

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 cuius*, 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 cuius* 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 cuius* ("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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

