

# O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TESTAR E AS IMPLICAÇÕES DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO APÓS O RE 878.694/MG<sup>1</sup>

## THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM TO TEST AND THE IMPLICATIONS OF THE COMPANION'S SUCCESSION AFTER RE 878.694/MG

Luciane Sobral<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar os direitos à liberdade, patrimônio e herança sob o olhar dos direitos fundamentais para compreender acerca da liberdade de testar. Em se tratando de liberdade de testar, intrinsecamente, fala-se em legítima: figura presente no direito sucessório e que tem por finalidade limitar a liberdade de testar e garantir direitos aos herdeiros. Em maio de 2017, a decisão do STF no RE 878.694/MG provocou muitas reflexões sobre a sucessão do companheiro e, até os dias de hoje, há divergência doutrinária quanto à sucessão do companheiro. Utilizando-se do método dedutivo, através da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, pretende-se analisar cada um dos temas mencionados para compreender as implicações da liberdade de testar na sucessão do companheiro e os limites que influenciam diretamente na liberdade do testador. Dentre os resultados alcançados, destacam-se a compreensão do direito fundamental à liberdade, as limitações imanentes aos direitos fundamentais, as correntes doutrinárias a respeito da inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário e o posicionamento eleito de modo a aliar-se a uma das correntes doutrinárias, justificando as implicações que a escolha diversa impactaria não apenas no direito sucessório, como no exercício da liberdade do titular do patrimônio.

**Palavras chave:** Sucessões. Direitos Fundamentais. Companheiro. Liberdade de testar.

**Abstract:** This article aims to analyze the rights to freedom, heritage and inheritance from the perspective of fundamental rights to understand about the freedom to test. When it comes to freedom to test, intrinsically, there is talk of legitimacy: a figure present in succession's law and whose purpose is to limit the freedom to test and guarantee rights to heirs. In May 2017, the STF (Supreme Court) decision in RE 878.694 / MG caused many reflections on the succession of the partner and, until today, there is doctrinal divergence as to the succession of the partner. Using the deductive method, through doctrinal, legislative and jurisprudential analysis, we intend to analyze each of the aforementioned themes to understand the implications of the freedom to test on the partner's succession and the limits that directly influence the tester's freedom. Among the results achieved, we highlight the understanding of the fundamental right to freedom, the immanent limitations to fundamental rights, the doctrinal currents regarding the inclusion or not of the partner as a necessary heir and the position chosen in order to ally with one of the doctrinal currents, justifying the implications that the different choice would impact not only on the right of succession, but also on the exercise of the freedom of the property owner..

**Keywords:** Successions. Fundamental Rights. Companion. Freedom to test.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, Curitiba/PR, Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direitos das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Advogada e professora universitária. Endereço eletrônico: lucianesobral.adv@gmail.com

A liberdade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente. E, como qualquer direito, pode sofrer limitações. No direito sucessório, a limitação à liberdade de testar está relacionada a legítima.

Esta vincula-se diretamente ao rol de herdeiros necessários, por este motivo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 878.694, tem relevância direta na temática, uma vez que a equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro e a interpretação da doutrina quanto à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário correspondem ao debate acerca da amplitude da liberdade de testar.

A divisão deste estudo se dará em três partes: i) compreensão dos direitos fundamentais e sua limitação através da legítima; ii) breve relato da decisão do STF e identificação das correntes doutrinárias sobre o companheiro e o rol de herdeiros necessários; iii) análise das implicações da sucessão do companheiro na liberdade de testar.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TESTAR E A LEGÍTIMA**

Os direitos fundamentais constituem-se nos direitos humanos, individuais e civis, sua função é prevenir os ataques do Estado à vida individual do cidadão e proteger, de um modo geral, a liberdade humana<sup>3</sup>. Mas, é importante destacar que, embora os direitos fundamentais sejam de certa forma direitos humanos (em virtude do titular desses direitos), há distinção entre essas duas terminologias: enquanto os direitos humanos estão mais ligados ao direito internacional, os direitos fundamentais correspondem aos “direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.<sup>4</sup>

A liberdade, por sua vez, constitui direito fundamental de primeira geração (juntamente com a vida e o patrimônio), isto porque as primeiras concepções formais de direito tinham por objetivo proteger o cidadão do Estado Absolutista e a liberdade é o pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> HESSE Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos humanos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 18.

<sup>5</sup> SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao unitário: uma proposta de compreensão*. 3ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 31, 35.

Há duas perspectivas para análise da liberdade: uma que autoriza o Estado a impor limites nas liberdades individuais, para garantia de direitos da coletividade; e outra que protege o indivíduo contra o arbítrio estatal na realização de certos direitos.<sup>6</sup>

O *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) caracteriza a liberdade como direito fundamental, ao garantir a inviolabilidade desse direito. O inciso X, do mesmo art. 5º, também menciona a vida privada como inviolável. E, liberdade, vida privada e patrimônio são direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Ainda que esses direitos fundamentais sejam universais, não são absolutos<sup>8</sup>, pois há a necessidade de definição de limites - em especial à liberdade, já que se ilimitada poderia afetar outros interesses.

A “teoria do alcance material”, de Friedrich Müller, afirma que nenhum direito fundamental é ilimitadamente garantido<sup>9</sup>, há necessidade de delimitar a amplitude fática dos direitos fundamentais. Por este motivo, os adeptos dessa teoria utilizam o termo “delimitação”, que deriva de limites, e não “restrição”, pois restrição corresponderia a algo externo aos direitos fundamentais e, nesse entendimento, defende-se que a extensão da validade e a solução podem ser encontrada na própria norma.<sup>10</sup> Rudolf Smend e Peter Häberle também entendem nesse sentido, compreendendo pelo que se denomina suporte fático restrito e teoria interna dos direitos fundamentais, pelas quais entende-se que uma lei é objetivamente geral quando não há restrições legais específicas à liberdade de expressão.<sup>11</sup>

Portanto, o suporte fático restrito dá base à teoria interna, a qual dispõe sobre a existência de limites aos direitos fundamentais imanentes no próprio direito, por meio de regras.

Essas limitações compreendidas pela ótica da teoria interna resultam da própria Constituição, de forma imanente. Isto é, na própria norma em que consta a

<sup>6</sup> SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. “O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal.” SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. Direito, Liberdade e Justiça. Curitiba: Íthala, 2017, p. 13.

<sup>7</sup> SCHÄFER. Op cit, p. 31.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original Theorie der Grundrechte, cap. 6, p. 309,310.

<sup>10</sup> MÜLLER apud SILVA. Op cit, p. 86-87.

<sup>11</sup> SMEND e HÄBERLE apud ALEXY. Op cit, p. 317.

garantia aos direitos fundamentais, há uma limitação, como é o exemplo da liberdade de assembleia para reuniões pacíficas e, a limitação nela contida quanto à proibição de associações com fins ilícitos.

Como a Constituição não dá conta por si só de estabelecer todos os limites, em muitos casos é confiado ao legislador esse papel de limitar os direitos fundamentais ou autorizar os poderes Executivo e Judiciário a fazê-lo<sup>12</sup>. É o caso da limitação à liberdade de testar, definida pela legislação civil brasileira, através da legítima.

A legítima corresponde à parte da herança “reservada”, por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no art. 1.845 do Código Civil e prevê que, em havendo herdeiros necessários, o autor da herança não pode testar a totalidade de seus bens. A legislação civil prevê que metade do patrimônio precisa ser garantido aos herdeiros necessários.

Verifica-se, portanto que, a liberdade não consiste, nos dias atuais, apenas em uma “liberação da intervenção estatal”, mas em uma tarefa de cuidado e segurança social por parte do Estado<sup>13</sup>, já que a figura da legítima tem por função assegurar aos familiares mais próximos o direito à herança, que é um direito fundamental constante no catálogo, art. 5º, inciso XXX, da CRFB.

Logo, considerando liberdade, vida privada, patrimônio e direito à herança como direitos fundamentais, entende-se que a liberdade de testar também assim deve ser considerada, uma vez que constitui um ato de liberdade do autor da herança de decidir para quem ficará seu patrimônio, respeitadas as limitações legais.

A própria definição de testamento por Pontes de Miranda<sup>14</sup> contém menção aos “limites da lei”, destacando os limites imanentes da liberdade de testar: “Testamento é o negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos.”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 41;

<sup>14</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 109;

<sup>15</sup> Ibidem, p. 122

Assim sendo, a liberdade de testar garante ao titular poder quase absoluto, já que permite ao testador deixar seu patrimônio para quem desejar, inclusive condicionando tal direito como bem entender. Tal poder só não é maior por conta da legítima<sup>16</sup>, que garante aos herdeiros necessários metade da herança, nos termos da limitação imanente contida no art. 1.789 do Código Civil que estabelece: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”<sup>17</sup>.

### **3. A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE O ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS APÓS O RE 878.694/MG**

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 10 de maio de 2017 a respeito dos direitos sucessórios do companheiro<sup>18</sup>, visto que, no Código Civil havia distinção dos direitos sucessórios garantidos a ele em relação ao cônjuge. A discussão correspondia à (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil que tratava das condições para participação da companheira ou companheiro na sucessão do outro.

Considerando a ordem de vocação hereditária prevista pelo art. 1.829 do Código Civil, a decisão se deu pela aplicação igualitária dos direitos sucessórios para garantir ao companheiro os mesmos direitos constantes somente ao cônjuge, no art. 1.829, de modo a declarar inconstitucional o art. 1.790, ambos do Código Civil. A análise realizada pelos ministros e o debate entre o voto do relator e o divergente levou em consideração os princípios da dignidade humana, igualdade, vedação ao retrocesso, de um lado; e, autonomia privada e liberdade, de outro.<sup>19</sup>

A decisão do relator prevaleceu e, por maioria, fixou-se a seguinte tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Verifica-se que a decisão contemplou os artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil, apenas, e não inseriu o art. 1.845, que versa sobre os herdeiros necessários. Neste dispositivo apenas o cônjuge é considerado herdeiro necessário, além dos

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 337.

<sup>17</sup> BRASIL, Código Civil de 2002.

<sup>18</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 10/05/2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

<sup>19</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses; SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “Uma análise crítica da decisão do STF no RE 878.694/MG sobre a sucessão do companheiro a partir da teoria da decisão de Ronald Dworkin.” In Quaestio Iuris, vol. 12, nº 04, Rio de Janeiro, 2019, p. 263

descendentes e ascendentes, mas a decisão não fez menção a esse e outros dispositivos que fazem referência exclusiva ao cônjuge<sup>20</sup>. Diante disso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM na qualidade de *amicus curie* opôs Embargos de Declaração questionando omissão para compreender a interpretação extensiva do art. 1.845 do Código Civil também aos companheiros. Entretanto, referidos embargos foram rejeitados em sessão virtual de outubro de 2018<sup>21</sup>, por entender a Suprema Corte que o caso analisado dizia respeito somente ao art. 1.829 e 1.790 do Código Civil e, portanto, não haveria omissão na decisão, especialmente em virtude de não existirem outros dispositivos objeto da repercussão geral reconhecida.<sup>22</sup>

Diante da indefinição pelo STF quanto ao companheiro constar ou não no rol de herdeiros necessários, as opiniões dividiram-se, há uma corrente doutrinária que defende que a ausência expressa de manifestação pelo Supremo quanto ao art. 1.845 do Código Civil não permite suposições e, portanto, não pode ser considerado herdeiro necessário até definição expressa<sup>23</sup>. E, outra parte da doutrina que entende que a tese de repercussão geral reconhecida, ao tratar da inconstitucionalidade da distinção de direitos sucessórios entre companheiros e cônjuges, ainda que não tenha mencionado o dispositivo que trata da reserva hereditária, incluiu “por arrasto”, o companheiro na mesma.<sup>24</sup>

A corrente majoritária é a que defende que a equiparação das entidades familiares, objeto da decisão do STF, incluiu o companheiro no rol de herdeiros

---

<sup>20</sup> SOBRAL, Luciane. “Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais”. 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, p. 76.

<sup>21</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 26/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

<sup>22</sup> IBDFAM. Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul 2019 e, STF. RE 878694/MG. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

<sup>23</sup> Por todos, DELGADO, A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Migalhas, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>> Acesso em 02 ago. 2019.

<sup>24</sup> Por todos, MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Edição 44, abril/maio 2019, p. 4.

necessários, nesse sentido defende Rolf Madaleno, Flávio Tartuce, Zeno Veloso, Gilselda Hironaka, dentre outros.<sup>25</sup>

A subscritora deste estudo, no entanto, em razão das implicações prejudiciais que a inclusão do companheiro como herdeiro necessário pode acarretar, alia-se à corrente minoritária composta por Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Luciana e Marília Pedroso Xavier<sup>26</sup>. Dentre a principal motivação para tal posicionamento, destaca-se que a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários provocaria limitação ainda mais agressiva ao direito fundamental à liberdade.

#### **4. AS IMPLICAÇÕES DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E A LIBERDADE DE TESTAR**

Partindo da compreensão da legítima como limitação à liberdade de testar, extremamente relevante é o conteúdo da norma que prevê quais são os herdeiros necessários e, portanto, aos quais o autor da herança está vinculado a reservar a metade do seu patrimônio.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o posicionamento do STF nos embargos de declaração e a divergência doutrinária sobre o companheiro contemplar ou não o rol de herdeiros necessários, percebe-se uma insegurança jurídica que tem consequência direta no direito fundamental à liberdade de testar.

Ainda que não seja tão comum no Brasil a figura do planejamento patrimonial antes da constituição da família e, ainda menos comum o planejamento sucessório, sabe-se que essa situação vem sofrendo alterações aos poucos, Cristiana Ferreira traz em seu livro uma pesquisa realizada por Erika Haupt em que classifica sete perfis de casais que fazem planejamento patrimonial antes do casamento, desses sete perfis organiza-os em três grupos: casais de jovens, casais

---

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. In Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>>. Acesso em set.2020.

<sup>26</sup> Por todos, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?” Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em set.2020.

mais velhos, casais com prósperos negócios familiares, sendo a maior preocupação quanto ao planejamento por parte desses dois últimos grupos<sup>27</sup>.

Rolf Madaleno também destaca a escolha dos casais na formação da família e, a frequente preocupação que os fazem optar regime da separação convencional de bens:

[...] são frequentes preocupações dos novos casamentos, isto quando admitem casar, e, se casam, elegem o regime da separação convencional de bens por acreditarem estar afastando o cônjuge sobrevivente que não participou da construção do acervo privativo familiar do ingresso em seus bens particulares, com o divórcio ou a abertura da sucessão.<sup>28</sup>

Percebe-se que, tanto a escolha entre constituir uma união estável ou um casamento, quanto a definição do regime de bens que regulamentará o patrimônio do casal são exercícios do direito fundamental à liberdade e, cada escolha leva a consequências diversas do ponto de vista patrimonial e, especialmente sucessório.

Enquanto o cônjuge consta expressamente no rol de herdeiros necessários e o companheiro não, há nitidamente maior liberdade ao titular do patrimônio que optar por constituir união estável, já que a limitação imanente da legítima encontra-se apenas na figura do cônjuge. Rodrigo da Cunha Pereira destaca que a escolha por uma ou outra maneira de constituir uma família não passa pela análise de hierarquia, mas sim de uma diferença que precisa ser utilizada para definir as características que melhor se enquadram a cada constituição de família, portanto, é imprescindível que as consequências sucessórias sejam diversas, caso contrário, não faz sentido a manutenção de institutos diferentes, já que terão as mesmas características e consequências jurídicas.<sup>29</sup>

Essa reflexão alia-se à doutrina minoritária que entende pela impossibilidade de inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários, Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier destacam o posicionamento do Ministro Edson Fachin na decisão que declarou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. O

<sup>27</sup> FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. *A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 19.

<sup>29</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento*. Revista Consultor Jurídico, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

ministro afirma: “Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento.”<sup>30</sup>

Portanto, diante da compreensão dos limites imanentes à liberdade de testar, considerando que não houve posicionamento expresso que questionou a constitucionalidade ou alterou a interpretação do art. 1.845 do Código Civil, a legítima possui vinculação direta e exclusiva ao rol trazido pelo legislador, o qual não contém o companheiro. Portanto, permitido ao titular do patrimônio que constituiu união estável retirar, por meio do testamento, os direitos sucessórios deste companheiro, ou ainda, em não havendo descendentes ou ascendentes, apenas companheiro, poderá utilizar-se do testamento para dispor da integralidade dos seus bens.

Ainda que diante de limitações imanentes à legislação civil, não se pode deixar de considerar as transformações jurisprudenciais e legislativas, especialmente diante das divergências doutrinárias sobre o assunto. Portanto, tendo em vista que a utilização do testamento produz efeitos somente com a morte do testador, ainda que ele utilize desse instrumento para retirar os direitos sucessórios do companheiro, ou dispor da totalidade dos bens, não há garantia de que após o seu falecimento sua vontade seja efetivamente garantida, já que a interpretação judicial não se vale apenas das limitações imanentes, mas também dos princípios vigentes no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a decisão já foi objeto de críticas:

O que se percebe, por fim, é que independentemente da (não) decisão quanto ao rol de herdeiros necessários, a liberdade e a autonomia privada estão limitadas, na seara da união estável, já que não se sabe sequer se testamento realizado retirando o direito de companheiros será válido futuramente e, ainda, não há qualquer outra possibilidade jurídica e legal de formar uma família no atual momento (seja por meio de casamento ou união estável) evitando consequências sucessórias em relação ao parceiro.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 201;

<sup>31</sup> SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada”. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020, p. 51.

A solução para este dilema talvez esteja no Projeto de Lei 3799/2019 que trata da alteração do livro V (Direito das Sucessões) do Código Civil Brasileiro e prevê a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários, ou seja, tal alteração impactará consideravelmente não apenas na liberdade de testar do titular do patrimônio, a qual será ampliada, como também na desvinculação dos direitos sucessórios das relações conjugais<sup>32</sup>. Enquanto tal projeto de lei não é aprovado, permanecem as divergências doutrinárias e a utilização do Judiciário para decidir qual dos posicionamentos doutrinários merecem acolhimento de acordo com os casos concretos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando que, no rol de direitos fundamentais, há previsão expressa do direito à liberdade, ao patrimônio, à vida privada e à herança e, uma vez que a liberdade de testar é um direito que agrupa todos esses direitos fundamentais, compreende a liberdade de testar também como direito fundamental e, como tal, possui limitações imanentes previstas no Código Civil, especialmente na figura da legítima.

O testamento é a disposição de última vontade que surtirá efeito tão somente com a morte do testador. Apenas se o testador não possuir herdeiros necessários é que poderá dispor da integralidade do seu patrimônio, ou seja, a vontade deste precisa estar em conformidade com as limitações legais impostas, uma vez que o direito à herança também merece proteção.

Após a decisão do STF pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e pela rejeição dos embargos declaratórios opostos pelo IBDFAM, a doutrina não pacificou entendimento a respeito do companheiro integrar ou não, por analogia, o rol de herdeiros necessários. Acredita-se que, em aliança à corrente minoritária, que o companheiro não pode ser considerado herdeiro necessário, uma vez que as implicações dessa interpretação acarretariam inúmeras dificuldades, especialmente da análise do direito à liberdade. Isto porque, não haveria necessidade de dois modelos de constituição de família (casamento e união estável) e, prejudicaria o planejamento patrimonial e sucessório feito por casais.

---

<sup>32</sup> SOBRAL, Luciane. "Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais". 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, p. 79.

Caso contrário, ao considerar o companheiro como herdeiro necessário, há uma restrição à liberdade de testar que não consta de forma imanente na legislação, já que o art. 1.845 do Código Civil não foi objeto de interpretação pelo STF bem como não sofreu alteração legislativa.

Por fim, conclui-se que a limitação do direito fundamental à liberdade de testar tem importância para assegurar outros direitos, especialmente o direito fundamental à herança aos herdeiros necessários; mas, ao mesmo tempo, não pode a limitação restringir de forma desproporcional a liberdade do titular do patrimônio, razão pela qual entende-se que o companheiro não pode ser considerado herdeiro necessário.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original Theorie der Grundrechte, cap. 6, p. 301-340.

BRASIL, Código Civil 2002, Lei 10.406/2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 10/05/2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 26/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

DELGADO, A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Migalhas, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>> Acesso em 02 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3 ed., São Paulo: Editorial Revista dos Tribunais, 2013, 702 p.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, 171 p.

IBDFAM. Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul 2019.

LORENZETTO, Bruno Meneses; SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “Uma análise crítica da decisão do STF no RE 878.694/MG sobre a sucessão do companheiro a partir da teoria da decisão de Ronald Dworkin.” In *Quaestio Iuris*, vol. 12, nº 04, Rio de Janeiro, 2019, p. 247-265.

MADALENO, Rolf. “A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens”. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012.

MADALENO, Rolf. “Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida”. (Entrevista). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Edição 44, abril/maio 2019, p. 4

NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-294).

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 731 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento”. *Revista Consultor Jurídico*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?” *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em set.2020.

SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. “O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal”. SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, Liberdade e Justiça*. Curitiba: Íthala, 2017, p.11-59

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos humanos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao unitário: uma proposta de compreensão. 3ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, 118 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

SOBRAL, Luciane. “Planejamento Sucessório: Resignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais”. 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. “A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada” In Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. “O companheiro como herdeiro necessário”. In Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>> Acesso em set.2020.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. “O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário?” In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 191-203.