

EMENTA: SUCESSÕES - UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIRA - CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES - ART. 1.790, I E II, DO CÓDIGO CIVIL - SUCESSÃO QUANTO AOS BENS COMUNS - CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES - ART. 1.829, I, CC - PRECEDENTE DO STJ - ELIMINAÇÃO DAS DIFERENÇAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL.

- De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1117563/SP, a concorrência do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão parcial de bens, com os descendentes do autor da herança (art. 1.829, I, do CC) deve ocorrer em relação aos bens comuns do casal e não em relação aos particulares do falecido, como se dá com o companheiro, nos termos do art. 1.790, incisos I e II, do CC.

- A adoção dessa linha de pensamento põe fim à argumentação quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790, incisos I e II, do CC, pois elimina as diferenças sucessórias decorrentes da opção entre a união estável e o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens. V.V.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO PREJUDICADO.

- Quando do requerimento de alvará judicial para levantamento de saldos bancários de falecido, a apelante não possuía vínculo matrimonial ou decorrente de união estável judicialmente reconhecida, restando configurada, portanto, sua ilegitimidade ativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.587262-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE (S): A.M.O. - APELADO (A)(S): E.J.B.R.

A C Ó R D Ã O

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO REVISOR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DESA. ANA PAULA CAIXETA

RELATORA.

DESA. ANA PAULA CAIXETA V O T O

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por A. M. de O. em face da sentença de f. 205/206, proferida em audiência pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Sucessões e Ausência da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Maurício Pinto Ferreira, que, nos autos de Inventário dos bens deixados por J. B. R., homologou, por sentença, a partilha apresentada às f. 191/193, com base no art. 269, I, do CPC.

Inconformada, a ex-companheira do de cujus pleiteia a reforma da sentença, ao argumento de que a sentença violou de forma literal o art. 1.790, II do CC, que reconhece à companheira o estado de meeira e herdeira (em concorrência com descendentes) ao mesmo tempo; que à união estável se aplica o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC); além disso, quando a companheira concorrer com descendentes somente do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um deles; que, como companheira sobrevivente, tem direito, além da meação, a concorrer sobre os bens comuns; que o direito à concorrência, no tocante ao regime de comunhão parcial, ocorre

quando não houver bens particulares e o exclui quando o patrimônio particular existir; que aqueles que optam pelo regime da comunhão parcial querem garantir a propriedade exclusiva dos bens particulares, não podendo com a morte, a partilha ser realizada de forma diversa da escolhida pelas partes (f. 207/212).

Ausente o preparo recursal, diante do pedido de justiça gratuita, formulado na inicial (f. 03) e não apreciado em 1ª instância (f. 83).

Regularmente intimados, os Apelados apresentaram contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 214/226).

Sendo as partes maiores e capazes, desnecessária a intervenção ministerial no feito.

Defiro o benefício da assistência judiciária gratuita à Apelante, uma vez que a mesma é aposentada, apresentou declaração de pobreza (f. 05) e que o patrimônio partilhável é de valor baixo, conforme atestado pelo contador do Juízo à f. 118.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

DES. MOREIRA DINIZ (REVISOR)

Peço vênia à eminente Relatora para divergir.

Em 01 de agosto de 2007, a apelante requereu alvará judicial para levantar saldos em contas bancárias do falecido senhor J. B. R. sem comprovar a qualidade de cônjuge ou companheira.

A condição de companheira só foi comprovada com a juntada de cópia da sentença declaratória de união estável entre a apelante e o falecido, proferida em 16 de abril de 2008 (fls. 80/81), ou seja, depois da data em que foi requerido o alvará.

Como, no momento do requerimento de alvará judicial, a apelante não possuía vínculo matrimonial ou decorrente de união estável judicialmente reconhecida com o falecido senhor J. B. R., resta configurada sua ilegitimidade para figurar no pólo ativo da ação.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Resta prejudicada a apelação.

Custas, pela apelante; suspensa a exigibilidade, ante os termos do artigo 12 da lei 1.060/50.

DESA. ANA PAULA CAIXETA (RELATORA)

Em relação à preliminar de ilegitimidade ativa suscitada, ex officio, pelo eminente Revisor, Desembargador Moreira Diniz, peço vênia para divergir.

O ilustre Desembargador considerou que, em 01/08/2007, quando do ajuizamento da ação que objetivava o levantamento de alvará, a Autora/Apelante não era cônjuge do Sr. J.B.R., nem possuía a condição de companheira devidamente reconhecida, o que somente veio a ocorrer em 16/04/2008, situação que, em tese, demonstraria sua ilegitimidade ativa para a presente demanda.

Ocorre que, examinando detidamente os autos, é de se ver que a ação, inicialmente, tratava-se de requerimento de "alvará judicial" (f.02), porém, em 26/05/2008, pelo douto Juiz a quo, à vista da existência de bens a inventariar, foi determinada a conversão deste procedimento em inventário (f.45), tendo sido a Autora/Apelante nomeada inventariante, quando, claramente, já possuía o devido reconhecimento da união estável havida com o de cujus, que, como visto, deu-se em 16/04/2008 (f.80/81).

Nesse cenário, considerando que, quando da devida regularização do procedimento pelo ilustre Sentenciante, a Apelante já possuía a condição de companheira devidamente comprovada, tal fato superveniente não pode ser desconsiderado pelo julgador, pois sua legitimidade ativa, que inexistia para o requerimento de alvará judicial, passou a ser patente para o prosseguimento no inventário posteriormente iniciado.

Fredie Didier Jr., discorrendo sobre a decisão e o fato superveniente regulado no art.462, do CPC, ensina:

"O art. 462 do CPC admite a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte ou mesmo de ofício, levar em consideração fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, que sejam supervenientes e influam no julgamento da causa. Trata-se de dispositivo digno de aplauso, porque parte da (correta) premissa de que o processo precisa de algum tempo para ser resolvido e de que o inexorável passar do tempo pode fazer que as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio sejam alteradas [...]

O art. 462 consagra o princípio segundo o qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da demanda, e não aquele que existia quando de sua propositura.

Ele autoriza que se dê relevância a qualquer fato superveniente que possa interferir no julgamento da causa, notadamente para impedir o juízo de inadmissibilidade do processo, que deve ser evitado, como se evitam as nulidades processuais. [...]"(g.n.) (In, Curso de Direito Processual Civil.7.ed.JusPodivm.2012. pág.348/349).

Por essas razões, repita-se, tendo a condição de companheira sido devidamente comprovada após o ajuizamento do requerimento de alvará, mas antes da conversão daquele procedimento em inventário, amparada no art. 462, do CPC e na mais abalizada doutrina, reputo ser necessário o reconhecimento da legitimidade ativa da Autora/Apelante.

Com tais considerações, renovando meu pedido de vênia ao nobre Colega, REJEITO A PRELIMINAR.

DES. DUARTE DE PAULA

Estabelecida a divergência nos judiciosos votos que me antecederam, na preliminar, da análise que faço do processo e das razões dissidentes, especialmente da prova nele hospedada, cheguei a mesma conclusão da ilustre Relatora, mesmo porque quando se puder julgar o mérito da causa, não se deve extinguir ou anular o processo se o vício processual se aproveita em favor da parte, não havendo como repetir atos em não demonstrado algum prejuízo, segundo inteligência do art. 249 § 2º, do CPC, pelo que peço misericordiosa e redobrada vênia ao não menos ilustre Revisor, para acompanhar o posicionamento da Des. Ana Paula Caixeta, integralmente, secundando as suas

razões de decidir e os seus fundamentos, se assim me permitir, como o resultado proposto para desate da questão ora posta em julgamento.

DESA. ANA PAULA CAIXETA (RELATORA)

MÉRITO

Para a solução da controvérsia, a primeira observação a ser feita é a de que o art.1.725 do CC/02 estabelece, de maneira clara, a comunhão entre companheiro e companheira de todos os bens adquiridos na constância da união estável. Portanto, não há dúvidas de que deve ser ressalvada a "meação" à companheira sobrevivente, referente a sua participação na sociedade conjugal de fato - ponto sobre o qual, aliás, as partes não discordam.

A controvérsia reside, no caso, quanto à sucessão, especificamente, sobre a concorrência entre a companheira e os descendentes do autor da herança quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável (um imóvel e saldos em contas bancárias e de FGTS - PIS/PASEP).

No que toca à sucessão, observa-se que há duas normas distintas para regulá-la: Uma, para a hipótese de união estável (art. 1.790, do CC/02). Outra, para a hipótese de casamento (art. 1.829, do mesmo diploma legal).

No presente caso, o magistrado singular adotou o entendimento de que o art. 1.790 do Código Civil, que versa sobre a disciplina da sucessão na união estável, é inconstitucional, devendo o companheiro ou companheira ser tratado no direito sucessório de forma análoga ao cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens, senão vejamos:

"A companheira descrita às fls. 202/204, impugna o esboço de partilha de fls. 191/193, sob o fundamento de que havendo união estável, nos termos do art. 1.790 do Código Civil, ela é ao mesmo tempo meeira e herdeira. Com a devida vênia, tenho decidido pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, uma vez que a Constituição Federal determina a equiparação da união estável ao casamento. Assim, havendo união estável, impõe-se equiparar ao casamento no regime legal de bens que é o da separação parcial de bens de forma que os bens adquiridos na constância da união estável, a companheira figura apenas como meeira. Este é o caso dos autos de forma que a partilha proposta por ela às fls. 202/204 não pode ser acolhida."(f. 205)

De acordo com o art. 1.829 do CC, na sucessão legítima, o cônjuge sobrevivente concorre na primeira classe da ordem de vocação hereditária, juntamente com os descendentes, a depender do regime de bens:

"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;"

MAURO ANTONINI entende que, em relação à ordem de vocação hereditária, a questão que mais tem suscitado dificuldades interpretativas é a da concorrência do cônjuge com os descendentes e, referindo-se ao inciso I do art. 1.829 do CC, pontua que:

"O cônjuge não concorre com os descendentes se casado no regime da comunhão universal de bens. Não concorre, nesse caso, porque, pela comunhão universal, tem meação de todo o patrimônio.

Recorde-se que a meação não é um direito hereditário, mas próprio do cônjuge, preexistente à abertura da sucessão, que decorre não da morte do de cujus, mas da comunhão resultante do regime de bens do casamento, matéria do Direito de Família. Protegido o cônjuge pela meação, a outra metade é que compõe a herança, deferida, nesse caso, aos descendentes sem concorrência do cônjuge.

A segunda exceção do inciso I, explicando o critério que orientou o legislador, é a de não concorrer com os descendentes o cônjuge casado pela comunhão parcial se não há bens particulares do de cujus. Se não há bens particulares, todos são comuns e, portanto, o cônjuge tem meação em face de todos eles. Como está protegido pela meação em todos os bens, o cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado, com meação e herança.

Dessas duas exceções, extrai-se a regra que inspirou o legislador: o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns. Em outras palavras, herda quando não tem meação. (...)" (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 3ª edição. Barueri/SP: Manole, p. 2061)

Nesse sentido, o 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."

Desse entendimento se extrai que o companheiro, nos termos do art. 1.790 do CC, teria posição privilegiada em relação ao cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens, pois, além de ter direito à metade do patrimônio construído na constância da união estável, ainda poderia participar da sucessão do companheiro quanto a outra metade restante:

"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."

Diante dessa suposta posição privilegiada do companheiro em relação ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens é que se sustenta, basicamente, a teoria que entende pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, acatada pelo ilustre sentenciante.

Verifico, no entanto, que a própria interpretação do art. 1.829, I, do CC é controvertida, como esclarece a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1117563/SP, DJe 06/04/2010:

"Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua

companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmção de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

- 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 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 controvertida 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 as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento 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, um 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 espalha, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da conseqüente auto responsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, em 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 apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido."

Como se percebe, a questão da concorrência do companheiro com os descendentes do autor da herança não é de fácil resolução, sobretudo porque depende da interpretação de outro polêmico artigo do Código Civil, o art. 1.829, inciso I, que trata da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no regime de comunhão parcial de bens.

Adotando-se o entendimento majoritário de que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, participa da sucessão do autor da herança apenas quanto aos bens particulares, pois já recebe meação quanto aos bens comuns, é inegável que o art. 1.790, ao prever a possibilidade de que o companheiro também concorra na sucessão com os descendentes "quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável", estaria concedendo uma vantagem ao companheiro em relação ao cônjuge.

Nesse caso, a resolução da controvérsia dependeria de se apurar se é admissível, no panorama constitucional brasileiro, que a regra, quanto à sucessão, seja mais favorável à companheira supérstite do que seria caso ela tivesse contraído matrimônio, dadas as diferenças entre o art. 1.790 e o art. 1.829, I, do CC/02.

No entanto, data vênua ao entendimento adotado pelo ilustre magistrado a quo, observo que a questão da concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens com os descendentes do autor da herança, restou decidida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre outra ótica.

O Tribunal Superior no mencionado precedente deixou assentado justamente que a concorrência deveria ocorrer em relação aos bens comuns do casal e não em relação aos particulares do falecido, como ocorre com o companheiro, conforme determinado no art. 1.790, incisos I e II, do CC.

Neste egrégio Tribunal de Justiça, recentes julgados, alguns com votos vencidos, já vêm acatando o entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"SUCESSÃO. CONJUGE SUPÉRSTITE. MEAÇÃO. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. DESCENDENTES. SOBREPARTILHA. MEAÇÃO. BENS COMUNS. BENS PARTICULARES. EXCLUSÃO. PRECEDENTE DO STJ.

-Inobstante as celeumas que se formaram em torno da concorrência sucessória, disciplinada pelo art. 1829, I, do Código Civil, entre o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, e os descendentes do autor da herança o STJ fixou o entendimento de que a sucessão, por ser uma projeção do regime patrimonial vigente na vida do casal, incide justamente sobre os bens comuns e não sobre os particulares."(Apelação Cível 1.0024.03.040496-6/001, Des. Selma Marques, DJe 13/09/2013)

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVENTÁRIO - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - SUCESSÃO COM A DESCENDENTE - ART. 1.829, I, DO CC/02 - INTERPRETAÇÃO À LUZ DAS REGRAS DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - BENS PARTICULARES - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO - BENS COMUNS - DIREITO À MEAÇÃO E À HERANÇA - PRECEDENTE DO STJ - RECURSO PROVIDO.

1) O art. 1.829, inciso I, da CC/02, que trata do direito sucessório do cônjuge com os descendentes deve ser interpretado à luz das regras que regem o respectivo regime de bens.

2) Na hipótese de o" de cujus "ser casado sob o regime de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente não herda os bens particulares porventura existentes, dada a sua natureza incomunicável, mas herda os bens comuns, porquanto contribuiu para sua aquisição, resguardado, em todo caso, o seu direito à meação, posto tratar-se de patrimônio próprio, não proveniente do direito sucessório. Precedente do STJ.

3) Recurso provido."(voto vencido no Agravo de Instrumento Cv 1.0024.12.028476-5/002, Des.(a)

Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJe 20/05/2013)

Assim, considerando que o Superior Tribunal de Justiça, tribunal a quem compete a interpretação da legislação infraconstitucional, manifestou-se, especificamente, quanto à questão, contornando a má redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, não vejo como desconsiderar seu entendimento, que possibilita que o regime de bens a que o casal voluntariamente aderiu seja respeitado mesmo após a morte de um dos consortes, em respeito ao princípio da autonomia da vontade e à vedação do enriquecimento sem causa.

Esse mesmo entendimento foi confirmado no recente julgamento do REsp 1377084/MG, em notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça no dia 16/10/2013, com a seguinte chamada "Viúva que era casada em comunhão parcial entra apenas na herança dos bens comuns".

Especificamente para os fins do processo sob julgamento, a adoção dessa linha de pensamento afasta os argumentos de inconstitucionalidade do art. 1.790, incisos I e II, do CC, pois elimina as diferenças decorrentes da opção entre união estável e casamento sob o regime de comunhão parcial de bens.

Como o entendimento do STJ no julgamento do REsp 1.117.563/SP põe fim ao tratamento diferenciado do cônjuge e do companheiro sobreviventes na concorrência com os descendentes do autor da herança, não há motivos para afastar a aplicabilidade do art. 1.790, II, do CC, que determina que:

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

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

Observo, por outro lado, que o plano de partilha apresentado pela companheira, ora Apelante, às f. 108 e 116 e ratificado às 203/204, não condiz com a previsão contida no inciso II do art.1.790 do CCC. Além de sua parte na sociedade conjugal, de 50% de cada um dos bens, lhe caberá, na sucessão, 10% de cada um dos bens, sendo que os 40% restantes serão divididos pelos descendentes, ficando 20% para cada um dos filhos do autor da herança.

Ressalto, por fim, que a questão aqui analisada não é a mesma que Corte Superior desse e. Tribunal de Justiça, hoje Órgão Especial, decidiu no julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 1.0512.06.032213-2/002, quando declarou, por maioria, a constitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil de 2002, conforme se infere na ementa abaixo colacionada:

"Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família - União Estável - Sucessão - Companheiro sobrevivente - Artigo 1.790, inciso III do Código Civil. 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." (TJMG - Incidente de Inconstitucionalidade nº. 1.0512.06.032213-2/002; Rel. Desemb. Paulo César Dias; DJ 01.02.12)

Naquele julgamento, questionava-se a constitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790 do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com demais parentes sucessíveis - ascendentes e colaterais até quarto grau - o direito a 1/3 da herança; enquanto o cônjuge sobrevivente concorre apenas com descendentes e ascendentes, tendo preferência sobre os

colaterais, com direito à integralidade na terceira classe de preferência na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III, do CC). Como se observa, na concorrência com os parentes colaterais do de cujus, o companheiro tem tratamento menos vantajoso que teria o cônjuge sobrevivente, situação que a Corte Superior deste egrégio Tribunal entendeu que não vulnera o princípio constitucional da igualdade.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para garantir a companheira sua participação na sucessão do de cujus quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, pela metade do que couber a cada um dos descendentes, ressaltando que deverá ser apresentado novo plano de partilha, adequando-se ao disposto no art. 1.790, II, do Código Civil.

DES. MOREIRA DINIZ (REVISOR)

Vencido na preliminar, no mais acompanho a Relatora.

DES. DUARTE DE PAULA

De acordo com a Relatora.

SÚMULA: "REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO REVISOR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO"