

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, PERFEIÇOAMENTO
E EXTENSÃO – COGEAE

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Maria Fernanda Severino Matos

“Sucessão do Companheiro”

SÃO PAULO

2013

Maria Fernanda Severino Matos

“Sucessão do Companheiro”

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de especialista em direito de família e
sucessões, pela COGEAE-PUC/SP.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Lígia Coelho Mathias

SÃO PAULO

2013

Maria Fernanda Severino Matos

“Sucessão do Companheiro”

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
a obtenção do grau de especialista em
direito de família e sucessões, pela
COGEAE-PUC/SP.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Maria Lígia Coelho Mathias

Orientadora

Prof.

Prof.

Dedico esta obra aos meus queridos e amados pais,

Sandra e Josemar.

RESUMO

O presente trabalho traça uma linha de evolução do direito sucessório brasileiro no que se refere às uniões estáveis e, principalmente, equipara o tratamento que a lei confere aos companheiros em relação aos cônjuges.

O processo de evolução vem desde a promulgação de leis ordinárias anteriores à Constituição Federal de 1.988 até o advento do Código Civil de 2.002; com efeitos pós Diploma Civilista de 2.002.

O reconhecimento dos institutos do casamento e da união estável como entidades familiares pela Constituição Federal deve ser o ponto de partida para a interpretação das normas infraconstitucionais que regem referidos institutos.

Contudo, a partir da análise da Carta Magna e leis ordinárias, é possível verificar que a harmonia entre os comandos constitucionais e as normas infraconstitucionais algumas vezes não é integralmente observada pelo legislador, o que resulta em acirrados debates por parte dos operadores do Direito.

A presente pesquisa traz algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da tão discutida equiparação da sucessão do companheiro à sucessão do cônjuge.

Palavras-chave: Sucessão. União estável. Companheiro. Cônjuge.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES	10
2.1. Ordem da vocação hereditária	14
2.2 Direitos sucessórios do cônjuge	16
3. A UNIÃO ESTÁVEL	24
3.1 Evolução legislativa	26
3.2 Transformações e a condição atual dos conviventes na sucessão	31
4. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO	38
4.1 Companheiro como herdeiro necessário	41
4.2 Inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil/2002	43
4.3 Direito real de habitação na união estável	51
5. CONCLUSÃO	54

ANEXOS

Anexo I.....Íntegra do Acórdão -
Recurso Especial nº 1.111.095-RJ.

Anexo II.....Íntegra do Acórdão -
Recurso Especial nº 992.794-MS.

Anexo III.....Projeto de Lei nº
508/2007.

Anexo IV.....Íntegra dos Acórdãos –
Recurso Especial nº 1.135.354/PB.

Anexo V.....Íntegra do Acórdão –
Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000.

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

A família, ou entidade familiar protegida pela Constituição, pode se constituir a partir do casamento, da união estável ou da chamada família monoparental – qualquer dos pais e seus descendentes.

Sendo assim, é opção de cada um casar ou manter união estável, sendo que tal escolha deve ser feita ponderando os fatores de ordem social, moral, religiosa e jurídica, neste último deve se verificar as consequências da escolha, o que inclui a verificação da legislação aplicável, inclusive no que diz respeito aos direitos sucessórios.

A sucessão legítima é aquela que se dá de acordo com a ordem preferencial estabelecida por lei. Já a testamentária ocorre de acordo com a declaração de última vontade do *de cujus*, expressa em testamento.

Os herdeiros legítimos podem ser necessários ou facultativos, sendo que os primeiros não podem ser privados de parcela mínima da herança, chamada de legítima, a não ser que sejam excluídos da sucessão por ato de indignidade ou deserdados pelo testador; já os últimos podem ser afastados da herança pelo fato do falecido dispor de seus bens sem contemplá-los.

O Código Civil de 2002 modificou significativamente a sucessão decorrente tanto do casamento quanto da união estável. O cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário – antes exclusividade conferida aos descendentes e ascendentes do falecido; passando a concorrer não só com os descendentes do autor da herança, mas também com os ascendentes.

Quanto aos companheiros, que não tinham, em princípio, qualquer direito reconhecido, primeiro experimentaram franca evolução jurisprudencial e legislativa no século XX, que culminou com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, passando a ser a eles deferidos os direitos sucessórios pelas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, o companheiro recebeu um tratamento discriminatório em relação à sucessão do cônjuge.

O reconhecimento constitucional dos institutos do casamento e da união estável como entidades familiares, que se apresentam como relações de afeto e com plena comunhão de esforços e de responsabilidades, deve servir de alicerce para os debates no que diz respeito a: i) a equalização dos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros; ii) a elevação do companheiro ao rol dos herdeiros necessários; iii) bem como a necessidade ou não do Código Civil ser alterado nessa matéria.

Com vistas a analisar os institutos do casamento e da união estável, no que concerne aos direitos hereditários do cônjuge/companheiro sobrevivente, ressaltando a diferença de tratamentos, o presente trabalho é dividido em três capítulos, sendo que no segundo capítulo procura-se delinear os aspectos gerais do direito à sucessão; no terceiro capítulo é abordada a evolução da união estável vindo até seu reconhecimento pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2.002, principalmente no que toca às questões sucessórias; e finalmente no último capítulo trata-se de analisar as posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca do companheiro ser considerado herdeiro necessário, bem como da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

Historicamente, no Direito Romano, o herdeiro substituía o *de cujus* em todas as relações jurídicas. Dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade do falecido, em um sentido extrapatrimonial. Havia a necessidade de perpetuar o nome, o culto, as tradições da família e, por consequência, o patrimônio.

Naqueles tempos, a sucessão transmitia-se ao primogênito varão, em preferência aos demais. No caso do *de cujus* ter filhos e filhas, estas não herdavam. Não existia qualquer preocupação com a igualdade entre os descendentes, diferentemente de hoje que é veementemente vedada qualquer tipo de discriminação, garantindo à prole os mesmos direitos, deveres e qualificações, à luz do art. 227, §6º, da Constituição Federal, igualdade esta que é protegida, também, na transmissão hereditária.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(...)

Hoje, o caráter da sucessão é predominantemente econômico sendo que, prestigiando-se a propriedade privada, um dos principais fundamentos

do direito das sucessões é o direito de propriedade – direito fundamental, protegido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Além do caráter predominantemente econômico, devem ser também conferidos à sucessão fundamentos de ordem social. Nas palavras do notável autor Francisco José Cahali¹:

Não há como se negar a relevante função social desempenhada pela possibilidade de transmissão *causa mortis*, pois valoriza a propriedade e o interesse individual na formação e avanço patrimonial, estimulando a poupança e o desempenho pessoal no progresso econômico, fatos que, direta ou indiretamente, propulsionam o desenvolvimento da própria sociedade.

Além disso, na obra do insigne autor Washington de Barros Monteiro², ao citar Theodor Kipp:

Sem herança, incompleto se tornaria, efetivamente, o direito de propriedade. Inexistente a possibilidade de transmissão *causa mortis* deste, não passaria o proprietário, em última análise, de mero usufrutuário vitalício.

Pode-se dizer, assim, que sendo o direito de propriedade um dos principais fundamentos do direito das sucessões, certo o legislador ao

¹ CAHALI, Francisco José, Direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

² MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões vol. 6, 7ª ed., rev. e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, p.7.

consagrar, no inciso XXX, do art. 5º, da Constituição Federal, o direito de herança como um dos direitos fundamentais.

Art. 5º (...)

XXX – é garantido o direito de herança;

(...)

O sentido de sucessão, aqui, restringe-se aos casos de morte. Não envolve o significado de qualquer modo de transmissão em vida, ou a sucessão que há no Direito das Obrigações ou no Direito das Coisas. Arnaldo Rizzardo³ define:

Opera-se a sucessão em que acontece um modo especial de aquisição, consistente na transmissão dos bens de uma pessoa já falecida a uma ou mais vivas.

Trata-se da transferência da herança que se constitui no momento da morte do autor da herança, ocasião em que, esclarece a brilhante autora Maria Helena Diniz⁴:

Ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cujus*, que se transmite aos herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança (CC, arts. 1.792 e 1.997).

O Código Civil de 2002 prevê duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima é denominada *ab intestato*, ou seja, sem testamento (proveniente da expressão *ab intestato defuncto*, morto sem

³ RIZZARDO, Arnaldo, Direito das Sucessões, 4ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 2.

⁴ DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, 6º volume : direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 21. ed. ver. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo : Saraiva, 2007, p.37.

deixar testamento)⁵; e a testamentária traduz a vontade do falecido acerca da disposição de seus bens após sua morte (“Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”).

Ressalte-se, porém, que a liberdade de testar não é absoluta, como determina o artigo 1.846, do mesmo diploma legal. A liberdade de testar é limitada à metade dos bens da herança, pois aos herdeiros necessários (os descendentes, os ascendentes e o cônjuge) pertence, de pleno direito, a outra metade.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁵ SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2005, p. 1.339.

2.1. Ordem da vocação hereditária

No instante do falecimento de alguém o que era expectativa de direito se torna direito, e todos os seus bens, direitos e obrigações são transmitidos desde logo aos herdeiros do *de cujus* (Princípio de *Saisine*).

A lei determina quem serão os herdeiros chamados para assumir a herança. Nesse momento, nas brilhantes palavras da autora Maria Berenice Dias⁶:

Tenta o legislador adivinhar os graus de afetividade partindo do pressuposto de que se tem mais proximidade com os parentes mais chegados. Baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente têm em relação aos seus familiares.

Desta sorte, dispõe o art. 1.829, do Código Civil de 2002, quem são os legitimados a suceder ao falecido (*herdeiros legítimos*), bem como a ordem que eles devem ser chamados. Observa-se que, em razão da *presunção de afeto*, os primeiros a serem chamados são os denominados *herdeiros necessários*, que compreende os descendentes, os ascendentes e o cônjuge do falecido; passando em primeira ordem pela linha reta descendente para somente depois ascender e, sempre verificando da existência do cônjuge supérstite - em razão da concorrência com os parentes em linha reta, sendo que para o caso de concorrência com os descendentes é necessário verificar o tipo de regime de bens adotado pelos cônjuges, imposição esta que inexistente no caso de concorrência com os ascendentes.

⁶ DIAS, Maria Berenice, Manual das sucessões / Maria Berenice Dias. 2 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.133

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Na falta de parentes em linha reta, o cônjuge supérstite recebe a totalidade da herança e, somente na inexistência dos herdeiros necessários, são chamados a suceder os parentes colaterais até o quarto grau (*herdeiros facultativos*).

2.2 Direitos sucessórios do cônjuge

A mais significativa alteração sofrida na ordem dos chamados a suceder é a possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes, tendo em vista que pelo artigo 1.603, do revogado Código Civil de 1916, o consorte somente herdaria diante da falta de descendentes e ascendentes. Além disso, o cônjuge supérstite passou a ser considerado herdeiro necessário, o que antes não ocorria.

Art. 1.603 (CC/1916). A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte

I - aos descendentes;

II - aos ascendentes;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais;

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

A primeira alteração ocorreu em razão da regulamentação trazida pela Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) que, a fim de conferir alguma tutela sucessória ao cônjuge, acrescentou dois parágrafos no art. 1.611, do Código Civil de 1.916, *in verbis*:

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

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

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel

destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

Referida norma desafiou a tradicional cultura jurídica, na época completamente contrária à atribuição de direitos sucessórios ao cônjuge.

O usufruto vidual conferido ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens, com a ressalva de somente enquanto durar a viuvez, representou ao cônjuge supérstite um *status* de herdeiro necessário no direito positivo brasileiro.⁷ E, a instituição do direito real de habitação ao casado em regime de comunhão universal contida no §2º da referida norma, na época foi considerada uma importante inovação.⁸

A concorrência do consorte com os descendentes do falecido, instituída pelo novo Estatuto Civilista, com a preocupação diante dos diversos tipos de regimes de bens, sistematizou as hipóteses dessa concorrência, no inciso I, do artigo 1.829, *in verbis*:

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;

Apesar do regime de bens não se confundir com as regras sucessórias, deve-se observar a vontade das partes no momento da escolha do regime de bens, preservando-a no instante da abertura da sucessão.

⁷ TEPEDINO, Gustavo, FAMÍLIA E SUCESSÕES: “Controvérsias sobre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro”, Revista do Advogado nº 112, Junho de 2.011, p.55.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros., ob. cit., p.81.

Nesse sentido, confirmam o trecho extraído do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp nº 1.111.095-RJ (ANEXO I), de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, da 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

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.

Com efeito, referido inciso é um dos mais discutidos devido a sua redação ambígua que permite diversas interpretações. Existem correntes doutrinárias a respeito do tema, as quais serão a seguir brevemente elencadas. Ressalte-se que serão apenas pontuadas as orientações gerais sem exaurir o tema, haja vista não ser “as espécies de regimes de bens” o tema do presente trabalho.

A respeito da primeira corrente doutrinária, que atualmente se coloca na posição majoritária, da qual a notável autora Maria Helena Diniz⁹ faz parte:

Para esses juristas, distinguem-se as hipóteses em que no regime da comunhão de bens exista ou não bens particulares do *de cujus*. Para o caso de não existirem bens particulares, o consorte não concorrerá com os descendentes, ou seja, apenas terá direito a meação dos bens comuns. Mas para a hipótese de existirem bens particulares, ao cônjuge sobrevivente é garantido o seu quinhão em relação a todos os bens que compõem a herança, em razão da indivisibilidade da herança.

Ressalte-se que a concorrência ocorre observando-se o disposto no artigo 1.832, do Código Civil de 2002. Concorrendo com descendentes do

⁹ DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p. 123.

de cujus, ao consorte supérstite é garantido o direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça e, no caso de ser também ascendente dos herdeiros, sua quota não poderá ser inferior a $\frac{1}{4}$ da herança.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Já em relação à concorrência com os ascendentes, o que somente ocorre na falta de descendentes do falecido, ao cônjuge supérstite é assegurado o direito a $\frac{1}{3}$ da herança, para a hipótese de concorrência com ascendentes de 1º grau do *de cujus*; e, na hipótese de concorrência com apenas um ascendente ou com ascendentes em grau maior, terá direito a metade da herança (artigo 1.837, do Código Civil de 2002).

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

Uma segunda corrente segue o enunciado n. 270¹⁰, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*:

Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

¹⁰ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.jf.jus.br>>, em 26/jul/2013.

Para essa corrente, não concorrerão com os descendentes os cônjuges casados pelo regime da comunhão universal. Da mesma maneira no caso do casamento atender às regras do regime da separação obrigatória, vale dizer, para as hipóteses mencionadas no artigo 1.641, do Código Civil de 2002, justamente em razão da proibição expressa em lei. Nos demais casos em que o casamento atenda às regras dos regimes que não os acima mencionados, deverá ser observada a existência ou não de bens particulares. No caso de uma resposta positiva, o consorte apenas concorre para herdar tais bens (respeitado o direito de meação dos bens comuns); e, no caso de negativa, o cônjuge sobrevivente apenas recebe sua meação.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Uma terceira corrente, que tem à testa a Desembargadora Maria Berenice Dias¹¹, entende que a sucessão apenas existe quando o cônjuge pré-morto não deixar bens particulares, concorrendo, assim, em relação aos bens comuns, o consorte com os descendentes. Além disso, essa corrente defende que, o regime da *separação obrigatória* que o inciso menciona, somente abrange aos casados pelo regime da separação legal (artigo 1.641, do Código Civil de 2002) de bens, sendo assim, aos casados pela separação convencional, haverá concorrência do consorte com os descendentes (Súmula STF 377).

¹¹ DIAS, Maria Berenice, ob. cit., p. 137.

Nesse mesmo sentido, aduz o notável autor Arnaldo Wald¹²:

A jurisprudência firmou-se no sentido de ver na separação obrigatória legal um caso de separação parcial, abrangendo tão-somente os bens anteriores à celebração do casamento (Súmula 377).

STF Súmula nº 377.¹³ - No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Não obstante a existência dessas três correntes doutrinárias, no julgamento do acórdão tirado do REsp nº 992.794-MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (ANEXO II), em sua decisão, após discorrer acerca das três correntes doutrinárias, citando o Ilustre Jurista Miguel Reale, a Ministra pontuou que o cônjuge casado pelo regime da separação de bens não terá direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, haja vista que o regime de bens pactuado obriga as partes na vida e na morte. *Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida*. Ressalta, ainda, que a separação obrigatória a que se refere o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil é gênero que congrega duas espécies: a separação convencional e a legal.

Sendo assim, fez-se uma quarta corrente: para esses, na hipótese do casamento atender às regras do regime da comunhão parcial de bens, ao cônjuge sobrevivente é conferido o direito à meação e concorrência hereditária no que diz respeito aos bens comuns (independente de existirem

¹² WALD, Arnaldo, Direito civil : direito das sucessões, vol. 6 / Arnaldo Wald. – 14 ed. reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009, p. 95.

¹³ Para esta referencia, utilizou-se a versão citada no Vade Mecum , 4ª ed. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Saraiva, 2007, p. 1.690.

bens particulares, pois estes somente serão partilhados entre os descendentes do falecido). Como já dito, o cônjuge casado pelo regime da separação de bens não terá direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, haja vista que o regime de bens pactuado obriga as partes na vida e na morte.

Nesse sentido, a Exma. Ministra ressalta, ainda, que:

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do artigo 1.829, inciso I, do CC/02, em consonância com o artigo 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

A mesma posição é dividida pelo Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto tirado do acórdão no REsp nº 1.111.095-RJ, da 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (vide ANEXO I) pelo qual elucidou que, pela literalidade daquele mesmo artigo, o cônjuge supérstite seria herdeiro necessário, em respeito ao regime de separação convencional de bens. Contudo, para ele, essa interpretação faz da sucessão uma espécie de *proteção previdenciária*, haja vista que em vida tem o nubente liberdade de autodeterminação, mas, com o advento da morte, essa determinação é suprimida. E que, portanto, deve-se entender por *separação obrigatória* aquela por lei obrigatória, bem como aquela convencionada pelas partes.

O Código Civil não impede, de modo geral, que aquelas pessoas casadas pelo regime da separação obrigatória de bens sejam herdeiras. A exceção existe quando há concorrência com os descendentes. Nas demais hipóteses: concorrerá com os ascendentes (artigo 1.829, inciso II, CC/2002)

pouco importando o regime de bens no casamento, observando-se o disposto no artigo 1.837, do Código Civil de 2002.

Por fim, à luz do inciso III, do mesmo artigo 1.829, o cônjuge sobrevivente, diante da inexistência de descendentes e ascendentes do falecido, tocará a totalidade da herança, participando, assim, da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar.

3. A UNIÃO ESTÁVEL

O legislador, no Código Civil de 1916, não valorizou o que se convencionou denominar, à época, de família ilegítima, aquela constituída independentemente do casamento, fazendo apenas poucas menções ao chamado concubinato, certamente no propósito de proteger a família legítima. O concubinato era uma ligação imoral e a ele não se podia garantir direitos. Naquele momento, às uniões de fato não eram garantidos quaisquer direitos. Muitos afirmavam que a união que não fosse matrimonial não constituía uma instituição de direito de família, mas apenas gerava efeitos obrigacionais.

Os tribunais não reconheciam qualquer direito à concubina quando da dissolução da sociedade conjugal, baseado, justamente, nessa imoralidade que recaía sobre essas uniões. Pouco a pouco foi-se desvinculando a imoralidade do concubinato.

Com efeito, o STF passou a admitir expressamente a possibilidade de partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, uma vez provada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, nos termos da Súmula 380.

Súmula nº 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Embora houvesse diferenciação legal entre filho havidos dentro do matrimônio (legítimos) e havidos fora do matrimônio (ilegítimos), existia

proteção jurídica a fim de garantir direitos aos filhos ilegítimos, nos exatos termos do artigo 363, do revogado Código Civil.

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

3.1 Evolução legislativa

Apesar da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar não ser o objeto principal deste trabalho, é importante tecer algumas considerações a respeito do lineamento histórico da evolução legislativa, e também por parte da Suprema Corte, que conferiu, gradativamente, direitos ao companheiro.

Apesar das semelhanças com as condições do cônjuge, por diversas vezes é difícil harmonizar efeitos da união estável com efeitos do casamento. Falhas formais foram e ainda são paulatinamente corrigidas, principalmente pelos tribunais, haja vista que a lei não se adianta aos fenômenos sociais, mas sim surgem a partir dos anseios da sociedade. Foi assim com a união estável entre homem e mulher, e também, mais recentemente, entre pessoas do mesmo sexo.

Os primeiros reconhecimentos dos direitos da companheira vieram a partir das leis previdenciárias. O já revogado Decreto-Lei nº 7.036/1944¹⁴, em seu artigo 21, parágrafo único, incluiu a companheira como beneficiária de indenização no caso do acidente de trabalho resultar morte, *in verbis*:

Art. 21. Quando do acidente resultar a morte, a indenização devida aos beneficiários da vítima corresponderá a uma soma calculada entre o máximo de quatro (4) anos e o mínimo de dois (2) anos da diária do acidentado, e será devida aos beneficiários, de acordo com as seguintes bases:

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou

¹⁴ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 22/jul/2013.

não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carreira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene da manifestação de vontade.

Com o advento da Lei nº 4.069/1962¹⁵, que trata, entre outros temas, das pensões de servidores civis, militares ou autárquicos, permitiu a destinação à pessoa que com ele viva no mínimo há cinco anos, *in verbis*:

Art. 5º É concedido aos pensionistas de civis pagos pelo Tesouro Nacional um aumento correspondente a 40% (quarenta por cento) sobre as respectivas pensões.

§ 3º O servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, poderá destinar a pensão, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que viva sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos, e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

§ 4º Se o servidor tiver filhos, somente poderá destinar à referida beneficiária metade da pensão. Ver tópico (69 documentos).

Também em relação aos servidores civis, militares ou autárquicos, foi aprovada a Lei 4.242/1963¹⁶, permitindo eu o contribuinte separado judicialmente, desde que não tenha obrigação de sustentar sua ex-mulher, abata em sua declaração de imposto de bens e rendimentos os encargos de família de pessoa que com ele viva no mínimo há cinco anos, *in ver bis*:

Art. 44. O servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista, que for desquitado e não responda pelo sustento da esposa, poderá descontar importância igual na declaração do imposto de renda, se houver incluído entre seus beneficiários, na forma do art. 5º da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos.

¹⁵ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 22/jul/2013.

¹⁶ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 22/jul/2013.

Nos anos de 1.963 e 1.964, o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas nº 35 e 380¹⁷, cada uma com as seguintes redações: pela qual regulou o direito da concubina de indenização por acidente de trabalho, desde que não tivesse impedimento para o matrimônio.

Súmula nº 35 - Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Súmula nº 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinas, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A Lei nº 5.890/73¹⁸, alterando a redação do artigo 11 da Lei nº 3.807/60, incluiu a companheira como dependente do segurado, *in verbis*:

Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

Também no ano de 1.973, cite-se, ainda, a Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/1973¹⁹, que possibilita a companheira requerer judicialmente a averbação do sobrenome de seu companheiro em seu registro de nascimento:

¹⁷ Para esta referencia, utilizou-se a versão citada no Vade Mecum , 4ª ed. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Saraiva, 2007, p. 1.683.

¹⁸ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 22/jul/2013.

¹⁹ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 22/jul/2013.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Finalmente, em 1.988, a Constituição Federal, em seu art. 226, §3º, reconheceu a existência de família fora do casamento, ao garantir proteção à união estável, como entidade familiar, *in verbis*:

Art. 226. ...

§ 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.

A partir de então, a legislação infraconstitucional passou a descrever hipóteses nas quais garantia direitos ao convivente, *v. g.*, Lei nº 8.213/1991 (dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social) e Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato).

Logo após foi aprovada a Lei nº 8.971/94, pela qual regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e, em 1.996, a Lei nº 9.278 regulamentou o §3º do artigo 226, da Constituição Federal.

Por fim, o Código Civil de 2002, Parte Especial, Livro IV - Do Direito de Família, Título III - Da União Estável, artigos 1.723 a 1.727, deu tratamento ao tema.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

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

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

3.2 Transformações e a condição atual dos conviventes na sucessão

A Lei nº 8.971/94, em seu artigo 1º, fixava um lapso temporal de pelo menos 5 (cinco) anos para a existência da união estável, mas logo depois, em 1.996, a Lei nº 9.278, retirava do conceito de união estável a necessidade de um período mínimo de convivência.

O artigo 2º da Lei nº 8.971/94²⁰, reconhecia o direito sucessório e o usufruto vidual dos conviventes, ao passo que delineava hipóteses para a participação na herança do companheiro falecido, além da meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, a saber:

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

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

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

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

²⁰ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 11/jul/2013.

Logo em seguida, a Lei nº 9.278/96²¹, reconheceu, sem prejuízo da norma anterior, direito real de habitação, complementando o direito sucessório do convivente sobrevivente, *in verbis*:

Art. 7º ...

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A respeito dos direitos sucessórios conferidos até então ao companheiro sobrevivente, vale a pena transcrever o seguinte trecho, da obra do notável Zeno Veloso²²:

É preciso observar, preliminarmente, que o legislador definiu o direito sucessório entre companheiros à imagem e semelhança do direito sucessório dos cônjuges, consoante estava regulado no Código Civil de 1913, e então em vigor. A aproximação é notória.

Além disso, até esse momento, podia-se afirmar, sem medo de errar, que com fundamento no inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 8.971/94, o companheiro sobrevivente havia sido colocado na *terceira ordem da vocação hereditária*²³.

Tais normas conferiam até uma criticada vantagem ao convivente, ao passo que ele podia cumular o usufruto viual com o direito real de

²¹ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.planalto.gov.br>>, em 18/jul/2013.

²² VELOSO, Zeno, Direito hereditário do cônjuge e do companheiro - São Paulo : Saraiva, 2010, p. 159.

²³ MARX NETO, Edgard Audomar, Sucessão do companheiro In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coords.), Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões, Editora Saraiva, 2011, p. 321.

habitação, o que para o cônjuge sobrevivente era uma alternativa, de acordo com o regime de bens adotado.

Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, a sucessão do companheiro sofreu grandes alterações, sendo algumas consideradas positivas e outras extremamente negativas. Hoje o artigo 1.790, do Código Civil é que regula essa disciplina. Referido artigo já rendeu e ainda rende acirrados debates na comunidade jurídica, uma vez que significa verdadeiro retrocesso aos direitos anteriormente adquiridos, apesar da regulamentação da união estável ser considerada *satisfatória*, relativa aos artigos 1.723 a 1.726, do mesmo Diploma Legal²⁴.

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.

O artigo 1.790, do Código Civil/2002, limita a sucessão dos que optaram por viver em união estável aos bens adquiridos na vigência do enlace, o que demonstra confusão do legislador entre meação e sucessão. Além disso, mencionado artigo coloca o companheiro sobrevivente em posição que não de herdeiro necessário, sendo assim não faz jus à legítima.

²⁴ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 164.

Superada a confusão do *caput* do artigo, nos termos do inciso I, ao concorrer com os descendentes comuns, excluída a meação, ao companheiro sobrevivente é assegurado o direito a uma quota equivalente à de cada um dos descendentes. Caso existam bens adquiridos na constância da união e bens adquiridos antes do período do enlace, a divisão a que se refere o inciso I do artigo 1.790, somente recairá em relação aos primeiros, sendo que os demais serão partilhados somente entre os descendentes.

Aqui, vale transcrever o Enunciado n. 266²⁵, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*:

Aplica-se o inc. I do art. 1.790, também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

Em seguida, o inciso II, da mencionada norma, confere ao companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes apenas do autor da herança, o direito a suceder o equivalente à metade do que couber a cada um daqueles. Igualmente, apenas no tocante aos bens adquiridos durante a união, pois os bens adquiridos pelo *de cujus* em momento que antecedeu a vida em comum serão divididos apenas entre os descendentes do falecido.

Contudo, não há previsão legal para a hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com os filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, chamada de *situação híbrida*²⁶ pela autora Giselda Maria

²⁵ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.jf.jus.br>>, em 18/jul/2013.

²⁶ HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes, Comentários ao Código Civil: do direito das sucessões. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo : Editora Saraiva, 2003, v. 20, p. 59.

Fernandes Novaes Hironaka, que apontou algumas hipóteses: a) considerar todos os filhos como se fossem comuns; b) considerar todos os filhos como sendo exclusivos do falecido; c) atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente (uma em razão da concorrência com os filhos comuns e meia em razão da concorrência com filhos exclusivos); d) subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes comuns e exclusivos.

Hoje, a notável autora adota a chamada “Fórmula Tusa”, criada por Gabriele Tusa, que constitui uma fórmula algébrica de ponderação. Trata-se da aplicação de uma equação que, segundo ensina Maria Berenice Dias²⁷, é a média ponderada que aumenta a participação do companheiro quanto maior for o número de filhos comuns. No caminho inverso, diminui a participação do companheiro na medida em que é maior o número de filhos exclusivos do falecido.

Mas, como já se pode notar, estamos diante de mais uma das muitas divergências doutrinárias na seara do direito sucessório do companheiro. Na opinião da ilustre Professora Maria Helena Diniz²⁸:

Diante desse impasse, ante a lacuna normativa, a solução seria aplicar os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, no nosso entender, o princípio constitucional da igualdade dos filhos (CF, art. 227, §6º), consequentemente, pelo bom senso e prudência objetiva dever-se-á considerar, havendo filhos comuns e exclusivos, o vínculo existente apenas entre eles e o *de cujus*, visto que pleiteiam a herança por ele deixada. Logo serão todos considerados como filhos exclusivos do falecido, para fins de direito sucessório, tendo o companheiro sobrevivente direito à metade do que couber a cada um deles.

²⁷ DIAS, Maria Berenice, ob. cit., p. 176.

²⁸ DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p.147.

Divide da mesma opinião o autor Zeno Veloso²⁹, que justifica da seguinte maneira:

(...) a solução que proponho, tentando remediar a falha do legislador, e enquanto a lei não é reformada (*quousque tandem...?*), pode prejudicar o companheiro sobrevivente – que estaria mais gratificado se o escolhido fosse o inciso I -, mas não desfavorece os descendentes exclusivos do *de cujus*, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda têm a expectativa de herdar deste, enquanto os filhos que teve o falecido em outro relacionamento não têm essa esperança.

Outro entendimento divide a ilustre mestra Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Francisco José Cahali, entre outros. Para estes, como ensina Francisco José Cahali³⁰:

Pela exegese do art. 1.790, concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra ao restringir a concorrência só com filhos comuns. Existindo situação híbrida, pois, enquadra-se a vocação na concorrência *com filhos comuns*, mesmo que nem todos os sucessores tenham esta origem.

Ainda no artigo 1.790, agora inciso III, caso não existam descendentes e ascendentes do falecido, o companheiro sobrevivente concorrerá com outros parentes sucessíveis (colaterais até o 4º grau) . E, por fim, somente na hipótese não haver descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau, é que o companheiro sobrevivente recolherá a

²⁹ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 176.

³⁰ CAHALI, Francisco José, ob. cit., p. 219.

totalidade do acervo hereditário (artigo 1.790, inciso IV). Mais adiante, quando tratarmos da inconstitucionalidade do citado artigo, voltaremos a estes incisos.

Ressalte-se que o convivente, por não ter o *status* de herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do falecido – disposição testamentária.

No que tange ao direito real de habitação, este não veio previsto no novo Estatuto Civilista, ao passo que havia previsão legal no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.278/96. Aqui também há discussão na doutrina se foi proposital o silêncio do legislador ou trata-se de um esquecimento, já que artigo 1.790, que trata da sucessão do companheiro, é considerado para alguns um *desastre*³¹.

Com efeito, muitas foram as alterações trazidas pelo Código Civil de 2.002. Por um lado elevou o cônjuge ao *status* de herdeiro necessário, por outro conferiu ao companheiro posição de herdeiro facultativo em posição retrograda em relação à legislação até então vigente. Para alguns, é notória a desigualdade conferida pelo legislador entre o direito sucessório do companheiro e o direito sucessório do cônjuge.

³¹ VELOSO, Zeno, ob. cit., p.165.

4. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

Percebe-se claramente o tratamento diferenciado do companheiro, na sucessão, em relação à situação do cônjuge supérstite no texto do Código Civil vigente. Após a edição de duas normas - Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96, pelas quais de alguma forma equiparavam-se a situação das famílias oriundas da união estável com a da família advinda do matrimônio, surgiu o novo Código Civil de 2002 disciplinando de modo diferente.

O tema dos direitos hereditários do cônjuge e do companheiro foi brilhantemente abordado pelo ilustre jurista Zeno Veloso³², que afirmou ter sido no mínimo um *desastre* a mudança que o Código Civil de 2002 trouxe aos operadores do Direito.

Além disso, ainda na opinião do festejado autor, outra crítica existe em relação ao local em que a matéria foi tratada. O artigo que prevê a sucessão do companheiro está no Capítulo I – Disposições Gerais, Título I – Da Sucessão em Geral. Com relação a isso ele afirma³³:

A sucessão dos companheiros, por óbvio, não deveria estar aí; tinha de ficar no capítulo que regula a ordem da sucessão hereditária. Estamos diante de uma topografia ilógica.

³² VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 165.

³³ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 166.

Mais a frente, na mesma obra, completa³⁴:

O art. 1.790 merece censura e crítica porque é deficiente e falho em substância, Significa um retrocesso evidente, representa verdadeiro equívoco. Tem alarmado e confundido a doutrina; vem trazendo dúvida e incertezas para os tribunais; é forte elemento para a insegurança jurídica, com seus males formidáveis.

São muitos os juristas que criticam a Legislação Civil, no que tange aos Direitos Sucessórios. Maria Isabel Jesus Costa Canellas afirma³⁵:

O novo Diploma valorizou o casamento como um negócio jurídico especial de Direito de Família, diferenciado da união estável, privilegiando a posição do cônjuge na sucessão legítima e passando a considerá-lo, inclusive, herdeiro necessário, com os ascendentes e descendentes (art. 1.845).

Alguns juristas afirmam que os institutos do casamento e da união foram equiparados diante no comando constitucional; e pela análise dos requisitos de existência e validade dos dois institutos - eficácia similar. Além disso, a equiparação existe por força das disposições contidas no *codex* no que tange às normas que regerão as relações patrimoniais - à divisão do patrimônio, ao direito a alimentos.

Ao analisar o texto do Código Civil vigente, podemos elencar alguns artigos que claramente demonstram essa disparidade de tratamento no que tange aos direitos sucessórios dos companheiros e cônjuges. O artigo 1.829,

³⁴ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 166.

³⁵ CANELLAS, Maria Isabel Jesus Costa, Do direito sucessório dos cônjuges. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.), Novo Código Civil, Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2004, p. 501.

pelo qual o Estado, por meio do legislador civil, para alguns violando previsão constitucional e ferindo os direitos já conquistados pelos companheiros, não confere ao companheiro sobrevivente igualdade de tratamento que recebe o cônjuge supérstite no momento da sucessão.

Outro artigo que traz essa diferenciação é o artigo 1.838. Cuida o dispositivo de outro direito conferido apenas ao cônjuge: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.” Sendo assim, é nítida a diferença de tratamento dada pelo legislador ordinário aos companheiros em relação aos cônjuges, em matéria de sucessão.

Além disso, pelo artigo 1.845, o cônjuge foi inserido no rol dos herdeiros necessários, e assumiu o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária; ao passo que o direito sucessório do companheiro, pelo novo Código Civil de 2002, na opinião de alguns, codificou um verdadeiro retrocesso, se comparado com a legislação anterior.

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

4.1 Companheiro como herdeiro necessário

Diferentemente dos direitos sucessórios garantidos ao cônjuge supérstite, ocupante da terceira classe de herdeiros na ordem de vocação hereditária (artigo 1.845, do CC/2002), ao companheiro não é garantida a herança em sua totalidade se houver algum parente colateral do falecido até o quarto grau. O Diploma Civil vigente resguarda, de maneira especial, o direito do cônjuge, com prerrogativas que não são garantidas aos companheiros. Assim, o legislador colocou o companheiro supérstite em quarto lugar na ordem dos chamados a suceder, após os parentes colaterais, ou seja, o companheiro passou a ser herdeiro em última classe.

Para os que defendem a equiparação dos institutos do casamento e união estável pela Constituição Federal de 1.988, a inclusão do cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários deve ser aplicada ao companheiro, pois em todos os aspectos cônjuges e companheiros devam ser tratados da mesma maneira.

A inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários é defendida por alguns, como Caio Mario da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Berenice Dias³⁶, esta última tece as seguintes considerações a este respeito em sua obra:

Injustificável a omissão da lei ao não inserir o companheiro sobrevivente na ordem da vocação hereditária. Reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar, desfrutam os conviventes do mesmo *status* que os cônjuges.

³⁶ DIAS, Maria Berenice, ob.cit., p. 138/139.

Esse tratamento provoca controvérsias, principalmente diante do entendimento de que o companheiro só herda pequena parte do patrimônio que contribuiu para acumular, ou até do patrimônio que tenha sido adquirido somente por ele na vigência da união. Já o patrimônio exclusivo do falecido transmite-se integralmente para os colaterais, na hipótese de ausência de descendentes e ascendentes.

Exemplificando uma hipótese em que pode ocorrer iniquidade em razão do tratamento conferido aos companheiros na sucessão: um casal que vive em união estável. O companheiro, proprietário de imóveis, todos adquiridos antes do início do enlace, falece sem deixar descendentes tampouco ascendentes. Caso os companheiros tivessem optado pelo casamento, independente do regime de bens adotado, diante da inexistência de descendentes e ascendentes do falecido, a companheira sobrevivente (no caso, a então esposa) seria chamada a herdar todo patrimônio. Mas como eles não se casaram, essa senhora que dedicou anos de vida ao relacionamento, não terá direito à herança do falecido e, pior, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (parentes distantes), ou na ausência destes, a herança será considerada jacente e tão logo declarada vacante.

Para os que defendem a igualdade de direitos hereditários aos casados e aos que vivem em união estável, a *presunção de afeto* não foi observada pelo legislador no momento em que não elencou como herdeiro necessário o companheiro sobrevivente.

4.2 Inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC/2002

O artigo 1.790 regula os direitos sucessórios dos que vivem em união estável e, certamente, referido artigo é um dos que mais trava embates na doutrina e jurisprudência pois, para alguns, é discriminatória a sucessão legítima entre os companheiros quando comparada com a sucessão entre os cônjuges, enquanto que para outros há sim uma coerência com a norma Constitucional. Críticas existem também no tocante ao legislador ter cuidado da sucessão dos companheiros em um único artigo.

Todas as críticas confirmam o retrocesso na evolução social experimentada pelo país até a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Enfim, a diferenciação para fins sucessórios de participantes de instituições – casamento e união estável - que se encontram em posição similar.

Referido artigo limita a sucessão dos que optaram por viver em união estável aos bens adquiridos na vigência da união. Parte da doutrina critica o *caput* desse artigo em razão da confusão que o legislador fez entre *meação* e *sucessão*. Os bens adquiridos na constância do enlace representam os aquestos, os quais o companheiro já possui o direito à *meação*, em razão do regime de bens que a lei confere à união estável - *comunhão parcial*, salvo contrato escrito (artigo 1.725, do Código Civil).

Além disso, como já mencionado, críticas foram lançadas ao inciso I do artigo 1.790³⁷, solucionadas pelo Enunciado n. 266³⁸, aprovado na III

³⁷ **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; (...).

Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, norteou o equívoco cometido pelo legislador ao mencionar filhos ao invés de descendentes no texto legal.

Mais a frente, o inciso II³⁹, do mesmo artigo, é muito discutido na comunidade jurídica, como se verá a seguir. Alguns defendem a inconstitucionalidade do referido inciso por entenderem que ele confere aos companheiros tratamento amplamente mais favorável do que aos cônjuges, pois o companheiro herda, além de receber eventual meação, em desvantagem ao cônjuge que apenas concorre aos bens da herança (com descendentes e ascendentes) quando não possuir direito à meação, ou se o regime de bens adotado não for o da separação obrigatória.

Logo após, em relação aos incisos III e IV, parte da doutrina entende que ao companheiro é assegurado todos os bens que compõem o acervo do *de cujus* (em concorrência com *outros parentes sucessíveis* ou *não havendo parentes sucessíveis*), desconectando-se os incisos do *caput*.

Enfim, deve ser aceita a aludida discriminação diante da suposta isonomia assegurada pelo texto constitucional entre união estável e casamento? Diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como diante do conceito de equidade?

³⁸ Enunciado n. 266, na III Jornada de Direito Civil: Aplica-se o inc. I do art. 1.790, também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

³⁹ **Art. 1.790.** (...)

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

Há Projetos de Lei tramitando na Câmara dos Deputados e no Senado com vistas a alterações no Capítulo das Sucessões do Código Civil, objetivando corrigir erros e introduzir ajustes. Um Exemplo é o Projeto de Lei 508/2007 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (ANEXO III) em trâmite na Câmara, que aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde Julho de 2011. No referido projeto de lei se pretende dar melhor contorno ao artigo 1.829, incluindo nele os companheiros, ao lado dos cônjuges; revogar o artigo 1.790; e excluir o cônjuge sobrevivente do rol dos herdeiros necessários.

Para os que defendem a igualdade dos direitos hereditários entre cônjuges e companheiros, uma das justificativas é a de que a lei infraconstitucional (CC/2002) deve se submeter à Constituição Federal, não esta se render àquela. Entendem que o comando constitucional do § 3º, do artigo 226, da CF, basta para lhe submeter todo o ordenamento jurídico.

E mais, defendem também que as famílias assentadas na união estável ou no casamento são idênticas em relação aos vínculos de afeto, solidariedade e respeito. A diferenciação entre elas se dá pelo modo de sua formação, pois se optarem os nubentes pelo casamento, a estes é conferida maior segurança jurídica em termos de prova do enlace, regime de bens e data da constituição. Contudo, vale dizer, a lei não pode tornar indigna a família constituída pela união estável, pois forçaria os companheiros a se casarem.

Aduzem ainda que, em evidente violação à previsão constitucional, que para fins de atribuição de proteção Estatal equiparou o casamento à união estável, o legislador civil acabou por conceder à primeira maior proteção do que à segunda espécie de entidade familiar. Sendo assim, o respeito dos que vivem em união estável continua a sofrer diminuição

perante terceiros, principalmente em relação aos parentes colaterais do falecido.

Para essa parte da doutrina, devem ser aplicadas à sucessão do companheiro supérstite as regras destinadas a princípio à sucessão do cônjuge como, por exemplo, o artigo 1.829 - trata da ordem da vocação hereditária e o artigo 1.845 - atribuiu ao cônjuge a qualidade de legitimário; e concluem que os preceitos aplicam-se, igualmente, tanto ao cônjuge quanto ao companheiro pelo fato de que as entidades familiares foram equiparadas pela Constituição Federal, principalmente quanto aos direitos de seus integrantes.

A norma contida no *caput* do artigo 1.790 (companheiro só tem direito à parte dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável), nas condições do inciso III (se concorrer com outros parentes sucessíveis), traz à discussão do por que um primo, um tio-avó ou um sobrinho-neto deva ter preferência àquela pessoa com quem o falecido compartilhou sua vida.

Aqui vale transcrever um trecho da obra de Zeno Veloso⁴⁰:

Essa restrição da incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse.

⁴⁰ VELOSO, Zeno, ob. cit., 173.

Nesse sentido ressalta Maria Isabel Jesus Costa Canellas⁴¹, com remissão a Silvio Rodrigues:

(...) adverte que, no caso deste inciso, “o correto, como já fazia a Lei nº 8.971/94, artigo 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos herdeiros colaterais, na sucessão do *de cujus*”.

Para essa parte da doutrina, há de se reconhecer a posição do companheiro antes dos colaterais para que se dê ao inciso acima citado uma interpretação em harmonia com a Constituição, pois esta privilegia o núcleo familiar, seja ele constituído pelo casamento, pela união estável, ou pela chamada família monoparental; e os parentes colaterais não estão inseridos no núcleo familiar.

A alegada afronta, para os que a sustentam, diz respeito apenas aos incisos III e IV, do artigo 1.790, e não a todo o artigo. Nesse sentido, foi acolhido, no Superior Tribunal de Justiça, o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1790 – REsp 1.135.354/PB, registro 2009/0160051-5 (ANEXO IV).

O acórdão, de relatoria do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, acolheu o incidente suscitado no seguinte caso: o *de cujus* deixou companheira com quem vivera em união estável por vinte e seis anos. A decisão proferida nos autos do inventário determinou que a inventariante nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis, sob a égide do artigo 1.790, do Código Civil de 2002 – “somente será tido como único sucessor quando não houver parentes sucessíveis”, o que inclui os parentes colaterais, alterando nesse ponto o art. 2º da Lei 8.971/94, que o

⁴¹ CANELLAS, Maria Isabel Jesus Costa, ob. cit., p.516.

contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de ascendentes e descendentes”.

Inconformada, a inventariante interpôs agravo de instrumento, alegando ser herdeira universal, uma vez que o artigo 1.790, do referido diploma legal, é inconstitucional, por afronta ao artigo 226, §3º, da CF. Além disso, alega que o citado artigo deve ser interpretado sistematicamente com o artigo 1.829, do CC/2002, pelo qual é conferido ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Contudo, ao referido agravo de instrumento foi negado provimento, com fundamento na alteração da Lei 8.971/94, e ab-rogação tácita com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Houve a interposição de recurso especial (com base nas alíneas “a” e “c”, do artigo 105, III, da CF), sob a alegação de má aplicação do artigo 1790, do Código Civil de 2002, e Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96; com o pleito de afastamento dos parentes colaterais do falecido, bem como o deferimento à companheira da totalidade da herança.

No voto do relator, o Ministro Luis Felipe Salomão⁴², criticou a obrigatoriedade da concorrência da companheira com irmãos e até outros parentes distantes do *de cujus*, e citou as três linhas de raciocínio que baseiam a doutrina, *in verbis*:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

⁴² Acórdão AI no REsp nº 1.135.354/PB. Versão baixada da Internet, no site <<http://www.stj.jus.br>>, em 2/09/2013, p.6.

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do *de cujus* com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* ("na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Apesar do parecer do Ministério Público Federal favorável à proclamação, no caso concreto, da inconstitucionalidade do artigo 1.790, III e IV, do Código Civil de 2002, para que fosse afastada a exigência da nomeação e qualificação de todos os parentes colaterais até o quarto grau do companheiro falecido; foi negado seguimento ao recurso especial pois os Ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam, por maioria de votos, que o recurso próprio para a declaração de inconstitucionalidade é o extraordinário, competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, a Corte Especial não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Além do acima citado incidente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo também julgou o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000 (9ª Câmara de Direito Privado) (ANEXO V), no qual o relator Desembargador Cauduro Padin em seu voto afirma que a norma não é inconstitucional por tratar de formar

diferente as entidades familiares, haja vista que diante de regramento diversos “os interessados poderão analisar a convivência de optar pelo casamento ou permanecer em união estável”.

Apesar das diversas decisões acerca da aplicação do artigo 1.790, do Código Civil de 2002, a hermenêutica não se esgota no trabalho da jurisprudência. Não se pode aceitar toda e qualquer decisão como plena expressão do sentido da lei, enquanto aguarda-se que a inconstitucionalidade seja levada ao Supremo Tribunal Federal.

4.3 Direito real de habitação na união estável

O Código Civil de 2002 traz no artigo 1.831 o direito real de habitação estendendo-o a qualquer regime de bens. Além disso, o diploma civil de 2002 excluiu do texto a condição de estar vivo o cônjuge supérstite (“enquanto viver e permanecer viúvo”), obviamente por só existir o direito real de habitação enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte. Isso porque, são aplicadas as regras relativas ao usufruto ao direito real de habitação.

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Já em relação à exigência da viúves, esta é defendida por muitos diante do caráter assistencial do instituto, bem como do caráter alimentar implícito no direito real de habitação. Defendem não ser adequado que o imóvel permaneça gravado, prejudicando os herdeiros em benefício do cônjuge que já se casou.

Afirma Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi⁴³:

Entendemos, todavia, em que pese um direito exclusivo do cônjuge em detrimento dos demais herdeiros, que a permanência da viuvez como pressuposto para o exercício do direito real de

⁴³ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro, ob. cit., p. 200.

habitação é imprescindível, dado o caráter alimentar que está em seu conteúdo, isso em consonância com os outros dispositivos legais acerca da perda de alimentos, em razão de casamento ou união estável, sem prejuízo da titularidade e domínio que possam incidir sobre o patrimônio deixado pelo *de cujus*.

Mesma opinião é defendida por Zeno Veloso⁴⁴:

Porém, não há razão para que esse favor legal seja mantido se o cônjuge sobrevivente constituir nova família. O cônjuge já aparece bastante beneficiado no Código Civil. Não é justo que ainda continue exercendo o direito real de habitação sobre imóvel que residia com o falecido se veio a fundar nova família, mormente se o referido bem era o único daquela natureza existente no espólio. O interesse dos parentes do *de cujus* deve, também, ser observado.

Com efeito, o direito real de habitação não foi expressamente previsto para o companheiro no Código Civil de 2002, o que traz discussões se a ele deve ser conferido tal direito.

Diante da falta de previsão expressa no artigo 1790, do Código Civil de 2002, deferentemente do que entende Zeno Veloso⁴⁵, é possível atribuir ao companheiro o direito real de habitação, por uma: a equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro; ou por duas: ainda está em vigência o artigo 7º da Lei 9.278/96.

Alerte-se que o art. 1.790 não menciona o direito real de habitação, podendo-se concluir que o legislador não quis conferir tal benefício aos companheiros. Parece, mesmo, que o Código Civil pretendeu regular e, embora de forma muito criticável, regulou inteiramente a questão da sucessão entre os que vivem em união estável, pelo que a falta do direito real de habitação está dentro do espírito da lei, não se trata de um esquecimento, de uma lacuna, mas de um “silêncio eloquente”, de uma exclusão pensada e deliberada.

⁴⁴ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 90.

⁴⁵ VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 162.

Sendo assim, a fim de evitar injustiças, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, o enunciado n. 117⁴⁶, *in verbis*:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo 6º, *caput*, da CF/88.

⁴⁶ Versão baixada da Internet, no site <<http://www.jf.jus.br>>, em 26/jul/2013.

5. CONCLUSÃO

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que as regras introduzidas pelo Código Civil de 2002 referentes à sucessão do cônjuge e do companheiro compreendam um dos pontos mais polêmicos e discutidos de toda a questão do direito sucessório. Talvez uma das principais seja a modificação da situação do cônjuge que assumiu lugar em destaque, ao ser elevado à categoria de herdeiro necessário e passou a concorrer com descendentes e ascendentes.

Essa importante alteração na ordem da vocação hereditária, que trouxe consequências à almejada igualdade de direitos entre as entidades familiares, rendeu e ainda rende acirrados debates na comunidade jurídica, havendo correntes doutrinárias que concedem à lei jurídica este caráter absoluto de criação do discurso jurídico, enquanto outras pugnam pela autonomia produtiva de discurso da jurisprudência, com fundamento na não violação aos princípios constitucionais, tal qual o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, bem como o da vedação ao retrocesso, uma vez que, para essa corrente, o companheiro recebeu um tratamento discriminatório em relação à sucessão do cônjuge.

O objetivo deste trabalho foi apontar os avanços e os retrocessos no plano sucessório, relativamente ao cônjuge e ao companheiro. Apresentar as correntes doutrinárias e seus defensores, bem como algumas decisões emblemáticas que se tornaram paradigmas para os debates jurídicos.

Essa série de dúvidas e questionamentos sempre fará parte do Direito. É papel do jurista esclarecer as situações codificadas pelo legislador que muitas vezes falta com coerência lógica ao legislar.

Seja como for, para a resolução dos litígios jurídicos, é necessário atividade interpretativa por parte do jurista, que se socorre nos modelos de interpretação que lhe são conferidos pela hermenêutica, tendo por parâmetros a Constituição Federal, as Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os Princípios Fundamentais de Direito.

Assim, parece que a melhor técnica legislativa deveria primar pela harmonia do ordenamento jurídico, tendo como ponto de partida as regras e princípios advindos da Constituição Federal, que deveriam servir de vetor para a criação das normas infraconstitucionais, facilitando assim a tarefa do interprete e evitando fenômenos indesejáveis, tais como antinomias jurídicas, presente no caso em debate.

BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Francisco José. Direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Direito das Sucessões / coordenação Christiano Cassettari; Márcia Maria Menin. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil ; 8 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka).

CANELLAS, Maria Isabel Jesus Costa. Novo Código Civil, interfaces no ordenamento jurídico brasileiro / coordenadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Belo Horizonte : Editora DelRey, 2004.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente : de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ? Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. – São Paulo : Editora Letras Jurídicas : 2004.

DELGADO, Mário Luiz. Novo Código Civil, Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões, vol. 3 – São Paulo : Editora Método.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões / Maria Berenice Dias. 2 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 6º volume : direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 21. ed. ver. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. – São Paulo : Saraiva, 2007.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Curso de direito civil: direito das sucessões / Jorge Shiguemitsu Fujita. – 2ª ed. atual. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, Ano 9, n.18, julho-dezembro, 2006.

GOZZO, Débora. Principais Controvérsias no Novo Código Civil / coordenação Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves, Miguel Reale. – São Paulo : Saraiva, 2006.

HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: do direito das sucessões. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo : Editora Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões / Senise Lisboa, Roberto. - 5ª ed. reform. – São Paulo : Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coords.), Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões, Editora Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões vol. 6, 7ª ed., rev. e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões, 4ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 7, direito das sucessões, 23ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. FAMÍLIA E SUCESSÕES: “Controvérsias sobre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro”, Revista do Advogado nº 112, Junho de 2.011.

VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro - São Paulo : Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil : direito de família ? Sílvio de Salvo Venosa. – 5. Ed. – São Paulo : Atlas, 2005. – (Coleção direito civil; v. 6).

WALD, Arnoldo. Direito civil : direito das sucessões, vol. 6 / Arnoldo Wald. – 14 ed. reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

RELATOR : MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
ADVOGADO : PEDRO DE CARVALHO LINS
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)
GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.

1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do Ministro Fernando Gonçalves, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, acompanhando os votos dos Ministros Carlos Fernando Mathias (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), Relator, e Luiz Felipe Salomão, divergindo do voto do Ministro João Otávio de Noronha que dele não conhecia, por maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Vencido o Ministro João Otávio de Noronha. Os Ministros Fernando Gonçalves e Luis Felipe Salomão votaram com o Ministro Relator. Não participou do julgamento o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Brasília, 1º de outubro de 2009. (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator p/acórdão

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

RELATOR : MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ
FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS -
ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : JORGE IBRAIN SALLUH E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS
(JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo ESPÓLIO DE PAULO MARTINS FILHO, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Carta Maior, em face de acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil; 1647, inciso I, 1687, 1969 e 2039 do vigente Código Civil Brasileiro; e 535 do Código de Processo Civil.

Noticiam os autos que PAULO MARTINS FILHO e MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS, contraíram matrimônio sob o regime de separação total de bens, fazendo-o de acordo com a legislação à época vigente por meio de pacto antenupcial lavrado em maio de 1950, no qual ficou expressamente convencionado entre os nubentes o que se segue:

"que se achando contratados para casar resolveram que o seu casamento se regerá pela completa separação de bens; que assim todos os bens presentes e futuros pertencerão como próprios e serão incomunicáveis; bem assim o rendimento de tais bens, podendo cada um dos outorgantes e reciprocamente outorgados livremente dispor dos seus bens e rendimentos sem intervenção do outro e como lhe aprouver, mantendo cada um dos outorgantes e reciprocamente outorgados a exclusiva autoridade de administração, usar e dispor de seus bens a seu livre arbítrio." (fls. 139)

Superior Tribunal de Justiça

Em 25.06.2001, PAULO MARTINS FILHO lavrou testamento público, dispondo da totalidade de seu patrimônio, deixando como seu único herdeiro seu sobrinho ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO, vindo a falecer em 26.05.2004.

Em 25.06.2004, o testamenteiro nomeado requereu a abertura da sucessão do varão, apresentando seu testamento junto ao Juízo da 5.^a Vara de Órfãos da cidade do Rio de Janeiro para o devido registro arquivamento e cumprimento, sendo sua execução ordenada por decisão datada de 04.08.2004.

Em 05.09.2004, quase quatro meses após o óbito de seu esposo, veio a falecer MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS. Abriu-se, assim, a sucessão da mesma, em ação processada junto à 2.^a Vara de Órfãos e Sucessões, na qual encontram-se habilitados onze sobrinhos seus, filhos de seus irmãos já falecidos.

Assim é que, nos autos do inventário de PAULO MARTINS FILHO, o espólio de MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS, formulou o pedido de habilitação que deu origem à controvérsia que se põe à apreciação desta Corte Superior, sustentando, em síntese, que, nos termos do art. 1.845 do vigente Código Civil, a despeito da disposição de vontade do testador, haveria de ser reservada a legítima à sua esposa na condição de herdeira necessária, vez que já falecidos os ascendentes e inexistentes descendentes do testador.

O juízo singular indeferiu o pedido de habilitação formulado, o que ensejou a interposição do agravo de instrumento de que trata o art. 522 do CPC por parte do espólio de MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS.

A Segunda Câmara Cível do Eg. TJ/RJ, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário. Habilitação do espólio do cônjuge-virago no inventário dos bens do cônjuge varão pré-morto, tendo sido casados sob o regime de separação total e tendo o varão lavrado testamento, destinando todo o seu patrimônio a um sobrinho. Casamento e testamento anteriores ao Código Civil de 2002; óbitos em 2004. Conflito intertemporal de normas: segundo o CC/16, a

mulher nada herdaria em face do testamentário; sob o CC/02, o cônjuge sobrevivente é equiparado a herdeiro necessário, fazendo jus à meação. Prevalência do regime da lei nova, por força do disposto no art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil e dos arts. 2.041 e 2.042 da lei nova. Lição de Carlos Maximiliano. Provimento do recurso." (fls. 603-apenso)

Na ocasião, ficou assim fundamentado o voto condutor do referido julgado:

"(...) A disputa está, pois, em se estabelecer a qual norma se submete a lide, sabendo-se que o casamento e o testamento ocorreram na vigência do CC/16, mas os óbitos, sucessivos, e deram sob o regime da Lei nova (26.05.04, o do varão; 05.09.04, o da mulher).

Aplicada a regra de direito intertemporal - tais o objeto próprio e a utilidade da Lei de Introdução ao Código Civil -, dúvida não pode subsistir quanto a aplicar-se a lei nova, desde que 'expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior'. Solar que, em face do CC/16, o CC/02 correspondente às três possibilidades, cuidando-se, como se cuida, de direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.

Prevendo, por óbvio, que muitos seriam os casos de testamentos lavrados no regime do CC/16 e óbitos ocorridos na vigência do CC/02, este fez constar duas regras necessárias e suficientes, quais sejam as dos arts. 2.041 e 2.042.

O art. 2.041 estabelece que 'as disposições deste Código relativas à ordem de vocação hereditária (arts. 1.829 e 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior'. Extraem-se dois efeitos: (1.º) todas as demais disposições do CC/02, relativas à sucessão, vale dizer, os arts. 1.845 e seguintes, podem, conforme

o caso, ser aplicadas também às sucessões abertas antes da vigência da nova lei; (2.º) no caso, abriu-se a sucessão em 2004, já, portanto, na vigência do CC/02, descabendo manter-se o regime do CC/16, desde que atendidos os preceptivos da lei que o revogou.

(...) O art. 2.042 manda aplicar o disposto no caput do art. 1.848 - que proíbe o testador de estabelecer, entre outras, cláusula de incomunicabilidade sobre os bens da legítima - quando a sucessão se abrir um ano após a entrada em vigor do CC/02, 'ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior', com a consequência expressa de que se, nesse prazo, 'o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição'.

O art. 2.042 do CC/02 fixou tal prazo porque, além dele, incide o novo regime. Ora, o varão faleceu aos 26.05.2004, ou seja, mais de ano depois de janeiro de 2003, quando passou a vigor o CC/02, e nada aditou ao testamento. Segue-se que as disposições deste passaram a obedecer às normas do CC/02. E estas traçam limite objetivo à liberdade do testador - 'A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento' (art. 1.857, § 1.º). Também por esse motivo, o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro necessário, faz jus à metade dos bens destinados ao testamenteiro, por isto que, no caso, aos herdeiros daquele se deve franquear a habilitação pretendida." (fls. 610/612-apenso)

Em face do julgado, opôs o ora recorrente embargos de declaração, suscitando a inaplicabilidade à hipótese do art. 1.845 do Código Civil, por ofensa ao princípio legal e constitucional de respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Referidos embargos foram rejeitados à unanimidade, esclarecendo a Corte *a quo*, que a questão constitucional suscitada já fora objeto de apreciação quando do julgamento de agravo de instrumento distinto, manejado pelo próprio embargante e autuado sob o n.º 2007.002.08178, a que se negou provimento também à unanimidade.

Superior Tribunal de Justiça

Ainda irresignado com o teor do v. Acórdão prolatado, interpôs o ESPÓLIO DE PAULO MARTINS FILHO o recurso especial que ora se apresenta, aduzindo, preliminarmente, que o agravo de instrumento que ensejou a prolação do julgado impugnado sequer se fazia merecedor de conhecimento, vez que, em suas razões, o então agravante não teria impugnado, especificamente, todos os fundamentos essenciais da decisão singular atacada, em especial ao referente à escorreita exegese do art. 2.039 do CC/02.

No mérito, afirma que o art. 1.845 do Código Civil, ao incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários implicaria em ofensa cabal a atos jurídicos perfeitos e acabados, ofendendo, assim, o art. 5.º, XXXVI, da Carta Maior e o art. 6.º, §§ 1.º e 2º da LICC. Sustenta, assim, que *"jamais poderá ser considerado herdeiro necessário justamente aquele cônjuge que foi casado pelo regime da completa e absoluta separação convencional de bens"* (fls. 751)

Aduz, ainda, que o art. 1.845 do CC/02 se revela incompatível com os arts. 1.647 e 1.687 daquele mesmo diploma legal, porquanto os mesmos conferem total liberdade de administração e disposição do patrimônio ao cônjuge casado através do regime de total separação convencional de bens.

Assevera que *"não há como se admitir que a lei nova, advinda muito tempo depois do pacto antenupcial e do próprio testamento deixado pelo varão, venha a atingir tais atos jurídicos perfeitos, tornando sem efeito as vontades dos cônjuges, transformando-os em herdeiros necessários um do outro e impondo-lhes, em razão disto, restrições quanto à disposição da totalidade de seu patrimônio pela via testamentária"* (fls. 759) e, acerca do tema, conclui que *"somente para os destinatários do testamento este somente se tornará um ato jurídico perfeito e acabado após a morte do testador. Contudo, para o próprio testador, suas disposições de última vontade, desde que feitas de acordo com a legislação em vigência na época em que foi outorgado e assinado, são imutáveis após seu falecimento, e jamais poderão ser alterados pela lei nova"* (fls. 767)

Aduz, também, divergência jurisprudencial, colacionando aos autos ementa de julgado oriundo do Eg. TJ/RS que, em caso análogo ao que se apresenta, teria esposado entendimento diverso.

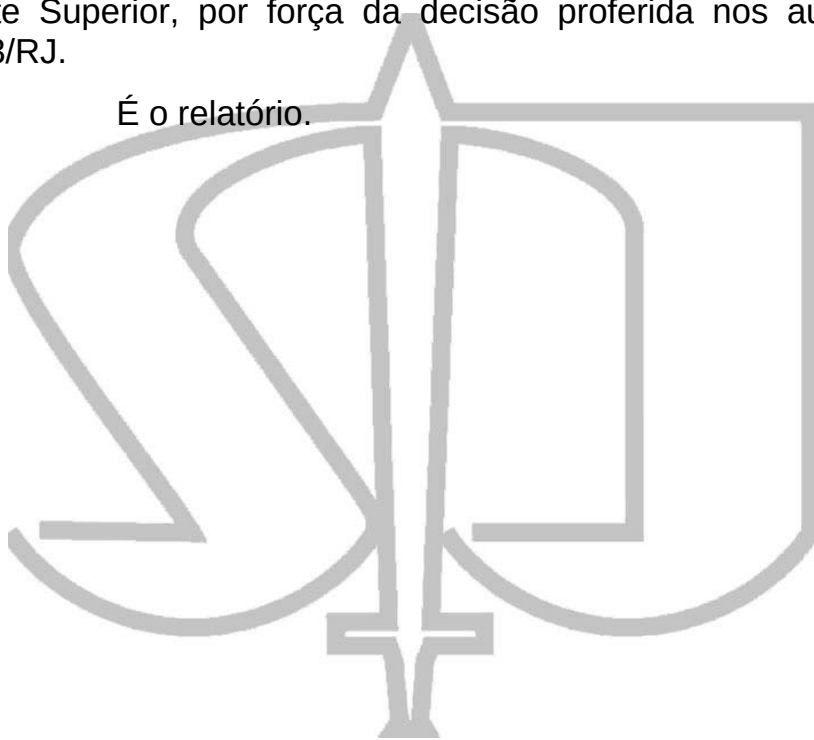
Por fim, aponta o recorrente ofensa ao art. 535 do CPC, afirmando omissa o acórdão exarado na origem, em sede de embargos de declaração, por não ter dirimido a controvérsia à luz da suscitada ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 1.845 do CPC.

O agravado apresentou suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 787/791), pugnando pela inadmissão do mesmo, posto ser a questão central do apelo - relativa à ofensa a ato jurídico perfeito - de índole

eminentemente constitucional, bem como pelo fato de não ter sido referido tema objeto de prequestionamento. No que se refere à apontada ofensa ao art. 535 do CPC, afirma o recorrido ser indevida a alegação, mesmo porque teria a Corte de origem deixado expresso que a questão constitucional suscitada não seria apreciada naquele momento por já ter sido objeto de análise em agravo de instrumento diverso, manejado pelo próprio embargante, ora recorrente.

Na origem, em exame de prelibação (fls. 622/630-apenso), recebeu o recurso especial, bem como ocorreu com o extraordinário (fls. 682/725), crivo negativo de admissibilidade, ascendendo, assim, o primeiro, à esta Corte Superior, por força da decisão proferida nos autos do AG n.º 1.009.753/RJ.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

RELATOR : MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ
FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS -
ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : JORGE IBRAIN SALLUH E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DIREITO SUCESSÓRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. ART. 1845 DO CPC. REGIME MATRIMONIAL DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. TESTAMENTO ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO CIVIL. DISPOSIÇÃO SOBRE A INTEGRALIDADE DOS BENS. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PROTEÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. VONTADE DO TESTADOR QUE MERECE SER RESPEITADA, *IN CASU*.

1. Não se verifica violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, de forma fundamentada e objetiva, as questões relevantes para o desate da lide.

2. A alteração engendrada na norma civil, alçando o cônjuge supérstite à condição de herdeiro necessário (art. 1845), tem o escopo de protegê-lo nas hipóteses em que desprovido o mesmo do recebimento de eventual meação advinda do regime matrimonial adotado.

3. *In casu*, porém, consoante se infere dos autos após o falecimento de seu esposo, optou o cônjuge sobrevivente por não habilitar-se no inventário dos bens do mesmo, respeitando, assim, último ato de vontade deste, inserto no testamento que lavrara no ano de 2001.

4. Assim, a despeito de, via de regra, prevalecer, em matéria de direito sucessório, a lei vigente à época do falecimento, por força do disposto no art. 1.787 do Código Civil, tenho que, excepcionalmente, tendo em vista as

peculiaridades do caso em apreço, em homenagem ao disposto no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da LICC, que assegura respeito ao ato jurídico perfeito, devem ser mantidas hígidas as disposições de última vontade do testador, mesmo porque estas, corroboradas pela ação em vida da cônjuge sobrevivente, cumprem não só o desejo do próprio casal, como estão em consonância com o espírito da norma que estendeu proteção sucessória a pessoa do cônjuge.

5. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS
(JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator):

O dissídio jurisprudencial suscitado encontra-se configurado, bem como encontra-se implicitamente prequestionada a matéria federal inserta nos dispositivos legais apontados pelo ora recorrente como malferidos, o que, somado ao preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe o conhecimento do presente recurso especial.

Consoante o relatado, cinge-se o especial às seguintes alegações: a) violação do art. 6.º, §§ 1.º e 2.º da LICC pela inclusão do cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários promovida pelo art. 1.845 do vigente Código Civil; b) incompatibilidade do art. 1.845 do Código Civil com arts 1.647, 1687, 1969 e 2039 daquele mesmo diploma legal; c) divergência jurisprudencial, ensejadora da abertura da via especial pela alínea "c" do permissivo constitucional; e d) violação do art 535 do CPC, decorrente da omissão da Corte de origem acerca da suscitada ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 1.845 do CPC.

Prima facie, impende destacar que não se vislumbra, na hipótese vertente, a ocorrência da suscitada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Consigne-se que muito embora rejeitando os embargos de declaração opostos pelo ora agravante, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes ao desfecho da lide.

Assim, no tocante à alegada violação do disposto no artigo 535, II, do CPC, o especial não merece provimento, pois a Corte *a quo* analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa, consoante se infere do inteiro teor do aresto ora hostilizado.

Superior Tribunal de Justiça

O dissídio jurisprudencial suscitado encontra-se configurado, bem como encontra-se implicitamente prequestionada a matéria federal inserta nos dispositivos legais apontados pelo ora recorrente como malferidos, o que, somado ao preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe o conhecimento do presente recurso especial

A despeito de ter sido, a questão posta nos autos, analisada pela Corte de origem, quando do julgamento do AI n.º 2007.002.08178-RJ, sob a ótica constitucional, não há óbice a que seja dirimida a controvérsia, nesta Corte Superior à luz da legislação infraconstitucional aplicável à hipótese, máxime por demandar o feito, *in casu*, acurada análise de regras de direito intertemporal aplicáveis à espécie em decorrência da entrada em vigor do novo Código Civil.

Posto isso, cumpre esclarecer que a controvérsia se resume a saber se, o testamento lavrado antes da entrada em vigor por pessoa casada em regime de total separação convencional de bens, firmado em decorrência de pacto antenupcial também celebrado na vigência do código revogado, configura-se em ato jurídico perfeito, impondo respeito às disposições de última vontade do testador que vem a falecer quando da vigência do novel diploma legal.

O testador, como já dito, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, nomeou como herdeiro único da totalidade de seus bens, um sobrinho seu, ante a inexistência de descendentes e ao pré-falecimento de seus ascendentes.

Ocorre que, após o falecimento do testador, bem como de sua esposa, que ocorreu quatro meses após o óbito do primeiro, habilitaram-se os sobrinhos desta última, pretendendo, assim, resguardar a legítima que entendem lhes ser de direito, vez que a novel legislação civil passou a assegurar ao cônjuge supérstite condição de herdeiro necessário.

Antes de mais nada, impõe-se firmar a premissa de que tanto o pacto antenupcial firmado pelos nubentes, PAULO E MERCEDES, como o testamento lavrado por este último, como atos jurídicos perfeitos e acabados que o são, não podem ficar a mercê das alterações legislativas futuras, e isto até sem ser necessário invocar-se a máxima "*tempus regit actum*".

Não se nega, todavia, que a alteração engendrada na norma civil, alçando o cônjuge supérstite à condição de herdeiro necessário, tem justamente o escopo de protegê-lo nas hipóteses em que desprovido o mesmo do recebimento de eventual meação advinda do regime matrimonial adotado.

In casu, porém, a questão que se põe vai além da proteção conferida pelo legislador ao cônjuge sobrevivente.

Superior Tribunal de Justiça

Consoante se infere dos autos, MERCEDES, após o falecimento de seu esposo, optou por não habilitar-se no inventário dos bens do mesmo, respeitando, assim, último ato de vontade deste, inserto no testamento que lavrara no ano de 2001. A proteção legal que lhe era conferida pela lei nova foi, assim, por ato de vontade da própria MERCEDES, posto em segundo plano *sponte propria*, tendo optado a mesma por honrar não só os atos jurídicos perfeitos consubstanciados no pacto antenupcial e no testamento, já mencionados, como por fazer valer a vontade última de seu falecido cônjuge.

Oportuno ressaltar que, a despeito das modernas alterações promovidas pelo Código Civil vigente, em especial no que concerne ao direito sucessório, a livre disposição dos bens, tanto no novel diploma quanto naquele revogado, sempre foi direito assegurado aos casados em regime de separação total de bens, sendo descabido pretender que não pudesse um deles, dispor em testamento da integralidade dos mesmos na vigência de norma que, da forma como estabelecia, não lhe impunha a preservação da legítima, vez que inexistentes naquele momento herdeiros necessários.

É justamente esta a inteligência dos arts. 1.647, 1.687 e 2.039 do Código Civil vigente, apontados pelo recorrente como malferidos, *verbis*:

"Art. 1647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem anuência do outro, exceto no regime de separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;"

"Art. 1687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real."

"Art. 2039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido."

Assim, *in casu*, não há invocar-se que em direito sucessório, a lei vigente à época do falecimento, por força do disposto no art. 1.787 do Código Civil, impondo-se, em homenagem ao disposto no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da LICC e em harmonia com outras disposições pertinentes do Código Civil, tanto o de 1916, quanto o atual, (*verbi gratia*, art. 276 do Código Beviláqua e

arts. 1.647, 1687 e 2.039 do Código Civil atual), que assegura respeito ao ato jurídico perfeito, devem ser mantidas hígidas as disposições de última vontade do testador, mesmo porque estas, corroboradas pela ação em vida da cônjuge sobrevivente, cumprem não só o desejo do próprio casal, como estão em consonância com o espírito da norma que estendeu proteção sucessória a pessoa do cônjuge (Código Civil de 2002, art. 1845).

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial, para restabelecer a decisão do juízo singular, que indeferiu o pedido de habilitação do espólio de MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS no inventário de PAULO MARTINS FILHO.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0029556-0

REsp 1111095 / RJ

Números Origem: 141112007 143822007 20040010678732 20070028195 200713406929 200713514111
200713714382 200800226599 8195

PAUTA: 19/03/2009

JULGADO: 19/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Inventário

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **HUGO NAPOLEÃO**, pela parte RECORRENTE: PAULO MARTINS FILHO

Dr(a). **GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO**, pela parte RECORRIDA: MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Fernando Gonçalves, PEDIU VISTA dos autos, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Aguarda o Sr. Ministro Luís Felipe Salomão.

Superior Tribunal de Justiça

Afirmou suspeição o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 19 de março de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

RELATOR : MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADO : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

A controvérsia constante dos autos decorre dos seguintes fatos:

Paulo Martins Filho, no ano de 1950, casou-se com Mercedes Magdalena Serrador Martins em regime de separação de bens. Do casamento não tiveram filhos.

Em 26 de maio de 2004, aos noventa anos de idade, Paulo faleceu, deixando testamento no qual beneficiou seu sobrinho Aloysio Maria Teixeira Filho, aquinhoando-o com todos os seus bens. Ocorreu que, quatro meses depois, Mercedes também faleceu, e seus bens foram inventariados e partilhados entre 11 sobrinhos, filhos de irmãos já falecidos.

Porém, tais sobrinhos resolveram habilitar-se no espólio de Paulo Martins, sustentando a seguinte tese: Paulo Martins faleceu na vigência do novo Código Civil, que elevou o cônjuge supérstite à categoria de herdeiro necessário. Assim, Mercedes era sua herdeira e, como faleceu depois, entendem que, sendo herdeiros de Mercedes, têm direito à parte da herança de Paulo, tida por legítima.

A habilitação foi julgada improcedente no primeiro grau, mas essa decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com base na interpretação que conferiu aos artigos 2.041 e 2.042 do Código Civil de 2002.

Aviado recurso especial, o Ministro Relator, Carlos Fernando Mathias, deu-lhe

Superior Tribunal de Justiça

provimento, mantendo o ato de vontade perpetrado entre os cônjuges, qual seja: de manter seus patrimônios dissociados nada obstante a nova regra do Código.

Concluiu o i. Relator:

“Consoante se infere dos autos, MERCEDES, após o falecimento de seu esposo, optou por não habilitar-se no inventário dos bens do mesmo, respeitando, assim, último ato de vontade deste, inserto no testamento que lavrara no ano de 2001. A proteção legal que lhe era conferida pela lei nova foi, assim, por ato de vontade da própria MERCEDES, posto em segundo plano *sponte própria*, tendo optado a mesma por honrar não só os atos jurídicos perfeitos consubstanciados no pacto antenupcial e no testamento, já mencionados, como por fazer valer a vontade última de seu falecido cônjuge.”

Pedi vista dos autos para melhor análise e entendo que o acórdão recorrido deve ser mantido.

I

É certo que o casamento de que os autos tratam ocorreu em 1950, na vigência, portanto, do Código Civil de 1916, segundo o qual o cônjuge era apenas meeiro, observadas as disposições relativas ao pacto-antenupcial, cujos termos não encontravam limites (art. 256), exceto nas hipóteses em que era obrigatória a separação de bens. *In casu*, o regime adotado foi o de separação de bens, sendo que o Sr. Paulo optou por deixar os seus ao sobrinho Aloysio.

Ocorre que faleceu quando já vigia o novo Código Civil, de modo que sua esposa sobrevivente, Mercedes, foi elevada à categoria de herdeira necessária.

Então, a questão que se propõe a ser resolvida assenta-se em estabelecer se o ato de disposição de vontade pelos cônjuges – casamento com separação total de bens –, culminado com o ato de última vontade manifestado pelo Sr. Paulo – testamento deixando seus bens ao sobrinho Aloysio –, prevalece em face das novas regras estabelecidas no Código Civil atualmente em vigor e se há vulneração do ato jurídico perfeito.

Entendo que não e, nesse sentido, penso que está correto o acórdão recorrido, data

Superior Tribunal de Justiça

vênia do entendimento do Ministro Relator.

O Código Civil de 2002 foi específico ao estabelecer as regras de direito intertemporal acerca do assunto, dispondo no seu artigo 2.041:

Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior.

Conclui-se que à sucessão aberta antes de 11 de janeiro de 2003 aplicam-se as disposições do código anterior à ordem da vocação hereditária.

In casu, como aferido no acórdão recorrido, "Paulo faleceu aos 26.05.2004 (fls. 35); Mercedes, aos 05.09.2004 (fls. 49). É certo, portanto, que a sucessão foi aberta na vigência do novo Código Civil" (fl. 633).

Pois bem, o cônjuge, na vigência do Código de 1916, observando o artigo 1.603 e incisos, era herdeiro legítimo; regra essa que foi mantida no atual código, conforme o disposto no artigo 1.829 e incisos:

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

A inovação trazida pelo código atual está em que o cônjuge supérstite foi elevado à categoria de herdeiro necessário conforme expressamente previsto no artigo 1.845 (que não encontra dispositivo similar na Código revogado). Observe-se:

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

Nesse ponto, o Ministro relator bem referiu que a alteração engendrada na norma civil, alçando o cônjuge supérstite à condição de herdeiro necessário, teve o escopo de

protegê-lo. Os autores são unânimes nesse sentido; confira-se Eduardo de Oliveira Leite; *in* Comentários ao Novo Código Civil, vol. XXI, 3ª edição, pág. 217:

“A inovação só se justifica pela irresistível intenção de favorecer o cônjuge sobrevivente, participe incontestemente da comunhão de vida e de interesses que caracterizam a sociedade conjugal e que, certamente, não desaparece com a dissolução do casamento.”

Todavia, a lei fez algumas ressalvas no que concerne à concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus*, estabelecendo que não há concorrência, não herdando o cônjuge se: (a) o regime de bens era o de comunhão universal; (b) se de separação obrigatória; e (c) se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Isso se explica porque, na primeira e na última hipóteses, o cônjuge é meeiro do total de bens deixado pelo *de cujus*, já estando devidamente amparado; e, na segunda hipótese, porque é a vontade da lei que fixa que, em determinados casos, não pode haver nenhum tipo de comunhão de bens, mesmo que queiram os nubentes.

Conclui-se daí que o legislador trouxe para as disposições sucessórias algumas regras atinentes ao regime de bens do casamento, instituto este pertencente ao direito de família, extraindo-se dele que: bens particulares constitui o patrimônio pessoal de cada um dos cônjuges, são bens que cada um possui antes do casamento; já os bens comuns são os que passam a pertencer a ambos os cônjuges em razão do regime de casamento.

Importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nessa hipótese, o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes, até porque o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar, (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar.

In casu, não há nenhum tipo de ressalva que tirasse de Mercedes a possibilidade de

herdar. Tinha ela, ao tempo da morte de seu esposo, legitimidade e capacidade de herdar - a lei civil foi alterada conferindo-lhe a posição de herdeira necessária; o casal não deixou descendentes; não tinha seu falecido esposo ascendentes. Assim, em que pese o regime de casamento escolhido por eles ser o de separação de bens, Mercedes, cônjuge supérstite, herda - no que toca à legítima - sem nenhuma concorrência.

Assim, não tenho dúvida alguma de que Mercedes, por ter falecido após seu marido que não deixou descendentes, passou à categoria de herdeira necessária, mesmo diante do pacto antenupcial de regime de separação de bens.

II

Todavia, o caso envolve uma particularidade: o Sr. Paulo deixou testamento beneficiando sobrinho com todos os seus bens; portanto, é a sucessão testamentária que está sendo contestada.

Cabe observar que, em princípio, pode-se dispor por testamento da totalidade ou de parte dos bens para depois da morte, isso se o testador não tiver herdeiros necessários: quais sejam: descendentes, ascendentes e cônjuge.

De fato, o testador, Sr. Paulo, não tinha herdeiros necessários segundo a regra do código revogado, pelo que dispôs livremente da totalidade de seus bens. Todavia, quando a sucessão foi aberta, vigia nova regra e ele passou a ter uma herdeira, sua esposa, a quem precisaria ter deixado parte correspondente a metade da herança, que é a parte indisponível.

Nada obstante essa modificação legislativa ter-se operado depois do casamento, bem como da lavratura do testamento, não há por que falar em violação de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido, pois **as disposições do novo código projetam-se nos testamentos feitos antes da sua vigência, uma vez que a lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder é a vigente ao tempo da abertura da sucessão.** Isso não só pela regra acima indicada, constante do disposto no art. 2.041, como pelo disposto no artigo 1.787, assim exarado:

“Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”

Eduardo de Oliveira Leite, na obra citada acima, pág. 30, comentando o dispositivo, elucida:

“O elemento temporal produz efeitos distintos, quer se trate da sucessão legítima, quer da testamentária.

Com relação à sucessão legítima, a incidência do princípio não abre espaço a qualquer exegese mais favorável: a lei do tempo da abertura da sucessão é que regula todas as questões pertinentes à herança do *de cujus* (salvo, evidentemente, a ocorrência de alguma condição, materializando-se a capacidade para suceder, no momento em que esta se verifica).”

Trata-se de princípio antigo, que constava do Código Civil do 1916, no artigo 1.577, cuja redação era a seguinte:

Art. 1.577. A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.

A capacidade é determinada pela lei; assim, é a lei que vigora no tempo da abertura da sucessão que deve regulá-la.

Darcy Arruda Miranda, ao comentar o artigo acima revogado, indica (Anotações ao Código Civil Brasileiro, 3º volume, 1986, pág. 616):

“11. A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, ou seja, do momento em que o autor da herança vem a falecer, regulando-se essa abertura conforme a lei então em vigor (art. 1.577). Assim se o herdeiro instituído à época em que foi feito o testamento era capaz, mas veio a tornar-se incapaz ao tempo da sucessão, não sucede; **porém, se era incapaz ao ser lavrado o testamento e veio a se tornar capaz por ocasião da abertura da sucessão, sucede**” (destaquei).

O final da citação acima, que destaquei, corresponde exatamente à hipótese versada nos presentes autos, pois a Sra. Mercedes, ao tempo em que feito o testamento era herdeira apenas legítima; contudo, passou a ser herdeira necessária em conformidade com as disposições do novo Código Civil, sendo esta a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Superior Tribunal de Justiça

Os autores atuais, ao elaborarem seus comentários sobre as questões sucessórias, não discrepam da doutrina antiga. Observa-se, por exemplo, que Paulo Nader, sobre a capacidade sucessória, escreve:

"Quanto aos testamentos, estes devem atender aos requisitos formais da lei vigente na data de sua feitura, mas a capacidade para suceder corresponderá à prevista em lei quando da abertura da sucessão, como estabelece o art. 1.787 do Código Civil" (in Curso de Direito Civil - Direito das Sucessões, 2ª edição, págs. 31).

Essa é uma regra básica e antiga que não sofreu quaisquer alterações desde antes do Código Civil de 1916 até a atualidade, não existindo polêmicas acerca da questão que a envolve. Inclusive, em pesquisa de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, encontram-se precedentes acerca do assunto desde a década de cinquenta do século passado. Veja-se:

“A CAPACIDADE PARA SUCEDER É A DO TEMPO DE ABERTURAS DA SUCESSÃO” (RE 26.402, Ministro Afrânio Costa, ADJ, 30.08.1956).

“A CAPACIDADE PARA SUCEDER É A DO TEMPO DA ABERTURA DA SUCESSÃO (CÓDIGO CIVIL, ART. 1.577). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (AI-AgR 45.275, Ministro Amaral Santos, DJ 30.05.1969).

“LEI 883/1949 (ART. 2) – ART. 1577 DO CÓDIGO CIVIL. A CAPACIDADE PARA SUCEDER AFERE-SE QUANDO DA ABERTURA DA SUCESSÃO: NO CASO, A VERIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO DE FILHOS, PARA FINS DE HERANÇA, OBEDECE AOS TERMOS DA LEI 883/1949, ART. 2, VIGENTE NA ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. A SENTENÇA QUE DECLARA ESSA CONDIÇÃO OPERA 'EX TUNC' E NÃO 'EX NUNC'. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO” (RE 103.535, Ministro Oscar Corrêa, DJ 01.02.1985).

Portanto, prevalece a regra de que a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão.

III

Superior Tribunal de Justiça

O recorrente sustenta a tese de que houve ferimento ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, porquanto afirma que o pacto antenupcial e o testamento representam ato de vontade dos nubentes e que isso deveria ser respeitado.

Ocorre que não há por que falar em direito adquirido na presença de uma expectativa de direito, como o de suceder.

O autor citado acima, Paulo Nader, explica:

"Direito adquirido não se confunde com expectativa de direito. Aquele é situação jurídica resguardada pela ordem jurídica, enquanto esta outra figura revela apenas probabilidade de aquisição de direito. Expectativa é apenas o direito em potência, pois depende de algum acontecimento futuro e incerto. É a situação jurídica de alguém que, mantidas as condições existentes, poderá adquirir um direito, como no caso de herança" (obra citada, vol. I, pág. 122).

Continua o autor já se referindo ao conflito de leis sucessórias no tempo:

"As regras aplicáveis à sucessão *ab intestato* são as vigentes à época em que se verificou a morte do titular do patrimônio. Este fato natural constitui a causa determinante da sucessão. Como se destacou anteriormente, sem o evento morte inexistente direito subjetivo à sucessão, apenas expectativa de direito, restando assim inconcebível a aplicação de lei revogada antes do falecimento. Deste modo, Túlio poderia estar beneficiado, de longa data, com a vocação hereditária prevista na lei 'A', todavia, se na data da morte do causante, encontrava-se em vigor a lei 'B', que lhe era menos favorável, não terá argumentos jurídicos para pleitear a aplicação da lei 'A', pois a sua situação jurídica não se encontrava protegida em qualquer hipótese do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (*direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada*). E como se sabe e o próprio *Code Napoleon* proclama: '*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*' (art. 2º)

Aplicando-se o que foi dito à codificação brasileira, tem-se que o óbito havido durante a vigência do Código Beviláqua, por ele a sucessão se orientará; o ocorrido a partir da vigência do Código Reale, a sucessão correspondente será por ele regulada. A capacidade para suceder deve ser aferida no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento em que a morte se verificou" (obra citada, vol. 6, pág. 31).

Portanto, Aloysio Maria Teixeira, herdeiro testamentário, até a morte de testador, tinha apenas uma expectativa de direito de titularidade sobre o patrimônio de seu tio; isso

Superior Tribunal de Justiça

porque, ao tempo em que feito o testamento (apenas para citar duas hipóteses), dependia da morte do testador e da lei vigente à época do óbito.

Contudo, o testador veio a falecer em 26 de maio de 2004, quando já vigiam as regras do novo Código Civil, que incluiu o cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário.

Dessume-se disso tudo que a habilitação do espólio da herdeira necessária no espólio de Paulo Martins não fere nenhum direito adquirido de Aloysio, uma vez que esse não existia.

No que tange ao ato jurídico perfeito, defendido pelo recorrente quanto ao pacto antenupcial e ao testamento, a mesma condição se verifica.

O pacto antenupcial não está sendo questionado. Trata-se de instituto afeto ao direito de família, e não ao de sucessões. Pelo que consta dos autos, foi respeitado integralmente pelos cônjuges, que nada acerca dele demandaram. É, realmente, negócio jurídico perfeito, até porque é instituto abraçado pelo atual Código Civil e nenhuma disposição dele está sendo questionada sob a vertente do direito intertemporal.

Já no que diz respeito ao testamento, há de se observar que nada foi contestado sob o aspecto formal. Quanto ao aspecto material, como afirmado acima, deve-se considerar que é ato de manifestação da vontade sem efeito imediato, ou seja, ele somente produzirá efeitos após a morte do testador; portanto, não é ato alcançado pelo princípio da irretroatividade da lei.

Por outro lado, deve-se considerar que, no tempo em que o testamento foi realizado, em 2001, vigia o Código Civil de 1916, que abraçava, como citado em linhas precedentes, o princípio segundo o qual as regras aplicáveis à sucessão são as vigentes à época em que se verifica a morte do titular do patrimônio, exatamente como previsto no código atual.

Assim, o testador deveria saber que a prevalência de sua vontade dependeria de que a lei vigente não fosse alterada.

Carlos Maximiliano, comenta o seguinte:

“ No Brasil, como em todos os países cultos, em regra é respeitada a autonomia

Superior Tribunal de Justiça

da vontade; a lei dispõe somente para os casos não previstos pelos indivíduos, não resolvidos por estes em atos jurídicos válidos. Há, entretanto, um conjunto de idéias – sociais, políticas, econômicas, morais e até religiosas a cuja conservação a sociedade crê ligada a própria existência. Êsses princípios fundamentais, orgânicos, iniludíveis se sobrepõem às deliberações dos particulares; denominam-se de ordem pública.

Acima da vontade dos indivíduos está o interesse social; e 'leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares' (definição de Portalis); 'as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do Direito' (no conceito de Clóvis Bevilacqua)" (*in* Direitos das Sucessões, 1952, págs. 47/48).

Sendo essa a regra mantida no atual Código Civil e **tendo o ato de disposição de vontade sido efetuado quando também ela vigia**, não há por que falar em violação do ato jurídico perfeito.

Assim, apesar da indignação compreensível do legatário, Aloysio Maria Teixeira Filho, certo que a legítima, **por disposição da lei**, é do espólio de Mercedes Magdalena Serrador Martins.

IV

O Ministro Relator referiu-se a que, após o falecimento do Sr. Paulo, sua esposa Mercedes optou por não habilitar-se no inventário de seus bens, afirmando:

"A proteção legal que lhe era conferida pela lei nova foi, assim, por ato de vontade da própria MERCEDES, posto em segundo plano *sponte propria*, tendo optado a mesma por honrar não só os atos jurídicos perfeitos consubstanciados no pacto antenupcial e no testamento, já mencionados, como por fazer valer a vontade última de seu falecido cônjuge."

Com toda vênia, não corroboro esse entendimento.

O inventário de Paulo foi aberto pelo testamenteiro, Luis Eduardo Tenório, quando o prazo do artigo 983 estava se esgotando. Justificou-se que tanto o cônjuge supérstite, como o legatário, Aloysio, estavam impossibilitados de o fazerem; este porque estava fora da cidade do Rio de Janeiro, e aquela, porque muito idosa, estava sob cuidados médicos. Observe-se:

Superior Tribunal de Justiça

"Ocorre que o cônjuge supérstite - D.MERCEDES, senhora com 90 (noventa) anos de idade (nascida em 17/11/1914), encontra-se profundamente abalada com a morte de seu esposo e sob cuidados médicos em sua residência" (fl. 31).

A presunção de que tal fato era verdadeiro decorre de que, menos de quatro meses depois, a Sra. Mercedes também veio a falecer.

Ora, é de se presumir que uma senhora com mais de noventa anos, debilitada e necessitada de cuidados médicos, e ainda sentido a perda do marido, com quem fora casada por mais de cinquenta anos, não iria se ocupar com habilitação em inventário nenhum. Ademais, não tinha filhos, nem netos, e, portanto, ninguém que pudesse cuidar de seus interesses, já que impossibilitada de fazê-lo por ela mesma.

Os seus sobrinhos, por certo, não iriam cuidar disso, pois se ela viesse a renunciar à herança, não teriam nada a pleitear dos bens de seu falecido esposo, como estão a fazer no presente momento.

Pelo quadro que se apresentava à época, não seria demais concluir que a Sra. Mercedes desconhecesse que deveria renunciar à herança para que o ato de última vontade de seu falecido esposo pudesse ser acatado. Penso que seria preciso abnegação, retidão e um senso de justiça incomum atualmente para que qualquer um de seus sobrinhos tomasse a iniciativa de fazer respeitar o ato de vontade dos esposos, propondo à sua tia que renunciasse ou indicando-lhe essa possibilidade.

Ante este quadro, não creio que se possa falar em renúncia *sponte propria*.

De qualquer forma, o fato é que renúncia não houve, e a legislação estabelece que ela deve ser feita expressamente por escritura pública ou termo judicial. Observe-se:

Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

Confirmam-se comentários de Carlos Roberto Gonçalves:

Superior Tribunal de Justiça

"Dispõe o art. 1.806 do Código Civil que '*a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial*'. Não pode ser tácida, portanto, como sucede com a aceitação. Também não se presume, não podendo ser inferida de simples conjecturas. Tem de resultar de ato positivo e só pode ter lugar mediante *escritura pública* que traduza uma declaração de vontade, ou *termo judicial*. Este é lavrado nos autos do inventário e aquela é simplesmente juntada" (*in* Direito Civil Brasileiro, 3ª edição, pág. 82).

Não se pode, portanto, concluir que a Sra Mercedes tenha renunciado, pois não só não poderia fazê-lo tacitamente, como não há nada que indique ter sido a vontade dela.

V

Vê-se, portanto, que:

- a) segundo disposições do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário;
- b) a capacidade para suceder corresponde à lei em vigor quando da abertura da sucessão;
- c) inexistente direito adquirido de herdar enquanto vivo o autor do patrimônio a ser partilhado;
- d) não houve renúncia à herança pela Sr. Mercedes.

Com base em todo o exposto, e pedindo vênias ao ilustre Relator, **não conheço do recurso especial.**

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0029556-0

REsp 1111095 / RJ

Números Origem: 141112007 143822007 20040010678732 20070028195 200713406929 200713514111
200713714382 200800226599 8195

PAUTA: 12/05/2009

JULGADO: 12/05/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)
GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Inventário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, não conhecendo do recurso especial, PEDIU VISTA dos autos o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.
O Sr. Ministro Fernando Gonçalves votou com o Sr. Ministro Relator.
Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 12 de maio de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária



RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

RELATOR : **MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)
GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. A questão submetida a julgamento é a seguinte:

- Paulo Martins Filho casou-se com Mercedes Magdalena Serrador Martins segundo o regime de separação de bens acordado em pacto antenupcial celebrado em 19 de maio de 1950 e lavrado no 23º Cartório da Cidade do Rio de Janeiro;

- Em 26 de maio de 2001, Paulo Martins Filho lavrou testamento público deixando a totalidade de seus bens para seu sobrinho Aloysio Maria Teixeira Filho, vindo a falecer em 26 de maio de 2004;

- Quatro meses após, dia 5 de setembro de 2004, morreu a sua esposa Mercedes Magdalena Serrador Martins;

- Foi requerida a abertura da sucessão do varão. Em 04 de agosto de 2004 foi prolatada decisão determinando a execução do seu testamento;

- Por sua vez, a sucessão de Maria Magdalena Serrador Martins foi aberta, habilitando-se como herdeiros onze sobrinhos e sobrinhas;

- Como a morte de Paulo Martins Filho ocorreu na vigência do Novo Código Civil, os sobrinhos de Mercedes Magdalena apresentaram pedido de habilitação no espólio de Paulo Martins, sob o argumento de que, nos termos do artigo 1.845 do Novo Código Civil, o cônjuge supérstite erigiu-se à categoria de herdeiro necessário, de forma que, sendo herdeiros de Mercedes Magdalena, têm direito à parte da legítima que lhe caberia.

O pedido de habilitação foi negado.

Interposto agravo de instrumento, o TJRJ proferiu acórdão do seguinte teor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário. Habilitação do espólio do cônjuge-virago no inventário dos bens do cônjuge varão pré-morto, tendo sido casados sob o regime de separação total e tendo o varão lavrado testamento, destinando todo o seu patrimônio a um sobrinho. Casamento e testamento anteriores ao Código Civil de 2002; óbitos em 2004. Conflito intertemporal de norma: segundo o CC/16, a mulher nada herdaria em face do testamentário; sob o CC/02, o cônjuge sobrevivente é equiparado a herdeiro necessário, fazendo jus à meação. Prevalência do regime da lei nova. Lição de Carlos Maximiliano. Provimento do recurso. (fl. 603/apenso).

Irresignado, o Espólio de Paulo Martins interpôs recurso especial sustentando, em suma, a inadmissibilidade do agravo de instrumento e violação ao artigo 6º, §§ 1º e 2º da LICC, além de incompatibilidade entre os artigos 1.845 e 1.647 e 1.687 do mesmo diploma legal.

O eminente Ministro Relator Carlos Fernando Mathias deu provimento ao recurso especial por entender feridos os atos jurídicos perfeitos consubstanciados no pacto antenupcial firmado entre os cônjuges e no testamento lavrado pelo varão, ambos na vigência do Código Civil de 1916.

Pedi vista o ilustre Ministro João Otávio de Noronha e proferiu voto divergente para negar provimento ao apelo nobre, amparado nas seguintes premissas:

- a) segundo disposições do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário;
- b) a capacidade para suceder corresponde à lei em vigor quando da abertura da sucessão;
- c) inexistente direito adquirido de herdar enquanto vivo o autor do patrimônio a ser partilhado;
- d) não houve renúncia à herança pela Sra. Mercedes.

Estabelece o voto divergente que não foram atingidos os atos jurídicos seja quanto ao pacto antenupcial, seja quanto ao testamento.

O pacto antenupcial porque "é instituto abraçado pelo atual Código Civil e nenhuma disposição dele está sendo questionada sob a vertente do direito intertemporal". O testamento, porque "nada foi contestado sob o aspecto formal" e, quanto ao aspecto material, "deve-se considerar que é ato de manifestação da vontade sem efeito imediato, ou seja, ele somente produzirá efeitos após a morte do testador" não sendo assim "alcançado pelo princípio da irretroatividade".

Pedi vista dos autos. Passo a votar.

2. A questão que se põe é: se o pacto antenupcial é celebrado para dispor acerca do regime de bens no casamento e o testamento foi lavrado considerando esse acordo, como dizer que não houve violação ao ato jurídico perfeito, se não cumpridas as

disposições de última vontade estabelecidas nesse testamento?

Quando elaborou o testamento, em maio de 2001, o regime de bens do casamento era o da separação total de bens, e a opção do falecido foi a de deixar todos os bens para o sobrinho, à míngua de herdeiros necessários.

Todavia, sobreveio o Novo Código Civil e inseriu o cônjuge como herdeiro necessário (art. 1.845).

É preciso, portanto, estabelecer interpretação do art. 2.042, do NCC em harmonia com o que dispõe os arts. 6º, § 1º, LICC e 2.039, do NCC, todos abaixo transcritos, observadas as peculiaridades do caso concreto.

Assim dispõem os referidos dispositivos:

Art. 2.042. Aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

Comento.

Embora para alguns o testamento celebrado na vigência do sistema anterior configure ato jurídico perfeito que não poderia ser atingido por lei posterior, a maior parte dos doutrinadores entende que, ainda que ato jurídico perfeito, os seus efeitos somente serão produzidos após a abertura da sucessão.

Porém, no caso é impossível dissociar o pacto antenupcial e o testamento, de modo que os atos jurídicos perfeitos e acabados devem ser respeitados, sob pena de se gerar uma situação de insegurança jurídica e de se ferir o princípio da autonomia da vontade, na medida em que lhes é assegurada a liberdade em contratar.

Não é possível que o advento de uma nova lei possa deixar ao desamparo aqueles que, de boa fé, concretizaram negócios e exteriorizaram manifestações de vontade em observância estrita à lei vigente à época.

Assim, há que se levar em consideração o pacto antenupcial firmado ainda

na vigência da lei anterior e as conseqüências dele advindas.

Nesse particular, o parecer ofertado pelo jurista Nilton Mondego de Carvalho em consulta feita pelo recorrente:

CLÓVIS BEVILÁQUA discorrendo, com a sua inegável autoridade, sobre o tema, ressaltava que:

A irrevogabilidade do regime que o Código estatui no final do art. 230, funda-se em duas razões: o interesse dos cônjuges e o de terceiros. O interesse dos cônjuges, porque depois de casados, um poderia abusar da fraqueza do outro e obter modificações em seu proveito exclusivo. O interesse de terceiros, porque os cônjuges poderiam combinar-se, e, por um determinado regime, subtrair bens à ação de credores que com eles tivessem contata o no momento de contratar. A estabilidade do regime é uma expressão de boa fé e uma garantia para os que tratam com os cônjuges. Além dessas razões de ordem prática há uma outra de lógica jurídica. O casamento é um contrato pessoal e perpétuo. O regime de bens durante ele deve ser estável, inalterável para corresponder à perpetuidade e imutabilidade das relações pessoais enquanto perdura a sociedade conjugal' (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO CIVIL, vol. II, pág. 105)

No tocante ao objeto da consulta, tem-se que os interessados, por meio de escritura pública do PACTO ANTENUPCIAL DE SEPARAÇÃO DE BENS, estabeleceram esse regime, ficando claro, nesse instrumento, que todos os bens, presentes e futuros pertenceriam aos respectivos titulares e seriam incomunicáveis bem como os rendimentos deles, em razão do que poderiam eles dispor livremente de tais bens e rendimentos sem intervenção do outro, como bem lhes aprouvesse, tendo ambos, ao que parece, vultoso patrimônio.

ORLANDO GOMES, referindo-se ao regime de separação de bens, ensinava que:

O regime da separação de bens caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges. Os patrimônios permanecem separados quanto à propriedade dos bens que os constituem, sua administração e gozo, assim como as dívidas passivas. Provém de duas fontes: a convenção e a lei.

Algumas legislações têm-no como REGIME LEGAL, mas, entre nós, é, de regra, facultativo. Necessário que os nubentes o instituem mediante PACTO ANTENUPCIAL. Em certas condições, porém, a lei impõe. Diz-se que, nesse caso, é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública (obra citada, pág. 193, n.º 121).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no que tange a esse aspecto, observava, na obra acima citada, na página 143, que o Código Civil Brasileiro facultava aos nubentes a escolha de qualquer dos regimes por ele admitidos, exceto as hipóteses do art. 258, parágrafo único, do mesmo Código (1916), em que o da separação de bens seria compulsório, com predominância do princípio da autonomia da vontade.

Repisando esse entendimento, esclarecia ele, ainda, que:

Nessa matéria, insista-se, movimentam-se as partes com a maior liberdade, discricionariamente mesmo.

Gozam eles de ampla autonomia, dispondo como lhes convenha, a respeito de suas mútuas relações econômicas. (obra citada, p. 144).

Referindo-se ao regime da separação de bens, e, conceituando-o, põe em relevo que:

Superior Tribunal de Justiça

Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incommunicáveis, os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento. Como adverte CLÓVIS, o que caracteriza esse regime é a completa separação do patrimônio dos dois cônjuges, nenhuma comunicação se estabelecendo entre as duas massas, ou dois acervos. A cada um o que é seu, aí está a fórmula individualista, que bem sintetiza o aludido regime matrimonial. (obra citada, pág. 172).

Resulta daí que o PACTO ANTENUPCIAL que foi estabelecido entre PAULO MARTINS (tio do consulente) e MERCEDES MAGDALENA SERRADOR, referido na consulta, constitui ATO JURÍDICO PERFEITO (e por isso é inegável) sob pena de evidente contrariedade ao disposto no § 1º, do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (...).

Em tendo sido fixado, naquele instrumento, o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo (e não alterou, como é óbvio), tratando-se como se trata sem sombra de dúvida de ato jurídico perfeito.

(...)

Está muito claro, no artigo 2.039, do Código em vigor, que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do anterior (Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916) seria, obviamente, o que foi por ele estabelecido.

Isso quer dizer que os PACTOS ANTENUPCIAIS firmados sob a égide do Código Civil de 1916, não poderiam ser alterados pelo Novo Código Civil (e não o foram) permanecendo, portanto, com plena eficácia, respeitando-se, assim, os atos jurídicos subseqüentes, que dele, por ventura, decorreram.

A regra do § 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil sem qualquer resquício de dúvida, não tem qualquer incidência na espécie, tratando-se de evidente equívoco a sua invocação, considerando, sobretudo, a ausência de qualquer suporte de fato a justificá-la.

Em sendo o regime de bens imutável, não podendo haver qualquer comunicação entre os patrimônios dos nubentes, o testamento (não revogado e nem alterado), efetuado por um deles (cônjuge varão), deixando todos os bens para o consulente constitui, de igual forma, ATO JURÍDICO PERFEITO, não podendo o legislador alterá-lo para atribuir ao cônjuge sobrevivente (vale dizer: aos herdeiros desta) o direito à metade dos referidos bens, porque, aí, sem incidência, estar-se-ia aplicando lei posterior, com evidente alteração do regime de bens, estabelecido pelos nubentes, em flagrante violação aos citados dispositivos legais e constitucionais. (fls. 5/9)

A argumentação desenvolvida, com acerto, dispõe sobre a inegável influência, no plano sucessório, do regime de bens estabelecido pelos cônjuges, concluindo pela inaplicabilidade ao caso, das regras dos artigos 1.845 e 1.848 do Novo Código Civil, sob pena de se fazer letra morta do pacto antenupcial - ato jurídico perfeito - no qual ficou estabelecida, por livre manifestação dos contraentes, a separação e incommunicabilidade total dos seus bens, o que aliás continua a ser admitido pela novo diploma substantivo, em seu artigo 1.639.

Esse aspecto foi evidenciado, com clareza, na decisão que indeferiu o pedido de habilitação formulado pelo Espólio de Mercedes Magdalena Serrador Martins:

Por outro lado, uma vez adotado pelos cônjuges um regime de bens,

que passa a vigorar desde a data do casamento (art. 230 do Código Civil de 1916, art. 1.639, parágrafo 3º, do Código Civil de 2002), é ele irrevogável (art. 229 do Código Civil de 1916) sendo apenas, agora (art. 1.639, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002) passível de alteração mediante autorização judicial, circunstância essa não ocorrente e, assim, irrelevante para a hipótese sob exame.

Há no plano sucessório, influência inquestionável 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.

Sabiam os cônjuges, PAULO MARTINS FILHO e MERCEDES MAGDALENA Serrador MARTINS, portanto, que detinham a livre administração de seus bens particulares e que deles podiam dispor livremente inter vivos ou por testamento (art. 27 do Código Civil de 1916; art. 1.647 do Código Civil de 2002; art. 1.626 do Código Civil de 1916; art. 1.857 do Código Civil de 2002).

O fato do casamento se dissolver pela morte dos cônjuges não gera o direito de permitir que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento, nem transforma o testamento, se feito por qualquer deles em conformidade com as disposições da lei e levando em conta o pacto antenupcial adotado, em ato jurídico inoperante, imperfeito, inacabado, subvertendo-se o que a respeito de seu patrimônio foi avençado pela livre manifestação de vontade dos cônjuges ao casar.

O regime de bens do casamento depende exclusivamente da livre manifestação de vontade dos cônjuges, como resultado de um acordo de vontades livres e inteligentes, versando objeto lícito, e constitui um ato jurídico perfeito e acabado, irrevogável sob a égide do Código Civil de 1916, uma vez que se lhe siga, como na espécie dos autos, o casamento, devidamente registrado (fls. 097 e fls. 111)

É evidente que, casando sob o regime da separação convencional de bens, os cônjuges não vislumbraram, na época em que matrimoniam, a hipótese de ser a livre disposição de seus bens, de seu patrimônio particular, alterada por lei nova superveniente, que retroagisse a ponto de fazer emergir um direito novo, transformando em herdeiro necessário quem assim não era, e de, por essa forma, transfigurar o regime de bens que adotaram legitimamente quando a lei vigente admitia, a ponto de impedir o cônjuge de livremente dispor de seus bens particulares.

Sob a sistemática do Código Civil de 1916 a esposa do ora inventariado, não tendo o casal descendentes ou ascendentes, seria a herdeira de seu patrimônio (art. 1.611 do Código Civil de 1916), o que se repete no atual (art. 1.838 do Código Civil de 2002), caso o *de cujus* não houvesse disposto da totalidade dos seus bens particulares, haja vista o regime da completa separação do patrimônio, em testamento; entretanto, certamente porque dotados ambos de cabedais de vulto (fls. 22/23 e fls. 148/153), o inventariante preferiu testar, em 25.06.2001, quando ainda não vigorante o atual Código Civil, para manifestar sua expressa e livre vontade de aquinhoar terceiro, seu sobrinho, deixando de lado o cônjuge, com todo o patrimônio que tinha, limitando-se a instituir a esposa como usufrutuária vitalícia.

Violados estarão - e isso é inadmissível - pela lei nova os fins diretos e imediatos que os cônjuges se obrigaram e tiveram em mira com o regime convencional da completa separação de bens, o qual, inclusive, terá sido, por sua natureza, o alicerce fundamental do consentimento que expressaram para instituir matrimônio.

Não se pode, conseqüentemente, situar a questão exclusivamente sob a alçada do direito sucessório, fazendo-a simplistamente depender de lei nova superveniente que deu ao cônjuge supérstite a posição de herdeiro necessário no momento em que se abriu a sucessão, limitando o que, por sua complexidade e por violar ato jurídico perfeito como pacto antenupcial e a livre expressão de vontade dos nubentes ao contrair matrimônio, não pode deixar de merecer interpretação ampla e que não leve ao desprezo aspectos fulcrais do matrimônio e de seu regime de bens à ocasião em que realizados.

O regime de bens convencional do casamento uma vez isento de vícios, é um contrato perfeito e acabado, que se integra ao patrimônio de cada um dos cônjuges e à união familiar, seja quanto às relações pessoais entre si, seja no tocante a terceiros, não podendo as regras a respeito serem modificadas por lei nova, a qual, mesmo substituindo in totum a antecedente, terá vigência somente no relativo às sucessões futuras, em seqüência a sua entrada em vigor. (fls. 574/576).

3. Impõe-se, no caso, a interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos legais em comento, a fim de que não ocorra o malferimento de princípios a eles preexistentes.

Acerca da matéria, José de Oliveira Ascensão - "O Direito, Introdução e Teoria Geral", 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, n. 194, p. 321, preleciona que:

A interpretação deve ter em conta a "unidade do sistema jurídico". Repetidamente acentuamos já que toda a fonte se integra numa ordem, que a regra é modo de expressão dessa ordem global. Por isso a interpretação duma fonte não se faz isoladamente, atendendo por exemplo a um texto como se fosse válido fora do tempo e do espaço. Resulta pelo contrário da inserção desse texto num conjunto jurídico dado.

Aplicando-se o acima disposto ao caso concreto, tem-se que, permitir a uma lei superveniente nomear como herdeiro necessário quem antes não o era à época de testamento lavrado em conformidade com manifestação de vontade expressa e consubstanciada em pacto antenupcial de separação total de bens, é tornar inválido tal testamento e emprestar efeitos retroativos ao pacto que existia e se tornou perfeito e acabado com o casamento, afrontando a boa fé e a vontade dos cônjuges que, com certeza, assim decidiram considerando as circunstâncias familiares e sociais, bem como os reflexos econômicos futuros na linha sucessória.

Savigny, lembrado por Paulo Nader (Curso de Direito Civil, Vol. I, 6ª edição, Editora Forense), distinguiu duas grandes classes de normas jurídicas: a) referentes à aquisição de direitos; b) as que dizem respeito à existência (ou inexistência) ou modo de ser de um direito ou de um instituto jurídico. No primeiro caso, não pode haver retroatividade da nova lei.

4. Importante, neste patamar, destacar a importância do Princípio da Boa-Fé

Objetiva e seus elementos caracterizadores na celebração dos contratos. Sobre o assunto, trago à colação texto de Judith Martins-Costa, em sua obra "A Boa-fé no Direito Privado", no qual a autora refere-se as condições da responsabilidade pré-contratual:

A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedente a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente postas, as condições da responsabilidade pré-negocial."

Pensamento semelhante desenvolve Karina Nunes Fritz:

Percebe-se, então, o importante *papel* atribuído à boa-fé objetiva no direito alemão: ela completa, integra a liberdade de exercício de direitos, a autonomia privada e seu principal desdobramento, a liberdade contratual, poder conferido pelo ordenamento ao sujeito de decidir acerca da celebração de um contrato e de determinar livremente seu conteúdo. Significa isso dizer que as partes devem, no exercício dessa autonomia, agir eticamente, considerando os interesses do outro, aspecto essencial da idéia de boa-fé. Daí dizer Larenz que o "*princípio da boa-fé significa, em seu sentido literal, que cada um deve manter lealdade à sua palavra e não frustrar ou abusar da confiança, que forma a base indispensável para todos os relacionamentos humanos, (significa) que ele deve proceder como se pode esperar de alguém que pensa honestamente*".

A boa-fé objetiva não é, como se costuma dizer, uma fórmula vazia. Seu conceito remete a valores éticos, como lealdade, honestidade e consideração pelos interesses alheios, razão pela qual é também denominada de boa-fé ética, mas isso não implica indefinição.

(...)

Por essa razão, diz Martins-Costa que, na tarefa de verificar se determinado comportamento corresponde, ou não, aos padrões de honestidade e lealdade exigidos pela boa-fé, deve o juiz averiguar qual a concepção de boa-fé vigente na doutrina e jurisprudência, pois, como enfatiza a autora, "*não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração*". Também Rosado de Aguiar Júnior compartilha dessa visão ao afirmar que "*a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade)*". ("Boa-fé objetiva na fase pré-contratual" Editora Afiliada, p. 110/111)

Também citando Rui Rosado de Aguiar, discorre Lucinete Cardoso de Melo que:

Segundo Ruy Rosado de Aguiar, podemos definir boa-fé como "um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com

um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença".

Como se vê, a boa-fé objetiva diz respeito à norma de conduta, que determina como as partes devem agir. Todos os códigos modernos trazem as diretrizes do seu conceito, e procuram dar ao Juiz diretivas para decidir.

Mesmo na ausência da regra legal ou previsão contratual específica, da boa-fé nascem os deveres, anexos, laterais ou instrumentais, dada a relação de confiança que o contrato fundamenta.

Não se orientam diretamente ao cumprimento da prestação, mas sim ao processamento da relação obrigacional, isto é, a satisfação dos interesses globais que se encontram envolvidos. Pretendem a realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.

Na questão da boa-fé analisa-se as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. Com isso, interpreta-se a vontade contratual. ("O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil", <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6027>)

Destaca-se, assim, a necessidade de aplicação do Princípio da Boa Fé Objetiva na complementação das normas que as partes deixaram de usar e, mais ainda, de se aferir o sentido a ser emprestado às declarações de vontade, especialmente quanto aos temas expressamente contratados.

Aldemiro Rezende de Dantas Júnior citando Alfonso de Cosio e Cabral, escreve:

No direito moderno a boa-fé assumiu o papel de uma fonte de normas objetivas, cuja atuação concreta se dá mediante a aplicação de princípios gerais, esclarecendo em seguida, que isso significa que a boa-fé pode ser entendida como norma geral, que se diversifica e especializa para cada situação concreta, ou seja, cujo conteúdo será formado e determinado em função das circunstâncias concretas. ("Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé", Editora Juruá)

Segundo, ainda, o referido autor:

(...) em relação aos contratos, a conduta ditada pela boa-fé se impõe não apenas ao longo da execução do mesmo mas antes mesmo de ter se aperfeiçoado o ajuste e ainda depois que o mesmo já foi integralmente cumprido nas fases pré e pós contratuais. E ainda mais, tal comportamento não se impõe apenas aos negócios jurídicos que se situam dentro do campo das obrigações, mas em relação a todos os negócios jurídicos e m geral. (ob. cit.)

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa ao discorrer sobre os direitos instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva:

Dito de outro modo, os deveres instrumentais "caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes", servindo, "ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (...)".

Trata-se, portanto, de *"deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação"*. Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida. ("A Boa-Fé no Direito Privado"; Editora Revista dos Tribunais, p. 440)

Afirma Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado", Tomo III, Editora BookSeller, p. 374:

Rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.

Busca-se assegurar, como se vê, a proteção à confiança fundada de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas não apenas quanto à validade e eficácia do negócio jurídico mas quanto ao seu cumprimento, a fim de que sejam alcançados os resultados reais colimados pelas partes.

Com efeito, não se pode olvidar que são constitucionalmente assegurados os princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da proteção da confiança e do ato jurídico perfeito.

Sobre o ato jurídico e os negócios jurídicos firmados anteriormente à vigência do Novo Código Civil, doutrina Daniel Guerra Gunzburguer, em artigo publicado

na Revista Forense, julho/agosto 2005, p. 29:

Assim, embora o art. 2.035 estabeleça que os efeitos dos negócios jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ficam subordinados aos seus preceitos, somos de opinião que, para tais negócios jurídicos, devem ser respeitados os dispositivos da lei anterior, seja ela o Código Civil de 1916 ou qualquer outra, em decorrência do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, que protege o ato jurídico perfeito (...)

O ato jurídico já se consumou e portanto seus efeitos devem decorrer da regra em vigor utilizada na época de sua constituição. (...)

Assim sendo, conclui-se que quando concretizada a obrigação sob a égide da lei anterior, esta será a lei competente para regular todos os seus efeitos. Alei nova terá, portanto, incidência imediata somente com relação aos fatos que não atinjam direitos adquiridos ou ato jurídico perfeito, sob pena de ensejar violação aos dispositivos constitucionais considerados como cláusula pétrea no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Em artigo intitulado "Regime patrimonial de bens entre cônjuges e direito intertemporal", Lindajara Ostjen Couto menciona o entendimento de juristas renomados acerca da matéria:

1.A lei em vigor tem efeito geral e imediato, mas não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme determina o arts. 5º XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil.

2.O jurista **Pontes de Miranda** considera que "lei nova estabelecendo outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebrados antes dela, salvo regra explícita em contrário".

3.O posicionamento do Washington de Barros Monteiro é o seguinte: "As relações de caráter patrimonial, que o casamento origina, regulam-se pela lei do tempo em que se formaram. O regime de bens não está sujeito às alterações da lei nova".

4.O Jurista **Leônidas Filippone Farrula Júnior** afirma que o casamento se aperfeiçoa com as núpcias e as questões patrimoniais do casamento se regulam pela legislação vigente à época da celebração. E, ainda, completa que a alteração do regime de bens aos casamentos anteriores ao CC/02 acarretaria a infringência ao ato jurídico perfeito e ao princípio constitucional de irretroatividade das leis.

5.Afirma, ainda, que a interpretação literal do art. 2.039, quando menciona "é o por ele estabelecido", se refere a todo o ordenamento jurídico referente aos regimes de bens, assim entende que, o código anterior, mesmo revogado, permanecerá eficaz para disciplinar esta matéria.

6.**Maria Helena Diniz** tem a posição de que a lei revogada permanecerá a produzir efeitos "porque outra lei vigente ordena o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior" ou "se deve aplicar a lei em vigor na época em que os fatos aconteceram." ("Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé", Editora Juruá "<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6248&p=2>").

Superior Tribunal de Justiça

José da Silva Pacheco em artigo publicado na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Ano XVIII, n. 21, Rio de Janeiro, 1º Semestre de 2002, p. 66, comenta:

Entretanto, entre as disposições transitórias, inscreve-se a do art. 2.039 segundo a qual, nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, observa-se, quanto ao regime de bens, o que nesse código é estabelecido, mesmo depois de iniciar a vigência do novo Código Civil.

Nessa mesma linha de pensamento expressa o Excelso Pretório que:

O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF." (RTJ 143/724, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei) Cumpre ter presente, bem por isso, a lição da doutrina, que, tomando em consideração a realidade jurídico-constitucional vigente no Brasil, repudia, por incompatíveis com a Constituição da República, todas as hipóteses de retroatividade injusta: "... um contrato perfeito e acabado na vigência de uma lei permanece intocável, nas suas disposições, ainda no que diz respeito aos seus efeitos futuros, manifestados quando já começou a vigor uma lei nova derogante. A aplicação da lei nova, nessa hipótese, implicaria retroatividade, em desobediência ao preceito constitucional. Regra básica e inalterável é que todas as consequências de um contrato concluído sob o império de uma lei, inclusive seus efeitos futuros, devem continuar a ser reguladas por essa lei em homenagem ao valor da certeza do direito e ao princípio da tutela do equilíbrio contratual. A aplicação imediata da lei nova aos efeitos posteriores à sua vigência incide no seu fato gerador, e, portanto, implicaria aplicação retroativa." (ORLANDO GOMES, "Questões Mais Recentes de Direito Privado", p. 4, item n. 3, 1988, Saraiva - grifei) Perfilha igual orientação J. M. OTHON SIDOU, para quem, considerada a concepção vigente no sistema normativo brasileiro pertinente à resolução do conflito intertemporal de leis, "A lei nova não atinge consequências que, segundo a lei anterior, deviam derivar da existência de determinado ato, fato ou relação jurídica, isto é, que se unem à sua causa como um corolário necessário e útil", enfatizando, a esse propósito, que: "Retroativa e, portanto, condenável (...) é não somente a regra positiva que contrasta com as consequências, já realizadas, do fato consumado, mas também a que impede as consequências futuras do mesmo fato, por uma razão relativa só a ele." ("O Direito Legal", p. 228/229, item XIII, 1985, Forense - grifei). (AI 250949/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ 05/09/2000).

Do acima exposto, firmam-se as seguintes conclusões:

- dispõe o artigo 2.039, do Código em vigor, que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do anterior será o que foi por ele estabelecido;
- tendo sido fixado, em pacto antenupcial firmado sob a égide do Código Civil de 1916, o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo por se tratar de

ato jurídico perfeito;

- permanecendo, portanto, com plena eficácia, o pacto antenupcial, devem ser respeitados os atos jurídicos subseqüentes, dele advindos, especialmente o testamento celebrado por um dos cônjuges;

- 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;

- a dissolução do casamento pela morte dos cônjuges não autoriza que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento e nem transforma o testamento, se feito por qualquer deles em conformidade com as disposições da lei e levando em conta o pacto antenupcial adotado, em ato jurídico inoperante, imperfeito e inacabado;

- o art. 2.042 do Novo Código Civil deve ser interpretado em consonância com os arts. 2.039 do mesmo Diploma legal e art. 6º § 1º da LICC, observadas as peculiaridades do caso concreto, pois tanto o testamento quanto o pacto antenupcial firmado entre as partes na vigência da lei antiga, devem ser respeitados, como atos jurídicos perfeitos, sob pena de se gerar uma situação de insegurança jurídica e de se ferir os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, de observância obrigatória a fim de se assegurar a proteção à confiança fundada de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas não apenas quanto à validade e eficácia do negócio jurídico mas quanto ao seu cumprimento.

Pelo exposto, acompanho o relator e dou provimento ao recurso especial.

É com o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0029556-0

REsp 1111095 / RJ

Números Origem: 141112007 143822007 20040010678732 20070028195 200713406929 200713514111
200713714382 200800226599 8195

PAUTA: 23/06/2009

JULGADO: 23/06/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR : ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S)
THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA
HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
REPR. POR : DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS : ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S)
GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Inventário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Superior Tribunal de Justiça

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator que conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, pediu vista dos autos, na forma regimental, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 23 de junho de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária



RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Na assentada do dia 19 de março de 2009, pelo voto do relator - Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS - foi conhecido e provido o recurso especial interposto pelo ESPÓLIO DE PAULO MARTINS FILHO contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo acolhida a tese segundo a qual, na espécie, em vista das peculiaridades que cercam o caso em comento, deve ser afastada a invocação da regra de que a sucessão se subordina à lei vigente à época do falecimento, de modo a serem tidas como hígidas as disposições de última vontade do testador.

Na ocasião, proferi voto acompanhando o relator. Em seqüência, o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA pede vista dos autos, inaugurando a divergência, para não conhecer do recurso especial, em face dos seguintes argumentos:

- a) de acordo com as disposições do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário;
- b) a capacidade para suceder corresponde à lei em vigor quando da abertura da sucessão;
- c) inexistente direito adquirido de herdar enquanto vivo o titular do patrimônio a ser partilhado, e
- d) não houve renúncia à herança pela viúva.

Com o prosseguimento do julgamento, nova vista dos autos é requerida, agora pelo Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, que profere voto no mesmo sentido do relator, acrescido das seguintes conclusões, **verbis**:

"dispõe o artigo 2.039, do Código em vigor, que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do anterior será o que foi por ele estabelecido;

Superior Tribunal de Justiça

- tendo sido fixado, em pacto antenupcial firmado sob a égide do Código Civil de 1916, o regime de separação de bens, em estrita observância ao referido princípio da autonomia da vontade, lei alguma posterior poderia alterá-lo por se tratar de ato jurídico perfeito;
- permanecendo, portanto, com plena eficácia o pacto antenupcial, devem ser respeitados os atos jurídicos subseqüentes, dele advindos, especialmente o testamento celebrado por um dos cônjuges;
- 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 à causa e aos efeitos esses institutos que a lei particulariza nos direitos de família e das sucessões;
- a dissolução do casamento pela morte dos cônjuges não autoriza que a partilha de seus bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento e nem transforma o testamento, se feito por qualquer deles em conformidade com a lei e levando em conta o pacto antenupcial adotado, em ato jurídico inoperante, imperfeito e inacabado;
- o art. 2042 do Novo Código Civil deve ser interpretado em consonância com os arts. 2039 do mesmo Diploma legal e art. 6º § 1º da LICC, observadas as peculiaridades do caso concreto, pois tanto o testamento quanto o pacto antenupcial firmado pelas partes na vigência da lei antiga, devem ser respeitados, como atos jurídicos perfeitos, sob pena de se gerar uma situação de insegurança jurídica e de se ferir os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, de observância obrigatória a fim de se assegurar a proteção à confiança fundada de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas não apenas quanto à validade e eficácia do negócio jurídica mas quanto ao seu cumprimento."

Nesse contexto, tendo em vista o enriquecimento das discussões, com a vinda a lume de novas teses e argumentos, solicitei vista dos autos, apesar de já ter proferido meu voto, para uma reflexão mais aprofundada acerca da controvérsia.

Analizada a questão de forma mais acurada, com a vênua devida, tenho que a solução alvitada pelo relator, e já adotada por mim em um

Superior Tribunal de Justiça

primeiro momento, deve prevalecer.

Com efeito, por Paulo Martins Filho e Mercedes Magdalena Serrador Martins foi firmado pacto antenupcial em 19 de maio de 1950, lavrado nos seguintes termos:

"Resolveram que o seu casamento se regerá pela completa separação de bens; que assim todos os bens presentes e futuros pertencerão como próprios e serão comunicáveis, bem assim os rendimentos de tais bens, podendo cada um dos outorgantes e reciprocamente outorgados livremente dispor dos seus bens e rendimentos sem intervenção do outro e como lhe aprouver, mantendo cada um dos outorgantes e reciprocamente outorgados a exclusiva autoridade de administração, usar e dispor de seus bens a seu livre arbítrio" (fls. 139)

Referido documento ganha eficácia em 31 de maio do mesmo ano, com a celebração do matrimônio dos contraentes pelo regime da separação de bens (fls. 138).

Em 25 de junho de 2001, passados, portanto, mais de 50 anos da lavratura do pacto antenupcial, nova manifestação de vontade é emitida pelo cônjuge varão, no mesmo sentido das anteriores, agora na elaboração de seu testamento, deixando para um sobrinho todos os seus bens, gravados, porém, com a cláusula de usufruto vitalício em favor de sua esposa.

Do quanto exposto, é possível constatar a coerência e certeza com que os cônjuges dispõem acerca da destinação de seu patrimônio, restando questionar se vontade assim tão claramente expressa subsiste aos ditames impositivos do novo Código Civil.

Com efeito, em 26 de maio de 2004, falece Paulo Martins Filho. Nessa ocasião já está em vigência o Código Civil de 2002 que, assim, passa a reger a sucessão do cônjuge varão, por força do disposto no art. 1787 do referido Diploma Legal, **verbis**:

"Art. 1787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela."

Superior Tribunal de Justiça

Do mesmo teor, a norma contida no art. 1577 do Código de 1916, segundo a qual "A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor".

Dessa forma, salvo melhor juízo, a controvérsia não se instala especificamente sobre matéria de direito intertemporal, ou sobre quais as normas incidentes sobre a hipótese em comento, mas sim sobre o modo de sua interpretação.

Com efeito, o art. 1829, I, do Código Civil vigente reconhece ao cônjuge a condição de herdeiro necessário, "salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, **ou no da separação obrigatória de bens** (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;".

Assim, no que respeita ao regime de separação convencional de bens, que nos interessa no particular, o cônjuge, segundo uma interpretação literal da norma, é herdeiro necessário.

Nessa ordem de ideias, Mercedes Magdalena Serrador Martins seria herdeira de metade dos bens deixados por Paulo Martins Filho, passando, esse patrimônio, com sua morte, a seus sobrinhos que, assim, teriam legitimidade para requerer sua habilitação no inventário dos bens deixados pelo cônjuge varão, como entendeu a Corte carioca.

Essa não parece, porém, a melhor exegese a ser dada ao art. 1829, inciso I, do Código Civil de 2002.

De fato, o legislador reconhece aos nubentes, já desde o Código Civil de 1916, a possibilidade de autodeterminação no que se refere ao seu patrimônio, autorizando-lhes a escolha do regime de bens, dentre os quais o da separação total, no qual, segundo Pontes de Miranda, "os patrimônios dos cônjuges permanecem incomunicáveis, de ordinário sob a administração exclusiva de cada cônjuge, que só precisa da outorga do outro cônjuge, para a

alienação dos bens de raiz" (Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Borsói, tomo 8, p. 343), incomunicabilidade que se perpetua com o falecimento de um deles, dada a possibilidade de se excluir o cônjuge sobrevivente da qualidade de herdeiro, através de testamento, como no caso em comento.

Assim, qualquer que seja a razão pela qual os cônjuges decidem por renunciar um ao patrimônio do outro, essa determinação é respeitada pela lei anterior. No novo Código Civil, porém, adotada interpretação literal do art. 1829, se conclui pela inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, o que no caso de separação convencional de bens, significa que é concedido aos consortes liberdade de autodeterminação em vida, retirada essa, porém, com o advento da morte, transformando a sucessão em uma espécie de proteção previdenciária.

Cuida-se, iniludivelmente, de quebra na estrutura do sistema codificado. Com efeito, não há como compatibilizar as disposições do art. 1639, que autoriza os nubentes a estipular o que lhes aprouver em relação a seus bens, bem como do art. 1687, que permite a adoção do regime de separação absoluta de bens (afastando, inclusive, a necessidade de outorga do outro cônjuge para a alienação de bens), com os termos do art. 1829, que eleva o cônjuge sobrevivente à qualidade de herdeiro necessário, determinando, inexoravelmente, a comunicabilidade dos patrimônios. De fato, seria de se questionar o porquê de se escolher a incomunicabilidade de bens, se eles necessariamente se somarão no futuro.

Tal inconsistência é apontada pelo Professor Miguel Reale, que a respeito do tema assim se pronuncia, **verbis**:

"Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros", eis a primeira regra de Hermenêutica Jurídica estabelecida pelo Jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleão.

Desse entendimento básico me lembrei ao surgirem dúvidas quanto ao verdadeiro sentido do inciso I do art. 1.829 do novo

Superior Tribunal de Justiça

Código Civil, segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha, aos "descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens ou 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".

Há quem entenda que, desse modo, o cônjuge seria herdeiro necessário também na hipótese de ter casado no regime de separação de bens (art. 1.687), o que não me parece aceitável.

Essa dúvida resulta do fato de ter o art. 1.829, supratranscrito, excluído o cônjuge somente no caso de "separação obrigatória". A interpretação desse dispositivo isoladamente pode levar a uma conclusão errônea, devendo, porém, o intérprete situá-lo no contexto sistemático das regras pertinentes à questão que está sendo examinada." (Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61 e 62)

Tecidas essas considerações, o ilustre professor faz um aparte para explicar que a razão pela qual se teve por bem incluir o cônjuge como herdeiro necessário foi a alteração do regime legal de bens, da comunhão para a comunhão parcial, o que pode resultar em nada sobrar para o meeiro, se o patrimônio do falecido se compuser exclusivamente de bens particulares. De todo modo, sobre a interpretação do art. 1829, I, conclui:

"Recordada a razão pela qual o cônjuge se tornou herdeiro, não é demais salientar a importância que o elemento histórico tem no processo interpretativo. Tendo, pois, presente a finalidade que o legislador tinha em vista alcançar, estamos em condições de analisar melhor o sentido do mencionado inciso, mantida que seja sua redação atual.

Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.

A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão "separação obrigatória" aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1641.

Superior Tribunal de Justiça

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que - se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança - estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1829, inc. I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Entre uma interpretação que esvazia o art. 1687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial á exegese jurídica" (Op. cit, p. 62 e 63).

Pouco resta a acrescentar.

De fato, a interpretação ampliativa do termo "separação obrigatória", constante do art. 1829, inciso I, do Código Civil de 2002, para abranger não somente as hipóteses elencadas no art. 1640, parágrafo único, mas também os casos em que os cônjuges estipulam a separação absoluta de seus patrimônios, não esbarra na intenção do legislador quando decide corrigir eventuais injustiças decorrentes da alteração do regime legal, ao mesmo tempo em que respeita o direito de autodeterminação concedido aos cônjuges no atinente a seu patrimônio tanto pela legislação anterior, quanto pela presente.

Além disso, se evita a perplexidade retratada no caso em comento, no qual os cônjuges de maneira cristalina e reiterada estipulam a forma de destinação de seus bens e acabam por ter suas determinações feridas, ainda que ***post mortem***.

Cumpre assinalar que a proteção ao cônjuge sobrevivente, para aqueles que não se conformam com a renúncia ao patrimônio do falecido feita quando da escolha do regime de bens, pode se dar por outras formas que não sua qualificação como herdeiro necessário, a exemplo da estipulação de usufruto vitalício a seu favor, nos exatos moldes do presente caso.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, que indefere o pedido de habilitação do espólio de Mercedes Magdalena Serrador Martins no inventário do bens deixados por Paulo Martins Filho.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2009/0029556-0

REsp 1111095 / RJ

Números Origem: 141112007 143822007 20040010678732 20070028195 200713406929 200713514111
200713714382 200800226599 8195

PAUTA: 01/10/2009

JULGADO: 01/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: PAULO MARTINS FILHO - ESPÓLIO
REPR. POR	: ALOYSIO MARIA TEIXEIRA FILHO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS	: MARTINHO CÉSAR GARCEZ E OUTRO(S) THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA HUGO NAPOLEÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MERCEDES MAGDALENA SERRADOR MARTINS - ESPÓLIO
ADVOGADO	: PEDRO DE CARVALHO LINS
REPR. POR	: DAVIRIA SERRADOR RIBEIRO - INVENTARIANTE
ADVOGADOS	: ALEXANDRE VARELLA E OUTRO(S) GUILHERME VIEIRA ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), Relator, e Luiz Felipe Salomão, divergindo do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha que dele não conhecia, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Superior Tribunal de Justiça

Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Brasília, 01 de outubro de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

Secretária



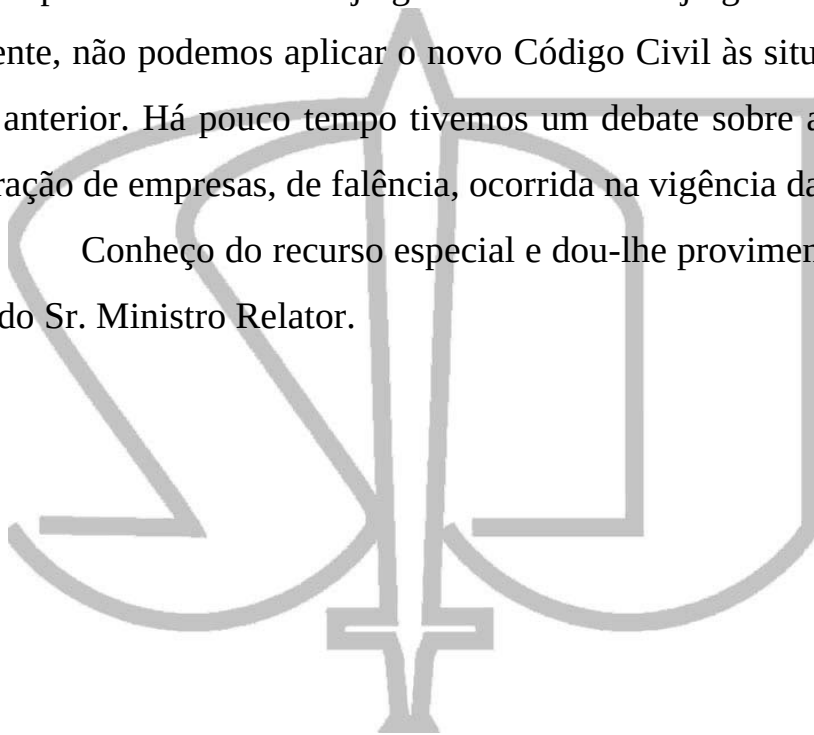
RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.095 - RJ (2009/0029556-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (PRESIDENTE):

Srs. Ministros, tive alguma dúvida a respeito do prequestionamento, mas o Sr. Ministro Relator explicou que as disposições apontadas como violadas estão realmente prequestionadas. Não fora isso, há dissenso pretoriano entre o julgado recorrido e julgados de outras cortes. Realmente, não podemos aplicar o novo Código Civil às situações regidas pelo direito anterior. Há pouco tempo tivemos um debate sobre a questão da lei de recuperação de empresas, de falência, ocorrida na vigência da lei antiga.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO
RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA
ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

EMENTA

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- *Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.*

- *Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da **comunhão universal**, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da **comunhão parcial**, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.*

- *Preserva-se o regime da **comunhão parcial de bens**, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.*

- *O regime de **separação obrigatória de bens**, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) **separação legal**; (ii) **separação convencional**. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.*

- *Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória,*

Superior Tribunal de Justiça

respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações..

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se

Superior Tribunal de Justiça

em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009(data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 26/05/2009

JULGADO: 26/05/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação da Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de maio de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 03/09/2009

JULGADO: 03/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a) **NANCY ANDRIGHI**."

Brasília, 03 de setembro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 03/09/2009

JULGADO: 08/09/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a)."

Brasília, 08 de setembro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 03/09/2009

JULGADO: 01/10/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Brasília, 01 de outubro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADO : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA
ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)
Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por GUSTAVO ALVES DE SOUZA, IVAN FERREIRA DE SOUZA FILHO e FLÁVIO ALVES DE SOUZA, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/MS.

Procedimento especial de jurisdição contenciosa (fls. 15/16): inventário sob o rito de arrolamento dos bens de IVAN FERREIRA DE SOUZA, requerido pelos recorrentes, filhos e herdeiros do autor da herança, cujo óbito ocorreu em 17/1/2006. Declaram que o falecido deixou bens imóveis a inventariar e que era casado, pelo regime de separação convencional de bens, com PAULA ROSA DE SOUZA, conforme certidão de casamento, ocorrido em 5/3/2005, e escritura pública de convenção antenupcial com separação de bens, à fl. 24.

Prestadas as primeiras declarações às fls. 30/47.

Petições de PAULA ROSA DE SOUZA (fls. 83/84 e 87/89): com fundamento nos arts. 1.829, I, 1.832 e 1.845, do CC/02, na qualidade de cônjuge sobrevivente do inventariado, deu-se por citada para requerer vista dos autos e, manifestando discordância no que se refere à partilha, postulou sua habilitação no processo de inventário, como herdeira necessária do falecido.

Decisão interlocutória (fl. 92): deferido o pedido de habilitação da

viúva na qualidade de herdeira necessária, determinou o i. Juiz a manifestação dos demais herdeiros, filhos do falecido.

Manifestação dos recorrentes (fls. 99/102): alegam os filhos do falecido que à viúva somente seria conferido o *status* de herdeira necessária e concorrente no processo de inventário, na hipótese de casamento pelo regime de comunhão parcial de bens, ou de separação de bens, sem pacto antenupcial. Ocorre que o regime de separação de bens, adotado pelo casal, foi lavrado em escritura pública de pacto antenupcial, com todas as cláusulas de incomunicabilidade, permanecendo a recorrida, conforme entendem os recorrentes, fora do rol de herdeiros do processo de inventário sob a forma de arrolamento de bens.

Sentença (fls. 105/109): o pedido foi julgado procedente, para forte no art. 1.829, I, do CC/02, declarar PAULA ROSA DE SOUZA habilitada como herdeira de IVAN FERREIRA DE SOUZA, e determinar que o inventariante apresente novo esboço de partilha, no qual seja ela incluída e contemplada em igualdade de condições com os demais sucessores do autor da herança. Assim decidiu o i Juiz, ao entendimento de que *“provado está que a requerente era casada com o 'de cujus' sob o regime de separação de bens convencional, ou seja, foi feito um pacto antenupcial, não sendo o caso de separação obrigatória de bens, onde o cônjuge não seria considerado herdeiro necessário, daí resultando que concorre com os requeridos em partes iguais”* (fl. 109).

Decisão nos embargos de declaração (fls. 118/124): rejeitou os embargos de declaração opostos pelos recorrentes.

Agravo de instrumento (fls. 2/14): sustentam violação ao próprio

Superior Tribunal de Justiça

regime de separação convencional de bens, que rege a situação patrimonial do casal não só durante a vigência do casamento, mas também quando da sua dissolução, seja por separação, divórcio ou falecimento de um dos cônjuges. Informam que o “o autor da herança, foi casado, pela primeira vez com F. A. de S., falecida tragicamente em um acidente automobilístico no carnaval de 1999, sendo os Agravantes filhos desta primeira união (fls. 07/09). Veio ele, posteriormente, mais exatamente em 5 de março de 2005 a contrair novas núpcias com a Agravada, 31 (trinta e um) anos mais jovem, **no regime da separação convencional de bens**, inclusive dos aquestos, tal como está declarado expressamente na escritura do pacto antenupcial (fl.0010 do anexo). Quando do segundo casamento o falecido contava com 51 anos e a Agravada com 21 (vinte e um). Dessa segunda união não advieram filhos, até porque o quadro de poliartrite de que sofria o autor da herança, e cujos primeiros sinais surgiram nos idos de 1974, evoluía grave e seriamente, exigindo, inclusivamente, no ano de 2004 delicada intervenção cirúrgica para fixação da coluna cervical, somando-se a isso tudo a psoríase de difícil controle (fl. 0015 e 0115 verso)” (fls. 5/6 – grifos conforme o original).

Acórdão em agravo de instrumento (fls. 168/171): negou provimento ao recurso, ao entendimento de que “a regra do artigo 1.829 do CC aplica-se ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional” (fl. 168).

Acórdão nos embargos de declaração (fls. 182/184): rejeitou os embargos de declaração interpostos pelos recorrentes.

Recurso especial (fls. 186/203): interposto sob alegação de ofensa aos arts. 535 do CPC; 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/02.

Contrarrazões: às fls. 210/217.

Admissibilidade recursal: às fls. 218/219.

Parecer do MPF (fls. 224/227): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Durval Tadeu Guimarães, em que opinou pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo não provimento do recurso especial.

Pedido cautelar formulado incidentalmente pelos recorrentes (fls. 230/234): deduzem, os recorrentes, pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, ao argumento de que a viúva requereu, nos autos do inventário, a remessa do processo ao partidor para que *“seja feita uma partilha destinando à requerente o seu quinhão a fim de que este inventário tenha fim, recebendo cada um o seu quinhão”* (fl. 231). Asseveram que o requerimento da viúva foi acolhido pelo i. Juiz, o que resultou no esboço de partilha sobre o qual já foram instados a se manifestar. Sustentam, assim, que a entrega de eventual quinhão para a recorrida, enquanto não decidida definitivamente a questão relativa à sua qualidade de herdeira, é medida que deve ser sobrestada, quer pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, quer para evitar futura nulidade da partilha, na hipótese de eventual exclusão da viúva.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADO : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA
ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Destina-se a lide a definir se o cônjuge sobrevivente – que fora casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens – participa ou não da sucessão como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.

I. Da violação ao art. 535 do CPC.

Sustentam os recorrentes, filhos do falecido, que houve negativa de prestação jurisdicional ao deixar de apreciar o TJ/MS questões jurídicas fundamentais ao deslinde da controvérsia, deduzidas nas razões recursais, a respeito da violação aos arts. 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/02, temas que serão discutidos neste voto, porquanto verificado o prequestionamento.

Dessa forma, não padece de violação o art. 535 do CPC, porquanto o TJ/MS apreciou fundamentadamente e debateu os temas concernentes aos dispositivos legais destacados, sem, portanto, haver omissão no julgado.

II - A sucessão do cônjuge (art. 1.829 do CC/02).

Muito se tem discutido a respeito da exata interpretação do art. 1.829, inc. I, do CC/02, segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha: *“aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”* .

A redação ambígua dessa norma tem suscitado muitas dúvidas na doutrina, e três correntes se estabeleceram, interpretando o dispositivo legal de maneira completamente diferente. São elas:

II.1 - Primeira corrente: Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil.

A primeira corrente deriva do Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

“Enunciado 270

Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

De acordo com esse entendimento, a sucessão do cônjuge obedeceria as seguintes regras: (i) se os cônjuges se casaram pelo regime da comunhão

universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que recebeu suficiente patrimônio em decorrência da meação (incidente, nesta hipótese, sobre todo o patrimônio do casal, independentemente da data de aquisição); (ii) se o casamento se deu pela separação *obrigatória*, entendida essa como a separação legal de bens, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; (iii) finalmente, se o casamento tiver sido realizado na comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: (iii.1) se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do matrimônio, porque eles já são objeto da meação; (iii.2) se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão (porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal de bens).

Para maior clareza, pode-se elaborar um quadro, demonstrativo das regras gerais de sucessão legítima, conforme a 1ª corrente estudada, nas hipóteses em que o falecido ***tenha deixado descendentes e cônjuge***:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Não
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes.	Não há, em princípio, bens comuns.

Também corroboram esse entendimento ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO (atualizadora do *Curso de Direito Civil* de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Vol. 6 – 37ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97), NEY DE MELLO ALMADA (*Sucessões*, São Paulo:

Malheiros, 2006, p. 175), entre outros.

Frise-se que esse quadro tem, como objetivo, apenas pinçar orientações gerais sobre a matéria, sem pretensão de debruçar-se sobre as peculiaridades de cada um dos regimes de bens, ou esgotar discussões doutrinárias e jurisprudenciais que cada um deles pode suscitar. É de conhecimento geral que a interpretação das novas regras de sucessão, notadamente o art. 1.829, I, do CC/02, tem gerado intensa controvérsia que, por não ser objeto especificamente deste processo, não será, aqui, esgotada.

II.2 - Segunda corrente: Majoritária.

A segunda e majoritária corrente doutrinária acerca da interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, defende uma ideia substancialmente diferente. Os partidários dessa corrente, a exemplo dos defensores do Enunciado 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens *particulares*, e a hipótese em que ele *não tenha deixado bens particulares* (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente **não recebe nada**, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), **não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário**.

MARIA HELENA DINIZ defende essa tese com os seguintes fundamentos (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: direito das sucessões – 20^a ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124 e ss.):

- i) a herança é **indivisível**, deferindo-se como um todo unitário (art. 1.791). Assim, não há sentido em dividi-la apenas nas hipóteses em que o cônjuge concorre, na sucessão;
- ii) se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros, terá a garantia de 1/4 da herança. Essa garantia é incompatível com sua quase-exclusão, na hipótese em que o falecido tiver deixado poucos bens;
- iii) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, e não há sentido em lhe garantir a legítima se ele não herdar, no futuro, esse patrimônio;
- iv) em um regime de *separação convencional*, as partes podem firmar pacto antenupcial disciplinando a comunicação dos aquestos, e não obstante o cônjuge sobrevivente os herdar. Não há sentido em restringir tal direito apenas na comunhão parcial;
- v) meação e herança são institutos diversos. No falecimento, a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança.

Para os defensores dessa corrente, o quadro supra referido ficaria da seguinte forma (sempre na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares e filhos*):

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não

Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, em concurso com os descendentes
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

II.3 - Terceira corrente: Interpretação invertida.

A terceira corrente que se formou para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Encabeçada por MARIA BERENICE DIAS, defende que a sucessão do cônjuge fica ***excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares*** (“Ponto final”. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=108&isPopUp=true>, acesso em 22 set. 2009). Enquanto os defensores da primeira e da segunda correntes apenas reconheciam, ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, o direito à sucessão na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares*, esta terceira linha de pensamento defende que só há sucessão na hipótese em que ele não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns.

Quanto ao regime de separação de bens, destaca que a restrição somente é imposta aos cônjuges casados pelo regime da separação legal de bens, concluindo que na separação convencional, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes.

Pelo sistema defendido por esta corrente, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não

Comunhão parcial	Sim	Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares.	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação legal	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

II.4 – A doutrina e a sucessão do cônjuge casado no regime da separação de bens.

No tocante à **separação de bens**, muito embora a doutrina predominante, por meio das três correntes especificadas, posicione-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente, há entendimento em sentido contrário, que tem à testa o saudoso Prof. MIGUEL REALE (*in Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61/64), que assevera serem “*duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.*” Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/02, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança.

II.5 – Interpretando o inc. I do art. 1.829 do CC/02.

De início, torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da **comunhão universal**, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal. A partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da **comunhão parcial**, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da **comunhão parcial**, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/02. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da **comunhão parcial** de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da **comunhão universal**, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.

Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes.

A **separação de bens**, que pode ser **convencional** ou **legal**, em ambas as hipóteses é **obrigatória**, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.

Sob essa perspectiva, o regime de **separação obrigatória** de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i)

separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/02, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.

Importante mencionar, no tocante ao caráter balizador do regime matrimonial de bens no que concerne ao direito sucessório, julgado desta 3ª Turma, do qual se extraem as seguintes ponderações:

“(...) o regime matrimonial de bens atua como elemento direcionador do direito de herança concorrente do cônjuge.

(...)

O regramento sucessório é de suma importância enquanto complexo de ordem pública, em virtude de seus reflexos no organismo familiar e no âmbito social, que vão além do simples direito individual à pertença de bens.” (RMS 22.684/RJ, de minha relatoria, DJ de 28/5/2007.)

Com as considerações acima, inaugura-se uma quarta linha de

interpretação, segundo a qual, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação de bens, que pode ser legal ou convencional.	Não	Não	Não

Fixadas as diretrizes interpretativas, para o art. 1.829, inc. I, do CC/02, passa-se à análise da lide.

III. Solução da lide.

III. 1 – A separação convencional de bens e a situação sucessória do cônjuge sobrevivente (arts. 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/02).

Alegam os recorrentes não ignorar que “o vigente Código Civil procurou dispensar maior e mais ampla proteção ao cônjuge sobrevivente, o que é compreensível e justo. O que não se afigura justo nem compreensível é entender que essa proteção deva ser dada a qualquer custo e sem restrições, como no presente caso em que não há razão jurídica plausível para o Tribunal a quo contemplar aquele que por iniciativa e vontade próprias submete-se a um regime de bens que, quando obrigatório, o excluiria de participar na herança deixada pelo cônjuge falecido” (fl. 202).

Abstraindo-se da hipótese em julgamento, para abarcar a percepção de mundo adquirida pelo ser humano contemporâneo, chega-se à constatação de que a humanidade voltou-se para a busca de relacionamentos líquidos, fluidos, de fragilidade ímpar, em que a família deixa de ser o núcleo, dados os sucessivos

casamentos e uniões que se iniciam e, considerados os sentimentos descartáveis, logo se rompem, o que tem disseminado a existência de diversas e distintas composições familiares, náufragas de relações fracassadas. ZIGMUNT BAUMAN (*in Amor líquido – sobre a fragilidade das relações humanas*. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 39,), sociólogo polonês, em sua singular perspicácia, afirma que “*não se levam relações para o próximo capítulo, advertiria o especialista a seus clientes, fazendo coro às premonições transformadas em certezas de pessoas, ensinadas pela experiência, que tiveram as vidas fatiadas em episódios e que vivem como servas dos episódios futuros*”, o que demonstra uma sociedade ávida por amor – ao constituir, uma mesma pessoa, duas ou mais uniões, ao longo da vida – mas temerosa de perder sua liberdade ou, até mesmo, sua identidade.

Nesse contexto, o Direito de Família tem regido as relações surgidas do afeto, com o intuito de preservar os vínculos familiares que porventura se perderam em meio a esse caótico modo de vida contemporâneo. E quando a família se biparte, remanescem relações de parentesco por consanguinidade e afinidade, muitas vezes em igual medida, que devem ser tuteladas.

Ao volver os olhos para o processo em análise, imprescindível auscultar a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram, voluntariamente, casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento,

inclusive frutos e rendimentos.

Uma vez estipulado o regime de separação de bens expresso no art. 1.687 do CC/02, cada cônjuge conservará a integral administração e fruição do que lhe pertence, sendo que nem mesmo dependerá da outorga conjugal para alienar imóveis ou gravar seus bens de ônus real. A distinção de patrimônio dos cônjuges é, pois, absoluta, não se comunicando os frutos e aquisições, afastando inclusive a comunhão de aquestos, porquanto nessa modalidade não existem bens comuns, tampouco bens passíveis de integrar eventual meação. Isolado totalmente o patrimônio de cada um dos cônjuges, são eles livres para dispor e administrar seus bens.

A índole da norma legal foi a de conferir maior independência aos cônjuges na disposição e administração de seus bens. Dessa forma, a ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório, nas palavras de MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS COSTA (*in Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro d 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005. p. 226*) “*traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida*”.

Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento.

Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil.

Ressalte-se que o pacto antenupcial é contrato solene, devendo ser lavrado por escritura pública, é dispendioso, poucas são as pessoas que têm informação a respeito e menor ainda é o número de casais que por ele opta, pois o pacto antenupcial pode ser até uma quebra dos próprios sentimentos das pessoas envolvidas afetivamente.

Em se tratando de circunstâncias extraordinárias, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem. Isso significa dizer que, para esses casais, não se aplica a afirmação de que a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos. Diversamente, não estão inseridos na situação fática da maioria, ao celebrarem pacto antenupcial, com observância de todas suas solenidades, para regulamentar sua vida civil.

De curial importância o fato de que, se os nubentes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes. Entendimento em sentido diverso redundará em uma gama de problemas para aqueles que somente podem constituir família mediante pacto antenupcial, consideradas as situações peculiares em que se encontram.

Deve, portanto, ser respeitada a vontade das partes, que ao estipularem o regime de bens sabem exatamente o que estão fazendo. Se, no decorrer da vida em comum, resolverem modificar a comunicabilidade do patrimônio, socorrer-lhes-á a previsão legal do art. 1.639, § 2º, do CC/02, que permite a alteração do regime de bens inicialmente escolhido, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Dessa forma, se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

Isto porque, se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis

dividir nada, nem em vida.

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que a recorrida – cônjuge sobrevivente –, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I, do CC/02, em interpretação conjugada com o

Superior Tribunal de Justiça

art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele.

As demais questões alegadas pelos recorrentes ficam prejudicadas.

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para reformar o acórdão, e, por conseguinte, a decisão às fls. 105/109, declarando que P. R. de S. não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes de I. F. de S., de forma a negar a procedência do pedido por ela formulado, de habilitação no inventário.

Por consequência, JULGO PREJUDICADO o pedido cautelar formulado incidentalmente pelos recorrentes, às fls. 230/234, de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO
RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA
ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Sr. Presidente, louvo esse percuciente trabalho com que a Sra. Ministra Nancy Andrichi nos brinda. Na verdade, essa mudança no regime, provocada pelo Código Civil de 2002, implica numa revisão de conceitos. E esse estudo é precioso.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrichi, merece todo o nosso reconhecimento por esse trabalho em prol da adequada e correta interpretação do Código Civil.

Acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, dando provimento ao recurso especial para reformar o acórdão, recomendando-o à jurisprudência.

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 06/10/2009

JULGADO: 06/10/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **OSMAR TOGNOLO**, pela parte RECORRENTE: GUSTAVO ALVES DE SOUZA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo Sr. Ministro Massami Uyeda, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguardam os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA).

Brasília, 06 de outubro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS**
ADVOGADOS : **PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)**
OSMAR TOGNOLO
RECORRIDO : **PAULA ROSA DE SOUZA**
ADVOGADO : **JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Pedi vista dos autos atento à densidade das teses constantes do voto da E. Relatora e à relevância do julgamento, na interpretação de lei federal atinente a ponto da maior importância para as relações patrimoniais entre cônjuges e seus sucessores.

Focalizando exclusivamente a questão central, que é a aplicação do art. 1829 do Cód. Civil/2002 à luz da situação trazida pelo caso, o presente voto acompanha os Votos anteriores, proferidos pelos E. Ministros NANCY ANDRIGHI e MASSAMI UYEDA.

2.- Dispõe o art. 1829 do Cód. Civil/2002: "A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: 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. 1640, parágrafo único), ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares" - Correspondente ao art. 1603, I, Cód. Civil/1916).

A dissensão provém da expressão "*separação obrigatória*" e, mais especificamente, desse adjetivo "*obrigatória*", que qualifica o substantivo separação. Importa determinar o comando normativo do texto, evidentemente mal redigido, pois permite a cizânia interpretativa de que dão conta os ponderáveis argumentos expostos com enorme aplicação pelo patrocínio advocatício em prol dos litigantes e a diversidade de sustentação nos numerosos escritos trazidos nos autos e nos cuidadosos

memoriais oferecidos.

A melhor leitura é a que toma o termo como genérico, abrangendo as duas modalidades de separação total de bens particulares adquiridos anteriormente ao casamento, isto é, a separação legal e a separação convencional, pois ambas, afinal de contas, são obrigatórias e os cônjuges que não atinam com a possibilidade de sutilezas de interpretação legal devem imaginar exatamente que, quando se casam optando pela separação de bens, será ela obrigatória, quer dizer, seus bens estarão separados durante o casamento e por ocasião da partilha por ocasião do óbito.

Prefere-se a interpretação afinada com o senso comum, pois não seria justo incentivar interpretação que não seja imediata e claramente inteligível para ser humano comum, em matéria de incidência comum a todos os segmentos sociais, bem diferente do que ocorre no tocante a interpretação de disposições legais destinadas a setores específicos, dos quais exigível o conhecimento técnico-jurídico apto à sutileza interpretativa própria do setor.

Em verdade e a rigor, as partes, ao casar-se sob o regime da separação convencional, celebrado com a solenidade da assinatura de escritura pública, terão, mesmo, mais convicção da obrigatoriedade da separação de bens do que no casamento pela separação legal de bens, decorrente de previsão legal nem sempre presente na memória dos nubentes -- conquanto, também obrigatória.

3.- O Voto da E. Relatora expôs os grandes nomes doutrinários que se debruçaram sobre o assunto, os julgados do caso e os memoriais, extremamente valiosos, trazidos pelos Advogados das partes, trouxeram as manifestações jurisprudenciais. Todos esses elementos, bem ponderados, conduzem o foco do julgamento exatamente aos termos das considerações supra.

A síntese do voto da E. Relatora é precisa: "A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses, é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial -- contrato solene -- lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de

Superior Tribunal de Justiça

previsão legal" (Item II.5, 6º parágrafo, do voto da E. Relatora).

4.- Impossível deslembrar que, no caso, certamente a obrigatoriedade da separação de bens terá sido bem presente no ato da celebração do casamento, dadas as circunstâncias, narradas pela inicial sem apontadas pelo Voto da E. Relatora, de que o casamento, celebrado por cônjuges com diferença de trinta e um anos de idade, quando o "*de cujus*", viúvo, já tinha filhos de longo casamento anterior, durou apenas poucos meses.

5.- Pelo exposto, meu voto também acompanha o voto da E. Ministra Relatora, dando provimento ao Recurso Especial e julgando prejudicado o pedido cautelar incidental.

Ministro SIDNEI BENETI

RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS**
ADVOGADOS : **PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)**
OSMAR TOGNOLO
RECORRIDO : **PAULA ROSA DE SOUZA**
ADVOGADO : **JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)**

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sr. Presidente, quero registrar, como disse Vossa Excelência, os belos memoriais encaminhados, com estudos de cada parte e, face à profundidade e justeza da decisão que Vossa Excelência leu e dos votos anteriores dos eminentes Colegas, neste momento, com o amadurecimento possível nessa fase, eu estaria por acompanhar os votos de Vossas Excelências, nessa mesma linha, dando provimento ao recurso especial e julgando prejudicado o pedido cautelar incidental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0229597-9

REsp 992749 / MS

Números Origem: 1061038726 20070000874

PAUTA: 06/10/2009

JULGADO: 01/12/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO ALVES DE SOUZA E OUTROS

ADVOGADOS : PAULO BENEDITO NETO COSTA JUNIOR E OUTRO(S)
OSMAR TOGNOLO

RECORRIDO : PAULA ROSA DE SOUZA

ADVOGADO : JORGE AUGUSTO BERTIN E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Sucessão - Habilitação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti , a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

PROJETO DE LEI Nº , DE 2007.

(Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

Art. 2º Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406- Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança." (NR)

.....

"Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;
IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados." (NR)

"Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato." (NR)

"Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.



OCFA66A433

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.” (NR)

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.” (NR)

.....
....

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

“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.”(NR)

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.” (NR)

.....
....

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR)

.....
....

“Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



OCFA66A433

JUSTIFICATIVA

O presente Projeto de Lei nos foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, idéia também defendida pelo ilustre Deputado Antonio Carlos Biscaia.

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

A título de exemplificação, a respeito desse díspar tratamento, anotem-se os artigos 1.714, 1.720 e 1.722, nos quais, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a "entidade familiar", apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta. Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem da vocação hereditária.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que



admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o monte hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos artigos 1.832 e 1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei nº 9.278/1996. Pela nova redação sugerida no *caput*, a restrição à titularidade exclusiva ou em condomínio com o sobrevivente sobre o imóvel objeto do direito real de habitação, justifica-se para não gravar ou onerar bem de terceiro, inclusive eventuais herdeiros, mas alheios ao contexto sucessório ao menos no que se refere a este imóvel. Ademais, considerando não mais ser viável o direito, evita-se, assim, a constituição de um vínculo eterno e definitivo sobre o imóvel de terceiro (ainda que em condomínio), na medida em que a cada falecimento de um morador-condômino casado, ou que viva em união estável, por menor que seja o seu quinhão sobre o imóvel, restaria instituído novo direito real de habitação, e assim sucessivamente diante de novas núpcias do sobrevivente, e potencialmente por diversas vezes, comprometendo, inclusive, o direito de propriedade daqueles condôminos até eventualmente majoritários. Por sua vez, a previsão sugerida no parágrafo primeiro, tem por fundamento preservar o direito à legítima de herdeiros menores ou incapazes, com preferência ao benefício instituído em favor do sobrevivente, na medida em que aqueles, no confronto de posições, certamente merecem maior proteção.

Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são apenas os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural, por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da



forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça de confusão entre sentimento e patrimônio.

Sala das Sessões, 19 de março de 2007.

Deputado Sérgio Barradas Carneiro
PT/BA



0CFA66A433

Superior Tribunal de Justiça

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, por maioria, não conhecer da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 03 de outubro de 2012

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



Superior Tribunal de Justiça

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Nos autos do inventário dos bens deixados por Onaldo Lins de Luna, falecido em 7.4.2007, sem descendentes ou ascendentes, o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa determinou que a inventariante, Maria Jaideth Miranda - com quem o *de cujus* mantivera união estável por 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado (fls. 9-11, e-STJ) -, nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do art. 1.790-III do Código Civil de 2002, o companheiro "somente será tido como único sucessor quando não houver *parentes sucessíveis*, o que inclui os *parentes colaterais*, alterando nesse ponto o art. 2º da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de *ascendentes e descendentes*" (fl. 29, e-STJ).

Contra essa decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob alegação de ser herdeira universal, uma vez que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.829, CC/02, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Foi negado provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.
Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86, e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alegou, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo,

Superior Tribunal de Justiça

colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício.

Nessa linha, pleiteou a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

A Quarta Turma, por unanimidade, suscitou o exame quanto à inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002, premente a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a questão, remetendo a esta egrégia Corte Especial a apreciação do tema, por força do que dispõem o art. 97 da Constituição Federal, art. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, opina pela **proclamação da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil**, para que, no caso concreto, se afaste a exigência de o recorrente nomear e qualificar todos os parentes colaterais até o quarto grau do companheiro falecido.

O membro do *Parquet*, apoiado em doutrina especializada, expõe precariedades e debilidades do regime sucessório da união estável, notadamente quando o companheiro sobrevivente concorre com ascendentes e com colaterais do falecido, apresentando também substancial discrepância quando comparado com o regime sucessório aplicável aos cônjuges casados.

Aduz Sua Excelência que nada justifica o retrocesso advindo dos referidos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, sobretudo quando se considera que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 226, *caput* e parágrafo 3º, reconheceu e resguardou a união estável "como entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado, a legislação infraconstitucional regulamentadora já vinha buscando ampliar essa *equalização do companheiro ao cônjuge*" (fl. 166).

Em apoio a sua tese, finaliza o Ministério Público Federal com o magistério de Zeno Veloso, cujo cerne argumentativo extraio dos seguintes excertos:

No direito sucessório brasileiro já estava consolidado e quieto o entendimento de que, na falta de parentes em linha reta do falecido, o companheiro sobrevivente devia ser o herdeiro, afastando-se os colaterais e o Estado.

[...]

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do *de cujus*. Temos de convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do *caput* do art. 1.790, que foi

analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas apenas o que foi adquirido na constância da união estável e a título oneroso.

Haverá alguma pessoa, neste País, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos de amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

[...]

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (fls. 167-168)

É o relatório.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O regime sucessório da união estável previsto no Código Civil de 2002 é tema que, deveras, tem despertado intenso debate doutrinário e jurisprudencial, porquanto o legislador de 2002 alterou a ordem de vocação hereditária prevista na lei pretérita (Lei n. 8.971/94), criando um sistema, para os companheiros, diverso daquele previsto para os cônjuges casados.

Para melhor visualização da controvérsia, transcrevo, por primeiro, o art. 2º da Lei n. 8.971/94, parcial e tacitamente revogada pelo Código Civil/2002:

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

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

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

III - **na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.** (grifei)

O Código Civil de 2002, por sua vez, ampliou as hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente, determinando que, à falta de ascendentes e descendentes do falecido, deverão ser chamados **outros parentes sucessíveis** para participar da herança, aquinhoando estes, inclusive, percentual superior ao que toca ao convivente supérstite.

Nos termos do que dispõe o art. 1.790, III, daquele Diploma, no tocante aos "bens adquiridos onerosamente na constância da união estável", quando o companheiro sobrevivente concorrer com "outros parentes sucessíveis", terá direito a apenas **um terço** da herança, tocando aos colaterais os outros **dois terços** do mesmo acervo hereditário, *verbis*:

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.**

Os "outros parentes sucessíveis", afora descendentes e ascendentes (incisos I e IV), são os colaterais até o quarto grau, por força do que dispõem os arts. 1.592 e 1.839.

No caso, se aplicada a letra da lei, o companheiro pode ser obrigado a concorrer com os primos do falecido ou com os conhecidos popularmente por "tios-avós" e "sobrinhos-netos", evidentemente à ausência de parentes de graus mais próximos do *de cujus*, como irmãos, tios e sobrinhos.

Por outro lado, no diploma civil atual, diversa é a ordem de vocação hereditária aplicável ao casamento, especialmente no que concerne aos parentes legitimados a concorrer com o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do art. 1.829, *verbis*:

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

- I - **aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - **aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge**;
- III - **ao cônjuge sobrevivente**;
- IV - **aos colaterais**.

Com efeito, segundo a ordem de vocação engendrada pelo Código Civil/2002 para o casamento, o cônjuge supérstite **concorre apenas com os descendentes**, na ausência dos quais serão chamados os **ascendentes**.

Ademais, em frontal diferença de tratamento com a regra para a união estável, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade da herança, inclusive os bens particulares.

Destarte, a controvérsia é quanto à legitimidade constitucional desse tratamento conferido ao regime sucessório da união estável, precisamente no que concerne à longa cadeia colateral de concorrência de parentes do falecido com o companheiro sobrevivente, assim também à fração reduzida que toca a este, bem como se há amparo na Lei Maior para a diferenciação entre os regimes da união estável e do casamento.

3. Convém, para tanto, realizar um resumo histórico quanto aos dois

institutos, casamento e união estável, para então se chegar ao paradigma jurídico atual de ambos, a Constituição Federal de 1988.

É fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnaldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que se promulga a primeira lei sobre casamento civil no Brasil, determinando o seu art. 109 que, daquela data em diante, "...todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente á jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico".

Portanto, após o Decreto, o casamento passou a ter natureza civil, mas continuou a manter traços religiosos, como a indissolubilidade, prevendo o art. 88 que "o divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos", e o art. 93 que o casamento válido "só se dissolve pela morte de um dos cônjuges".

Do mesmo modo, sobreleva notar o traçado patriarcal do casamento válido, constituindo "família legítima", assegurando ao marido o absoluto controle sobre a condução da família e especialmente da esposa.

Nesse sentido dispunha o art. 56 do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890:

Art. 56. São effeitos do casamento:

§ 1º Constituir familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da familia, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

Superior Tribunal de Justiça

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

E foi exatamente a partir desse cenário que o Código Civil de 1916 foi edificado, propugnando seu art. 229 que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Com efeito, apesar do aparente distanciamento entre Estado e Igreja, o casamento continuou a ser sacralizado e erigido ao degrau de única forma válida de manutenção da família, disposição consentânea com o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, segundo o qual "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Assim, possuindo a "família legítima" uma única gênese, qual seja, o casamento, era mesmo de se esperar que o legislador de 1916, fiel a esse ideal, repudiasse qualquer ameaça ao arquétipo da estrutura familiar.

Nesse sentido, o art. 337 do Código de 1916 afirmava que "são legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento", de logo rechaçando qualquer influxo externo à família matrimonializada pela vedação contida no art. 358: "os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos".

Nesse sentido, colaciono o esclarecedor magistério de Gustavo Tepedino:

A hostilidade do legislador pré-constituente às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes - particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do código civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 49-50)

Com o mesmo ideal prosseguiu a Carta Republicana de 1934, apregoando seu art. 144 que "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".

Com redação idêntica contava o art. 124 da Constituição de 1937.

O art. 163 da Carta de 1946 manteve o monopólio do casamento para a constituição da família, tornando, porém, a prever os efeitos civis do casamento religioso, contanto que o ato fosse inscrito no registro público.

Disposição idêntica continha a EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69) no art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, sua predileção à manutenção de uma família matrimonializada, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido) individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade, igualdade de tratamento perante a lei e o alienável direito de filiação.

Porém, não havia como, em meados da década de 80, sustentar o monopólio do casamento para a constituição da família ou a inferioridade da mulher diante do marido.

A realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se, em 1988, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado", antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento.

Refiro-me ao paradigmático art. 226 da Constituição Federal de 1988, que, de maneira eloquente, abandona de vez a antiga fórmula - consagrada em todos os demais diplomas anteriores -, de vincular inexoravelmente a família ao casamento.

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do mencionado dispositivo: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns" quanto à forma de constituição dessa família.

Vale dizer, rompendo expressamente com o paradigma constitucional superado, salientou que, mais importante do que a forma pela qual essa família é constituída, é a maneira pela qual ela é protegida.

Superior Tribunal de Justiça

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Daí que em seus parágrafos o art. 226 expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares que, de tão evidentes para a realidade social, não poderiam ser desconsiderados pela nova Carta, além de destinatários de especial proteção estatal, a saber, a união estável e a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" - a chamada "família monoparental".

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída [...].** (grifado no original)

É bem de ver que o casamento, efetivamente, continua importante no âmbito constitucional.

A verdade é que as disposições sobre ele continuaram substancialmente as mesmas no texto original.

A família é que foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora

mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

Diante desses fatos, não parece mais consentâneo com a nova ordem constitucional diferenças grandes de tratamento entre os institutos relacionados à família, porquanto a Carta de 1988 coloca sob o mesmo manto da "especial proteção" da "família" todos esses novos arranjos.

4. Ainda na linha do exame histórico, percebe-se claramente a aversão do legislador de 1916 a qualquer outro tipo de legitimação do núcleo familiar, que não pelo casamento.

Não obstante essa completa repulsa normativa às uniões não matrimoniais, o ordenamento jurídico gradativamente se modificou e passou a reconhecer alguns direitos aos conviventes sem casamento.

A legislação acidentária atribuiu indenização a qualquer pessoa que vivia sob a dependência econômica do acidentado, na falta de esposa, filhos ou acidentados. Nesse sentido, o REsp. n. 589/SP, de relatoria do Ministro Athos Carneiro, prelecionou que "a concubina da vítima, falecida em acidente de trabalho e beneficiária da pensão previdenciária, é parte legítima *ad causam* para postular a indenização de direito comum" (QUARTA TURMA, julgado em 14/08/1990, DJ 10/09/1990, p. 9129).

Na mesma direção, a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Também, por exemplo, a Lei de Registros Públicos, alterada pela Lei n. 6.216/75 - malgrado o evidente pudor próprio da época -, permitiu a utilização do nome do companheiro pela companheira: "a mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro [...]" (art. 57, § 2º).

Porém, coube ao direito pretoriano a evolução do tratamento conferido às uniões livres, antes chamadas indiscriminadamente de concubinato, revelando-se como um símbolo denso de significação a Súmula n. 380/STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Nota-se, entretanto, que toda a construção jurisprudencial sobre o tema foi erigida à margem do direito de família, aplicando-se regras e princípios do direito das

obrigações, para tratar a união afetiva como uma sociedade de fato, ou de responsabilidade civil, para se conceder à companheira uma indenização por serviços domésticos prestados.

Distingua-se, para tanto, o concubinato puro - entre pessoas desimpedidas ou desquitadas -, e o impuro, também chamado adulterino.

Desse modo, também foi a Carta Política de 1988 que, a um só tempo, afastou a pejorativa alcunha do "concubinato" das uniões livres e desimpedidas e trouxe para o direito de família a então chamada união estável.

A união estável, na Constituição Federal de 1988, é entidade familiar digna da especial proteção do Estado, ciente o constituinte que os mesmos laços afetivos que ligam os cônjuges para a formação de uma família também ligam os companheiros na união estável, e os pais e filhos na família monoparental.

Em relação à união estável, colho a lúcida doutrina de Luís Roberto Barroso sobre esse percurso histórico:

Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer como verdadeira união de fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, etc.; e) **por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento** (sem grifo no original). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 137-138)

Finalmente, vieram à lume as Leis ns. 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, garantindo alguns direitos aos conviventes em união estável, como direito a alimentos, herança, condomínio dos bens adquiridos por ambos, usufruto e, posteriormente, direito real de habitação.

Resumindo, esses foram os dois caminhos traçados pelo casamento e pela hoje chamada união estável.

O casamento, inicialmente o religioso, como núcleo exclusivamente formador da família; hoje, inserido no poliformismo familiar arquitetado pela Carta Cidadã.

A união estável, antes colocada na indiscriminada vala do concubinato, caracterizado sobretudo pela clandestinidade das relações entre pessoas impedidas, alcança *status* também constitucional, cuja família por ela formada - ao lado daquela resultante do casamento e a monoparental - é digna também da especial proteção estatal.

5. A família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Daí por que a vinculação da família exclusivamente ao casamento não resiste a nenhuma indagação antropológica sobre a origem da família.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 adotou uma pluralidade qualitativa ou poliformismo familiar na concepção do que é "família", consentânea mesmo com a realidade social que emergia de maneira irrefreável. Por isso que, com muita razão, tem-se falado, modernamente, em "direito das famílias".

A família constitucionalizada, plúrima por expressa dicção constitucional, deixa de ser mera depositária de um casamento cartorário e passa a ser o núcleo doméstico fático vocacionado ao conforto emocional do indivíduo, "em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos" (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38).

Ou, ainda, como afirmou Caio Mário da Silva Pereira, "substitui-se a organização autocrática por uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor" (*Instituições de direito civil*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19).

Nesse sentido, a visão pluralista de família, alicerçada substancialmente nos elos de afetividade, permite abarcar todos os tipos de união, de modo a alcançar indistintamente pelo conceito de família constitucionalizada aquelas decorrentes, tanto do

casamento, quanto da união estável, além da conhecida família monoparental.

Assim é porque a família - digna de proteção especial - instrumentaliza um valor maior, erguido não só como direito, mas como fundamento da República pela Constituição de 88.

Trata-se da lente pela qual devem ser lidos os demais direitos e princípios constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

De outra forma não se consegue explicar a proteção conferida pela Carta às entidades familiares não fundadas no casamento, senão pela dignidade inalienável dos membros que as compõem.

É como ressaltado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp. n. 872.659, ao afastar a pretensão indenizatória decorrente de relação concubinária:

Referido entendimento, no entanto, encontra-se, totalmente superado, porquanto ao ser alçada a **união estável** à categoria de entidade familiar – **equiparada ao casamento** –, foram tais vínculos subtraídos da órbita obrigacional e integrados, definitivamente, ao Direito de Família.

E foi a partir desse novo paradigma, ancorado no ideal de dignidade da pessoa humana, de afetividade, de solidariedade e de igualdade entre homem e mulher, que a Constituição Federal, no art. 226, gravou com a cláusula de especial proteção **todas as formas de famílias**.

Isso porque a proteção constitucional às famílias hospeda-se em valores presumidamente encontrados em todas elas, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a afetividade, "independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas" (ADPF n. 132/RJ).

O cerne da proteção constitucional, com efeito, antes focalizado unicamente no casamento, desloca-se para a família, imediatamente, e de maneira mediata para os seus membros.

De modo que, atualmente, não se põe em dúvida a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, "devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 56).

Nesse sentido, continua TEPEDINO:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. Sua tutela privilegiada,

entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395)

Além do explícito elenco de arranjos familiares listados pela própria Carta de 1988, importante sinal da mencionada “desmatrimonialização” da família constitucionalizada, é o que dispõe o § 6º do inciso VII do art. 227, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ou seja, o que antes era contemplado como instrumento de manutenção da “paz matrimonial” – a vedação ao reconhecimento de filhos “adulterinos” ou “incestuosos” –, recebeu explícita glosa pelo constituinte originário, que igualou em direitos todos os filhos, havidos ou não do casamento, e proibiu até mesmo os vetustos codinomes de densa carga pejorativa.

Não há como sustentar, com efeito, que a Carta Cidadã tenha adotado predileção pela família constituída pelo casamento, relegada às uniões estáveis e às famílias monoparentais apenas a qualidade de “entidades familiares”, como se as ditas “entidades familiares” fossem algo diferente de uma família.

É nesse sentido que o Ministro Ayres Brito asseverou:

[...] que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a *meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura de *sub-família*, *família de segunda classe* ou *família “mais ou menos”* (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. **Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova “entidade familiar” [...]** (grifo no original). (ADPF n. 132/RJ)

Nessa mesma linha:

Cada vez mais a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio

revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autoriza reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Esse ponto de identificação é encontrado no vínculo afetivo. (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. p. 8)

Com efeito, as várias entidades familiares protegidas pela Constituição Federal, no paradigmático art. 226, demonstram a mudança de óptica valorativa da nova ordem constitucional sobre a família, o que impede se pretenda conferir tratamento desigual a qualquer das entidades familiares ali previstas – como se existissem mesmo “famílias de segunda classe”.

Ou seja, todo diploma legislativo “que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais **a família fundada no casamento é apenas um deles**” (sem grifo no original) (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57).

6. Soma-se a isso o fato de que, como é curial, toda técnica de interpretação constitucional deve realizar uma leitura global da Carta, de modo a não firmar conclusões a partir de tiras de dispositivos que contrastem frontalmente com os demais princípios consagrados pelo próprio Diploma.

Nesse passo, não parece de boa técnica eventual preferência pela família matrimonializada – ou por qualquer forma de família –, justamente pela Constituição que proclama que o “**planejamento familiar é livre decisão do casal**” (§ 7º do art. 226).

Se a **família** não começa com a paternidade, obviamente o **planejamento familiar** também não. Pode começar bem antes, tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma da união.

A análise dos contornos estruturantes das famílias constitucionalizadas, exemplificadamente, a formada pelo casamento, pela união estável e pela comunidade entre ascendentes e descendentes, deve ocorrer com olhos atentos à ruptura de paradigmas conferida pela Carta de 1988.

Superior Tribunal de Justiça

Assim como descabe, por exemplo, cogitar-se de monopólio do casamento na constituição da família, a partir de 88, é imprópria também a análise da união estável a partir do superado estigma das relações concubinárias.

Como se sabe, o direito é fato, norma e valor, na clássica teoria tridimensional de Miguel Reale, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico à luz dos novos valores. O que se deve ter presente, portanto, é o fato de que viver em união estável hoje, depois da Constituição de 88, significa algo totalmente diverso do que era em tempos passados.

Nesse ponto, é bem verdade que, parte da doutrina – no que foi seguida, em alguma medida, pela jurisprudência – tenta justificar eventual tratamento diferenciado dado às uniões estáveis, comparativamente ao casamento.

Aciona-se a parte final do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, *verbis*:

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.**

Afirma-se que união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

Agarra-se, no mais das vezes, em decisão proferida pelo ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira, ainda como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] as medidas protetoras porventura adotadas pelo Estado em benefício da família devem aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher as quais se consideram, para esse fim, como “entidades familiares”. Daí a supor que a norma atribui ao homem ou à mulher, partícipe de união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou mulher casada, medeia boa distância. Se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido dizer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não se pode converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária – e inconcebível – a conversão. (Embargos Infringentes nº 178-90, IV Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ)

Tal assertiva, na verdade, consubstancia apenas uma fórmula de facilitação da conversão. A união estável, todavia, não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez ao casamento. A

união estável **pode** – se assim desejarem os conviventes – converter-se em casamento. É ato-fato jurídico despojado de formalidade que, por vezes, revela exteriorização vicejante da liberdade e da autodeterminação da pessoa de se relacionar e conviver com quem melhor lhe aprouver, sem que sua vida privada – que é, sobretudo, plasmada na afetividade e cuja inviolabilidade é garantida pela própria Constituição – seja timbrada pelo Estado.

A norma contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como corretamente afirmado pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, na relatoria do REsp. n. 827.962/RS, é uma **norma de inclusão**, sendo contrária ao seu espírito a tentativa de lhe extrair efeitos discriminatórios.

Nesse sentido, Sua Excelência, analisando o cabimento da chamada união homoafetiva, mencionou valioso magistério de Luís Roberto Barroso:

[...] Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram. (Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In. *Temas de Direito Constitucional*, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208-209)

Evidentemente, **união estável e casamento são institutos diversos**, e isso nem precisaria ser dito pela Constituição Federal porque, em alguma medida, reside no mundo do “ser” e não no mundo do “dever ser”.

Assim, subjaz à parte final do § 3º do art. 226 da CF/88 uma **simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento** e, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Basta dizer que, em razão dessa informalidade, a união estável só é reconhecida por sentença, cujos marcos inicial e final, por vezes, são de difícil comprovação, ao passo que a certidão de casamento faz prova de pleno direito do vínculo matrimonial.

Assim, a facilitação da conversão da união estável em casamento não constitui nada além de benfazejo incentivo voltado à segurança jurídica dos próprios companheiros e não à satisfação de uma hipotética predileção constitucional pelo matrimônio.

Como assinalado, na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã em relação à forma pela qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos.

O mais importante para a Constituição, parece, é que essas famílias, agora multiformes, recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que **pelo casamento o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.**

Para tanto, não deve o legislador infraconstitucional criar embaraços à conversão de uma união estável em casamento, sob pena de embaraçar também a própria proteção do Estado aos que se decidirem pela modificação do vínculo jurídico.

Essa interpretação do propósito da facilitação da união estável em casamento é francamente realçada pela doutrina civilista, da qual colho com destaque a de Fábio Ulhoa Coelho, *verbis*:

Nos anos 1960, jovens da classe média e alta começaram a constituir famílias desprezando ostensivamente o casamento. Estavam convencidos de que a formalidade atrapalhava mais do que ajudava a construção de um relacionamento fundado no amor, respeito mútuo e camaradagem.

Nas classes menos abonadas, porém, a união informal já existia com bastante frequência muito antes da revolução dos costumes. Era imposta pela carência de recursos e não nascia da vontade de romper velhos tabus. A festa do casamento, por mais modesta que fosse, consumiria boa parte do pouco dinheiro do casal. Mais que isso, porém, temiam os dois, principalmente o homem, não terem meios para cumprir os sérios compromissos que advêm do casamento. Na incerteza, preferiam não os assumir. **A união estável não era, portanto, nesse caso, um opção inteiramente livre dos conviventes. Era uma necessidade. Se pudessem, casariam.**

Pois bem, foi tendo em vista principalmente essa situação que o constituinte de 1988 se preocupou em determinar à lei que facilitasse a conversão da união estável em casamento. Não haveria por que facilitá-la aos que optaram por não casar de forma inteiramente livre. **A facilitação da conversão da união estável em casamento destina-se a atender aos interesses de quem não tem realmente a opção de casar,** ou não (sem grifo no original). (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145)

Não obstante a determinação constitucional, de logo se adianta o professor

Fábio Ulhoa Coelho em afirmar a inexistência de hierarquia entre as famílias resultantes do casamento e as resultantes da união estável:

[...] entre as famílias constitucionais não há hierarquia: a fundada no casamento não é merecedora de maior proteção que as outras. Muito pelo contrário, não pode a lei discriminar essas três entidades familiares, conferindo aos membros de qualquer uma delas direitos negados aos das outras.

[...]

Quer dizer, as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. (*Ibidem*)

No mesmo sentido, cito ainda Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.

Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às uniões formais. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 pp. 57-58)

A regra constitucional ora analisada direciona a atividade legislativa quanto à conversão, no sentido de facilitar a transformação do companheirismo em casamento e, portanto, qualquer norma que crie maiores formalidades ou exigências, do que aquelas previstas para a celebração do casamento, será declarada inconstitucional. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127)

A toda evidência, não há preferência constitucional à família fundada no casamento dito *de papel passado* em preterição à fundada na união estável, como evidentemente não há preterição constitucional à família monoparental (que não ocupa a terceira colocação), resultante dos mais singelos vínculos de afeto existentes entre pais e filhos.

Portanto, a possibilidade de conversão dos institutos - que é mera faculdade conferida aos próprios companheiros - não pode servir de supedâneo para eventuais tratamentos discriminatórios entre casamento e união estável.

Por óbvio que, em caso de conversão de uma união estável em casamento, **não se convertem as entidades familiares**, mas os **vínculos jurídicos** existentes entre os conviventes, e é aqui que reside a real diferença entre a união estável e o casamento.

Alcança-se tal diferença por outra óptica que não a das famílias formadas por esses dois tipos de união igualmente aceitos pela Constituição Federal.

Explica-se: toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da **dupla concepção do que seja casamento** - por um lado, um **ato jurídico solene**, do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro lado, uma **entidade familiar**, das várias outras protegidas pela Constituição.

Com efeito, é explicável a eventual perplexidade gerada por doutrinas - hoje majoritárias - que tentam equiparar, em alguma medida, o casamento à união estável, evidentemente porque são baralhados elementos heterogêneos, quais sejam, o **ato jurídico cartorário** chamado casamento e a **entidade familiar** homônima.

No ponto, evidentemente a Constituição Federal não toma, em metonímia, a causa pelo efeito e não mistura a proteção especial conferida à família resultante do casamento com o ato solene "casamento civil", cuja celebração é gratuita (art. 226, § 1º).

Assim, caso se queira confrontar casamento e união estável, é de se ter em vista, por primeiro, em qual seara se está a caminhar, se no âmbito das relações familiares ou se nos efeitos jurídicos decorrentes exclusivamente do ato cartorário chamado "casamento civil".

De tudo o que se afirmou, tenho que o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável, tida também por entidade familiar, porquanto - como acredito que esteja correto - não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados.

Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e apenas em razão dessas diferenças entre casamento - **ato jurídico** - e união estável que o tratamento legal diferenciado se justifica.

Nesse passo, segundo penso, somente será constitucionalmente aceitável eventual *discrímen* apoiado nos naturais efeitos imediatamente gerados pelo ato formal

de núpcias, independentemente de perquirições acerca de vínculos afetivos, porquanto é desses efeitos cartorários que o vínculo puramente afetivo da união estável é carecedor.

De fato - sem que se pretenda enumerar à exaustão -, são vários os casos em que os efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento justificam o tratamento distinto entre ele e a união estável.

São hipóteses que decorrem diretamente da solenidade e da publicidade do ato jurídico, atributos que parecem ser, "aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório e assim por diante" (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 409-410).

Assim, se alguém pretender negociar com pessoas casadas, é imperioso que saiba o regime de bens e, eventualmente, a projeção da negociação no patrimônio do consorte; a outorga uxória para a prestação de fiança também é hipótese que demanda "absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento" (TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*).

Também se afirmou, na ADPF n. 132, que as diferenças aceitáveis entre união estável e casamento já são antecipadas pela própria Constituição, como que por ilustração, a exemplo da submissão da união estável à prova dessa estabilidade, exigência que não é feita para o casamento, ou "quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226)".

Fábio Ulhoa Coelho, de forma mais incisiva e arrojada, afirma que entre casamento e união estável "a única diferença diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento" (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137).

Enfim, todas essas diferenças - *exempli gratia* - resultam exclusivamente do título fundante do casamento, de cujos elementos constitutivos, baseados substancialmente na formalidade e na publicidade do ato, decorrem a certeza e segurança a terceiros além da estabilidade formal aos cônjuges.

Outros, porém, são os efeitos decorrentes do casamento, considerado esse como **entidade familiar**, efeitos que consagram valores metajurídicos que independem de título formal entre os consortes, porque ancorados na solidariedade, na afetividade e na reciprocidade próprias das relações familiares, por isso mesmo percebidos tanto na família fundada no casamento quanto na fundada na união estável.

Superior Tribunal de Justiça

Por iguais fundamentos, são exemplos de tratamento igualitário conferido ao casamento e à união estável:

a) direitos previdenciários decorrentes de morte de companheiro: tem-se decidido, por exemplo, que com a morte do servidor a companheira faz jus a uma pensão porquanto "com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte" (REsp 1206475/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011). Também em relação à pensão de militar, afirma-se que "com a nova ordem constitucional - art. 226, § 3º, CF/1988 -, a companheira possui status de esposa, razão pela qual não se pode excluí-la do rol do art. 77 da Lei n.º 5.774/71, com base no princípio do *tempus regit actus* (precedentes do STJ)" (AgRg no AgRg no REsp 1031654/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 10/11/2008). Havendo ex-esposa viva, e sendo reconhecida a união estável, rateia-se a pensão entre ex-esposa e companheira do *de cujus* (REsp 856757/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 02/06/2008; REsp 590971/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 528);

b) vedação ao nepotismo extensível ao companheiro, nos termos da Súmula Vinculante n. 13/STF: "A nomeação de cônjuge, **companheiro** ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal";

c) direito à indenização decorrente de acidente de trabalho sofrido por companheiro, nos termos do que dispõe a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio";

d) exigência de consentimento do companheiro para gravame real em bem comum: tem-se entendido que "a lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3º, da CF), nos termos da Lei 9.278/96" (REsp 755830/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA,

julgado em 07/11/2006, DJ 01/12/2006, p. 291);

e) direito a continuar, por sub-rogação, o contrato de locação celebrado pelo companheiro falecido, nos termos do que dispõe o art. 11 da Lei do Inquilinato:

Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub - rogados nos seus direitos e obrigações:

I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel;

f) direito de receber alimentos de companheiro, porquanto o dever contraposto é "informado pela solidariedade mútua que se estabelece com a vida comum" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 411): nesse sentido se decidiu que "fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência" (REsp 995.538/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 17/03/2010);

g) direito real de habitação conferido igualmente ao companheiro e ao cônjuge: recentemente se decidiu que "a Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002" (REsp 821660/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011);

h) no campo do direito eleitoral, por sua vez, tem-se entendido que as inelegibilidades previstas no art. 14, §§ 5º, 6º e 7º, da Constituição Federal, são extensíveis aos companheiros, porquanto, de igual forma, beneficiam-se da relação familiar existente com os Chefes do Poderes Executivos. Daí por que "a convivência marital, seja união estável ou concubinato, gera inelegibilidade reflexa em função de parentesco por afinidade" (CONSULTA nº 1573, Resolução nº 22784 de 05/05/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 02/06/2008, Página 07 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 212).

Enfim, todos os direitos e vedações acima citados têm lastro nas relações familiares - e não no ato jurídico solene do casamento -, nos vínculos de afeto, de solidariedade e de cumplicidade presumidamente existentes em todas as famílias

constitucionalizadas, por isso mesmo as prescrições normativas supra têm aplicação tanto ao casamento quanto à união estável.

Creio, assim, que a partir desse crivo é que se deve aferir a adequação constitucional de todo tratamento concedido diferenciadamente à união estável ou ao casamento. Ou seja, é normal que as disposições relativas ao casamento como ato jurídico formal e solene sejam aplicadas somente aos cônjuges. Todavia, as normas cuja *ratio* deita raízes nas relações familiares, justificadas, portanto, em valores metajurídicos relacionados à solidariedade, à afetividade e à comunhão plena de vida, devem ser aplicadas a ambas as entidades familiares, casamento e união estável, cônjuges ou companheiros, tal como vem decidindo, acertadamente, a jurisprudência.

7. Diante da fundamentação até agora desenvolvida, a apreciação da adequação constitucional do art. 1.790, especialmente os incisos III e IV do Código de 2002, em última análise, deve levar em consideração um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da igualdade, na vertente substantiva, apregoada há tempos por Rui Barbosa em sua *Oração aos moços*, segundo a qual o tratamento desigual aos desiguais se justifica apenas **na exata medida em que se desigualam**.

É até intuitivo que haverá juridicidade em norma que proceda a algum tratamento diferenciado se se fizer perceptível a correlação entre a distinção de regimes estabelecidos e a desigualdade que lhe deu suporte.

Assim, por exemplo, justifica-se a facilitação da defesa do consumidor em Juízo, com a inversão do ônus da prova, presentes sua hipossuficiência e sua natural dificuldade de produzi-la; a especial proteção conferida à mulher, diante do histórico de violência doméstica a que vinha submetida, dentre outros.

Entretanto, também é intuitiva a rejeição de validade à norma que, ao proceder a tratamento jurídico diferenciado aos supostamente desiguais, ancora-se em fatores que não guardam relação de pertinência lógica com a diferenciação jurídica estabelecida.

Quanto à exigência de correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o tratamento divergente procedido pela norma – sem a qual o princípio da igualdade estará vulnerado –, é Celso Antônio Bandeira de Mello que melhor verticaliza a análise do tema:

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscrive aos elementos escolhidos como fatores

de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualdor adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 37-38)

A bem da verdade, o pretexto de se proceder a tratamento desigual aos faticamente desiguais pode ensejar a mais pura discriminação, se não se guardar a aludida pertinência lógica entre os fatores reais de diferença e o tratamento distinto estabelecido.

No caso da união estável, como assinalado, não são constitucionalmente aceitáveis fatores de *discrímen*, comparativamente ao casamento, calçados nas relações familiares de cada um dos institutos, mas tão somente aqueles apoiados no título fundador do casamento – o ato jurídico solene –, que é inexistente na união estável.

8. Com efeito, diante de tudo o que se me afigura correto sobre o tema e que foi exposto na fundamentação desenvolvida, tenho que **os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil não possuem lastro constitucional**, devendo, portanto, ser declarada sua inconstitucionalidade.

Os dispositivos cuja inconstitucionalidade ora se acusa têm a seguinte redação (na parte grifada):

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.**

Causa estranheza, primeiramente, a opção do legislador em alocar o artigo 1.790 no capítulo das “disposições gerais” sobre o “direito das sucessões”, como que por recato de se afirmar textualmente que o companheiro na união estável é sim herdeiro, porquanto quem “participa da sucessão” do falecido, aquinhoando parte da herança, não é outro senão o herdeiro.

Superior Tribunal de Justiça

Por *obiter dictum*, cumpre dizer também que os incisos I e II encerram odioso tratamento discriminatório aos próprios filhos, a depender se são filhos comuns dos companheiros ou se somente do falecido, ou seja, se havidos da união estável ou não.

Por outro lado, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado ao companheiro supérstite, comparativamente ao cônjuge, o legislador acabou por conferir tratamento discriminatório aos próprios filhos.

Na medida em que a companheira, quando concorrer com filhos só do falecido, recebe quota-parte diferente da que receberia se fosse cônjuge (independentemente se maior ou menor essa quota), consequentemente também os filhos, nessa mesma circunstância, receberão quinhão hereditário diferenciado, a depender se concorrem com o companheiro do seu genitor falecido ou com o cônjuge deste.

E nem se afirme, *data máxima vênia*, que há interpretação possível do inciso I do art. 1.829 que iguala a situação do companheiro à do cônjuge supérstite. Embora a engenhosa interpretação dada ao mencionado dispositivo no REsp. n. 1.117.563-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, tenha sido satisfatória ao desate do caso concreto, não há como afirmar que, em abstrato, as diferenças entre casamento e união estável estariam eliminadas, **na hipótese de a companheira concorrer com filhos só do falecido** – situação que mais amiúde suscita litígios.

Isso porque ainda que se a companheira e cônjuge sobreviventes concorressem na mesma **categoria de bens** (por aquela interpretação, nos bens comuns), não há como se eliminar, por via interpretativa, o percentual diferenciado que tocaria a cada uma: no caso da companheira, a “metade do que couber” ao filho (art. 1.790, inciso II); no caso de cônjuge, “quinhão igual” ao que receberá aquele (art. 1.832).

Com efeito, se na concorrência com filhos do *de cujus*, companheiro e cônjuge recebem quinhões hereditários díspares, também os filhos os receberão, tudo isso porque estes são ora confrontados com um casamento de seu genitor ora com uma união estável. Tal circunstância, a meu juízo, afronta – talvez por descuido mesmo do legislador – o que dispõe o art. 226, § 6º, da Constituição, fato que autorizaria a declaração de inconstitucionalidade também dos incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Quanto aos incisos III e IV, que são o objeto da presente arguição, também não andou bem o legislador, a meu juízo.

Como antes salientado, o cônjuge foi tido pelo Código Civil como herdeiro de especialíssima ordem, concorrendo apenas com ascendentes e descendentes do *de*

cujos, na ausência dos quais tocar-lhe-á a totalidade da herança.

O companheiro sobrevivente, por outro lado, além dos mesmos parentes concorrentes, são chamados a participar também da herança os “outros parentes sucessíveis”, quais sejam, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Ademais, não bastasse a longa cadeia concorrencial, quando os indigitados colaterais são chamados a concorrer com o companheiro, tocar-lhes-ão dois terços da herança, aquinhoando o companheiro sobrevivente o terço remanescente.

É apenas na falta de parentes colaterais do *de cujus* que o companheiro receberá a totalidade dos bens adquiridos na constância da união, disposição que, praticamente, eliminou a possibilidade de um convivente em união estável receber a universalidade dos bens deixados pelo falecido, porquanto é pouco provável que alguém morra e não deixe um primo, um sobrinho ou um “tio-avô”.

É dizer, se, por exemplo, o companheiro sobrevivente chegar a concorrer com um cunhado seu (irmão do falecido) ou com um primo do *de cujus*, tocarão ao companheiro 33,33% da herança constituída por bens comuns, ao passo que ao colateral os 66,66% restantes.

Sem se considerar que, eventualmente, poderá haver bens particulares deixados, os quais, por expressa disposição do *caput* do art. 1.790, não tocarão ao companheiro, já que este participará apenas nos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Nesse caso, à dor da perda do companheiro soma-se a de dividir a herança – em desvantagem de condições – com um possivelmente desconhecido.

Como antes assinalado, a legitimidade constitucional desse tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge somente se verifica se houver correlação lógica entre o *discrímen* jurídico estabelecido e o elemento diferenciador entre a união estável e o casamento civil, o qual, como sobejamente afirmado, não é encontrado nas relações familiares deles decorrentes, mas no título fundador do casamento – o ato jurídico formal e solene.

Cumprindo indagar, com efeito, se o estabelecimento legal de uma ordem de vocação hereditária finca raízes no título fundador do vínculo jurídico dos cônjuges ou, ao contrário, se o fundamento da vocação hereditária – e, quiçá, de todo o direito das sucessões – hospeda-se nas relações familiares por eles (cônjuges) estabelecidas, ou seja, naqueles fundamentos metajurídicos relativos à afetividade, à solidariedade e à comunhão plena de vida.

A teoria mais conhecida e aceita sobre o fundamento principiológico da

sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária conferida pela Lei Civil é a que as atribui à vontade presumida do falecido, o qual, se a tivesse manifestado, razoavelmente disporia de seus bens a partir daquela ordem, porquanto graduaria a sucessão da mesma forma que gradua suas afeições.

Ainda proferida sob a égide do Código Civil revogado, afigura-se acertada a posição de J. M. Carvalho Santos, interpretando o art. 1.573 daquele Diploma. Quanto à parte disponível da herança, afirmou o ilustre civilista que se a vontade do *de cujus* for expressa, tem lugar a sucessão testamentária, na ausência da qual entra a lei a interpretar a vontade do falecido “de acordo com a ordem das afeições daquele e distribui a parte disponível tal como a seu juízo seria distribuída pelo *de cujus*” (*Código civil brasileiro interpretado*. Vol. XXII. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 23).

De um modo geral, haveria três modos de transmissão sucessória, uma forçada – correspondente à legítima –, a testamentária e a *ab intestato*, as duas últimas relativas à parte disponível da herança.

A primeira (legítima) é definida pela vontade da lei – mesmo que contra a vontade do autor da herança; a segunda, pela vontade manifestada pelo *de cujus*; a terceira, também por sua vontade, manifestada, por presunção, tacitamente (CARVALHO SANTOS, J. M. *Idem*, pp. 23-24).

No caso da sucessão em virtude da lei, relativa portanto à parte disponível que tocará aos herdeiros de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida em lei, Carvalho Santos afirmou com acerto que a lei procura suprir a vontade presumida do falecido, que, “naturalmente, se fosse ouvido, se inclinaria antes de tudo pelas suas afeições e seu amor à família, preferindo que os parentes fossem seus naturais herdeiros” (*Ibidem*).

Assim, mostra-se de efeito a assertiva segundo a qual:

Ao estabelecer a ordem legal dos sucessores, o legislador inspirou-se, sem dúvida, na ordem natural das afeições familiares; pois é bem sabido que o amor primeiro *desce*, depois *sobe*, e em seguida *dilata-se* (CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 247).

Enfim, a principiologia adotada pelo direito das sucessões e, especialmente, a subjacente a uma ordem de vocação hereditária é perfeitamente identificada por Caio Mário da Silva Pereira, para quem embora a propriedade privada seja individual:

[...] é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que

fundamenta deveres de assistência de pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. (*Instituições de direito civil*, vol. VI. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6-7)

Portanto, é correto afirmar que a ordem de vocação hereditária visa a preservar uma espécie de sucessão por afeição e por solidariedade, valores metajurídicos relativos essencialmente aos vínculos nascidos no seio das relações familiares.

Daí por que Clóvis Beviláqua aduziu que, na linha colateral, extingue-se o direito de herança no quarto grau porque, “além dele, desaparecem o sentimento de unidade da família e o vínculo de simpatia entre os parentes” (*Apud*, CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.* P. 249).

Ainda que se veja o direito das sucessões – e, por consequência, a ordem de vocação hereditária – a partir dos valores eleitos pelo próprio Estado, de modo a excluir eventual vontade do morto para a satisfação dos desígnios daquele, as conclusões acerca da fundamentação principiológica também não se distancia da família.

Ou seja, mesmo quando o ordenamento jurídico não leva em consideração a vontade do morto (e suas afeições presumidas) – quando, por exemplo, estipula percentual mínimo do patrimônio que pertence aos herdeiros necessários (a legítima) –, o certo é que tal providência visa também à preservação e sobrevivência da família.

Por outro lado, mesmo nessa hipótese, quando a lei prevê um percentual do patrimônio do *de cujus* a ser destinado obrigatoriamente a determinados parentes e cônjuge, os sentimentos nutridos entre o falecido e os pré-eleitos herdeiros necessários não são completamente desconsiderados pelo legislador.

Basta mencionar que mesmo no caso de herdeiros necessários, há possibilidade de excluí-los da herança do falecido, quando evidentemente esgarçados os sentimentos familiares existentes entre eles. É o caso da exclusão da herança por deserção ou indignidade (arts. 1.814 e 1.961 do CC de 2002), ou, ainda, quando não se reconhece direito sucessório ao cônjuge separado de fato do falecido há mais de dois anos (art. 1.830).

8. Por tudo o que foi dito, percebe-se que a fundamentação do estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária deita raízes nas relações afetivas existentes entre o autor da herança e sua família. As normas jurídicas alusivas ao tema, portanto, apoiam-se naqueles valores metajurídicos relacionados à solidariedade e à afetividade, inservíveis à justificação de tratamento diferenciado entre casamento e união

estável.

Repita-se, a realidade diversa entre a união estável e o casamento não resulta das relações familiares, mas da oficialização da relação matrimonial, da certificação estatal da união entre duas pessoas, atributos que dão publicidade a terceiros estabelecendo também melhoramento na segurança jurídica destes e dos cônjuges.

Com efeito, o estabelecimento, pelo art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil de 2002, de uma ordem de vocação hereditária para a união estável diferenciada daquela prevista para o casamento (art. 1.829) atenta contra a Constituição Federal de 88, especialmente contra o art. 226 – que concedeu a mesma especial proteção estatal a todas as famílias lá previstas –, e o *caput* do art. 5º -, porquanto concede tratamento desigual à união estável exatamente onde esta se iguala ao casamento, que é nos vínculos afetivos decorrentes das relações familiares.

Ademais, é também desigual e discriminatório o fato de o companheiro receber apenas um terço da herança partilhável, ao passo que ao colateral tocam os dois terços restantes.

A bem da verdade, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado à união estável, acabou o legislador conferindo tratamento discriminatório às famílias a partir dela estabelecidas.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145.

9. Finalmente, é de se ressaltar que o entendimento ora manifestado no voto não contrasta de forma nenhuma com os precedentes firmados nesta Corte Superior, sobretudo alguns das Turmas da Segunda Seção.

Primeiramente porque os litígios antes apreciados sempre o foram pela óptica da legislação ordinária, ao passo que, agora, a análise é essencialmente constitucionalizada.

Por outro lado, a grande preocupação sempre foi em não conferir aos conviventes em união estável mais direitos que aos cônjuges, o que não faz verdadeira a assertiva inversa, ou seja, de que os cônjuges possuem necessariamente mais direitos que os conviventes em união estável.

10. Diante do exposto, **declaro a inconstitucionalidade dos incisos III e**

IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5 **AI no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 17/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GERALDO BRINDEIRO**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e, ocasionalmente o Sr. Ministro Francisco Falcão e a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Convocado o Sr. Ministro Benedito Gonçalves para compor quórum.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Cuida-se de recurso especial, da relatoria do em. Ministro Luis Felipe Salomão, interposto por Maria Jaideth Miranda, com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra o acórdão de fls. 85-89, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, assim ementado:

"Agravado de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovemento do agravo.

Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei nº 8.971/94" (fl. 86).

Consta, ainda, da fundamentação do acórdão recorrido que:

"Relativamente ao direito sucessório, não houve qualquer benefício ou previsão aos companheiros no Código Civil de 1916. Na Lei Civil de 2002, também não se falou muito, mas dispôs-se o suficiente para alterar a regulamentação e ab-rogar tacitamente a sistemática em vigor.

O direito sucessório na união estável vem estampado no artigo 1.790 do Código Civil, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Guardou-se lógica com o regime da comunicação parcial de bens (art. 1.725), adotado para esta entidade familiar. Em casos que tais, o companheiro, ou a companheira, supérstite, terá direito: a uma quota equivalente (se filho comum) ou a metade (se filho exclusivo do 'de cujus'); se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais até o quarto grau), terá direito a um terço da herança. Não havendo parentes sucessíveis, defere-se a sucessão por inteiro ao companheiro sobrevivente.

Nessa senda, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, entendemos que o novo Código Civil revogou inteiramente a Lei n. 8.971/94. A lei posterior revogou a anterior. Logo, aplicar-se-á apenas o Código Civil em vigor.

[...]

Entendo, também, que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Assim prescreve a Carta Magna:

Superior Tribunal de Justiça

'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 homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.'

Da simples leitura extraída do dispositivo constitucional acima transcrito, vê-se que não há equiparação entre a união estável e o casamento, haja vista que ele apenas reconhece a união estável como entidade familiar, o que não quer dizer que entidade familiar seja apenas aquela formada através do matrimônio, pois no § 4º do mesmo artigo, estabelece, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Outrossim, percebe-se, ainda, que conforme a última parte do § 3º do art. 226, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, concluindo-se, dessa forma, que a equiparação perseguida só se concretizará após a conversão. Ora, se o tratamento fosse igualitário não haveria a necessidade de conversão.

[...]

Percebe-se, então, que o propósito foi o de proteger e não o de igualar as duas modalidades de entidade familiar.

Logo, verifica-se não haver qualquer afronta do art. 1790 do Código Civil à Constituição, pois, o fato da lei dever facilitar a união estável em casamento significa que o casamento é instituto hierarquicamente superior à união estável" (fl. 88).

Esclarece a recorrente que interpõe o presente recurso "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessórios da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).

Invoca os artigos 2º da Lei n. 8.971/1994 e 1º da Lei n. 9.278/1996 e assim sustenta:

"A família, ente despersonalizado, é conceituado pela doutrina moderna (IBDFAM), seguindo uma perspectiva constitucional, como sendo um ente formado por pessoas ligadas umas as outras por vínculo de afetividade, é o conceito sócio-afetivo do que vem a ser família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 3º, reconheceu a união estável como uma entidade familiar, tal garantia por estar ligada diretamente com a dignidade da pessoa humana, constitui um direito materialmente constitucional.

Superior Tribunal de Justiça

As duas leis posteriores regulamentaram, especificamente, esse dispositivo constitucional, as leis 8.971/94 e a lei 9.278/96. A primeira, reconheceu direito sucessórios ao(à) companheiro(a) e a segunda, complementando-a, estendeu o direito do(a) companheiro(a), equiparando-a ao cônjuge, e conferindo ainda direito real de habitação.

Conforme já mencionado, tais dispositivos expandiram um **direito materialmente fundamental** previsto constitucionalmente, assim não há possibilidade de uma norma posterior restringir tais direitos já consagrados, é a aplicação do **princípio da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais**, defendida pelo ilustre constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho" (fl. 106).

Cita doutrina (fls. 106-107) e acrescenta que, "mesmo que as Leis 8.971/94 e a 9.278/96, não tratassem de direitos fundamentais, também não se aplicariam as regras de conflitos das leis, pois **são especiais em relação ao Código Civil de 2002, norma geral**. Aqui, a questão resolver-se-ia, pela aplicação do **princípio da especialidade**, em que a norma especial prevalece em detrimento da norma geral" (fls. 107-108).

Conclui "que deve ser reconhecido o **direito à totalidade dos bens da herança à companheira, afastando a sucessão do colateral**, não se aplicando o artigo 1.790, III do Código Civil de 2002, norma geral e flagrantemente inconstitucional" (fl. 108).

No tocante ao dissídio jurisprudencial, traz precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 108-111).

Sobre as contrarrazões, consta a seguinte certidão:

"Certifico, para que produza os devidos e efeitos legais, que deixei de intimar o patrono do agravado, para responder o agravo, haja vista, inexistir, no bojo dos autos, procuração outorgada ao mesmo" (fl. 131).

O recurso especial não foi admitido na origem (fls. 138-139), subindo a esta Corte em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.100.528/PB pelo em. Ministro Luis Felipe Salomão (fls. 147-148).

Opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 142-146).

Em questão de ordem, a Quarta Turma, com base nos artigos 97 da

Constituição Federal, 480 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, suscitou incidente de inconstitucionalidade dos **"incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil"** (fls. 147-155).

O Ministério Público Federal, em nova manifestação, "opina no sentido de que seja proclamada, *in casu*, a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790, do Código Civil, e, por conseguinte, seja dado provimento ao recurso especial, para afastar a exigência de que a ora Recorrente nomeie e qualifique, nos autos do arrolamento sumário, os parentes colaterais até quarto grau de seu companheiro falecido" (fl. 169).

O em. Ministro Luis Felipe Salomão, relator, invocando, principalmente, os artigos 5º, *caput*, 226, §§ 1º, 3º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, votou no sentido de acolher o incidente, declarando inconstitucionais os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

Vou divergir do em. Ministro relator quanto ao cabimento do presente incidente de inconstitucionalidade e, se vencido, também quanto ao mérito constitucional.

O acórdão recorrido, conforme está claro nas transcrições acima, decidiu expressamente que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, único que disciplina especificamente a união estável.

O recurso especial, por sua vez, segundo a própria recorrente, foi interposto "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessório da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).

Por outro lado, não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

Ora, diante do sistema constitucional vigente, a separação clara entre as hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário e o quadro

Superior Tribunal de Justiça

processual descrito impede o processamento do presente incidente, mesmo que suscitado de ofício. Reitero, a propósito, o que afirmei no voto-vista que proferi no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR (Corte Especial, relator o em. Ministro Franciulli Netto e relator para o acórdão o em. Ministro Nilson Naves, DJ de 8.4.2002):

"02. Anoto, de início, o já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no AGRAG nº 145.589-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, mesmo de ofício.

Contudo, não poderá fazê-lo, em sede de recurso especial, se for para rever a mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior.

Se o fizer, uma de duas: ou usurpará a competência do Supremo Tribunal Federal (se contra a decisão hostilizada pelo recurso especial também tiver sido interposto recurso extraordinário); ou ressuscitará matéria preclusa (se aquela mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior não tiver sido atacada por recurso extraordinário)."

No caso concreto, como o Tribunal de origem enfrentou a questão constitucional e como não consta dos autos – volto a dizer – a interposição de recurso extraordinário, houve natural preclusão da eventual contrariedade ao § 3º do art. 226 ou a outros dispositivos da Constituição Federal, não podendo o presente incidente reabrir a discussão sobre o tema, sob pena de, sem dúvida alguma, violar o sistema recursal disciplinado nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

Com base nas referidas disposições constitucionais, então, é que esta Corte Especial, no julgamento da referida Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR, assim concluiu:

"Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.

3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a

Superior Tribunal de Justiça

beneficiar o recorrente, ao incidente faltar o cabimento.

4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.

5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).

6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.

7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos" (grifos meus).

Extraio do voto do em. Ministro Nilson Naves as seguintes passagens conclusivas:

"Iria se pronunciar depois, ainda que não por expressiva maioria, e não de modo definitivo, pronto e conclusivo. Particularmente, sempre me afigurou que o prévio exame da constitucionalidade não haverá de ir ao encontro do interesse da parte recorrente, não poderá ela se beneficiar com a declaração de existência de vício na lei, porque ao Tribunal, depois, não assistiriam meios para o exame do recurso especial - completar o julgamento do feito (Súmula 513/STF). Senão, veja-se. Quando julga, no especial, as causas decididas e única ou última instância (Constituição, art. 105, III), o Superior, como várias vezes recordado, em princípio não possui o contencioso constitucional. Essencialmente, cabe-lhe o contencioso infraconstitucional, sabendo-se que a finalidade do especial é a de zelar pela guarda dos tratados e leis federais. A questão veiculada no especial há sempre de ter suporte no direito ordinário, tanto que, se houver no acórdão recorrido outro fundamento, de ordem constitucional, dois haverão de ser os recursos excepcionais. Vale dizer que, acolhido seja o incidente a favor do recorrente, impende ao Tribunal reformar o julgamento local da causa, impondo-se-lhe sem dúvida o provimento do recurso especial, dado que se estaria diante de acórdão que aplicara lei inconstitucional. O provimento do recurso pressupõe, porém, o seu conhecimento, e se o especial não for conhecível? Ao que cuido, dificilmente -se não, jamais - o será, a não ser que se rompa com uma série de princípios, como o do prequestionamento, o da demanda, o das questões não suscitadas, o da não-aplicação do *iura novit curia* etc. Observe que,

Superior Tribunal de Justiça

para Bittencourt, os tribunais não devem fugir à tese 'sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa!'. Em tal contexto, a declaração em benefício do recorrente não se apresentará útil ou conveniente, porquanto, não conhecível o especial (dificilmente, ele o será; a meu sentir, jamais), a declaração de inconstitucionalidade não terá utilidade ou conveniência para a decisão da causa. Nesse aspecto, acabará se cuidando de declaração em tese, própria do controle concentrado-abstrato, da competência exclusiva do Supremo Tribunal.

De sorte que somente se admite, no âmbito do Superior, o controle difuso-incidental quando não se requer seja conhecido o recurso especial. Juridicamente, é possível, em atenção ao interesse do recorrido. Já se mencionou algumas vezes que o recorrente teria razão se a lei não fosse inconstitucional; sendo, há de se deixar de conhecer do recurso, simplesmente. De outra banda, aceita-se possa o Superior, no exercício da competência prevista no aludido inciso III, lidar com o texto constitucional se, por exemplo, o vencedor na instância ordinária assume a condição de vencido na instância especial. É necessário, todavia, que, nessa hipótese, a questão tenha sido suscitada na instância de origem, não importando se sobre ela lá tenha havido pronunciamento, bem como se impõe tenha sido levantada nas contra-razões do especial. Se o Superior, no julgamento do recurso, não tiver se manifestado sobre a questão constitucional, cabem os embargos de declaração, a fim de se ensejar em nome do vencido o recurso extraordinário. O que não é cabível é a inovação, não podendo o vencedor e depois vencido deduzir novas alegações, mesmo que de cunho constitucional.

[...]

Pois bem, se ao Superior só cabe o controle difuso-incidental quando não irá beneficiar o recorrente, se, nesse mesmo juízo do recurso especial, lhe é vedado todo e qualquer pronunciamento sobre eventual contrariedade à Constituição, salvo raríssimas hipóteses, por exemplo, se o vencedor na instância ordinária se torna vencido na instância extraordinária e se o Superior inquestionavelmente é o Tribunal do direito ordinário, irrecorríveis as suas decisões, como melhor se impõe - tudo que foi lembrado decorre do próprio sistema jurídico-institucional de organização da instância de superposição -, a melhor das reflexões e a mais sábia das compreensões é a que está a exigir que algumas disposições atinentes à competência do Supremo hão de ser despretensiosa e pacientemente meditadas, em exame que se requer e se impõe, de sorte que, se ao Supremo há de competir a matéria constitucional, sempre e só, exceto uma ou duas hipóteses de competência originária, ao Superior há de competir, da mesma forma, a última palavra a respeito da matéria infraconstitucional, irrevisível e irrecorrível, em qualquer circunstância.

Daí que, ao se estatuir, como se estatuiu na alínea i, I, do art. 102, que compete ao Supremo processar e julgar, originariamente, 'o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior', há de se ler, em relação ao Superior Tribunal, que aí se rezou que o *habeas* cabe apenas na hipótese de descumprimento de preceito constitucional, jamais de preceito ordinário, do mesmo modo que, ao se prescrever, como se prescreveu na

Superior Tribunal de Justiça

alínea a II do art.102 que compete ao Supremo julgar, em recurso ordinário, os mandados e os *habeas* decididos pelos Tribunais Superiores, há de se entender, em relação ao Superior Tribunal, que há de versar apenas a matéria constitucional (a matéria infra nasce, desenvolve-se e morre no Superior)."

Igualmente, retiro do voto preliminar do em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os seguintes fundamentos:

"Certo é que a doutrina tradicional em nosso sistema anterior a 1988 vinha afirmando do poder, e mesmo dever, dos julgadores conhecerem de ofício, pela via indireta, de eventual inconstitucionalidade. Todavia, não menos certo também é que o nosso sistema jurídico, após a Constituição de 1988, veio a receber profundas modificações, uma das quais concernentes à dicotomia introduzida em relação aos recursos de natureza extraordinária, um dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ('recurso especial'), para controle da lei federal, e outro ao Supremo Tribunal Federal ('recurso extraordinário'), destinado à Suprema Corte, para apreciação da inconstitucionalidade.

Destarte, em havendo inconstitucionalidade, não cabe a esta Corte, salvo na hipótese assinalada pelo Ministro Nilson Naves, conhecer do tempo, uma vez o foro competente de tal apreciação é o Supremo Tribunal Federal e o instrumento de sua suscitação o recurso extraordinário. E tanto assim é que este Tribunal tem até mesmo jurisprudência sumulada (enunciado nº 126), a proclamar ser 'é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário'.

Como se vê, mesmo que manifesta a inconstitucionalidade em um caso concreto, e disso se apercebendo o órgão julgador deste Tribunal, nada poderá fazer, sequer, inclusive, apreciar eventual má aplicação da lei.

[...]

Finalmente, é de atentar-se, no caso em tela, para a relevante peculiaridade realçada pelo voto divergente segundo a qual o conhecimento da matéria com conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade inviabilizaria o julgamento no órgão fracionário."

Ante o exposto, preliminarmente, não conheço do incidente de inconstitucionalidade e determino a devolução dos autos à eg. Quarta Turma para que prossiga com o julgamento do recurso especial na forma que entender correta.

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, passo ao exame do mérito do incidente, adiantando-me que, na minha compreensão, não há inconstitucionalidade no art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil em vigor, que

assim dispõe:

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

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei foi 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."

Entendo que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição Federal não alcança os efeitos patrimoniais, inclusive sucessórios, dos diversos regimes de casamento e da união estável, os quais devem ser e são regulados por norma infraconstitucional, observada a livre vontade do casal. Confira-se o texto do referido dispositivo constitucional:

"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."

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Leite, *in* Comentários ao Novo Código Civil (Do Direito das Sucessões), vol. XXI, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Forense: 2003, assim leciona:

"Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade continua sendo o casamento.

Nesse sentido, a agudíssima e preclara observação do Desembargador Barbosa Moreira, permanentemente atual: 'A norma do § 3º (do art. 226), de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas

figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessário e inconcebível a conversão.

Ou, a forma lapidar, objetiva, mas imantada de significação, empregada por Xeno Veloso: 'A Constituição de 1988 deu dignidade, mandou proteger, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, respeitável a todos os títulos, merecedora de amparo, deferência, consideração. **Mas a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída**, pelas sociedades matrimoniais, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.'

[...]

O novo Código, em manifesto esforço, repita-se, procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no artigo 1.790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria.

O novo Código o faz com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988. Não se trata de tudo destruir, como pretendem algumas posturas maniqueístas, mas trata-se, antes, de encontrar a justa medida, o bom termo, que venha de encontro aos anseios da sociedade brasileira, sem aniquilar nossos mais profundos valores e características.

[...]

O *caput* do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens **adquiridos onerosamente** na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros. Situação inferior a do casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, no texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável igualdade ao casamento" (páginas 51-55).

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites

traçados pela norma infraconstitucional.

Por outro lado, a louvada tentativa de equiparar, em tese, o(a) companheiro(a) ao cônjuge para efeitos sucessórios, se acolhida, possuirá consequências limitadas, tendo em vista que o próprio Código Civil faz distinções entre os cônjuges sobreviventes conforme o regime de bens escolhido pelos nubentes, dispondo o art. 1.829 que:

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

I – aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;**

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais."

Eduardo de Oliveira Leite, na obra citada acima, corretamente apresenta a seguinte conclusão sobre o art. 1.829, inciso I:

"Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares" (página 220).

Em outras palavras, conforme o regime de bens, poderá o cônjuge sobrevivente concorrer, ou não, com os descendentes.

Ora, se é possível e natural estabelecer distinções entre os cônjuges vinculados a regimes de bens distintos, não há nenhum óbice a que o próprio Código faça distinção em relação ao(à) companheiro(a), já que a união estável também poderá adotar um regime de bens próprio ou o da comunhão parcial de bens. Confira-se o que dispõe o art. 1.725 do Código Civil:

"Art. 1.725. Na união estável, **salvo contrato escrito entre os companheiros**, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens" (grifo meu).

Por último, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, embora de forma sucinta, deixou claro que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição possui aplicação restrita, apenas conferindo à união estável o *status* de "entidade familiar" para efeito de proteção do Estado. Quanto aos efeitos patrimoniais, deve ser, como de fato foi, disciplinada na legislação infraconstitucional. Sobre o tema:

"Agravos regimentais no recurso extraordinário. Pretendido reconhecimento da existência de sociedade de fato entre as partes, com partilha de bens. Decisão atacada que apreciou adequadamente as questões em debate nestes autos. Eventuais ofensas que se referem ao plano infraconstitucional. Precedentes.

1. Discussão acerca do reconhecimento e da dissolução de sociedade de fato, porque depende da análise de normas infraconstitucionais, bem como dos fatos da causa, configura ofensa meramente reflexa à Constituição Federal.

2. Inexistência de violação direta da norma do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a qual apenas determina o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, remetendo à legislação comum a facilitação de sua conversão em casamento.

3. Agravo regimental não provido" (Ag. Reg. no RE 300.964/SP, Primeira Turma, Ministro Dias Toffoli, DJe n. 179, publicado em 19.9.2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTROVÉRSIA DECIDIDA CENTRALMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE (CÓDIGO CIVIL). VIOLAÇÃO À MAGNA CARTA, SE EXISTENTE, APENAS OCORRERIA DE MODO REFLEXO OU INDIRETO.

Caso em que entendimento diverso do adotado pela instância judicante de origem demandaria o reexame da legislação ordinária aplicada à espécie. Providência vedada na instância recursal extraordinária.

Agravo regimental desprovido" (Ag. Reg. no AI 639.997/SP, Segunda Turma, Ministro Ayres Britto, DJe n. 164, publicado em 26.8.2011).

Esclareço, apenas, que o último precedente citado (Ag. Reg. no AI 639.997/SP) diz respeito, exatamente, à norma do art. 1.790 do Código Civil, relativo à sucessão do(a) companheiro(a).

Ante o exposto, julgo improcedente o incidente de inconstitucionalidade.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB** **AI no**

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 16/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha julgando improcedente a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrigli e João Otávio de Noronha.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

VOTO-VISTA

O MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 4ª Turma, relativamente aos incisos III e IV do art. 1790 Código Civil de 2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3º da Constituição. O Ministro César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não-conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação.

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente.

3. Superada que seja essa preliminar, acompanho, também no mérito, a divergência. O § 3º do art. 226 da Constituição Federal estabelece que, "para efeito de 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". Ora, não se pode extrair de tal disposição constitucional a conclusão de que a união estável deve ser tratada pelo legislador ordinário como entidade familiar igual ao casamento para todos os efeitos, ou mesmo para efeitos patrimoniais e sucessórios. Conforme assinalou o próprio relator, a formação de famílias se dá, hoje, por uma pluralidade de modos, merecendo, todos eles, a proteção do Estado. Isso, todavia, não significa que o legislador deva atribuir, a todas as entidades familiares, um regime jurídico semelhante ao do casamento, mormente no que se refere ao regime de bens ou de sucessão. Seria absurdo, por exemplo, equiparar o casamento, mesmo para fins sucessórios, as famílias monoparentais. Aliás, como apropriadamente observado pelo Ministro César Rocha, no próprio casamento há diferentes regimes de bens, produzindo diferente repercussão no regime sucessório. Se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável. A se pretender a igualação entre casamento e união estável, dever-se-ia reconhecer inconstitucionais não apenas os dispositivos apontados pelo relator, mas também todos os demais dispositivos do Código Civil que estabelecem diferenças jurídicas entre as duas formas de união familiar de homem e mulher, inclusive, por exemplo, a norma que se extrai do art. 1.725 do CC, que permite, na união estável, que os companheiros disciplinem, por contrato escrito, as suas relações patrimoniais. Convém registrar, por fim, que, ao contrário de antigo regime - em que os "desquitados" ou que mantinham união estável fora do casamento não gozavam de proteção estatal - a Constituição de 1988 veio reconhecer e proteger essa espécie de união, erigindo-a como mais uma opção legítima dos casais. A pura e simples igualação entre união estável e casamento importaria, na prática, eliminar do cenário jurídico, por via de hermenêutica infraconstitucional, a opção que a ordem constitucional assegurou a homem e mulher de casar ou de não casar, já que, qualquer dos dois regimes seria, afinal, sempre um casamento.

4. Ante o exposto, limitado, por ora, ao juízo preliminar, acompanho a divergência, para não conhecer do incidente. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5 **AI no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 06/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki não conhecendo do incidente, em preliminar, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andriighi e João Otávio de Noronha.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial, com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, interposto em face de v. acórdão prolatado pelo e. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB**.

Nas razões do especial, o recorrente alega a inconstitucionalidade do art. 1.790 do atual Código Civil, trazendo à baila julgados de outros ee. Tribunais que reconheceram esse vício. A c. **Quarta Turma**, à unanimidade, suscitou o exame da inconstitucionalidade do art. 1.790, III e IV, do atual Código Civil, remetendo à e. **Corte Especial** a apreciação do tema.

O em. Min. **Luis Felipe Salomão**, Relator, reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos supracitados, por não serem compatíveis com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em voto vista, o em. Min. **César Asfor Rocha**, acompanhado pelo em. Min. **Teori Albino Zavascki**, divergiu do entendimento do em. Relator para, em preliminar, não conhecer do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao entendimento de que casamento e união estável não são institutos idênticos para fins patrimoniais e sucessórios.

Pedi vista dos autos para minha análise da matéria.

Entendo que **deve ser acolhida** a preliminar de não conhecimento do incidente suscitada pelo em. Min. **César Asfor Rocha**. Explico.

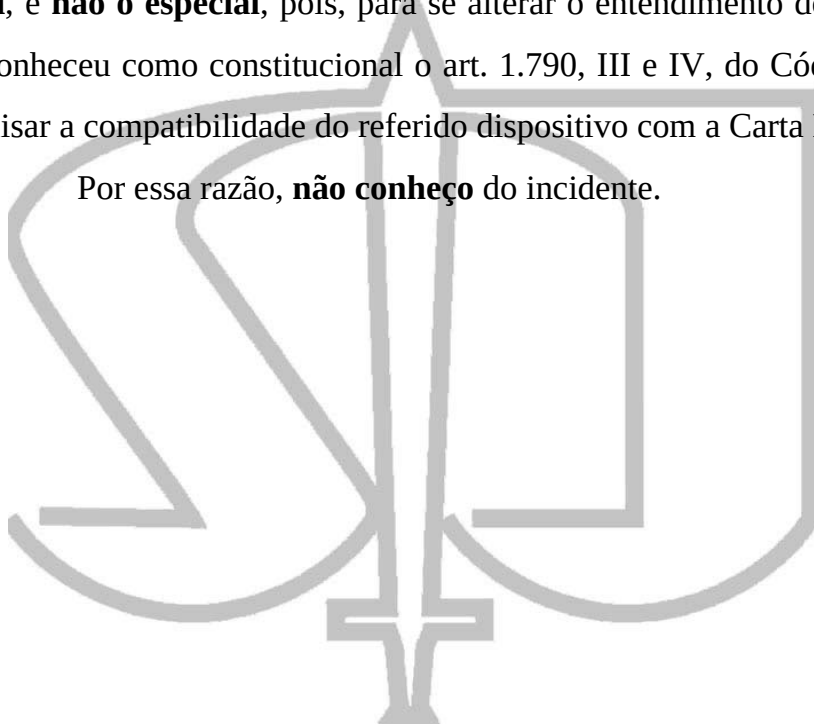
Conforme salientado, o e. Tribunal **a quo** considerou que o art. 1.790 do atual Código Civil **não afronta** o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Com efeito, **em situações como a presente, não se presta** o recurso especial a analisar a constitucionalidade do referido artigo, pois a competência do e. **Superior Tribunal de Justiça**, prevista no art. 105, III, da Lei Maior, **não alcança, em regra, o contencioso constitucional**. Nesse sentido: REsp 215.881/PR, **Corte Especial**, Rel. p/ Acórdão Min. **Nilson Naves**, DJ 8/4/2002.

Superior Tribunal de Justiça

A matéria debatida no recurso especial deve ter suporte no direito ordinário, cabendo ao e. **Superior Tribunal de Justiça** o contencioso infraconstitucional. Contudo, caso o v. acórdão objurgado traga consigo **também** aspectos de índole constitucional, dois deverão ser os recursos interpostos, o extraordinário e o especial.

Ao meu sentir, o recurso cabível em face do v. acórdão prolatado pelo c. **TJPB** seria o recurso extraordinário, a ser julgado pelo e. **Supremo Tribunal Federal**, e **não o especial**, pois, para se alterar o entendimento do e. Tribunal **a quo**, que reconheceu como constitucional o art. 1.790, III e IV, do Código Civil, mister se faz analisar a compatibilidade do referido dispositivo com a Carta Magna.

Por essa razão, **não conheço** do incidente.



Superior Tribunal de Justiça

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Sra. Presidente, acabamos de ouvir os votos dos eminentes Ministros Luis Felipe Salomão e Felix Fischer.

O relatório apresentado pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão deixa claro que, no caso, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob a alegação de ser herdeira universal, pois o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º da Constituição, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.809 do Código Civil de 2002, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes.

Parece-me que estamos a analisar a primeira parte, ou seja, recurso especial que coloca em causa a constitucionalidade de um dispositivo do Código Civil. Nesse ponto, sabemos que foge totalmente ao âmbito do recurso especial, porque o apelo nobre se limita, como sabido, ao exame da matéria infraconstitucional.

Isso não quer dizer, entretanto, que a Turma ou Seção não possa submeter, eventualmente, à Corte Especial, em incidente de constitucionalidade, quando considera que isso é essencial para a formação do seu convencimento.

Na hipótese, é o próprio recurso que se fundamenta na inconstitucionalidade da norma constitucional, evidentemente, deveria isso ser levado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, c, da Constituição Federal.

Com essas breves considerações, também, acolho e sigo a divergência, não obstante as bem lançadas e os combatidos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Relator.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

Sra. Presidente, eminentes Ministros, eu me sinto habilitado a votar e também conheço do incidente porque se trata de controle difuso, e o controle difuso da inconstitucionalidade, evidentemente, conforme consta até da lembrança da decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, pode ser realizado no julgamento por quaisquer dos juízes que intervierem na jurisdição nacional. Vejo, então, a possibilidade de superar esse óbice de conhecimento.

Além do mais, a decisão levará ao deslinde urgente de uma questão importante que paira no Direito Privado e que está realmente a intranquilizar toda a sociedade brasileira, que é o confronto dos arts. 1.790 a 1.830 do Código Civil na redação de 2002. São dois dos dispositivos mais angustiosos apresentados pelo novo Código Civil de 2002. De forma que aquilo que abrevia o conhecimento, processual, que cria um certo atalho para que o tribunal competente ao julgamento das questões de Direito Privado, que é o Superior Tribunal de Justiça, venha decidir, desde logo, parece-me muito recomendável, devendo-se realmente acolher e queimar essa etapa.

Estou, portanto, votando com o Relator, *data venia* da divergência, conhecendo do incidente.

Ministro SIDNEI BENETI

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2009/0160051-5 **AI no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 03/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

Superior Tribunal de Justiça

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



Superior Tribunal de Justiça

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **MARIA JAYDETH MIRANDA**
ADVOGADO : **ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO**
ADVOGADO : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

EMENTA

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.

Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade e decidiu, em diligência, abrir vista ao Ministério Público Federal para, após, submeter a apreciação do incidente à Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de maio de 2011 (data do julgamento)

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Nos autos do inventário dos bens deixados por Onaldo Lins de Luna, falecido em 7.4.2007, sem descendentes ou ascendentes, o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa determinou que a inventariante, Maria Jaideth Miranda - com quem o *de cujus* mantivera união estável por 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado (fls. 9-11, e-STJ) -, nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do art. 1.790 do Código Civil de 2002, o companheiro "somente será tido como único sucessor quando não houver *parentes sucessíveis* , o que inclui os *parentes colaterais* , alterando nesse ponto o art. 2º, da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de *ascendentes e descendentes* " (fl. 29, e-STJ).

Contra a decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento, em síntese sob a alegação de ser herdeira universal, uma vez que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.829, CC/02, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Foi negado provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.

Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86, e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinaliza dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e

Superior Tribunal de Justiça

suscita, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício.

Nessa linha, pleiteia a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

É o relatório.

2. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, tem despertado realmente debates doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura.

É de Francisco José Cahali, por exemplo, a assertiva de que "a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988" e que "houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade" (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228).

No mesmo sentido se manifestou Zeno Veloso, para quem o "art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco", concluindo ao final que "a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais" (*Do direito sucessório dos companheiros*. In: *Direito de família e o novo Código Civil*. Coordenação: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Finalmente - apenas para citar mais um doutrinador, dentre tantos outros -, a acusar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, Fábio Ulhoa entende que a união estável possui a mesma proteção que o Estado confere a famílias fundadas no casamento.

"A única diferença" - continua Ulhoa - "diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento", daí por que entende que:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge. (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145)

A tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais (TJRS, Embargos Infringentes 70027265545; TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0-00; TJRS, Agravo de Instrumento 70020389284, entre outros).

Na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal no âmbito desta Corte, também foi aprovado enunciado nesse sentido: "É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente".

3. De fato, àqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo art. 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente.

O atacado dispositivo possui a seguinte redação:

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.

3.1. De início, já se percebe a inadequação topológica do artigo, que nada diz respeito a "disposições gerais" em matéria sucessória.

Quem "participa da sucessão", como dito pelo dispositivo, não é outro senão o "herdeiro", razão por que a localização adequada do preceito seria no capítulo relativo à "ordem da vocação hereditária".

3.2. Também em substância, nesse ponto não andou bem o legislador de 2002.

O *caput* do art. 1.790 faz alusão apenas a bens "adquiridos onerosamente na vigência da união estável". É bem de ver, destarte, que o companheiro, mesmo na eventualidade de ter "direito à totalidade da herança" (inciso IV), somente receberá aqueles bens a que se refere o *caput*, de modo que os bens particulares do *de cujus*, aqueles adquiridos por doação, herança ou antes da união, "não havendo parentes sucessíveis", terá a sorte de herança vacante.

Essa conclusão somente seria evitada se houvesse interpretação do inciso IV em total independência com a cabeça do artigo, solução que parece a mais justa, mas que carece de respaldo técnico adequado.

3.3. Por outro lado, nos termos do art. 1.725, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo que o art. 1.790 prevê a "participação" do companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes, na sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, somando-se, evidentemente, à meação decorrente do regime legal.

A sua vez, da leitura do art. 1.829, inciso I, *fine*, percebe-se que o cônjuge supérstite não concorre com descendentes na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal ("salvo se [...] no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares"), recebendo apenas sua meação - ou seja, exatamente quando o companheiro sobrevivente "participa da sucessão".

Nesse passo, cogitando-se da hipótese de os cônjuges, casados pelo regime legal, e em paralelo os companheiros, somente possuírem bens comuns - adquiridos onerosamente na constância do relacionamento -, algo que acontece com frequência, o cônjuge sobrevivente não participa da herança (art. 1.829, I, *fine*), amealhando apenas 50% do patrimônio comum, ao passo que ao companheiro supérstite tocará, além de sua meação, a sua "participação" na herança em concorrência com os demais herdeiros.

Nessa hipótese, o Código Civil, de forma canhestra, aquinhoou o companheiro com parcela superior a que tocaria ao cônjuge, circunstância que faz a doutrina acusar que, por vezes, a união estável confere mais direitos aos conviventes do que o casamento aos cônjuges.

3.4. Indaga-se também acerca da legitimidade da diferenciação do quinhão que tocaria ao companheiro, a depender se concorrente com filhos comuns do casal ou com filhos unicamente do *de cujus* (art. 1.790, incisos I e II). Concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito à quota equivalente a que fizer jus o filho (inciso I); "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles" (inciso II). Não há solução dada pelo legislador, todavia, à hipótese de existirem, a um só tempo, filhos comuns do casal e exclusivos do autor da herança.

A persistirem as frações diferenciadas dos incisos I e II, a pretexto de conferir tratamento particular ao companheiro, acabaria o legislador por tratar de forma discriminatória os próprios filhos do *de cujus*, o que, em última análise, poderia ressuscitar o desgastado e odioso estigma dos "filhos adulterinos", algo explicitamente

rechaçado pela ordem constitucional nascida em 1988 ("Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" - art. 227, § 6º, da CF).

Nesse sentido, foi aprovado o seguinte enunciado na IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado: Na hipótese de o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns (inc. I) e descendentes somente do de cujus (inc. II), deve-se aplicar o disposto no inc. I, dividindo-se igualmente a herança.

Justificativa: Diante do princípio da igualdade entre os filhos, não se pode conceber sejam estabelecidos quinhões diferentes numa mesma partilha em que concorrem tanto os filhos comuns do companheiro sobrevivente como os descendentes só do autor da herança. Entendimento contrário faria com que os filhos exclusivos do autor da herança tivessem quinhão maior que os filhos também do companheiro sobrevivente.

4. Finalmente, analisa-se o disposto no inciso III do art. 1.790 do Código Civil: "se concorrer com **outros parentes sucessíveis**, terá direito a um terço da herança".

Depois de prever a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido, o artigo determina a concorrência com "outros parentes sucessíveis", o que abarca os ascendentes *ad infinitum* (art. 1.591) e os colaterais até o quarto grau (arts. 1.592 e 1.839).

Como é de conhecimento cursivo, os colaterais de quarto grau do falecido são os primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto".

Ou seja, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta daqueles), o companheiro sobrevivente concorre também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos (segundo grau); sobrinhos e tios (terceiro grau); e primos, "sobrinho-neto" e "tio-avô" (quarto grau).

Por exemplo, no caso dos autos, a autora conviveu em união estável com o falecido durante 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado, e ainda assim seria, em tese, obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados da autora), ou então com tios, primos ou "tio-avô" do *de cujus*.

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união

estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do *de cujus* com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* ("na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Frise-se, desde já, que o STF, em duas oportunidades, anulou acórdãos proferidos por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao mencionado artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 10.

Nesse sentido confirmam-se: Rcl. 10.813 MC/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, e RE 597.952/RS, Relator Ministro Carlos Ayres Brito.

5. Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02.

Como dito antes, tem-se acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, do *caput* aos incisos.

Porém, em sede de controle incidental de constitucionalidade, a relevância da decisão acerca da adequação constitucional da norma constitui pressuposto de admissibilidade do incidente, de modo a ser "inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa". Vale dizer, em sede de controle concreto, somente se declara a "inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp.

1.013-1.024).

No caso, mostra-se indispensável à solução da controvérsia instalada nos autos a apreciação, pela Corte Especial, da constitucionalidade do inciso III - e, por consequência, do inciso IV - do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

6. Diante do exposto, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, combinado com os arts. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ, **suscito incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil.**

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2009/0160051-5 **AI no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade e decidiu, em diligência, abrir vista ao Ministério Público Federal para, após, submeter a apreciação do incidente à Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

12

52

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



03711879

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, GUILHERME G. STRENGER, ELLIOT AKEL E CAMPOS MELLO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO BEDRAN (Presidente), BARRETO FONSECA, MAURÍCIO VIDIGAL, GONZAGA FRANCESCHINI, ALVES BEVILACQUA, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (declara voto), XAVIER DE AQUINO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, ARTUR MARQUES, GUILHERME G. STRENGER (declara voto), RUY COPPOLA, RENATO NALINI, CAMPOS MELLO (declara voto) e KIOITSI CHICUTA com votos vencedores; SOUSA LIMA, CORRÊA VIANNA, DAVID HADDAD, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS (declara voto), ROBERTO MAC CRACKEN, ÊNIO ZULIANI e ELLIOT AKEL (declara voto) com votos vencidos.

São Paulo, 14 de setembro de 2011.

CAUDURO PADIN
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 990.10.359133-0

VOTO Nº: 17.388

COMARCA: BAURU

SUSCITANTE: 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

INTERESSADO: MARIA ZULEIDE FAINER

INTERESSADO: TIAGO FERREIRA DOS SANTOS

União estável. Direito sucessório. Sucessão da companheira. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido.

Vistos.

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 9ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo de instrumento nº 667.140-4/8, em que figuram como partes Maria Zuleide Fainer (agravante) e Tiago Ferreira dos Santos (agravado).

Questiona-se, de forma incidental, a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que concede à companheira e ao companheiro a participação na sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, estabelecendo no inc. II que, "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles". A Câmara suscitante observa que o art. 1.790 trata diferentemente cônjuges e companheiros na



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

sucessão em concorrência com descendente. Lembra que *"quando se trata de cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens (regime adotado na união estável) o cônjuge só herdará se o autor da herança houver deixado bens particulares. Assim, o cônjuge ficará com a sua meação dos aquestos e herdará dos bens particulares. Já o companheiro, terá, de acordo com o Código Civil, tanto a meação quanto a herança calculada sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Dos bens em que há meação o companheiro também será herdeiro"*. Argumenta, em síntese, que tal distinção não encontra justificativa no ordenamento jurídico uma vez que a Constituição da República equiparou a união estável ao casamento (art. 226, §3º).

A Procuradoria Geral de Justiça é pela declaração da inconstitucionalidade do inc. II, do art. 1.790, do Código Civil (fls. 116/120).

É o relatório.

Em que pese a vasta argumentação da Colenda Câmara suscitante, a Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento e ou entidades familiares, apenas facilitou sua conversão. Tal entendimento decorre da própria lei.

Miguel Reale ao discorrer sobre a história do Código Civil esclareceu a diferença das entidades familiares:

"Dentre os artigos da Constituição de 1988 merece especial destaque o de n. 226, que dispõe sobre a criação e as funções das entidades familiares."



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Em primeiro lugar, é aumentado o número delas, que passam a ser três: a formada pelo casamento; a realizada pela união estável entre um homem e uma mulher; e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento 'comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges'.

Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência.

Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e 1.790".

Ao referir-se ao art. 1.790, afirmou o Jurista "constituir valiosa norma em vigor" esclarecendo:

"O art. 1790 substitui o art. 2º da Lei 8.971, de 1994, a qual não considerava o companheiro herdeiro, limitando-se a conferir-lhe usufruto dos bens do falecido. Nesse ponto é louvável a alteração feita pelos congressistas no tocante à união estável" (Reale, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo - Revista dos Tribunais, 2005, p. 270-272).

A equiparação é insustentável como observa Eduardo Oliveira Leite:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

"Por derradeiro, poder-se-ia afirmar que, a tão só arguição do art. 226, caput, da Constituição espanca qualquer possibilidade de equiparação entre as duas figuras" (Leite, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre direito de família. Coordenadora Teresa Arruda Alvim. RT, 1993, p. 99) .

Aliás, a discussão já foi esclarecida pelo ilustre Desembargador Barbosa Moreira em acórdão paradigma:

"A norma do § 3º, de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre a "união estável" não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da 'união estável' em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária e inconcebível a conversão" (TJRJ, Apel. 1.123/911 - Relator Des. Barbosa Moreira).

Nesse passo, observando o claro preceito Constitucional, a norma deu tratamento diverso ao cônjuge e ao companheiro, nos termos do art. 1.790. Assim, optou o legislador justamente por não equiparar os dois institutos, o que não implica necessariamente em situação vantajosa.

Nesse sentido é o entendimento da Ministra Nancy Andrighi:

"não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras da sucessão, que a união estável



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil".

Prossegue concluindo:

"Não há, em princípio, inconstitucionalidade na regra do art. 1.790 do CC/02 pela mera constatação de que, numa hipótese pontual, essa norma confere mais vantagem à companheira que conferiria à esposa casada pelo regime da comunhão parcial. A norma constitucional meramente determina a facilitação para que se convertam as uniões estáveis em casamentos, sem determinar, de maneira positiva, a criação de normas que confirmem vantagens materiais para o casamento" (MC n. 14.509-SP, j.17.12.2009). No mesmo sentido REsp n. 1.117.563-SP, j. 17.12.2009.

Diante da existência de regramentos diversos, os interessados poderão analisar a conveniência de optar pelo casamento ou permanecer em união estável. Optando pela união estável os interessados deverão aos seus regramentos se submeter.

Nesse sentido, é o entendimento do Ministro Vasco Della Giustina que, ao fundamentar seu voto no REsp n. 1.090.722-SP transcreveu a ementa do seguinte acórdão:

"SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator. (Agravo de Instrumento nº 70024063547, 7ª. C.C., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator Sergi Fernando de Vasconcellos Chaves j. 27.08.2008)

A legalidade do art. 1.790, II do Código Civil foi também ressaltada pelo Ministro Sidnei Beneti:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

"Dispõe, com efeito, o Cód. Civil/2002, no art. 1.790,

II:

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

(...)

'Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles'.

A clareza do dispositivo legal, projetado por Comissão de Juristas presidida pelo E. Prof. MIGUEL REALE, aprovado pelo Legislativo brasileiro e promulgada pelo Presidente da República torna inacolhível a sustentação em sentido contrário" (REsp.n. 1.117.563-SP - voto-vista -grifei).

Ao discorrer sobre possíveis vantagens conferidas à companheira, a Ministra Nancy Andrighi alerta:

"Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que o regime da União Estável seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do ponto de vista global. Há diversos benefícios conferidos pela lei no casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/02), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a Lei condiciona à autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem de vocação hereditária



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante.

Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens, aferíveis, não no momento da sucessão, mas durante a relação mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. É temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sob o regime da união estável sob o regime do casamento. As variáveis são muito numerosas”
(REsp.1.117.563-SP)

No que tange à diferença de tratamento entre cônjuges e companheiros outras controvérsias são apontadas pela doutrina:

“ (...) diz respeito ao fato de não ter o legislador do Código Civil, alinhado o companheiro no rol dos sucessores legítimos (art. 1.829 do CC), e nem mesmo concedeu-lhe acento no elenco dos herdeiros necessários.

(...)

“Outras controvérsias importantes também se assinalam no texto legal, referentemente à grande diferença de tratamento, entre aquele que se dá aos cônjuges e aquele que não se dá aos companheiros, no cenário sucessório pós-morte. Assim, por exemplo, o que diz respeito à manutenção (ou não) do direito real de habitação a favor do companheiro sobrevivente, conforme admitia a Lei n.9.278/96”.
(Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p.497*)



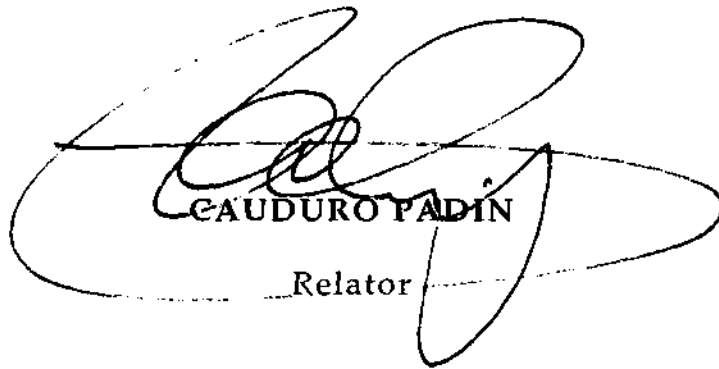
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

Assim, a questão da igualdade de tratamento não é tão simples o que significa dizer que eventual equiparação deve ser total e não apenas em alguns aspectos da vida civil.

Portanto, não se vislumbra a alardeada violação ao Texto Constitucional e aos seus princípios.

Ante o exposto, o meu voto julga improcedente o incidente de inconstitucionalidade.



GAUDURO PADIN

Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 22.994

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

nº 0359133-51.2010.8.26.0000

Comarca: SÃO PAULO

Sucte.(s): 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Interessado(s): MARIA ZULEIDE FAINER E OUTRO

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 9ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo de instrumento nº 667.140-4/8, em que figuram como partes Maria Zuleide Fainer (agravante) e Tiago Ferreira dos Santos (agravado).

Questiona-se, de forma incidental, a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que concede à companheira e ao companheiro a participação na sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, estabelecendo no inc. II que, "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles".



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Câmara suscitante observa que o art. 1.790 trata diferentemente cônjuges e companheiros na sucessão em concorrência com descendente. Lembra que "quando se trata de cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens (regime adotado na união estável) o cônjuge só herdará se o autor da herança houver deixado bens particulares. Assim, o cônjuge ficará com a sua meação dos aquestos e herdará dos bens particulares. Já o companheiro, terá, de acordo com o Código Civil, tanto a meação quanto a herança calculada sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Dos bens em que há meação o companheiro também será herdeiro". Argumenta, em síntese, que tal distinção não encontra justificativa no ordenamento jurídico uma vez que a Constituição da República equiparou a união estável ao casamento (art. 226, §3º).

Parecer Ministerial a fls. 116/121, pela declaração de inconstitucionalidade.

É o relatório.

O texto legal é deficiente e conduz o operador do Direito ao erro, residindo o problema na essência de sua construção, havendo também erro de técnica legislativa, tornando inevitável a comparação entre os artigos 1.790 e 1.829 (CC/02),



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pois a sucessão do cônjuge e do companheiro, ocorre em diferentes quotas da herança, sendo que a sucessão pelo companheiro só ocorre sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência dos companheiros.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, recentemente, no julgamento do AI no R.Esp 1135354/PB, decidiu instaurar incidente de inconstitucionalidade do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada, haja vista, o contradição existente nesta norma legal, que em seu "caput" faz referência aos bens "adquiridos onerosamente" e em seu inciso IV, utiliza a expressão "totalidade da herança".

No mais, o texto como está é mais vantajoso ao companheiro do que ao cônjuge, determinando a concorrência, quanto aos bens deixados pelo falecimento do convivente, sem que exista qualquer restrição (a não ser, talvez, a alegação da onerosidade ao adquirir tais bens, na Constancia da União), até porque o companheiro (ao contrário do cônjuge, pode ser meeiro e herdeiro ao mesmo tempo, relativamente ao mesmo bem.

De fato.

Ao companheiro é possível acumular a meação e a concorrência na herança, pois os artigos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.725 (que indica a meação nos bens adquiridos de modo oneroso) e 1.790 (o que indica concorrência quanto aos bens deixados com os filhos próprios e ou apenas do falecido) determinam o direito quanto a esses bens sem qualquer restrição.

De outro lado, o cônjuge sobrevivente só tem o direito de concorrer aos bens da herança, com os descendentes ou ascendentes, quando não possua direito à meação, ou se não tiver sido casado pelo regime da separação obrigatória de bens.

Assim, o panorama é amplamente favorável à companheira, pois esta recebe a herança, além de eventual meação.

O cônjuge não tem esse privilégio todo, como já visto, ao contrário. Recebe menos do que o companheiro e nas mesmas condições, o cônjuge viúvo teria direito (se caso pelo regime da comunhão de bens ou relativamente a determinados bens, pela comunhão parcial) a apenas 50% a título de meação, restando os demais 50% aos filhos, para que o dividissem entre eles.

Tendo a Constituição Federal proclamado os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, inclusive protegendo a família em todas as suas formas, a Lei Ordinária, no caso o Código Civil, não pode aquela derrogar.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mas, é isto o que exatamente o que o inciso II, do art. 1790 do Código Civil faz em detrimento da Constituição Federal, o que não pode ocorrer, justamente pela quebra dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana aplicados aos direito de família na forma do art. 226 e parágrafos da Constituição Federal.

Em síntese, a regra disposta no inciso II, do artigo 1.790 Código Civil é inconstitucional, por atacar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. A discrepância é tão evidente, que faz necessário cotejá-lo à luz dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito, para que uma solução mais justa seja aplicada, estabelecendo um parâmetro digno à condição do companheiro em relação à condição do cônjuge.

Isto posto, pelo meu voto, reconheço a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1.790 do Código Civil.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 12.397

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI Nº 0359133-51.2010.8.26.0000

COMARCA: Bauru

SUSCITANTE: 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

I – Origem: 9ª Câmara de Direito Privado que, apreciando agravo de instrumento tirado de decisão que, em autos de arrolamento de bens, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso II, do Código Civil, determinando que a inventariante retificasse as primeiras declarações para figurar apenas como meeira, afastando-a como herdeira de parte dos bens dos quais já tenha meação, suscitou incidente de inconstitucionalidade. Eis a ementa:

“União Estável – Art. 1790 do Código Civil – Família Matrimonial e Extramatrimonial – Disparidade de tratamento em matéria sucessória – Inconstitucionalidade – Suscitação ao Órgão Especial – Súmula Vinculante nº 10 do STF”.

Tese central abraçada no acórdão é incidir em inconstitucionalidade o artigo 1.790 do Código Civil por tratar de **forma diferenciada** a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge.



2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II – O relator, Desembargador Cauduro Padim, julga improcedente a arguição, em voto com a seguinte ementa: “*União Estável. Direito sucessório. Sucessão da companheira. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido*”.

Acompanharam o relator os Desembargadores Campos Mello e Guilherme G. Strenger.

III – Divergiram os Desembargadores Antonio Carlos Malheiros e Elliot Akel.

IV - Em outra Arguição de Inconstitucionalidade, tratando da mesma questão, o relator, Desembargador David Haddad, votou no sentido da **procedência da arguição, contendo o voto a seguinte ementa: “*Incidente de Inconstitucionalidade – União Estável – Sucessão – Inconstitucionalidade do artigo 1790, II, do CC – Interpretação sistemática da CF - Sistema jurídico de proteção às entidades familiares – Igualdade de direitos atribuída pela CF aos cônjuges e companheiros - Aplicação do artigo 1829, I, do CC/2002 combinado com o art. 226, § 3º, da CF – Incidente suscitado pela Nona Câmara de Direito Privado procedente – Retorno dos autos à Câmara de origem para prosseguimento do julgamento do Agravo de Instrumento*”.**

V – Meu voto.

1. O tema é inçado de controvérsia, neste Tribunal de Justiça, em Tribunais de Justiça de outros Estados da Federação, e no Superior Tribunal de Justiça.



3

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No **Resp. 1.090.722**, julgado em 02/03/2010, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar recurso que tratava do tema, expressou entendimento de pode ser estendida para uniões estáveis a separação obrigatória de bens do casal em razão da idade avançada de um dos cônjuges, prevista no Código Civil.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Massami Uyeda, a revelar que entendia não ser equiparável ao casamento a união estável, asseverou que a segurança a mais dada ao sexagenário na legislação quanto à separação de bens do casal (artigo 1641 do CC) deve ser estendida à situação **menos formal**, qual seja, a união estável.

Posteriormente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça suscitou **incidente de inconstitucionalidade** dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil.

A questão foi levantada pelo ministro Luis Felipe Salomão, relator de recurso interposto por companheira de falecido contra o espólio do mesmo. Segundo o ministro, a norma tem despertado, realmente, debate doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura. Em seu voto, o relator citou manifestações de doutrinadores, como Francisco José Cahali, Zeno Veloso e Fábio Ulhoa, sobre o assunto. *“A tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais. De fato, àqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo artigo 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente”*, afirmou.

Lembrou o ministro que o *caput* do artigo 1.790 faz



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alusão apenas a bens *"adquiridos onerosamente na vigência da união estável"*. *"É bem de ver, destarte, que o companheiro, mesmo na eventualidade de ter 'direito à totalidade da herança' [inciso IV], somente receberá aqueles bens a que se refere o caput, de modo que os bens particulares do de cujus, aqueles adquiridos por doação, herança ou antes da união, 'não havendo parentes sucessíveis', terá a sorte de herança vacante"*, disse o relator.

Quanto ao inciso III (*"Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança"*), o ministro destacou que, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta daqueles), o companheiro sobrevivente concorre também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos; sobrinhos e tios; e primos, sobrinho-neto e tio-avô. Frisou o relator, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, anulou decisões proferidas por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 10.

"Diante destes elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do artigo 1.790 do CC/02", afirmou o Ministro.

No Supremo Tribunal Federal foi ajuizada **reclamação**, questionando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo



5

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que, ao deixar de aplicar a norma estabelecida no artigo 1.790, III, do Código Civil, teria violado a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte. Em 17/3/2011, assim foi a mesma decidida: "(...) *Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, de acordo com o art. 97 da Constituição (...)*"(Rcl 10813/SP).

2. Dispõe o artigo 1.723 do Código Civil que *"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."*

Esse dispositivo da lei infraconstitucional veio se harmonizar com a Constituição Federal, que, **revolucionando o conceito de família**, no artigo 226 estabeleceu que *"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."*

(...)

§ 3º *Para efeito de 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."*

De seu turno, artigo 1.790 do Código Civil prescreve:

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



6

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

Inegavelmente, confrontando tais disposições com aquelas dos artigos 1.829, 1.832, 1.837 e 1.838 do mesmo Código, **diferenciado** é o tratamento sucessório que se dá ao companheiro em comparação àquele dispensado ao cônjuge sobrevivente.

Seria essa discriminação **inaceitável** frente a uma proclamada isonomia entre união estável e o casamento, a qual estaria assegurada pelo já citado art. 226, § 3º da Constituição da República? Importaria o tratamento diferenciado **ofensa** ao artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, a dispor que "*Todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, (...)*"? E ainda, afrontaria o artigo sob foco o **princípio da dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil, como posto na Constituição Federal, em seu art. 1º, III?

Cabe ao juiz, o intérprete mais autorizado da lei,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

pois é ele que vai aplicá-la ao caso concreto, utilizando o raciocínio lógico de apreensão das palavras e de seu sentido empregadas pelo legislador, fixar-lhe o exato conteúdo e disposição.

Mas o que é lógica? *“Se foi assim, podia ser; e, se fosse assim, seria; mas, como não é, não é. Isso é lógica”* ensina Tweedledee, personagem de “Alice Através do Espelho”, de Lewis Carroll. A lógica não tem outra pretensão do que explicitar o óbvio. Abrange absolutamente tudo – o que é, o que foi e o que poderia ter sido – ao preço de não dizer absolutamente nada sobre coisa alguma.

João Vergílio G. Cuter, professor de lógica e de filosofia da linguagem da FFLCH-USP, especulando sobre o tema, em artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo, de 24 de julho de 2011, faz uma única restrição à definição de Tweedledee que é a de poder dar ela a impressão de que a lógica seja tão inútil quanto desinteressante, ou nem mais nem menos interessante do que qualquer jogo. Ludwig Wittgenstein - filósofo austríaco, cujo único livro que foi publicado em vida, mas de extraordinária repercussão, foi *Tractatus Lógico-Philosophicus*, em 1922, prossegue o articulista, - um lógico, do começo ao fim de sua vida – era especialista na aplicação desse tipo de corretivo filosófico da corte mais tradicional.

“Será que o vermelho que eu vejo é o mesmo que você vê?”, pergunta o filósofo circunspecto. “Com certeza, caso você não seja daltônico.”. Mas como saber se é exatamente o mesmo?”, insiste o filósofo indignado. “Aplicando os critérios de identidade cabíveis neste caso, ora essa.”.



8

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não é dado ao juiz brigar com a lei, para, buscando a indicação do justo, dela extrair o que não está escrito. Por mais justo que possa parecer a alguém a equiparação, para todos os efeitos, de casamento e união estável, ou, sob perspectiva contrária, também aceitável, por mais injusto que possa parecer tal equiparação, evidencia-se, pela leitura do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal, que o legislador constituinte **não procedeu a essa equiparação** ("Para efeito de 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.").

A união estável é reconhecida como entidade familiar, sim, para efeito de **proteção do Estado**. Mas, não é equivalente ao casamento, tanto que o legislador constituinte propugna a edição de lei que facilite sua **conversão** em casamento. É possível que a equiparação, para alguns, seja mais justa. E, para outros, não. Mas o que importa é que a Constituição não promoveu a equivalência. Se casamento e união estável estivessem em pé de igualdade, não teria o legislador constituinte instado o ordinário a facilitar a conversão da segunda no primeiro.

Miguel Reale, a respeito, expende: *"Equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento 'comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges'".* E, mais adiante: *"Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e*



9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.790" (Reale, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo – Revista dos Tribunais, 2005, p. 270-272).

No já citado REsp. 1.090.722-SP, o Ministro Vasco Della Giustina que, ao fundamentar seu voto, transcreveu a ementa do seguinte acórdão:

“SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator. (Agravado de Instrumento nº 70024063547, 7ª. C.C., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator Sergi Fernando de Vasconcellos Chaves j. 27.08.2008).

Note-se que não se está, aqui, a confrontar artigos da Constituição da República, mas, sim, buscar saber se o questionado dispositivo do Código Civil **contraria ou não a Lei Magna**. Se a Constituição tivesse equiparado a união estável ao casamento, o artigo 1790 do C.C. seria inconstitucional. Como não o fez, extraída a assertiva do teor do § 3º do artigo 226, o tratamento dispensado pela lei civil, no trato sucessório em questão, **está concorde com a Lei Maior**.

O parágrafo terceiro concatenado com o *caput* do artigo 226 contempla a proteção jurídica do Estado em relação à família, como base da sociedade. E a Lei nº 9.278/96, regulando o dispositivo constitucional, reconhece a união estável como entidade familiar e prevê os direitos decorrentes dessa situação de fato, agora com roupagem jurídica.

Não afronta o artigo 1.790 do Código Civil quer o



11

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

princípio da igualdade de todos perante a lei quer o princípio da **dignidade de pessoa humana**.

Se a Constituição não faz equivaler a união estável ao casamento, como já visto, a lei ordinária poderia dar tratamento diverso às relações de sucessão patrimonial deles derivadas. Não se diga, outrossim, que o **legislador constituinte** dispensou tratamento desigualitário quando não devera. Se pode soar injusta a diferenciação para alguns, juridicamente considerando ao constituinte era permitido **hierarquizar**, concedente proeminência ao casamento. Se assim é, à lei civil também se autorizou **desigualar**, exatamente tratando diferentemente situações diferentes, para cumprir o princípio de isonomia. Nunca é demais repetir que a base geral sobre a qual se assenta o princípio da igualdade perante a lei consiste no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais. São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais **saliente** de nossa ordem jurídica. Tanto que elevado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, e certamente o de maior densidade. Não faria o menor sentido o homem, a sociedade amorfa organizar-se política e juridicamente na forma de **Estado** e depois permitir que este a avassale ou mesmo não atuar de modo que os indivíduos reciprocamente se respeitem.

José Afonso da Silva expõe que *"a dignidade humana é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

própria natureza do ser humano.”.

Portanto, continua o emérito constitucionalista, “a dignidade da pessoa humana não é criação constitucional, pois ele é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.” (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 2005, p. 38).

Distinguir, para efeito de sucessão, o cônjuge supérstite do companheiro **não atenta contra a dignidade da pessoa humana**. Não rebaixa este, não o apequena humilhantemente. Não o torna alvo de opróbrio. Não o avilta. Não zomba de seu ser racional, convindo lembrar a concepção do homem de Immanuel Kant como um ser que existe com um fim e não como um meio. Não o impede de agir sob o influxo de um imperativo categórico, como representação de uma ação como objetivamente necessária, ainda com Kant. Não o faz, em suma, menos digno.

3. De todo o exposto, acompanho o relator, para julgar improcedente a ação.


WALTER DE ALMEIDA GUILHERME



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010 VOTO Nº 15611
Comarca: Bauru (Ação Ordinária nº 4329/2008)
Juízo de Origem: 1ª Vara da Família e Sucessões
Órgão Julgador: Órgão Especial
Suscitante: Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Interessados: MARIA ZULEIDE FAINER e
TIAGO FERREIRA DOS SANTOS

DECLARAÇÃO DE VOTO

Arguição de inconstitucionalidade -
Artigo 1.790 do Código Civil
(que dispõe sobre o regime sucessório
dos companheiros em união estável) -
Inocorrência do alegado vício de
inconstitucionalidade material
(ante a inexistência de afronta ao
disposto nos artigos 5º, *caput* e inciso I,
e 226, § 3º, ambos da Constituição
Federal) - Arguição improcedente.

VISTOS.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto o artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe sobre o regime sucessório dos conviventes em união estável.

Sustenta-se, por meio da presente arguição, que sobredito dispositivo legal encontra-se eivado de vício de inconstitucionalidade material, por ofensa ao preceito dos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, ambos da Carta da República.

Processado o incidente, em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela "*declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790, inc. II, do Código Civil*" (fls. 121).

É o relatório.

Na presente arguição, suscitada pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 667.140-4/8 (fls. 98/108), aduz-se a inconstitucionalidade material do artigo 1.790 do Código Civil (o qual versa acerca dos direitos sucessórios dos companheiros), por desconformidade com o disposto nos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, ambos da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inicialmente, impõe-se destacar que o vício de inconstitucionalidade material (*também denominado inconstitucionalidade nomoestática*) perfaz-se quando o conteúdo de uma lei ou ato normativo não guarda a necessária congruência com algum preceito e/ou princípio contido no texto da Constituição (Estadual ou Federal). Trata-se, em outras palavras, da existência de uma relação de não conformidade entre o objeto do diploma legislativo e a ordem constitucional vigente, podendo manifestar-se, tal desarmonia, nas formas de violação textual, afronta implícita ou desvio de poder – consoante se extrai da lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 479).

Ao discorrer sobre a temática acima apresentada, o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO pontifica que a “*inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e. g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegítimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas*” (*O controle de constitucionalidade no*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29).

Assentada tal premissa, anoto que, a respeito do tema ora trazido à baila, acompanho o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual o § 3º do artigo 226 do Texto Magno, longe de estabelecer uma equiparação entre casamento e união estável, apenas reconheceu esta última como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado (primeira parte), e determinou, ao legislador infraconstitucional, que facilitasse sua conversão em matrimônio (segunda parte).

Em outras palavras, tenho para mim que a inserção do dispositivo em questão no corpo da Lei Maior evidencia não ter o constituinte originário, em momento algum, intentado colocar em pé de igualdade os institutos jurídicos do casamento e da união estável. Ao contrário, vê-se que a *ratio* da existência de aludido comando constitucional (especialmente no que concerne à facilitação da conversão da relação convivencial em matrimônio) é, justamente, o reconhecimento – a meu ver, acertado – de que as figuras em questão são ontologicamente díspares, o que justifica a submissão das mesmas a regimes jurídicos distintos (inclusive no tocante aos direitos sucessórios).

A propósito, oportuna a lição de MARIA HELENA DINIZ: *“A Constituição Federal, por ser a união estável uma realidade social, não pôde desconhecê-la. Mas não pretendeu robustecê-la nem equipará-la ao casamento (RT, 770:287), pois procurou, tão-somente, reconhecê-la, para fins de proteção do Estado, como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º), dispondo que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento. Com isso*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretendeu fortalecer a entidade familiar e o casamento e não o concubinato. A legislação infraconstitucional não procurou incentivar sua conversão em casamento, uma vez que conferiu mais direitos aos conviventes do que aos cônjuges. Parece-nos que a norma constitucional não requer a regulamentação da união estável, por prever apenas que se promova sua conversão em casamento, de uma forma simples e ágil, sem aparatos formais ou solenes. Todavia houve quem vislumbresse, no comando constitucional, uma equiparação da união estável ao casamento (TJRS, 15ª Câm. Civil, Ap. Cível 70010898872, rel. Des. Vicente B. de Vasconcellos, j. 6-4-2005), ou uma mera recomendação para que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Tal dúvida surge porque a Constituição Federal não define os contornos do que é uma união estável com status de entidade familiar. Com isso, a interpretação do art. 226, § 3º, é um desafio do terceiro milênio para o jurista. Como interpretar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que é uma norma de ordem pública? Será que esse dispositivo constitucional está pleiteando a edição de leis substantivas, que estabeleçam direitos e deveres aos conviventes? Ou seria ele um comando que requer a edição de normas adjetivas, relativas à conversão da união estável em casamento, simplificando os procedimentos para tanto? Se pleiteia norma adjetiva, o art. 1.726 do Código Civil não seria inócuo, por não estabelecer, de forma minudente, o modo de facilitar tal conversão? O art. 226, § 3º, da Constituição – parece-nos – não é auto-aplicável, por ser uma norma de eficácia relativa complementável de princípio institutivo, pois dita o princípio de que a união estável é uma entidade familiar, tendo aplicação mediata por depender de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lei posterior que lhe desenvolva a eficácia, para fins de sua conversão. Em momento algum a norma constitucional colocou a união estável no mesmo patamar do casamento; este foi até mesmo priorizado. Realmente, se com a união estável, os conviventes tiverem os mesmos deveres e direitos, qual seria a motivação para efetuar aquela conversão? Se as pessoas vivem em união estável, o fazem para escapar das obrigações matrimoniais. Deveria o Estado, então, atribuir-lhe os mesmos efeitos do casamento? Se ao optar pela união estável, os conviventes expressam o livre exercício da liberdade de não aderir ao matrimônio, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal apenas cria a função estatal de proteger o companheirismo como entidade familiar, editando, p. ex., normas sobre subvenção familiar para aquisição de casa própria ou assistência educacional e de promover o incentivo de sua conversão em casamento, apontando procedimentos rápidos e eficazes para tanto. A Constituição Federal de 1988 reconhece, no art. 226, § 3º, bem como as leis infraconstitucionais, que a regulamentam, para efeito de proteção estatal, a união estável entre homem e mulher quando forem solteiros, separados de fato, extrajudicial ou judicialmente, divorciados ou viúvos, como entidade familiar (Ciência Jurídica, 69:449; o mesmo ocorreu com o Dec. n. 2.172/97, art. 13, § 6º, ora revogado pelo Dec. 3.048/99), dispondo que a lei deveria facilitar sua conversão em casamento, bastando que os conviventes, a qualquer tempo, de comum acordo, a requeiram ao juiz, perante Oficial de Registro Civil da circunscrição de seu domicílio, seguindo-se a isso o assento no Registro Civil (CC, art. 1.726), observando-se os arts. 1.525, 1.523 e 1.521 do Código Civil (Provimento 10/96 do CGJ), não se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exigindo celebração das núpcias pelo juiz de casamento. Logo, não há nenhuma pretensão de substituir o casamento pela união permanente (RT, 674:107, 675:107, 656:89, 653:109, 646:52, 647:60; Ciência Jurídica, 55:138; RJTJSP, 128:276, 123:244; JB, 165:270) ou de equiparar ambos, mesmo porque só se poderia converter o desigual. Incorpora assim a família de fato, aproximando-a do casamento, tendo em vista que, com a integração legislativa, permitir-se-ão às pessoas que tenham um convívio estável certas garantias, direitos e obrigações, desde que o convertam em casamento” (Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 433/434).

No mesmo sentido:

“SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulamentando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70024063547 – Rel. Designado Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – j. 27.08.2008)

Outrossim, não há falar-se em descompasso do artigo 1.790 do Código Civil frente ao artigo 5º, *caput* e inciso I, da Carta da República, “*por tratar diferentemente cônjuges e companheiros na sucessão em concorrência com descendente*” (fls. 100).

Consoante já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(…) O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do ‘de cujus’ que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o 'de cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares. Não é possível dizer, aprioristicamente e com vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil. É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias. Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica" (REsp 1117563/SP – Terceira Turma – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI – j. 17.12.2009 – DJe 06.04.2010).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em conclusão, mostra-se inviável cogitar-se da inconstitucionalidade material do artigo 1.790 do Código Civil, por ofensa ao preceito dos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, ambos da Constituição Federal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **julga-se improcedente** a presente arguição, devendo os autos retornar à Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que se prossiga no julgamento do Agravo de Instrumento nº 667.140-4/8.


GUILHERME G. STRENGER



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

Arguições de Inconstitucionalidade 0359133-51.2010.8.26.0000,
Arguição nº 0434423-72.2010.8.26.0000 e 9028148-53.2009.8.26.0000
Suscitante: COLEND A 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Votos 27.154, 27.175 e 27.176

A Colenda 9ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, através de acórdão de relatoria do ilustre Desembargador ANTONIO VILENILSON, suscitou incidente de inconstitucionalidade (nº 0359133-51.2010.8.26.0000) nos autos do Agravo de Instrumento nº 994.09.324729-9, interposto contra decisão que, em autos de arrolamento de bens, afastou a incidência, na partilha, do artigo 1.790, II, tido por inconstitucional porque levaria a um tratamento privilegiado da companheira em detrimento do cônjuge supérstite.

Incidentes de arguição de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo foram suscitados, também pela 9ª Câmara de Direito Privado, em dois outros processos de que pedi vista, além deste: o Agravo de Instrumento nº 994.09.300016-7 (Arguição nº 0434423-72.2010) e o Agravo de Instrumento nº 598.268-4/4-00 (Arguição nº 9028148-53.2009.8.26.0000), relatados pelo Desembargador GRAVA BRASIL, o primeiro tirado contra decisão que, aplicando o referido dispositivo (artigo 1.790, inciso II do Código Civil), estabeleceu a concorrência do companheiro da *de cujus* com outros parentes sucessíveis (os colaterais) que não os descendentes e ascendentes; o segundo, aplicando a mesma disposição, atribuiu a companheira a meação sobre todo o patrimônio do "de cujus", conferindo-lhe, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

consequência, direitos sucessórios mais amplos que os da esposa, na medida em que, se casada fosse pelo regime legal de bens, teria direito apenas à meação dos bens havidos na vigência do casamento (artigo 1.829, inciso I do Código Civil).

Em todos os casos, a Colenda 9ª Câmara de Direito Privado manifestou entendimento de que o artigo 1.790 do Código Civil afronta a Constituição Federal por tratar de forma diversa cônjuges e companheiros na sucessão.

Essa desigualdade revela-se, conforme a hipótese, ora em detrimento do cônjuge, ora em desfavor do companheiro.

Assim, se de um lado o (a) companheiro (a) é desfavorecido pela incidência do inciso III do artigo 1.790 na hipótese de concorrência com parentes sucessíveis outros que não apenas os ascendentes e descendentes enquanto o cônjuge supérstite sucede, sem concorrência, em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (artigo 1.829, III), de outro lado o cônjuge concorre com os descendentes, se for casado no regime da comunhão parcial de bens, apenas se o autor da herança não houver deixado bens particulares, ao passo em que o companheiro ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ainda que o regime de bens seja o mesmo, vale dizer, o da comunhão parcial, que é o regime de bens da união estável.

Nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000, o ilustre relator, Desembargador CAUDURO PADIN, proferiu substancial voto no sentido da improcedência, sob o fundamento principal de que “a Constituição da





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

República não equiparou a união estável ao casamento e ou entidades familiares, apenas facilitou sua conversão. Tal entendimento decorre da própria lei”.

No mesmo sentido, o Desembargador CAMPOS MELLO, depois de lembrar ser elementar princípio de hermenêutica a presunção de constitucionalidade dos diplomas legais, manifestou seu entendimento de que a análise do art. 1.790 do Código Civil não permite a inferência de que tal dispositivo viola a Constituição Federal, na medida em que o art. 226, §3º, da Lei Maior não equiparou a união estável ao casamento.

O Desembargador GUILHERME STRENGER, na mesma linha, entendeu inviável cogitar-se da inconstitucionalidade material do artigo 1.790 do Código Civil, por ofensa ao preceito dos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, ambos da Constituição Federal. Assinalou, Sua Excelência, que longe de estabelecer uma equiparação entre casamento e união estável, esse dispositivo por último citado apenas reconheceu a união estável como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado (primeira parte), determinando, ao legislador infraconstitucional, que facilitasse sua conversão em matrimônio (segunda parte), acrescentando que “... a *ratio* da existência de aludido comando constitucional (especialmente no que concerne à facilitação da conversão da relação convivencial em matrimônio) é, justamente, o reconhecimento – a meu ver, acertado – de que as figuras em questão são ontologicamente díspares, o que justifica a submissão das mesmas a regimes jurídicos distintos (inclusive no tocante aos direitos sucessórios)”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

O Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, constitucionalista de nomeada, em longo e erudito voto, escreveu: "Por mais justo que possa parecer a alguém a equiparação, para todos os efeitos, de casamento e união estável, ou, sob perspectiva contrária, também aceitável, por mais injusto que possa parecer tal equiparação, evidencia-se, pela leitura do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal, que o legislador constituinte **não procedeu a essa equiparação** ("Para efeito de 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.").

A união estável é reconhecida como entidade familiar, sim, para efeito de **proteção do Estado**. Mas, não é equivalente ao casamento, tanto que o legislador constituinte propugna a edição de lei que facilite sua **conversão** em casamento. É possível que a equiparação, para alguns, seja mais justa. E, para outros, não. Mas o que importa é que a Constituição não promoveu a equivalência. Se casamento e união estável estivessem em pé de igualdade, não teria o legislador constituinte instado o ordinário a facilitar a conversão da segunda no primeiro."

Nos autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010, o relator, Desembargador CORREA VIANNA proferiu voto em que manifestou entendimento no sentido de que o artigo 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade. Trouxe comentários de Mauro Antonini ("sendo inconstitucional a disciplina diferenciada que o artigo 1.790 dá ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

companheiro, a ele deve ser aplicado o mesmo regime jurídico do cônjuge sobrevivente, fazendo-se a equiparação que, como visto, é imposta pela Constituição. Equiparação que assegura ao companheiro as vantagens, mas também as limitações aplicáveis ao cônjuge, no que couber" in Código Civil Comentado, coord. Ministro Cezar Peluso, ed. 2007, p. 1780) e Euclides de Oliveira ("Vale anotar que o art. 226, §3º, da CF, ao determinar aquele manto protetor sobre a entidade familiar, termina por definir a necessidade de a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora, que facilitação haverá quando se sabe que o companheiro, em determinadas circunstâncias, pode vir a receber herança maior que aquela atribuível ao cônjuge? O Código se posiciona, com tal dispositivo, mais favorável ao companheiro, em prol da manutenção da união estável. Em vez de facilitar, o dispositivo dificulta a conversão da união estável em casamento, contrariando o comentado preceito constitucional" (Direito de Herança, A Nova Ordem da Sucessão, Saraiva, 2ª ed., p. 165).

Nos autos da Arguição nº 9028148-53.2009.8.26.0000, seu relator, Desembargador DAVID HADDAD proferiu preciso e precioso voto, a que aderi integralmente. Disse Sua Excelência:

"O artigo 226, § 3º, da CF, dispõe que a família é base da sociedade e reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, a merecer proteção do Estado, determinando que a lei facilite a conversão em casamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

Assim, o dispositivo visa trazer uma paridade de direitos entre companheiros e cônjuges, estabelecendo igualdade entre os tipos de família, dotadas da mesma dignidade e respeito, calcadas no afeto entre seus membros e no desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem, não significando que a previsão de conversão em casamento revele ser esta uma família "de primeira classe", mas sim, de facilitar prova judicial da existência do vínculo". (sublinhei e negrejei).

E prossegue:

"A diferença básica entre os institutos do casamento e da união estável é *relacionada à prova judicial da existência do vínculo de conjugalidade. Afora essa diferença, nenhuma outra pode existir entre os vinculados pela união estável ou pelo casamento*" (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, vol. 5, Ed. Saraiva, 2006, pág. 128).

Destarte, o Direito de Família há de ser analisado sob o prisma da Constituição Federal, em observância a uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, em que qualquer forma de discriminação é vedada (artigo 3º, IV); em que se preserva a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), a igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º), e, ainda, em que garantido o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa, denominado princípio dos princípios (art. 1º, III, da CF)".

Finalmente, para o Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS "a regra disposta no inciso II, do artigo 1.790 Código Civil



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

é inconstitucional, por atacar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, e a discrepância é tão evidente, que faz necessário cotejá-lo à luz dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito, para que uma solução mais justa seja aplicada, estabelecendo um parâmetro digno à condição do companheiro em relação à condição do cônjuge”.

Basicamente todas as manifestações dos ilustres Desembargadores que negam a inconstitucionalidade do dispositivo apontam para um fato incontestável: o de que o constituinte não identificou casamento e união estável. E argumentam: houvesse tal equiparação absoluta e necessidade não haveria de que se determinasse, ao legislador ordinário, a facilitação da conversão de união estável em casamento.

Tenho para mim, com o máximo respeito, que a questão acerca da qual devemos nos pronunciar não é exatamente essa. O Desembargador Walter de Almeida Guilherme sustenta, com o brilho que lhe é peculiar, que a união estável é reconhecida como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, o que não importaria, no campo sucessório, em atribuir os mesmos direitos a cônjuges e companheiros.

Como salientado, contudo, nos acórdãos que suscitaram as arguições de relevância, as incongruências entre o indigitado artigo e a Constituição Federal acabam por gerar, no âmbito da sucessão hereditária, resultados que ora prejudicam o companheiro, ora causam lesão ao cônjuge. Não se trata, pois, de proteger a união





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

estável ou o companheiro em detrimento do casamento e do cônjuge, mas de harmonizar o sistema.

Não se está, repito, a afirmar a equiparação entre casamento e união estável. Impossível atribuir, à parte final do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal a dimensão e o significado que se lhe pretende dar. A previsão de conversão em casamento não significa que a união estável constituiu uma entidade familiar de dignidade inferior. O objetivo da conversão é, como assinalado no voto do Desembargador David Haddad, facilitar a prova judicial da existência do vínculo.

“O casamento celebrado no Brasil” prova-se pela certidão do registro” (CC art. 1543). Os filhos referidos nos incisos I a V do artigo 1.597 do Código Civil “presumem-se concebidos na constância do casamento”. O reconhecimento da união estável depende de declaração expressa dos companheiros ou de decisão judicial.

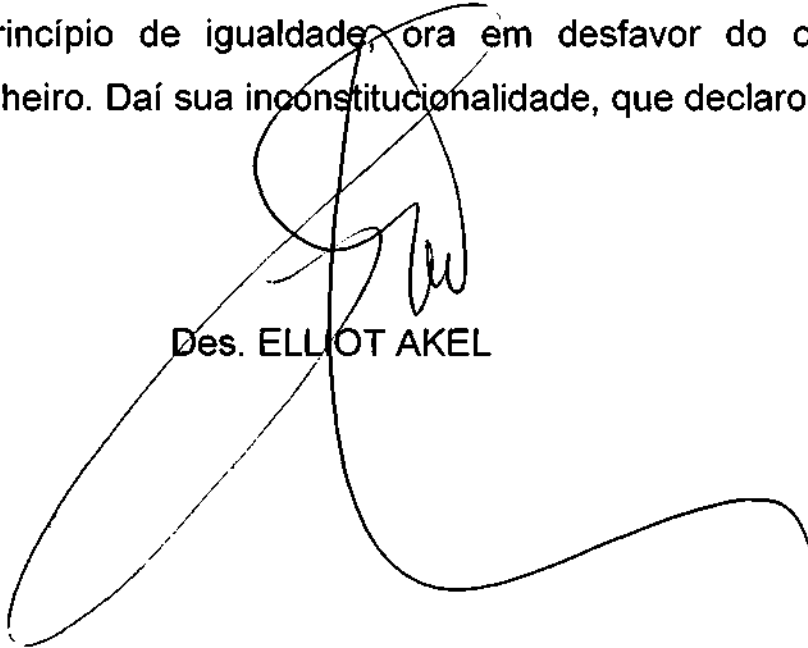
“O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente” (CC artigo 1.607). Não o sendo pelo pai, poderá se-lo judicialmente.

Então, como assinalou o voto do Desembargador David Haddad, citando a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, “a diferença básica entre os institutos do casamento e da união estável *é relacionada à prova judicial da existência do vínculo de conjugalidade. Afora essa diferença, nenhuma outra pode existir entre os vinculados pela união estável ou pelo casamento*” (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, vol. 5, Ed. Saraiva, 2006, pág. 128).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

Atribuir igual tratamento não significa, data venia, identificar. O que se reconhece é que, no âmbito sucessório, o mesmo tratamento devem ter o cônjuge e o companheiro. O artigo 1.790 afronta esse princípio de igualdade, ora em desfavor do cônjuge, ora do companheiro. Daí sua inconstitucionalidade, que declaro.



Des. ELLIOT AKEL



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
0359133-51.2010

COMARCA DE BAURU

Meu voto acompanha o do eminente Relator sorteado, pelos fundamentos externados em outra Arguição de Inconstitucionalidade (0434423-72.2010), também suscitada pela e. Nona Câmara de Direito Privado, a saber:

“Respeitadas as judiciosas ponderações dos que adotam entendimento contrário, entendo que a arguição deve ser julgada improcedente.

Em primeiro lugar, cabe lembrar que é elementar princípio de interpretação do Direito presumir-se a constitucionalidade dos diplomas legais, como enfatizam a jurisprudência (cf. R.J.T.J.S.P. 24/170, Rel. Des. Macedo Bittencourt, 68/121, Rel. Des. João Del Nero) e a boa doutrina (Carlos Maximiliano, “Hermenêutica e Interpretação do Direito”, Ed. Forense, 9ª ed., 1980, p. 307; Uadi Lammêgo Bulos, “Manual de Interpretação Constitucional”, Ed. Saraiva, 1997, p. 15; Fernando Osorio de Almeida Junior, “Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário”, Ed. Dialética, 2002, p. 21;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Ronaldo Poletti, "Controle de Constitucionalidade das Leis, Ed. Forense, 2ª ed., 1995, p. 105 e seguintes). O reconhecimento da inconstitucionalidade deve resultar de **manifesta** ofensa à Lei Maior (STF – Representação 881 –MG, in RTJ 66/631, Rel. Min. Djaci Falcão).*

No caso em tela, a análise do art. 1.790 do Código Civil não permite a inferência de que tal dispositivo viola a Constituição Federal. Há, é certo, quem entenda que, por haver a lei rebaixado o status hereditário do companheiro sobrevivente, em comparação com o cônjuge supérstite, ela terá violado os princípios da igualdade e dignidade (TJRS – Ag. Inst. 700009524612, 8ª C. Civ., Rel. Des. Rui Portanova, TJSP – Ap. 994.09.283.225-0, 1ª C. de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro).

*Mas, data venia, entendo que a objeção não pode ser acolhida, visto que o art. 226, §3º, da Constituição Federal **não** equiparou a união estável ao casamento. Ao contrário, o que o dispositivo contém é ordem endereçada ao legislador ordinário, para que a lei facilite a conversão em casamento. Então, parece lógico que a Lei Maior não considerou já equiparada a união estável ao casamento. Isso, a meu ver, justifica tratamento desigual, sem nenhuma ofensa ao princípio da isonomia. Em*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

realidade, só há ofensa ao princípio da igualdade quando as situações jurídicas são desequiparadas com base em fator diferencial sem pertinência lógica com a inclusão ou exclusão de determinado benefício, ou com a inserção ou supressão de determinado gravame (Celso Antonio Bandeira de Mello, "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", Ed. RT, 2ª ed., 1984, p. 49). É necessário que haja "...uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo" (ob. e loc. cit.). E aqui, como visto, a desequiparação tem matriz constitucional.

Quanto à alegada ofensa ao princípio da dignidade, tampouco entendo que ela está configurada. Não vejo o porquê dessa afirmação. Eventual trato diverso do direito de sucessão conferido ao cônjuge supérstite, em comparação com o do companheiro não viola o princípio da dignidade. Este deve ser entendido como o valor supremo da ordem jurídica e constitui fundamento da República e do Estado Democrático de Direito (cf. José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição, Ed. Malheiros, 7ª ed., 2010, p. 40). Tem significado preciso, visto ser a dignidade atributo intrínseco do ser humano, que independe da forma como ele se comporte. O que a Constituição tutela é a proteção do indivíduo, mesmo que tenha tido comportamento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

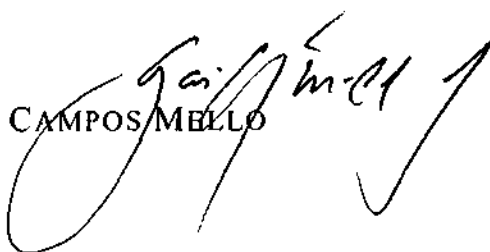
indigno. A proteção constitucional baseada em tal princípio é para impedir que algum ser humano seja humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 41, com remissão à obra de Robert Alexy e sua Teoria dos Direitos Fundamentais). A existência de regime sucessório diverso, baseado em situações que não são idênticas, em nada viola a dignidade do ser humano. Dele não resulta humilhação, discriminação, perseguição ou depreciação do ser humano.

É cabível discutir se o critério do legislador ordinário foi ou não o mais feliz. Entendo que não. Mas não é disso que cuida o presente incidente. O que há é critério legal, que tem matriz constitucional.

São esses os motivos que me levam, sempre respeitosamente, a julgar improcedente a presente arguição.”.

Não vejo motivo, por enquanto, para alterar meu ponto de vista, de modo que julgo igualmente improcedente o presente incidente.

É como voto.


CAMPOS MELLO