



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

**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.**

ARGUIÇÃO DE ÓRGÃO ESPECIAL
INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 70029390374 COMARCA DE PORTO ALEGRE

8ª CÂMARA CÍVEL, PROPONENTE

LOURDES DE SOUZA DIAS,
ULISSES LEOPOLDO SASSI E
OUTROS, INTERESSADOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em julgar improcedente o incidente de inconstitucionalidade, vencidos os Desembargadores Leo Lima (Relator), Marco Aurélio dos Santos Caminha, Aymoré Roque Pottes de Mello, Danúbio Edon Franco e João Carlos Branco Cardoso. Redatora para o acórdão a Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DESEMBARGADORES ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE), DANÚBIO EDON FRANCO, LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO, ROQUE MIGUEL FANK, MARCELO BANDEIRA PEREIRA, MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, GASPAR MARQUES BATISTA, ARNO WERLANG, JORGE LUÍS DALL´AGNOL, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, CONSTANTINO LISBÔA DE AZEVEDO, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, MARA LARSEN CHECHI, GENARO JOSÉ BARONI BORGES, ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA, ALZIR FELIPPE SCHMITZ, LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI, CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO E MARIO ROCHA LOPES FILHO.**

Porto Alegre, 09 de novembro de 2009.

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA,
Redatora para o acórdão.

DES. LEO LIMA,
Relator, voto vencido.

RELATÓRIO

DES. LEO LIMA (RELATOR)

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado, por maioria, pela colenda 8ª Câmara Cível desta Corte, em face do art. 1790, III, do Código Civil de 2002, quando da análise do Agravo de Instrumento nº 70027138007.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Redistribuídos os autos a este Órgão Especial, a Senhora Procuradora-Geral de Justiça, em exercício, opinou pela procedência do incidente, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES. LEO LIMA (RELATOR)

Merece procedência o presente incidente de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, vale transcrever os fundamentos constantes do judicioso parecer da Senhora Procuradora-Geral de Justiça, em exercício, Dra. Ana Maria Schinestsck, na parte em que assim se pronuncia:

2. O presente incidente foi suscitado quando da análise do agravo de instrumento interposto contra a decisão que declarou inconstitucional o artigo 1790, inciso III, do Código Civil, afastando os herdeiros colaterais do inventário.

A 8ª Câmara Cível, acompanhando o eminente Desembargador Revisor Rui Portanova, suscitou o incidente ora analisado, divergindo do entendimento do eminente Desembargador Relator Claudir Fidélis Faccenda, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado. Pondera a Corte suscitante que “Logo, a partir de uma interpretação sistemática e principiológica/constitucional da evolução legislativa do direito sucessório do companheiro, tenho que o artigo 1790, inciso III, do Código Civil é inconstitucional.”

Inicialmente, salienta-se que os direitos sucessórios dos companheiros são tratados pelo polêmico artigo 1790, inciso III, do Código Civil. Aliás, a matéria em análise possui relevante espaço nas discussões jurídicas, tendo sido proposto, inclusive, o Projeto de Lei n.º 4.944/2005, defendendo a revogação do artigo 1790 do Código Civil, o qual, conforme consulta¹, encontra-se arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados².

¹ <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>

² Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – “Finda a Legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu curso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação [...]”



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Não há unicidade na doutrina e na jurisprudência sobre o tema.

Por ocasião dos Embargos Infringentes n.º 70026238170, o 4º Grupo Cível deste e. Tribunal de Justiça suscitou perante o Órgão Especial o exame acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade do dispositivo legal ora analisado. O incidente restou assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES. QUESTÃO PRELIMINAR. DISCUSSÃO RELATIVA À CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL. Encaminhamento da questão ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, pelo incidente de inconstitucionalidade. (TJRS, 4º GRUPO CÍVEL, EI N.º 70026238170, REL. DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL, J. 12-09-2008).

O Órgão Especial do e. Tribunal de Justiça ainda não se manifestou sobre o tema, mas os Órgãos Fracionários deste Tribunal vem reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 1790, inciso III, do Código Civil.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. sucessões. inventário. situação regida pelo código civil em vigor na data da abertura da sucessão. **PEDIDO DE RECONHECIMENTO ao DIREITO à totalidade da herança, com a exclusão dos parentes colaterais da sucessão. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO, À LUZ DO REGRAMENTO DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE, APLICÁVEL À ESPÉCIE. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO artigo 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ao COMPANHEIRO E ao CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.** pedido de alvará para Venda de automóvel de propriedade do falecido. Possibilidade.

1. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

2. A própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

3. **Reconhecimento da companheira supérstite como herdeira da totalidade dos bens deixados por seu companheiro que se impõe, já que inexistentes herdeiros ascendentes ou descendentes, com a conseqüente exclusão dos parentes colaterais da sucessão.**

4. Venda de automóvel de propriedade do falecido que deve ser autorizada. (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI n.º 70028139814, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15-04-2009). [grifo nosso]

agravo de instrumento. inventário. união estável. direito sucessório do companheiro sobrevivente. colaterais. exclusão.

Quando o de cujus não deixa descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, o que afasta o direito hereditário dos parentes colaterais. Precedentes jurisprudenciais. **AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.** (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI n.º 70027645217, Decisão Monocrática, Rel. Des. Rui Portanova, j. 25-11-2008). [grifo nosso]

Ainda, da análise das decisões de outros Tribunais de Justiça do País, depreende-se que a discussão ora travada merece atenção pela sua reiterada aparição nas lides jurídicas. Cita-se, como exemplo, decisão do e. Tribunal de Justiça de São Paulo:

SUCESSÃO DA COMPANHEIRA - Incompatibilidade do artigo 1.790 do Código Civil com o sistema jurídico de proteção constitucional às entidades familiares e o



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

direito fundamental à herança - Impossibilidade da legislação infraconstitucional alijar, direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, em especial o direito à herança - Posição jurisprudencial que se inclina no sentido da inaplicabilidade do ilógico art.1.790 do Código Civil - Recurso provido, para reconhecer a meação da companheira aos ativos deixados pelo autor da herança, mas afastá-la da concorrência com o descendente menor, aplicando-se o regime do artigo 1.829, do Código Civil. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n.º 5679297000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 11-09-2008). [grifo nosso]

Nessa linha, não há outra solução senão a interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico. Sabe-se que o sistema jurídico pátrio – normas constitucionais e infraconstitucionais – outorgam proteção à família, seja a família de fato ou de direito; tanto é verdade que o artigo 227, § 6º, da Lei Maior prevê que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Aliás, o princípio da igualdade entre os filhos está previsto também no artigo 1596 do Código Civil. Por isso, hoje, muitos autores afirmam que o direito de família deve ser “constitucionalizado” e, como consequência, remodelado.

Flávio Tartuce, em seu artigo Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro³, sistematizou, dentro desta proposta de “constitucionalização” do Direito de Família, alguns dos novos princípios a serem aplicáveis a este importante ramo do Direito Civil. Citamos como exemplos: o Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, artigo 1º, III, Constituição Federal; Princípio da Igualdade entre Filhos, artigo 227, § 6º, Constituição Federal, e artigo 1596 do Código Civil; Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros, artigo 226, § 5º, Constituição Federal, e artigo 1511 do Código Civil, dentre outros.

Vislumbra-se que a igualdade entre cônjuges e companheiros mereceu tratamento constitucional e, portanto, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ter este princípio como norte.

³ www.ambitojuridico.com.br



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Pela propriedade com que enfrenta o tema, importante transcrever parte do voto do eminente Relator Desembargador José S. Trindade, no Agravo de Instrumento n.º 70017169335:⁴

[...]

Observa-se que o legislador de 2002 ao tratar do direito sucessório, não conferiu tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges, o que até então havia e era recepcionado pelas lei e decisões dos Tribunais.

A Carta Magna de 1988, entretanto, o que é importante, deu tratamento igualitário à união estável em relação ao casamento. No entanto, o Código Civil em vigor ao tratar a sucessão entre companheiros, rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, o que se evidencia inconstitucional.

Agora, diante desta situação, entende-se, embora de maneira não uniforme, que não são aplicáveis ao caso as disposições trazidas pelo novo Código Civil, especificamente, sobre o tema em desate, tendo em vista que estas regras pertinentes a sucessão entre companheiros mostram-se inconstitucionais.

Assim, rogando a mais respeitosa vênua aos que pensam de modo diverso, entendo que a regra contida no art. 1790, inc. III, se apresenta absolutamente inconstitucional porque atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1º, inc. III, da CF, bem como contra o direito de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Desta forma, correta a decisão recorrida que declarou inconstitucional a norma prevista no art. 1790, inc. III, por afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, determinando a exclusão dos parentes colaterais da sucessão.

[...]

Parece, pois, indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 1790, inciso III, do Código Civil, uma vez que não há argumento jurídico consistente capaz de legitimar o tratamento desigual entre o companheiro e o cônjuge supérstite.

⁴ TJRS, 8ª Câmara Cível, j. 01-03-2007.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

A título de complementação, ainda, importante salientar trecho do artigo A Sucessão do Companheiro Sobrevivente:⁵

Fato muito contestado no direito sucessório após o advento do Código Civil é no tocante à (in)constitucionalidade do art. 1.790 do diploma legal, que regula a sucessão do companheiro sobrevivente, visto que em alguns momentos o dispositivo tende a favorecer mais determinados agentes, como no pertinente ao inciso III, que determina que o companheiro supérstite herdará, tão somente, um terço quando concorrer com outros parentes sucessíveis.

Ou seja, andou mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por instituir privilégios aos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária, pois somente na falta desses (colaterais) será chamado o convivente sobrevivente a adquirir a totalidade do acervo. Isto quer dizer, mesmo tendo a Constituição Federal equiparado a união estável ao casamento, é evidente a discrepância e o descaso que o legislador ordinário teve para com o companheiro sobrevivente, pois não deu o mesmo tratamento oportunizado ao cônjuge supérstite, qual seja, deixá-lo sozinho na 3ª classe de vocação hereditária e, somente na falta do companheiro, proporcionar aos colaterais a possibilidade de herdar os bens do de cujos.

Sobre este aspecto, e com base na doutrina, não unânime, mas que entende, assim como a jurisprudência principalmente do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em muitos julgados, com votos brilhantes, lúcidos e com teses que realmente priorizam a entidade familiar, também compartilhou do entendimento de que o inciso III do art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, pois não procurou o legislador ordinário preservar a equidade dada pelo Constituinte quando da promulgação da Constituição Federal e, ainda, não manteve a mesma linha das Leis Especiais n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96 que, após a Carta Magna, concretizaram direitos aos companheiros, situando-os como entidade familiar, nos moldes do ordenamento constitucional.

⁵ Publicado no site do IBDFAM, www.ibdfam.org.br



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil fere a constitucionalidade e o princípio da dignidade humana, uma vez que valoriza “outros parentes sucessíveis” mais do que o companheiro sobrevivente. Inferioriza aquele que dividiu e compartilhou uma vida em comum com o de cujo. Coloca numa esfera abaixo aquele participou e contribuiu para a aquisição do patrimônio em comum. Valorizou o legislador ordinário, de forma errônea e equivocada outros parentes que, em muitos casos, nem ao menos tem convivência com o autor da herança [...].

Assim, mostra-se visível a inconstitucionalidade do artigo 1790, inciso III, do Código Civil, ante o evidente desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia, equidade e dignidade da pessoa humana.

3. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público no sentido da procedência do incidente de constitucionalidade suscitado, tudo nos termos e na forma do acima realçados.

Outrossim, não há como deixar de referir o quanto disposto pelo eminente Desembargador Rui Portanova, em seu voto, lançado quando da apreciação do Agravo de Instrumento nº 70027138007, ocasião em que restou suscitado o presente incidente pela Oitava Câmara Cível:

Voltando-se ao caso concreto, penso que temos base doutrinária suficientemente respeitada e adequada para não sucumbirmos numa visão tão simplista quanto tradicional a entender que o novo dispositivo do Código Civil, revogou pura e simplesmente, uma das maiores conquistas da recente civilização brasileira.

Com efeito, o reconhecimento da absoluta igualdade dos companheiros e dos cônjuges, que nasceu nos seio da sociedade brasileira, cresceu e se fortificou com a unanimidade jurisprudencial, até tornar-se lei, não pode ser jogado fora, de uma hora para outra, com um canetaço tão desatualizado quanto injusto.

As bases culturais que fizeram projetar aquele reconhecimento estavam muito bem sentadas na Constituição Federal como um todo, nos Direitos Fundamentais, muito particularmente, e nos princípios transcendentais como igualdade e dignidade da pessoa humana.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Logo, penso que a melhor forma de resolver esta questão da lei no tempo, não é aquela tradicional, assentada numa lógica formal, de simples revogação.

Se o Direito é um sistema, como é, então é na interpretação sistemática – e não na lógica formal – que vai se assentar a melhor forma de se fazer Justiça no Poder Judiciário.

Na mesma linha do entendimento aqui defendido são os seguintes julgamentos dessa Oitava Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (Agravado de Instrumento Nº 70017169335, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/03/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70009524612, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/11/2004)

Logo, a partir de uma interpretação sistemática e principiológica/constitucional da evolução legislativa do direito sucessório do companheiro, tenho que o artigo 1.790, inciso III do Código Civil é inconstitucional (fls. 610/612).

Igualmente cabíveis, são as considerações, feitas por Zeno Veloso, sobre o tema:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujos, Temos de convir, Isto é demais!

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Sem dúvida, neste ponto o CC não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu as indicações da história e da civilização.

Aproveitando que o CC está na vacatio legis, urge que seja reformado na parte que foi objeto deste estudo.

*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, contínua e duradoura entre o 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 (VELOSO, Zeno. *Direito Sucessório dos Companheiros. In: Direito de Família e o Novo Código Civil. Coords. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2001*).*

Mais não parece ser necessário dizer.

Ante o exposto, julgo procedente o presente incidente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil de 2002.

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (REDATORA) – Na forma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, “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”.

Ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, distinguiu o Constituinte o casamento da união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional entre a união estável e o casamento. Tivesse assim feito, não seria necessária a sua conversão em casamento, se assim fosse de interesse das pessoas. Teriam status de casadas todas as pessoas que mantivessem união estável.

Não é, contudo, assim.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Na lição de Barbosa Moreira, “a norma do § 3º (do art. 116), 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”⁶.

O Código Civil de 2002 atento à distinção constitucional entre casamento e união estável dispensou-lhes tratamento diverso em inúmeros dispositivos, como, por exemplo, no direito sucessório.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “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 art. 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”⁷.

De pronto, cabe referir que o artigo 1845 do Código Civil apenas instituiu herdeiro necessário o cônjuge, *verbis*: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Ou seja, o companheiro não é herdeiro necessário. Não consta, portanto, o companheiro na ordem de vocação hereditária do rol do artigo 1820 do Código Civil:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

⁶ Apud Leite, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil. 3ª ed. Editora Forense. Volume XXI. p. 52.

⁷ Op. cit. p. 53.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

- 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;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais”.

Todavia, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. A título exemplificativo, não são herdeiros o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens nem sob o regime da separação obrigatória. É, contudo, herdeiro necessário o cônjuge casado sob o regime da separação convencional e sob o regime da separação parcial de bens, apenas se houver bens reservados.

O direito sucessório do companheiro está disciplinado no artigo 1790 do Código Civil⁸.

Reservou-lhe, assim, o Código Civil normas específicas.

⁸ Art. 1790. 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 a 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 1/3 da herança;
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

O tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não padece de qualquer inconstitucionalidade.

Aliás, conforme sinalado acima, tratou, também, distintamente, o Código Civil, ao efeito sucessório, os cônjuges, conforme o regime de bens.

O legislador ordinário valeu-se do seu poder constitucional para tratar diferentemente as distintas situações jurídicas. Portanto, o artigo 1790, inciso III, do Código Civil – que disciplina a sucessão em caso de união estável – não padece de vício de inconstitucionalidade.

A esse propósito, Eduardo de Oliveira Leite afirma que “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 no casamento.

O cônjuge (casado, pois, e submetendo-se a regime legal determinado pela lei civil) é meeiro. O (a) companheiro (a) não o é e só terá direito à sucessão do (a) outro (a) nas condições estabelecidas pela lei. O cônjuge, independente de qualquer participação na aquisição de bens (basta considerar as disposições relativas ao regime da comunhão universal de bens, plenamente em vigor) é sempre meeiro. O companheiro não, e sua eventual inserção no mundo sucessório fica na dependência



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

da efetiva participação (que lhe competirá provar em juízo) na aquisição onerosa dos bens.

Sutil nuance que reforça o eco do legislador atual, em impecável releitura do texto constitucional, a repetir a *ratio* que permeia o escopo inquestionável do constituinte de 1988⁹.

Quanto ao inciso III do art. 1970, ora inquinado de inconstitucional, afirma, ainda, que “o inciso é plenamente justificável, na medida em que prioriza a pretensão do (a) companheiro (a) que, na ótica do codificador, contribuiu na aquisição do patrimônio. Causa, porém, espécie, quando se refere ao direito de “um terço da herança” e inquestionável retrocesso pois, se na união estável, a regra às relações patrimoniais é o regime da comunhão parcial dos bens (art. 1725), o direito do (a) companheiro (a) no direito sucessório diz respeito à metade do patrimônio e não, certamente, a um terço”.

A crítica que pode ser feita ao referido dispositivo legal, contudo, não leva a sua inconstitucionalidade. Trata-se de escolha do legislador. Outros dispositivos do Código, inclusive, no campo sucessório, podem ser, também, criticados, como a que considera herdeiro necessário o cônjuge casado sob o regime convencional de separação de bens, a qual “não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento”, como afirma Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰.

A norma do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil parece, também, *prima facie*, estar em antinomia com o artigo 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”. Todavia, o reconhecimento de eventual contradição deve ser solvida à luz dos critérios de interpretação sobre o conjunto das normas que regulam

⁹ Comentários ao Novo Código Civil. 3ª ed. Editora Forense. Volume XXI. p. 54/55.

¹⁰ Código Civil Comentado. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais. p. 844.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

a união estável. Assim, por exemplo, a título meramente ilustrativo, quem sabe, poder-se-ia restringir a aplicação do referido percentual à união estável que não se sujeitasse ao regime da comunhão parcial de bens.

O certo, contudo, é que não há vício de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, julgou improcedente o incidente de inconstitucionalidade.

DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA – Revisei e estou acompanhando o Eminentíssimo Relator.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) – Eminentíssimos Colegas, há a sequência normal, mas eu consulto os Colegas, já que temos aqui três Desembargadores integrantes do Órgão Especial ligados à área de Família, se não seria interessante nós ouvirmos os votos dos Colegas da área de Família e depois seguimos a ordem normal.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI – Senhor Presidente, se me permitir a informação, eu tenho outro processo absolutamente igual e estudei detidamente o assunto. Há votos excelentes no Grupo que suscitou, recorde de um da lavra do Des. Ricardo Raupp Ruschel sustentando a inconstitucionalidade, e outro da lavra do Des. Sérgio Chaves sustentando a constitucionalidade. Ambos são votos extremamente bem trabalhados.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) – Perfeito, se Vossa Excelência estiver de acordo, quem sabe os Colegas da área de Família antecipam os votos, e, seguindo a ordem de antiguidade, primeiro o Des. Luiz Ari, depois o Des. Brasil e o Des. Alzir.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS – Peço vênias para acompanhar a divergência, julgando improcedente o incidente.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) – Eu sugiro, então, ouvirmos os Colegas da área de Família na sequência da



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

antiguidade. O Des. Brasil, embora hoje na Corregedoria, mas sempre ligado, creio que retorne para lá, e depois o Des. Alzir.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Eminente Presidente, eu ousou divergir, acompanhando a Desa. Maria Isabel, que poupou muito do meu trabalho, porque disse, parece-me, tudo o que poderia ser dito e de forma realmente bastante abrangente.

Pouco teria a acrescentar.

Invoca-se muito o princípio da igualdade entre o casamento e a união estável.

Eu gostaria que alguém me mostrasse onde, na Constituição, está escrito que casamento e união estável é a mesma coisa. O único dispositivo que trata do assunto é o § 3º do art. 226, que garante a proteção do Estado à união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que já por aí demonstra que não são iguais institutos, como bem destacou a Desa. Maria Isabel.

Então, não há, efetivamente, a meu ver, nenhuma ofensa a qualquer regra constitucional.

Ademais, convenhamos, o princípio da dignidade humana já está um tanto quanto gasto. Toda regra que alguém acha injusta, com a qual não concorda, invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana para dizer que ela, por ofender esse princípio basilar da Constituição, é inconstitucional.

Ora, onde tudo é inconstitucional, nada o será, na verdade.

Então, parece-me que o legislador infraconstitucional utilizou uma faculdade que é sua, de tratar diferentemente o que é diferente. União estável e casamento não são a mesma coisa, embora ambos sejam espécies do gênero entidade familiar, mas são espécies distintas, e deve ser preservada aos indivíduos que constituem essas diferentes unidades



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

familiares a possibilidade de optar entre uma e outra, não se lhes impondo um tratamento absolutamente igualitário.

No mais, até para não cansar os Colegas repetindo argumentos da Desa. Maria Isabel, acompanho Sua Excelência e voto pela improcedência.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ – Senhor Presidente, inicialmente, vinha disposto a pedir vista deste processo até para lançar um voto com mais conteúdo.

Entretanto, diante dos argumentos expostos pela Desa. Maria Isabel e agora com as achegas e os argumentos do Des. Luiz Felipe, indiscutivelmente talvez uma das maiores autoridades no Estado a respeito desta matéria, eu deixo de pedir vista e também não tenho mais argumentos a acrescentar aos dos ilustres Colegas.

E, pela menção feita pelo Des. Difini aos votos dos Desembargadores Ricardo Ruschel e Sérgio Vasconcellos Chaves, aliás, este último um trabalho profundo, concluo que não há falar em inconstitucionalidade aqui. O legislador ordinário tratou de forma distinta situações diferentes, diversas.

Aliás, se nós formos considerar a questão do motivo, muitas vezes alegado, inclusive referido pelo Des. Rui Portanova no seu voto naquele agravo que foi mencionado pelo eminente Relator, que não seria muito justo, então nós estamos tratando realmente de forma injusta o cônjuge casado, porque, como foi salientado pela Desa. Maria Isabel, o cônjuge casado não se torna um herdeiro, ele é meeiro, casado com comunhão de bens, tanto que foi referido aqui.

Então, não vejo onde possa haver inconstitucionalidade no dispositivo legal aqui apontado. Ele foi tratado de uma forma distinta na situação distinta: união estável não é casamento, tanto que a Constituição é claríssima em dizer que deve ser facilitada a sua conversão em casamento.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

Portanto, não vejo como declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo. Estou com a divergência manifestada inicialmente pela Des. Maria Isabel, com os argumentos acrescentados pelo ilustre Des. Luiz Felipe.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA - Estou aderindo ao voto brilhante da –Desa. Maria Isabel.

O que colho de tudo isso é que alguns intérpretes, os quais respeito muito, estão alargando bastante o que diz no § 3º do art. 226. Quando a Constituição diz “para efeito da proteção do Estado”, isso está sendo levado para o âmbito patrimonial; quando a Constituição fala em homem e mulher, está sendo admitida até união estável entre homens ou entre mulheres, o que me parece totalmente inconstitucional.

Não resta dúvida que, se a Constituição diz que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, está estabelecendo uma diferença até muito grande entre os dois institutos.

Então, não tenha dúvida de que o legislador, a partir dessa disposição constitucional, regrou uma ordem de vocação hereditária para as pessoas casadas e uma ordem de vocação hereditária para as pessoas que vivem em união estável.

Portanto, estou também votando com a divergência inaugurada pela Des. Maria Isabel.

DES. ARNO WERLANG – Também estou acompanhando a divergência, com a vênia do eminente Relator.

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL – Com a vênia do Relator, acompanho a eminente Desembargadora Maria Isabel.

DES. CONSTANTINO LISBÔA DE AZEVEDO – Com a divergência.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Voto de acordo com o eminente Relator, no sentido de **julgar procedente** a presente arguição de



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

inconstitucionalidade, para **declarar a inconstitucionalidade formal**, com **eficácia ex tunc** e **redução total de texto**, do **inciso III** do art. 1.790, do Código Civil Brasileiro em vigor, para tanto adotando a fundamentação deduzida pela eminente Procuradora-Geral de Justiça, em exercício, ANA MARIA SCHINETSCK, no parecer que lançou às fls. 620/623 dos autos deste incidente, bem assim o paradigma jurisprudencial da lavra do ilustre Des. RUI PORTANOVA (Agravo de Instrumento nº. 70.027.138.007, 8ª. Câmara Cível do TJ/RS, mimeo), também transcrito pelo Relator no seu voto.

É o voto.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Fiquei convencido com o debate, Senhor Presidente, de que a questão realmente não é de inconstitucionalidade. Talvez até a sociedade evolua para essa pretendida igualdade entre união estável e casamento, mas não é o que está no texto constitucional hoje.

Com essas pequenas observações, não tenho dúvida em acompanhar o brilhante voto da Desa. Maria Isabel, com as achegas que foram feitas por aqueles que me antecederam e a acompanharam.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES – Com a vênia do eminente Des. Leo, estou acompanhando a Desa. Maria Isabel.

DES.^a MARA LARSEN CHECHI – Rogando vênia ao em. Relator, acompanho a divergência, instaurada em voto da Des.^a Maria Isabel.

DESA. ANA MARIA NEDEL SCALZILLI – Com a divergência.

DES. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY – Com a vênia do eminente Relator, estou acompanhando a divergência.

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA – Com a divergência.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI – Estou acompanhando o voto da eminente Desa. Maria Isabel.



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO – Acompanho a divergência.

DES. MARIO ROCHA LOPES FILHO – Com a divergência, Senhor Presidente.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) – Com a divergência.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO – Com o Relator, Senhor Presidente.

DES. ROQUE MIGUEL FANK – Com a divergência.

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO – Acompanho o e. Relator.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA – Senhor Presidente, estou de acordo com a dissidência inaugurada pela eminente Desa. Maria Isabel, apenas destacando que a posição sustentada por Sua Excelência já vem sendo também acolhida no colendo Superior Tribunal de Justiça.

A 4ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 403.049, dispôs o seguinte: “Antes da edição da Lei nº 8.971/94, o colateral do *de cujus* recebia a herança à falta de ascendentes ou descendentes”, julgado do Min. Ruy Rosado. Na sequência: “A companheira, ainda depois da Constituição de 88, não teve sua condição jurídica quanto aos direitos sucessórios igualada a da mulher casada, o que somente veio a acontecer com a Lei nº 8.971 de 29-12-1994, cujo artigo (...)”. E conclui: “Antes dessa alteração legislativa introduzir uma novidade que não decorria necessariamente do texto constitucional referente apenas à garantia de proteção do Estado à união estável (...)”.

Então, parece-me que a questão há de ser resolvida no plano infraconstitucional e também estou dando pela improcedência.

SR. PRESIDENTE (DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA) – Arguição de Inconstitucionalidade nº 70029390374, de Porto Alegre – “POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES LEO



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MIAS/LL
Nº 70029390374
2009/CÍVEL

LIMA (RELATOR), MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, DANÚBIO EDON FRANCO E JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO. REDATORA PARA O ACÓRDÃO A DESEMBARGADORA MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA."