se que, se a pessoa deseja se casar, assim ela poderá fazê-lo, se não for essa a intenção, basta não formalizar o relacionamento nos moldes do matrimônio, sabendo das diferentes consequências e efeitos que ocorrerão.

Não há o que se falar, assim, em relação ao fato de que, por se tratar de forma de constituir família, deva ser a união estável igualada ao casamento, que também é forma de constitui-la. Afinal, é cediço que a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não os equipara, sob pena de, como ora se argui, violar a vontade dos envolvidos, e o direito à liberdade de optar pelo regime de união que entender melhor.

Por conta disso, uma vez que a Carta Magna admite como situações distintas de constituição familiar, é que seus efeitos e consequências não que ser diferentes, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade no art. 1.790 do Código Civil, que trata de forma discrepante do casamento aquilo que efetivamente não o é.

Importa ressaltar, como igualmente já mencionado no presente trabalho, tal tentativa de igualar a união estável ao casamento, em termos sucessórios, é algo

inédito no ordenamento jurídico, não havendo precedentes em nenhum outro país, tendo sido uma total inovação por parte do Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

Em resumo, entendeu o mencionado Órgão, através dos seus juristas, que são formas de entidades familiares o casamento e a união estável, conforme a Constituição Federal e, haja vista o princípio da isonomia ali elencado (tratar igualmente os iguais), estaria o art. 1.790 incorrendo contra a Constituição ao estabelecer regime sucessório diferenciado para a união estável. Estar-se-ia, portanto, admitindo o tratamento desigual aos considerados iguais e, por conta disso, seria o dispositivo inconstitucional.

Assim, o art. 1.790 seria supostamente incompatível com o multicitado art. 226, §3º, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

§ 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.

Ocorre que alguns equívocos existem ao considerar o art. 1.790 inconstitucional por força do que dispõe o dispositivo supracitado.

A Constituição Federal ao reconhecer a união estável como constituidora de família, acabou realmente por equipará-la ao casamento, como contido no parágrafo terceiro, mas não os igualou. Ou seja, se a Constituição determinou que dois caminhos levam a um mesmo lugar, isto é, se tanto o casamento como a união estável formam entidade familiares, o legislador teria sim ampla margem para disciplinar cada um deles, de modo a possibilitar que as pessoas que queiram atingir o objetivo – a família – tenham à sua disposição alternativas reais, e não apenas aparentes, de caminhos a escolher.

Outro ponto de suma importância é que, ao considerar inconstitucional a diferenciação, pelo art. 1.790, dos regimes sucessórios estabelecidos para a união estável, em relação ao casamento, deixa-se de interpretar o início do dispositivo constitucional. Com efeito, resta claro que o comando constitucional equipara a união estável ao casamento “*Para efeito da proteção do Estado*”, ou seja, o que se desejou

buscar foi o combate a qualquer tipo de discriminação, pelo poder público, frente a uma família oriunda da união estável em relação a outra oriunda do casamento.

É nas relações que travam com o Estado, portanto, que as uniões estáveis, através desse dispositivo constitucional, ficam resguardadas, plenamente equiparadas ao casamento.

Tem-se como exemplo a Lei Federal 8.213/91, que estabelece o Regime Geral da Previdência e prevê, em seu artigo 16, inciso I, como beneficiários da previdência na condição de dependentes o cônjuge e o companheiro. O Decreto 3.000/1999, que regulamenta o imposto de renda, tem, em seus artigos 9º e 77, a extensão, aos companheiros, de benefícios conferidos aos cônjuges. Pode-se citar ainda, por fim, os programas assistenciais de subsistência das famílias, como o Bolsa- Família, que distribuem seus benefícios às famílias oriundas da união estável. E existem muitos outros exemplos de equiparação da união estável ao casamento, em relação ao Estado e suas normas, a fim de ser evitado o tratamento desigual a famílias, independentemente de sua origem, da forma em que foi constituída.

O Direito das Sucessões, como se sabe, faz parte do Direito Civil e, como tal, é esfera privada do indivíduo, através de suas relações travadas, não sendo cabível, portanto, a intervenção do Estado nesse tocante. Não se pode admitir que indivíduos que optaram pela união estável, e não pelo casamento, sejam submetidos, pelo poder público e forçosamente, portanto, aos mesmos efeitos *post mortem* que ocorrem no casamento.

Sabe-se que toda norma do Direito Público que é enxertada para o Direito Privado acaba por distorcer profundamente as relações jurídicas às quais se referem, posto que são pontos de partida totalmente distintos, com princípios e pressupostos nem sempre compatíveis, como é o caso do julgamento ora em comento acerca do art. 1.790 do Código Civil.

Há que se observar também o trecho do dispositivo constitucional que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (“devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Ou seja, aquilo que pode ser convertido em algo é originariamente e, por óbvio, diferente daquilo em que será convertido. Afinal, se assim não fosse, não haveria o que se falar em conversão de uma situação para ela própria.

Assim é que essa é uma questão que inevitavelmente vem à tona quando se percebe que os seguintes efeitos da união estável já eram idênticos aos do casamento: efeitos patrimoniais, com o regime legal sendo, nos dois casos, o da comunhão parcial de bens, quando fosse o caso, tendo também os companheiros ampla liberdade de escolha de outro regime; efeitos pessoais, tendo os companheiros entre si os mesmos deveres e direitos dos cônjuges e efeitos verticais perante o Estado.

Com a equiparação, pelo Supremo Tribunal Federal, também dos efeitos sucessórios, qual serão as diferenças entre a união estável e o casamento? Afinal, passa a união estável agora a produzir exatamente os mesmos efeitos que o casamento (embora sejam institutos em sua essência e surgimento bastante distintos), sendo praticamente aquela igualada a este último.

Ou seja, a decisão do Supremo Tribunal vai de encontro ao próprio mandamento constitucional, uma vez que, ao igualar os seus efeitos sucessórios, como se poderia admitir o cumprimento do art. 226, no tocante ao estímulo da conversão da união estável em casamento? Todas as diferenças que restaram entre os dois são justamente aquelas que servem de desincentivo ao casamento à permanência da união estável: a burocracia existente para se constituir um matrimônio, habilitação prévia (art. 1.525 do Código Civil) com documentação específica, prazos fixos junto aos Cartórios de Registro Civil, solenidade de celebração (art. 1.533 do mesmo texto legal), testemunhas obrigatórias, data e hora marcadas, além da necessidade de registro.

Uma vez que se chegaria exatamente ao mesmo lugar, em fins patrimoniais, reconhecimento frente ao Estado e, agora, efeitos sucessórios, por que uma pessoa se disporia a preencher todos esses requisitos?

Conclui-se, portanto, que, uma vez inexistentes as diferenças substanciais entre os efeitos da união estável aos do casamento, a norma constitucional que determina à lei a facilitação da conversão da união estável em casamento não só deixa de ser cumprida, como passa a ser frontalmente violada e descumprida – daí o caráter inconstitucional da decisão.

A decisão tomada pelo STF, ainda, poderá vir a acarretar no desaparecimento de um ou de outro instituto, afinal, se são iguais em praticamente tudo, exceto na parte que

menos estimula o indivíduo a contrair matrimônio (burocracia documental e todas as demais exigências já citadas), poderá haver um efeito aparentemente não pensado pelos ministros que votaram a favor da tese vencedora: poderá haver um rompimento das uniões estáveis já existentes ou um total desestímulo aos brasileiros em contraírem novas uniões ou até mesmo o próprio casamento.

Com o tempo, haverá predileção por um dos institutos, haja vista a sua total equiparação, chegando a igualá-los em todos os seus efeitos, o que acarretará num brusca mudança de paradigmas construídos por anos a fio (mormente ao que se refere ao casamento e toda a sua trajetória histórica – apontada no primeiro capítulo). Um ou outro, com o passar dos anos, poderá inclusive deixar de existir e, acredita-se, não seria essa a intenção dos julgadores, afinal, o direito de escolha quanto à forma de constituição de família é constitucionalmente assegurado e aqueles juristas são o que há de representação máxima acerca da garantia dos preceitos fundamentais elencados pela Carta Maior do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, correto se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, à época Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), em artigo publicado na Revista “Consultor Jurídico”, no qual afirmou:

(...) o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a “aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não pretenderam se submeter ao regime formal do casamento”. Ou pior, que isso possa significar até mesmo “o fim da própria união estável, pois, à medida que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, estar-se-á alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes.

Cumpre aqui transcrever, por fim, trecho do voto emanado pelo ministro Dias Toffoli, que entendeu, como já aqui demonstrado, não haver irrazoabilidade ou desproporcionalidade na opção legislativa no tocante ao art. 1.790 do Código Civil, ao citar o posicionamento do eminente Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro Barros:

(...) como bem sustentou o eminente Procurador-Geral da República, Dr.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que, em seu primoroso parecer, além de descrever o histórico dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro a relatar o vai e vem desses direitos, concluiu, em sua análise sistêmica, que o art. 1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares. A apontada inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC apoia-se no argumento que essa diferença de tratamento tem por consequência rebaixar a família decorrente da união estável em comparação à advinda do casamento. Ora, os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de propiciar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais. (...) Aliás, uma interpretação normativa com viés estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação em particular, revelaria que uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou mais justo neste ou naquele aspecto. Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. **Esse exercício, por fim, faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo.**

(grifos inseridos)

Conclui-se, portanto, que, uma vez que inexistente inconstitucionalidade evidente no art. 1.790 do Código Civil, como já aqui explicitado e comprovado, a decisão correta do Supremo Tribunal Federal seria a de não declará-la, respeitando, assim, a escolha do legislador e aplicando-se o princípio do *in dubio, pro legislatore*.

Declarar a inconstitucionalidade, tendo como consequência o fim do regime sucessório próprio da união estável e determinando que sobre ela sejam aplicadas as mesmas regras sucessórias do casamento foi, assim, um total “desacerto jurídico” proferido pelo Supremo Tribunal, que, como demonstrado, poderá trazer grandes impactos negativos à sociedade.

5 CONCLUSÃO

1 A organização da sociedade, de certa forma, sempre se deu em torno da estrutura familiar, tendo como ponto de partida o matrimônio, que, até meados do Século passado, era visto como regra de conduta instituída pelo Estado. Assim, em uma sociedade conservadora, para merecer reconhecimento e aceitação social, o núcleo familiar se dava de forma hierarquizada e patriarcal.

2 Tal formatação, porém, não conseguiu se manter durante a Revolução Industrial, que exigiu mão de obra de todos os gêneros, fazendo com que as mulheres igualmente saíssem em busca de trabalho e meios de sustento para a família. Esta, por sua vez, se alterou, tornando-se nuclear, adstrita ao casal e seus filhos, tendo por fim, assim, o seu caráter reprodutivo e produtivo.

3 Nota-se, assim, que a família é a base da sociedade e, ao mesmo tempo, as mudanças ocorridas nessa última interferem diretamente na sua configuração, sendo sempre alvo de alterações constantes.

4 Funda-se, assim, uma família pós- moderna, assentada na liberdade do indivíduo (e não na obrigatoriedade antes existente em constituir matrimônio), afeto, ética, solidariedade recíproca entre os seus componentes e na preservação da dignidade deles.

5 Numa visão meramente patriarcal, a família era vista como unidade de produção, com o claro intuito de constituição de patrimônio, daí a impossibilidade de desfazimento do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.

6 Como dito, porém, as alterações sofridas pela sociedade se refletiram na legislação, de modo que, adveio, em 1962, a Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, que, apesar de extremamente machista e conservador, foi um avanço no sentido de devolver à mulher casada a sua plena capacidade e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

7 Deste modo, o Código Civil do ano de 2002, que viria tempos depois da Carta Magna, acabou por pouco inaugurar, já nascendo, de certa forma, defasado, haja vista o grande lapso temporal para a sua elaboração e promulgação, tendo como grande mérito a ser destacado a supressão de determinadas expressões e conceitos que causavam grande repulsa, haja vista o caráter já aqui mencionado patriarcal, preconceituoso e de tratamento distinto entre os membros da família constantes na Codificação anterior.

8 Nota-se, portanto, um grande avanço, no decorrer dos anos, na concepção dada à família, que passou a ser vista não mais como um núcleo produtivo (entidade de produção), patriarcal, evoluindo-se para uma compreensão socioafetiva (unidade de afeto e entreajuda), surgindo, assim, novos “ arranjos familiares”, deixando o casamento de ser premissa necessária à sua constituição.

9 A busca da felicidade pessoal e solidária de cada um dos membros da família convencionou-se chamar de “família eudemonista”, tratando-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da *instituição* para a proteção especial da *pessoa humana* e de sua realização existencial dentro da sociedade.

10 A função social da família moderna é a felicidade e realização dos seus membros, vistos isoladamente (através da projeção de seus anseios) e em conjunto (objetivos em comum, em prol do núcleo formado).

11 O casamento tem sua origem basicamente fundada pela religião católica, que foi a

pioneira no que tange à formalização da união, de modo que, até o ano de 1889 (advento da República), somente existia o casamento na modalidade religiosa. Ou seja, quem não fosse católico não teria acesso ao casamento, vivendo à margem da sociedade no tocante ao reconhecimento de sua relação amorosa.

12 A família passou a ser vista amplamente, com diversas possibilidades de configuração, não apenas tendo como pressuposto fundamental o casamento, mas também admitindo-se relações monoparentais de união (um dos pais com seus filhos) e também a chamada união estável. Deste modo, o casamento deixou de ser a única forma de constituir família.

13 O Código Civil de 2002, embora posterior à Constituição Federal, que inaugurou o viés mencionado anteriormente acerca do casamento, não o acompanhou, limitando-se apenas a estipular a possibilidade de convivência através da União Estável, recepcionando a legislação que a regulamenta, deixando, porém, de, por exemplo, mencionar a possibilidade das supracitadas famílias monoparentais, deixando clara, assim, o seu posicionamento quanto à supremacia do casamento ainda como formador de família.

14 Para os adeptos da teoria contratualista, o casamento é um negócio jurídico que depende da livre manifestação de vontade das partes para sua realização, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens, assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Nesse sentido entende Caio Mário da Silva Pereira.

15 Surge uma terceira corrente que concebe o casamento como um ato complexo de natureza mista, pois reconhece no mesmo a coexistência de características contratuais com as institucionais. Para esta terceira corrente, a autonomia da vontade das partes se resume apenas à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar. Por outro lado, efeitos pessoais como alteração do estado civil, surgimento dos vínculos de parentesco, alteração do nome,

deveres de fidelidade e coabitação, entre outros, retiram do casamento sua essência contratualista, já que efeitos pessoais não podem ser regulados por contrato.

16 O que nos afigura, diante dessas correntes, em verdade, é que se torna despicienda quaisquer discussões acerca da natureza jurídica do matrimônio, eis que com a possibilidade de dissolução consensual do mesmo em cartório, confirma que a sua formação e extinção dependem, fundamentalmente, da vontade das partes, o que é sinal indicativo indubitável da sua natureza contratual/negocial.

17 Fato é que existe um elemento fundamental na constituição do casamento, traço comum a todos que se dispõem a contrai-lo, qual seja a realização dos desejos e alcance da felicidade dos cônjuges e também dos filhos advindos da relação, sejam biológicos ou não.

18 Possibilita o ordenamento jurídico brasileiro a livre escolha, pelos nubentes, do regime de bens a ser adotado, conforme preceitua o art. 1.639 do Código Civil, ressalvando-se as disposições legais obrigatórias da adoção do regime de separação obrigatória de bens, previstas no art. 1.641 e seguintes do mesmo texto legal.

19 Assim é que a legislação substantiva civil brasileira prevê quatro possibilidades de regime matrimonial, quais sejam: comunhão universal de bens (art. 1.667), comunhão parcial (art. 1.658), separação voluntária de bens (art. 1.687), separação obrigatória de bens (art. 1.641) e o da participação final nos aquestos (art. 1.672). Importa ressaltar, porém, que existe ainda a possibilidade dos nubentes gerarem o seu próprio regime, bastando que seja feito um pacto antenupcial, devidamente registrado no Cartório de Registro de Notas (Tabelionato) competente e obedecendo-se as formalidades exigidas em lei.

20 O Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, trouxe importante inovação ao elevar o cônjuge ao patamar de concorrente da herança da pessoa falecida, juntamente com os ascendentes e descendentes da mesma, de modo que passou a reconhecer a

importância daqueles que, embora não possuam grau de parentesco, pode-se dizer que são o eixo principal na formação da família.

21 A chamada união estável, vez que é configurada como uma convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família, elevou-se inclusive a patamar constitucional, vez que o art. 226, em seu parágrafo terceiro, firmou este tipo de relação como forma de constituir família.

22 Embora a lei não defina a união estável, limitando-se apenas a elencar suas características (art. 1.723, CC), alguns elementos caracterizadores, porém, são imprescindíveis para configurar uma relação nos moldes da união estável, quai sejam: publicidade (convivência pública), continuidade (convivência contínua), estabilidade (convivência duradoura) e objetivo de constituição de família.

23 Na configuração de uma relação enquanto união estável, há que se observar, porém, todos esses requisitos, analisados de forma conjunta, havendo também alguns outros, porém acidentais, não havendo o que se falar em análise isolada de nenhum desses elementos, mas sim o *animus* dos indivíduos que a compõem, que resolvem se inserir num relacionamento como se casados fossem, mas optam por algo diverso, muitas vezes justamente porque não querem se submeter às formalidades exigidas pelo matrimônio institucionalizado e suas consequências.

24 Com o Código Civil de 2002 houve uma sensível mudança no que concerne à sucessão entre os companheiros, tendo sido alterada sobremaneira a forma de tratamento antes impressa pelas Leis nº 8.971/94 (que regulamentava especificamente sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão) e a 9.278/96 (a chamada Lei da União Estável, que trazia os elementos caracterizadores à configuração deste tipo de união, trazendo também aspectos sucessórios, a exemplo do quanto disposto em seu artigo 7º, parágrafo único, que trata do direito real de habitação do companheiro sobrevivente em caso de morte do outro).

25 Severas críticas sempre foram direcionadas a esse dispositivo, haja vista o seu

caráter discriminatório do companheiro em relação ao cônjuge, sendo que, para muitos, ambas as formas de relação visam a constituição da família, então não haveria o que se falar, muito menos de forma codificada, em distinção entre as formas de sucessão para uma e outra.

26 O art. 1.790 trazido pelo Código Civil de 2002 de fato imprime situação extremamente desvantajosa para o companheiro, de forma desigual à conferida aos cônjuges, até por que se tratam de situações distintas e, como tais, merecem tratamentos também diferentes.

27 Autonomia da vontade, assim, é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, mormente após a propagação das ideias iluministas. Marcada por uma ideologia individualista, na qual o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

28 Embora se tenha mudado o paradigma sobre o qual se funda a autonomia da vontade, deixando de ser estritamente a vontade do indivíduo visto de forma isolada que deve prevalecer, passando-se a considerar o “bem-estar comum”, fato é que aquela continua existindo, devendo ser observada em todas as relações travadas.

29 As expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimas, ao contrário, cada uma delas possui o seu significado. A diferença entre uma e outra é de suma importância e implica em consequências práticas importantes, já que modifica a noção de negócio jurídico.

30 Assim é que a autonomia da vontade pode ser conceituada como o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Já autonomia privada pode ser vista como o poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas.

31 Nesse contexto, então, pode-se notar que a autonomia da vontade cedeu lugar à autonomia privada, deixando de ser a vontade estritamente suprema das partes,

isoladamente considerada, para ser a vontade do indivíduo condicionada aos dispositivos legais vigentes.

32 A relação familiar diz respeito a interesses particulares e está incluída na estrutura do Direito Civil porque o interesse fundamentalmente presente diz respeito, basicamente, à pessoa humana. Justamente por isso é que as relações familiares possuem um caráter essencialmente privado, voltando-se para a proteção do ser, do indivíduo, e suas multifacetadas expressões morais e também materiais.

33 Ocorre que, apesar de inserido no Direito Civil, fato é que o Direito das Famílias sofre interseções e limitações de ordem pública, ocasionadas pela natureza indisponível e personalíssima de algumas de suas normas jurídicas, mormente aquelas referentes às relações familiares existenciais. Por via de consequência, apresenta-se a norma de direito de família como irrenunciável, instransmissível, inusucapível, inalienável, não sendo passível de prescrição, decadência e não admitindo termo ou condição.

34 Não é papel do Estado, portanto, intervir nas relações privadas da mesma forma que regulamenta, por exemplo, as relações contratuais, visto que essas últimas não perpassam o ramo da afetividade, que nega, por sua própria natureza, a agressão estatal de intervir num âmbito tão íntimo do indivíduo.

35 Com o advento da Carta Magna de 1988 e o seu movimento de total proteção constitucional à pessoa humana (art. 1º, III), foi preciso observar um movimento de limitação da presença do Estado nas relações familiares, respeitando-se a liberdade dos componentes dos núcleos familiares – tratando-se, assim, de afirmação da autonomia privada no Direito das Famílias.

36 Naturalmente, essa atuação do Estado no âmbito das famílias há que estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana.

37 Com isso, o Estado não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamentos. É o que se chama de família eudemonista, com os seus membros buscando a felicidade plena – tema já disposto no segundo capítulo do presente trabalho. Até porque a presença excessiva do Estado na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringindo a liberdade das pessoas.

38 Exemplo claro da aplicação da intervenção mínima do Estado vem do art. 226, §7º, da Constituição da República, que afirma que o planejamento familiar decorre de livre decisão do casal, mas impondo ao Poder Público propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, evitando a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.

39 O art. 1.513 do Código Civil, por seu turno, consagra também a autonomia privada, sendo talvez a sua maior expressão, ao determinar: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Sem a menor dúvida, trata-se de norma dirigida veementemente ao Poder Público, estabelecendo com precisão os contornos para mantê-lo afastado da privacidade familiar.

40 Claro está que a intervenção estatal não pode, ao nosso ver, sobrepor a vontade privada e sua respectiva autonomia, sob pena de violação ao direitos mais essenciais do indivíduo, quais sejam a sua intimidade e sua dignidade. Afinal, uma família há que ser construída tendo como base, como já dito em capítulo anterior deste trabalho, a vontade livre das partes e da forma que elas desejarem, sem qualquer tipo de imposição estatal seja na sua forma de constituição, seja nos reflexos que porventura passarão a existir quando da sua dissolução ou falecimento de uma das partes.

41 Deste modo, resta plenamente configurada e aplicável, portanto, a teoria da

intervenção mínima do estado na vida privada dos indivíduos, já que, como igualmente argumentado alhures, a família é o local mais privado e íntimo do indivíduo, não havendo, portanto, espaço para qualquer tipo de expressão publicista.

42 A questão central contida no caso é, em suma, a análise e julgamento acerca da diferença de tratamento em questões sucessórias (e, portanto, na divisão de patrimônio deixado pelo *de cuius*) entre pessoas que vivem em união estável (companheiros) em relação às que são formalmente casadas.

43 Nessa seara de argumentação, concluem que o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis 8.971/94 e 9.278/96, ambas já citadas no presente trabalho, e discriminar a companheira ou o companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa, ou ao marido, entra em dissonância com os princípios da igualdade, da dignidade humana e da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação ao retrocesso.

44 Embora o julgamento tenha se dado no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, aplicando-se a equiparação, para as uniões estáveis, em relação aos aspectos sucessórios do casamento, diversos foram os argumentos contrários a tal entendimento (proferidos pelos ministros José Antônio Dias Toffoli, Marco Aurélio de Farias Mello e Enrique Ricardo Lewandowski e também pelos *amici curiae* que atuaram no caso).

45 Embora tenha o Supremo Tribunal Federal, instância máxima no direito brasileiro, decidido pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, determinando que deverá ser considerado, para fins sucessórios àqueles que vivem em união estável o art. 1.829 – aplicado ao casamento, em consonância com os argumentos dos ministros e demais juristas elencados no tópico anterior, críticas devem ser feitas, ressaltando-se as possíveis consequências negativas que podem vir a ocorrer.

46 Desprezar a vontade manifestada em vida, quando da morte do companheiro ou

companheira, é ferir frontalmente todos os direitos constitucionais assegurados a ele(a), que optou deliberadamente por viver dessa e não de outra forma, ciente inclusive dos seus efeitos.

47 Desconsiderar a autonomia da vontade do indivíduo, interferindo o Estado de forma tão incisiva em sua escolha, é inobservar o que já aqui denominou-se de “Direito de Família mínimo”, no qual o Estado possui pouco poder de ingerência e interferência.

48 Ou seja, através do quanto aqui dito, esmiuçado nos capítulos anteriores, não existem dúvidas de que, embora sejam formas de constituir família e relação entre pessoas, casamento e união estável são institutos absolutamente distintos, cujos integrantes tiveram a possibilidade de optar por um ou outro. Ou seja, se a intenção for clara e incontestada de se casar, estão à disposição dos cidadãos todos os mecanismos para tanto.

49 O Direito das Sucessões, como se sabe, faz parte do Direito Civil e, como tal, é esfera privada do indivíduo, através de suas relações travadas, não sendo cabível, portanto, a intervenção do Estado nesse tocante. Não se pode admitir que indivíduos que optaram pela união estável, e não pelo casamento, sejam submetidos, pelo poder público e forçosamente, portanto, aos mesmos efeitos *post mortem* que ocorrem no casamento.

50 Declarar a inconstitucionalidade, tendo como consequência o fim do regime sucessório próprio da união estável e determinando que sobre ela sejam aplicadas as mesmas regras sucessórias do casamento foi, assim, um total “desacerto jurídico” proferido pelo Supremo Tribunal, que, como demonstrado, poderá trazer grandes impactos negativos à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Direito Civil. São Paulo, 1998.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Direito de Família – Manual de Direitos do Casamento**. São Paulo. Suprema Cultura.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 678.694/MG. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70023549546, Relator. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 4.6.2008, DJRS 11.6.2008.

CABRAL, Eurico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. a.5, n. 19, jul./set., 2004, p. 87.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 22 ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 9ª ed. Salvador. JusPODIVM, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. Volume IV. Salvador. JusPodivm, 2012.

FIUZA, César., SÁ, Maria de Fátima Freide de. E NAVES, Bruno Torquato de Olivera. **Direito Civil. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais**. Belo Horizonte. DelRey. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 1ª ed. Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. 7ª ed. São Paulo. Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. **As entidades familiares - estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2ª ed. Porto Alegre. Síntese, 2003.