



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
4012978-77.2013.8.12.0000

24 de junho de 2014

1ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 4012978-77.2013.8.12.0000 - Campo Grande

Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravante : Magna Jardim de Almeida

Advogado : Jose Manuel Marques Candia

Advogado : Beatriz Gonzalez Chaves

Agravados : Morgane dos Santos Pinheiro (Inventariante) e outros

Advogada : Eliete Nogueira de Góes

Advogado : Jacob Nogueira Benevides

Interessado : Marcones Pereira dos Santos (Espólio)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – HABILITAÇÃO DE HERDEIROS – UNIÃO ESTÁVEL – DIREITO SUCESSÓRIO – ARTIGO 1790, III, DO CC/2002 – CONSTITUCIONALIDADE – PARENTES COLATERAIS HABILITADOS – AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns.

Inexistindo ascendentes e descendentes do falecido, pela exegese da referida norma, a agravante, mesmo tendo com ele vivido por quase 17 anos na vigência da regra contida na Lei nº 8.971, de 1994, que lhe conferia o direito a totalidade da herança, concorre com os demais parentes sucessíveis (irmãos do falecido).

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator



R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Magna Jardim de Almeida agrava da decisão, proferida nos autos da Ação de Inventário ajuizada por **Natal Pereira dos Santos e outros**, que rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil e deferiu a habilitação de herdeiros.

Pugna pelo reconhecimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade do artigo 1790, do Código Civil, por não pretender partilhar seus direitos com os agravados, irmão do "de cujus".

Afirma que todo o patrimônio do falecido foi adquirido quando veio trabalhar nas empresas da família da agravante, destacando, para tanto, que a única empresa que o falecido era sócio e que não tinha ligação direta com as empresas da família da agravante era a "terra comercial", que foi constituída pelo irmão do de "cujus".

Colaciona diversas jurisprudências no sentido de confirmar a inconstitucionalidade do disposto mencionado, que na sucessão de união estável habilita parentes colaterais em concorrência com a convivente.

Requer sejam aplicadas à união estável as mesmas regras do casamento, culminando, ao final, por pedir o provimento recursal.

O magistrado, às f. 121, manteve a decisão por todos os seus fundamentos, ponderando que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, tendo, inclusive, exigido a necessidade de lei para facilitar a sua conversão para casamento.

Resposta às f. 123-156, pelo improvimento do recurso.

V O T O (E M 27 . 05 . 2014)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

A controvérsia recursal perpassa pela constitucionalidade (ou não) do art. 1.790, inciso III, do Código Civil de 2002, segundo o qual "a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: III. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança", que deverá ser analisado conjuntamente com o artigo 1.787 do Código Civil, aplicável a espécie, que estabelece que "regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela".

Da interpretação destes dispositivos, infere-se que apesar da união estável ter sido reconhecida como entidade familiar (art. 226, § 3º, da CR/88) tal instituto possui regra específica no que diz respeito ao direito sucessório. Dessa forma, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que concorre apenas com descendentes e ascendentes, o companheiro disputa a herança também com os colaterais do falecido, até o quarto grau.

A agravada suscita a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 1.790



do Código Civil de 2002, pugnando pela igualdade de tratamento no direito sucessório aplicável ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente.

Indubitável o artigo 1.790, inciso III do CC não afronta o princípio da isonomia ou o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista a opção legislativa em resguardar a particularidade de cada instituição, não estando a infringir norma constitucional.

Nesse sentido:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (TJRS - Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acordão: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/11/2009).

Em sendo assim, tenho que o tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não é inconstitucional, pois, no âmbito do direito sucessório, a Carta Magna apenas definiu que a lei facilitasse a conversão da união em casamento, não igualando as duas entidades familiares.

Diante deste quadro, por força do disposto no art. 1790, inciso III, do Código Civil, os agravados, na condição de parentes colaterais do falecido, fazem jus a habilitação procedida pelo magistrado, em concorrência com a companheira, ora agravante.

Em razão do exposto, rejeito a inconstitucionalidade alegada.

Feitas tais considerações, importa notar que a companheira participa do processo sucessório, concorrendo com os colaterais, na forma estabelecida no inciso III, do art. 1.790 do Código Civil:

"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."

Tratando-se de sucessão onde há herdeiros colaterais, uma vez



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
4012978-77.2013.8.12.0000

reconhecida e declarada a união estável, inafastável o direito da companheira à meação dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, durante a vigência da união, "ex vi" do art. 1.725, do Código Civil, segundo o qual, "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

Logo, inexistindo ascendentes e descendentes do falecido, pela exegese da referida norma, a agravante, mesmo tendo com ele vivido por quase 17 anos na vigência da regra contida na Lei nº 8.971, de 1994, que lhe conferia o direito a totalidade da herança, concorre com os demais parentes sucessíveis (irmãos do falecido).

Ademais, eventuais insurgências sobre o fato de que todo o patrimônio do falecido teria sido adquirido quando foi trabalhar nas empresas da família da agravante, bem como de que a única empresa que o falecido era sócio era a "terra comercial", que foi constituída pelo irmão do de "cujus", deverão ser oportunamente analisadas, após a instrução do processo, bastando aqui a análise da possibilidade de serem habilitados os herdeiros do falecido.

Isso posto, **nego provimento ao recurso.**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º vogal):

Acompanho o voto do Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DO DIA 24/06/2014, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. MARCELO CÂMARA RASSLAN), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

V O T O (E M 2 4 . 0 6 . 2 0 1 4)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º vogal):

Ouso divergir do entendimento manifestado pelos ilustres desembargadores que me antecederam, e acolho a alegada inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, remetendo o feito, por consequência, e em razão da cláusula de reserva de plenário, ao e. Órgão Especial deste Sodalício para aquilatá-la, sobrestando, assim, a decisão de mérito deste recurso.

Há intensa discussão sobre a inconstitucionalidade dos preceitos contidos no art. 1.790, do Código Civil, divergindo doutrinadores e a jurisprudência, de tal sorte que alguns reconhecem a sua constitucionalidade, outros a sua inconstitucionalidade e, de forma intermediária, ainda há aqueles que reconhecem a inconstitucionalidade parcial do dispositivo.

A questão posta no recurso parece simples: afirmar-se ou negar-se o direito de colaterais à herança do falecido, que deixou uma companheira sobrevivente e



não tem ascendentes nem descendentes.

Prescreve o Código Civil:

"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."

Cumpre observar-se, desde logo, que a Constituição da República reconheceu como família a união estável (art. 226, § 3.º), protegendo-a como tal e determinando que fosse facilitada a sua conversão em casamento.

Não há dúvida que casamento e união estável são institutos diferentes.

Todavia, tanto um quanto o outro têm a mesma base, quer seja, dão suporte fático-jurídico à existência da família, e não há nem se pode conceber famílias de categorias diferentes, tendo uma mais direito que a outra.

A verdade disto restou proclamada pela Carta Magna e, posteriormente, pelas Leis n.º 8.971/94 - que disciplinou o direito de alimentos aos companheiros e a eles garantiu participação na herança, mediante usufruto parcial em concorrência com os descendentes ou ascendentes, e o recebimento de todos os bens na falta destes herdeiros - e 9.274/96, que não ab-rogou aquela mas melhor disciplinou o direito de meação dos companheiros e a eles assegurou o direito real de habitação.

O direito sucessório decorre da relação familiar existente. Não pode ele ser concebido e concedido, simplesmente, àqueles que, formalmente, ostentem e comprovem, documentalmente, a relação familiar.

Foi exatamente isto que foi proclamado e reconhecido, ao dar-se *status* até constitucional à união estável e, posteriormente, assegurando-se aos companheiros, através das leis citadas, quase os mesmos direitos patrimoniais assegurados aos cônjuges, notadamente no que diz respeito à meação inter-vivos e *post mortem*, e direitos sucessórios.

Sobre a evolução do conceito de família e, conseqüentemente, dos direitos sucessórios disto advindos, ensina Karen Hellen Esteves de Avelar¹:

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à "forma" familiar (solenidade do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao "conteúdo" (substância): o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo quando prevista

¹ In "A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19594>>. Acesso em: 18 jun. 2014.



constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas.

A proteção à família consubstancia-se na proteção à relação familiar, ao vínculo solidário-afetivo estabelecido entre os membros, este elo identifica a ratio da família constituída pelo casamento ou pela união estável. De fato, a família se apresenta, hoje, como relacional e individualista.

É relacional na medida em que se respeita e vivencia a lógica do grupo. É também democrática, e democracia "significa igualdade, social e civil, e a rejeição de qualquer discriminação e preconceito". Inclui-se aí as noções de liberdade, pluralismo, integração e solidariedade.

A família constitucional tem no casamento e na união estável a mesma ratio de construção conjunta do grupo, portanto, naquilo em que se identificam, exige-se o mesmo tratamento. Do contrário estar-se-á a tratar com preconceito e discriminação, conteúdos intrínsecos da família, e, portanto, integrantes de todo o modelo de família, como o direito sucessório dos membros que integram o núcleo familiar.

Neste aspecto, não há interpretação possível a qualificar a união estável como hierarquicamente inferior. O fato de o texto constitucional ter expressado no art. 226, § 3º acerca da facilitação, em norma regulamentadora, da conversão da união estável em casamento, não lhe retira a igualdade em relação a este, enquanto entidade familiar. Diferencia-se em situações específicas apenas, mas jamais quanto a sua natureza de comunidade solidário-afetiva com fins de permanência.

O direito sucessório, direito fundamental, previsto constitucionalmente, concilia a liberdade individual, garantida pela sucessão testamentária, e a solidariedade social, resguardada através da sucessão legítima

A família, como visto, deixou de ser encarada exclusivamente pela forma de sua constituição ou sob a ótica patrimonialista, e passou a ser meio de desenvolvimento e proteção da pessoa humana, de tal sorte que não se pode subtrair ou restringir direitos de seus componentes, sob pena de afrontar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da sua liberdade e sua forma peculiar de expressar o amor.

Como conclui a referida doutrinadora, "A família, portanto, caracteriza uma realidade presente e transcendente ao fenômeno exclusivamente biológico. Busca uma dimensão mais ampla, fundada no afeto, na ética, na realização pessoal de seus membros, na solidariedade recíproca e na dignidade de seus membros. É o alicerce fundamental para o alcance da felicidade" (op. cit.).

O Direito Constitucional deixou de preocupar-se exclusivamente com a organização política do Estado e ocupa-se, hodiernamente, de necessidades humanas reais, às quais o Estado deve servir e prover.

Em razão disto, firmaram-se princípios constitucionais dos quais se extraem as premissas fundamentais de todo um sistema que se desenvolve. Tais princípios é que conferem coerência e unidade ao sistema jurídico, impedindo o desmantelamento da sua esperada harmonia.

Ora, a Constituição, ao reconhecer como entidade familiar a união estável, além do casamento, e permitir, pelos princípios da igualdade e da dignidade da



pessoa humana, mesmo o reconhecimento da união homoafetiva, ao seus integrantes conferiu, por consequência, os mesmos direitos e o mesmo tratamento.

Daí porque foram reconhecidos aos companheiros, pelas citadas leis (8.971/94 e 9.274/96), os mesmos direitos que as normas infraconstitucionais já reservavam aos cônjuges.

Quando da promulgação da Constituição da República, e da vigência das leis referidas, já dormitava no Congresso Nacional há anos o projeto de Código Civil que, aprovado, substituiria o Código Civil de 1916.

A evolução e liberalização dos costumes, o reconhecimento de novas situações jurídicas a partir de vínculos de afeto, proteção, solidariedade e inclusão social, notadamente no que diz respeito à união estável, infelizmente não foram, atempadamente, incluídas no dito projeto. E, ao retroceder nas conquistas e no reconhecimento de direitos anteriormente verificadas neste particular, ofendendo os direitos já reconhecidos aos companheiros em sede constitucional (art. 226, § 3.º), e na legislação infraconstitucional (Leis n.º 8.971/94 e 9.274/96), é evidente que o art. 1.790 do Novo Código Civil ofende a Constituição, dispensando indevido tratamento desigual aos iguais, afastando-se do dever de especial proteção à família independente de sua forma de constituição, e tratando de forma diversa realidades idênticas, afastando-se, com isto, da premissa que afirma que "Onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito", além de afrontar, como ressaltado, o princípio da proibição do retrocesso.

Sobre este, basta lembrar a doutrina de José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, inobstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e **demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos**. Logo, o autor reconhece indiretamente a existência do princípio da proibição de retrocesso social, secundado pela doutrina de autores como Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Fachin, Juarez Freitas, Suzana de Toledo Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins e José Vicente dos Santos Mendonça, destacando-se as contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli, que reconhecem, de forma direta, a existência do princípio no sistema jurídico-constitucional pátrio.

Destarte, tendo em conta os princípios constitucionais da proibição do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, da especial proteção estatal à família, e do reconhecimento da igualdade entre as diversas famílias, independentemente da sua forma de constituição, entendo que estes foram afrontados pelo art. 1.790 do Código Civil e, em razão disto, reconheço a sua inconstitucionalidade.

Diante desta conclusão e tendo em vista a cláusula de reserva de plenário esculpida no art. 97 da Constituição da República, voto para que seja sobrestado o exame do recurso, submetendo a questão ao Órgão Especial desta Corte, por ser o competente para declarar ou não a inconstitucionalidade do citado dispositivo, e ressalto que tal providência já foi adotada, também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, através de arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 1.135.354 – PB, de que foi relator o eminente Ministro Luís Felipe Salomão, conquanto não tenha sido conhecida em razão do não conhecimento do próprio recurso especial.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
4012978-77.2013.8.12.0000

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO,
NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran
Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir
Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

CSV