

# *Superior Tribunal de Justiça*

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**R.P/ACÓRDÃO** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : MARIA JAYDETH MIRANDA  
**ADVOGADO** : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
**ADVOGADO** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

## **EMENTA**

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, por maioria, não conhecer da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 03 de outubro de 2012

MINISTRA LAURITA VAZ  
Presidente

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
Relator



**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA  
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

1. Nos autos do inventário dos bens deixados por Onaldo Lins de Luna, falecido em 7.4.2007, sem descendentes ou ascendentes, o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa determinou que a inventariante, Maria Jaideth Miranda - com quem o *de cujus* mantivera união estável por 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado (fls. 9-11, e-STJ) -, nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do art. 1.790-III do Código Civil de 2002, o companheiro "somente será tido como único sucessor quando não houver *parentes sucessíveis*, o que inclui os *parentes colaterais*, alterando nesse ponto o art. 2º da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de *ascendentes e descendentes* " (fl. 29, e-STJ).

Contra essa decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob alegação de ser herdeira universal, uma vez que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.829, CC/02, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Foi negado provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.  
Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86, e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alegou, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo,

# *Superior Tribunal de Justiça*

colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício.

Nessa linha, pleiteou a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

A Quarta Turma, por unanimidade, suscitou o exame quanto à inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002, premente a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a questão, remetendo a esta egrégia Corte Especial a apreciação do tema, por força do que dispõem o art. 97 da Constituição Federal, art. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, opina pela **proclamação da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil**, para que, no caso concreto, se afaste a exigência de o recorrente nomear e qualificar todos os parentes colaterais até o quarto grau do companheiro falecido.

O membro do *Parquet*, apoiado em doutrina especializada, expõe precariedades e debilidades do regime sucessório da união estável, notadamente quando o companheiro sobrevivente concorre com ascendentes e com colaterais do falecido, apresentando também substancial discrepância quando comparado com o regime sucessório aplicável aos cônjuges casados.

Aduz Sua Excelência que nada justifica o retrocesso advindo dos referidos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, sobretudo quando se considera que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 226, *caput* e parágrafo 3º, reconheceu e resguardou a união estável "como entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado, a legislação infraconstitucional regulamentadora já vinha buscando ampliar essa *equalização do companheiro ao cônjuge*" (fl. 166).

Em apoio a sua tese, finaliza o Ministério Público Federal com o magistério de Zeno Veloso, cujo cerne argumentativo extraio dos seguintes excertos:

No direito sucessório brasileiro já estava consolidado e quieto o entendimento de que, na falta de parentes em linha reta do falecido, o companheiro sobrevivente devia ser o herdeiro, afastando-se os colaterais e o Estado.

[...]

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do *de cujus*. Temos de convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do *caput* do art. 1.790, que foi

analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas apenas o que foi adquirido na constância da união estável e a título oneroso.

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

[...]

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (fls. 167-168)

É o relatório.

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**VOTO**

**O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. O regime sucessório da união estável previsto no Código Civil de 2002 é tema que, deveras, tem despertado intenso debate doutrinário e jurisprudencial, porquanto o legislador de 2002 alterou a ordem de vocação hereditária prevista na lei pretérita (Lei n. 8.971/94), criando um sistema, para os companheiros, diverso daquele previsto para os cônjuges casados.

Para melhor visualização da controvérsia, transcrevo, por primeiro, o art. 2º da Lei n. 8.971/94, parcial e tacitamente revogada pelo Código Civil/2002:

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

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

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

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

O Código Civil de 2002, por sua vez, ampliou as hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente, determinando que, à falta de ascendentes e descendentes do falecido, deverão ser chamados **outros parentes sucessíveis** para participar da herança, aquinhoando estes, inclusive, percentual superior ao que toca ao convivente supérstite.

Nos termos do que dispõe o art. 1.790, III, daquele Diploma, no tocante aos "bens adquiridos onerosamente na constância da união estável", quando o companheiro sobrevivente concorrer com "outros parentes sucessíveis", terá direito a apenas **um terço** da herança, tocando aos colaterais os outros **dois terços** do mesmo acervo hereditário, *verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

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

III - **se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;**

IV - **não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.**

Os "outros parentes sucessíveis", afora descendentes e ascendentes (incisos I e IV), são os colaterais até o quarto grau, por força do que dispõem os arts. 1.592 e 1.839.

No caso, se aplicada a letra da lei, o companheiro pode ser obrigado a concorrer com os primos do falecido ou com os conhecidos popularmente por "tios-avós" e "sobrinhos-netos", evidentemente à ausência de parentes de graus mais próximos do *de cujus*, como irmãos, tios e sobrinhos.

Por outro lado, no diploma civil atual, diversa é a ordem de vocação hereditária aplicável ao casamento, especialmente no que concerne aos parentes legitimados a concorrer com o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do art. 1.829, *verbis*:

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

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

II - **aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge**;

III - **ao cônjuge sobrevivente**;

IV - **aos colaterais.**

Com efeito, segundo a ordem de vocação engendrada pelo Código Civil/2002 para o casamento, o cônjuge supérstite **concorre apenas com os descendentes**, na ausência dos quais serão chamados os **ascendentes**.

Ademais, em frontal diferença de tratamento com a regra para a união estável, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade da herança, inclusive os bens particulares.

Destarte, a controvérsia é quanto à legitimidade constitucional desse tratamento conferido ao regime sucessório da união estável, precisamente no que concerne à longa cadeia colateral de concorrência de parentes do falecido com o companheiro sobrevivente, assim também à fração reduzida que toca a este, bem como se há amparo na Lei Maior para a diferenciação entre os regimes da união estável e do casamento.

3. Convém, para tanto, realizar um resumo histórico quanto aos dois

institutos, casamento e união estável, para então se chegar ao paradigma jurídico atual de ambos, a Constituição Federal de 1988.

É fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnaldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que se promulga a primeira lei sobre casamento civil no Brasil, determinando o seu art. 109 que, daquela data em diante, "...todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente á jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico".

Portanto, após o Decreto, o casamento passou a ter natureza civil, mas continuou a manter traços religiosos, como a indissolubilidade, prevendo o art. 88 que "o divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos", e o art. 93 que o casamento válido "só se dissolve pela morte de um dos cônjuges".

Do mesmo modo, sobreleva notar o traçado patriarcal do casamento válido, constituindo "família legítima", assegurando ao marido o absoluto controle sobre a condução da família e especialmente da esposa.

Nesse sentido dispunha o art. 56 do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890:

Art. 56. São effeitos do casamento:

§ 1º Constituir familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da familia, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.



# *Superior Tribunal de Justiça*

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

E foi exatamente a partir desse cenário que o Código Civil de 1916 foi edificado, propugnando seu art. 229 que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Com efeito, apesar do aparente distanciamento entre Estado e Igreja, o casamento continuou a ser sacralizado e erigido ao degrau de única forma válida de manutenção da família, disposição consentânea com o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, segundo o qual "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Assim, possuindo a "família legítima" uma única gênese, qual seja, o casamento, era mesmo de se esperar que o legislador de 1916, fiel a esse ideal, repudiasse qualquer ameaça ao arquétipo da estrutura familiar.

Nesse sentido, o art. 337 do Código de 1916 afirmava que "são legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento", de logo rechaçando qualquer influxo externo à família matrimonializada pela vedação contida no art. 358: "os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos".

Nesse sentido, colaciono o esclarecedor magistério de Gustavo Tepedino:

A hostilidade do legislador pré-constituente às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes - particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do código civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 49-50)

Com o mesmo ideal prosseguiu a Carta Republicana de 1934, apregoando seu art. 144 que "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".

Com redação idêntica contava o art. 124 da Constituição de 1937.

O art. 163 da Carta de 1946 manteve o monopólio do casamento para a constituição da família, tornando, porém, a prever os efeitos civis do casamento religioso, contanto que o ato fosse inscrito no registro público.

Disposição idêntica continha a EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69) no art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, sua predileção à manutenção de uma família matrimonializada, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido) individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade, igualdade de tratamento perante a lei e o alienável direito de filiação.

Porém, não havia como, em meados da década de 80, sustentar o monopólio do casamento para a constituição da família ou a inferioridade da mulher diante do marido.

A realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se, em 1988, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado", antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento.

Refiro-me ao paradigmático art. 226 da Constituição Federal de 1988, que, de maneira eloquente, abandona de vez a antiga fórmula - consagrada em todos os demais diplomas anteriores -, de vincular inexoravelmente a família ao casamento.

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do mencionado dispositivo: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns" quanto à forma de constituição dessa família.

Vale dizer, rompendo expressamente com o paradigma constitucional superado, salientou que, mais importante do que a forma pela qual essa família é constituída, é a maneira pela qual ela é protegida.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Daí que em seus parágrafos o art. 226 expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares que, de tão evidentes para a realidade social, não poderiam ser desconsiderados pela nova Carta, além de destinatários de especial proteção estatal, a saber, a união estável e a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" - a chamada "família monoparental".

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída [...].** (grifado no original)

É bem de ver que o casamento, efetivamente, continua importante no âmbito constitucional.

A verdade é que as disposições sobre ele continuaram substancialmente as mesmas no texto original.

A família é que foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora

mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

Diante desses fatos, não parece mais consentâneo com a nova ordem constitucional diferenças grandes de tratamento entre os institutos relacionados à família, porquanto a Carta de 1988 coloca sob o mesmo manto da "especial proteção" da "família" todos esses novos arranjos.

4. Ainda na linha do exame histórico, percebe-se claramente a aversão do legislador de 1916 a qualquer outro tipo de legitimação do núcleo familiar, que não pelo casamento.

Não obstante essa completa repulsa normativa às uniões não matrimoniais, o ordenamento jurídico gradativamente se modificou e passou a reconhecer alguns direitos aos conviventes sem casamento.

A legislação acidentária atribuiu indenização a qualquer pessoa que vivia sob a dependência econômica do acidentado, na falta de esposa, filhos ou acidentados. Nesse sentido, o REsp. n. 589/SP, de relatoria do Ministro Athos Carneiro, prelecionou que "a concubina da vítima, falecida em acidente de trabalho e beneficiária da pensão previdenciária, é parte legítima *ad causam* para postular a indenização de direito comum" (QUARTA TURMA, julgado em 14/08/1990, DJ 10/09/1990, p. 9129).

Na mesma direção, a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Também, por exemplo, a Lei de Registros Públicos, alterada pela Lei n. 6.216/75 - malgrado o evidente pudor próprio da época -, permitiu a utilização do nome do companheiro pela companheira: "a mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro [...]" (art. 57, § 2º).

Porém, coube ao direito pretoriano a evolução do tratamento conferido às uniões livres, antes chamadas indiscriminadamente de concubinato, revelando-se como um símbolo denso de significação a Súmula n. 380/STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Nota-se, entretanto, que toda a construção jurisprudencial sobre o tema foi erigida à margem do direito de família, aplicando-se regras e princípios do direito das

obrigações, para tratar a união afetiva como uma sociedade de fato, ou de responsabilidade civil, para se conceder à companheira uma indenização por serviços domésticos prestados.

Distingua-se, para tanto, o concubinato puro - entre pessoas desimpedidas ou desquitadas -, e o impuro, também chamado adulterino.

Desse modo, também foi a Carta Política de 1988 que, a um só tempo, afastou a pejorativa alcunha do "concubinato" das uniões livres e desimpedidas e trouxe para o direito de família a então chamada união estável.

A união estável, na Constituição Federal de 1988, é entidade familiar digna da especial proteção do Estado, ciente o constituinte que os mesmos laços afetivos que ligam os cônjuges para a formação de uma família também ligam os companheiros na união estável, e os pais e filhos na família monoparental.

Em relação à união estável, colho a lúcida doutrina de Luís Roberto Barroso sobre esse percurso histórico:

Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer como verdadeira união de fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, etc.; e) **por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento** (sem grifo no original). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 137-138)

Finalmente, vieram à lume as Leis ns. 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, garantindo alguns direitos aos conviventes em união estável, como direito a alimentos, herança, condomínio dos bens adquiridos por ambos, usufruto e, posteriormente, direito real de habitação.

Resumindo, esses foram os dois caminhos traçados pelo casamento e pela hoje chamada união estável.

O casamento, inicialmente o religioso, como núcleo exclusivamente formador da família; hoje, inserido no poliformismo familiar arquitetado pela Carta Cidadã.

A união estável, antes colocada na indiscriminada vala do concubinato, caracterizado sobretudo pela clandestinidade das relações entre pessoas impedidas, alcança *status* também constitucional, cuja família por ela formada - ao lado daquela resultante do casamento e a monoparental - é digna também da especial proteção estatal.

5. A família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Daí por que a vinculação da família exclusivamente ao casamento não resiste a nenhuma indagação antropológica sobre a origem da família.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 adotou uma pluralidade qualitativa ou poliformismo familiar na concepção do que é "família", consentânea mesmo com a realidade social que emergia de maneira irrefreável. Por isso que, com muita razão, tem-se falado, modernamente, em "direito das famílias".

A família constitucionalizada, plúrima por expressa dicção constitucional, deixa de ser mera depositária de um casamento cartorário e passa a ser o núcleo doméstico fático vocacionado ao conforto emocional do indivíduo, "em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos" (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38).

Ou, ainda, como afirmou Caio Mário da Silva Pereira, "substitui-se a organização autocrática por uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor" (*Instituições de direito civil*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19).

Nesse sentido, a visão pluralista de família, alicerçada substancialmente nos elos de afetividade, permite abarcar todos os tipos de união, de modo a alcançar indistintamente pelo conceito de família constitucionalizada aquelas decorrentes, tanto do

casamento, quanto da união estável, além da conhecida família monoparental.

Assim é porque a família - digna de proteção especial - instrumentaliza um valor maior, erguido não só como direito, mas como fundamento da República pela Constituição de 88.

Trata-se da lente pela qual devem ser lidos os demais direitos e princípios constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

De outra forma não se consegue explicar a proteção conferida pela Carta às entidades familiares não fundadas no casamento, senão pela dignidade inalienável dos membros que as compõem.

É como ressaltado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp. n. 872.659, ao afastar a pretensão indenizatória decorrente de relação concubinária:

Referido entendimento, no entanto, encontra-se, totalmente superado, porquanto ao ser alçada a **união estável** à categoria de entidade familiar – **equiparada ao casamento** –, foram tais vínculos subtraídos da órbita obrigacional e integrados, definitivamente, ao Direito de Família.

E foi a partir desse novo paradigma, ancorado no ideal de dignidade da pessoa humana, de afetividade, de solidariedade e de igualdade entre homem e mulher, que a Constituição Federal, no art. 226, gravou com a cláusula de especial proteção **todas as formas de famílias**.

Isso porque a proteção constitucional às famílias hospeda-se em valores presumidamente encontrados em todas elas, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a afetividade, "independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas" (ADPF n. 132/RJ).

O cerne da proteção constitucional, com efeito, antes focalizado unicamente no casamento, desloca-se para a família, imediatamente, e de maneira mediata para os seus membros.

De modo que, atualmente, não se põe em dúvida a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, "devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 56).

Nesse sentido, continua TEPEDINO:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. Sua tutela privilegiada,

entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395)

Além do explícito elenco de arranjos familiares listados pela própria Carta de 1988, importante sinal da mencionada “desmatrimonialização” da família constitucionalizada, é o que dispõe o § 6º do inciso VII do art. 227, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ou seja, o que antes era contemplado como instrumento de manutenção da “paz matrimonial” – a vedação ao reconhecimento de filhos “adulterinos” ou “incestuosos” –, recebeu explícita glosa pelo constituinte originário, que igualou em direitos todos os filhos, havidos ou não do casamento, e proibiu até mesmo os vetustos codinomes de densa carga pejorativa.

Não há como sustentar, com efeito, que a Carta Cidadã tenha adotado predileção pela família constituída pelo casamento, relegada às uniões estáveis e às famílias monoparentais apenas a qualidade de “entidades familiares”, como se as ditas “entidades familiares” fossem algo diferente de uma família.

É nesse sentido que o Ministro Ayres Brito asseverou:

[...] que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura de *sub-família*, *família de segunda classe* ou *família* “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. **Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova “entidade familiar” [...]** (grifo no original). (ADPF n. 132/RJ)

Nessa mesma linha:

Cada vez mais a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio



revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autoriza reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Esse ponto de identificação é encontrado no vínculo afetivo. (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. p. 8)

Com efeito, as várias entidades familiares protegidas pela Constituição Federal, no paradigmático art. 226, demonstram a mudança de óptica valorativa da nova ordem constitucional sobre a família, o que impede se pretenda conferir tratamento desigual a qualquer das entidades familiares ali previstas – como se existissem mesmo “famílias de segunda classe”.

Ou seja, todo diploma legislativo “que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais **a família fundada no casamento é apenas um deles**” (sem grifo no original) (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57).

6. Soma-se a isso o fato de que, como é curial, toda técnica de interpretação constitucional deve realizar uma leitura global da Carta, de modo a não firmar conclusões a partir de tiras de dispositivos que contrastem frontalmente com os demais princípios consagrados pelo próprio Diploma.

Nesse passo, não parece de boa técnica eventual preferência pela família matrimonializada – ou por qualquer forma de família –, justamente pela Constituição que proclama que o “**planejamento familiar é livre decisão do casal**” (§ 7º do art. 226).

Se a **família** não começa com a paternidade, obviamente o **planejamento familiar** também não. Pode começar bem antes, tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma da união.

A análise dos contornos estruturantes das famílias constitucionalizadas, exemplificadamente, a formada pelo casamento, pela união estável e pela comunidade entre ascendentes e descendentes, deve ocorrer com olhos atentos à ruptura de paradigmas conferida pela Carta de 1988.

# Superior Tribunal de Justiça

Assim como descabe, por exemplo, cogitar-se de monopólio do casamento na constituição da família, a partir de 88, é imprópria também a análise da união estável a partir do superado estigma das relações concubinárias.

Como se sabe, o direito é fato, norma e valor, na clássica teoria tridimensional de Miguel Reale, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico à luz dos novos valores. O que se deve ter presente, portanto, é o fato de que viver em união estável hoje, depois da Constituição de 88, significa algo totalmente diverso do que era em tempos passados.

Nesse ponto, é bem verdade que, parte da doutrina – no que foi seguida, em alguma medida, pela jurisprudência – tenta justificar eventual tratamento diferenciado dado às uniões estáveis, comparativamente ao casamento.

Aciona-se a parte final do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, *verbis*:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**

Afirma-se que união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

Agarra-se, no mais das vezes, em decisão proferida pelo ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira, ainda como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] as medidas protetoras porventura adotadas pelo Estado em benefício da família devem aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher as quais se consideram, para esse fim, como “entidades familiares”. Daí a supor que a norma atribui ao homem ou à mulher, partícipe de união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou mulher casada, medeia boa distância. Se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido dizer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não se pode converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária – e inconcebível – a conversão. (Embargos Infringentes nº 178-90, IV Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ)

Tal assertiva, na verdade, consubstancia apenas uma fórmula de facilitação da conversão. A união estável, todavia, não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez ao casamento. A

união estável **pode** – se assim desejarem os conviventes – converter-se em casamento. É ato-fato jurídico despojado de formalidade que, por vezes, revela exteriorização vicejante da liberdade e da autodeterminação da pessoa de se relacionar e conviver com quem melhor lhe aprouver, sem que sua vida privada – que é, sobretudo, plasmada na afetividade e cuja inviolabilidade é garantida pela própria Constituição – seja timbrada pelo Estado.

A norma contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como corretamente afirmado pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, na relatoria do REsp. n. 827.962/RS, é uma **norma de inclusão**, sendo contrária ao seu espírito a tentativa de lhe extrair efeitos discriminatórios.

Nesse sentido, Sua Excelência, analisando o cabimento da chamada união homoafetiva, mencionou valioso magistério de Luís Roberto Barroso:

[...] Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram. (Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In. *Temas de Direito Constitucional*, tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208-209)

Evidentemente, **união estável e casamento são institutos diversos**, e isso nem precisaria ser dito pela Constituição Federal porque, em alguma medida, reside no mundo do “ser” e não no mundo do “dever ser”.

Assim, subjaz à parte final do § 3º do art. 226 da CF/88 uma **simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento** e, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Basta dizer que, em razão dessa informalidade, a união estável só é reconhecida por sentença, cujos marcos inicial e final, por vezes, são de difícil comprovação, ao passo que a certidão de casamento faz prova de pleno direito do vínculo matrimonial.

Assim, a facilitação da conversão da união estável em casamento não constitui nada além de benfazejo incentivo voltado à segurança jurídica dos próprios companheiros e não à satisfação de uma hipotética predileção constitucional pelo matrimônio.

Como assinalado, na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã em relação à forma pela qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos.

O mais importante para a Constituição, parece, é que essas famílias, agora multiformes, recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que **pelo casamento o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.**

Para tanto, não deve o legislador infraconstitucional criar embaraços à conversão de uma união estável em casamento, sob pena de embaraçar também a própria proteção do Estado aos que se decidirem pela modificação do vínculo jurídico.

Essa interpretação do propósito da facilitação da união estável em casamento é francamente realçada pela doutrina civilista, da qual colho com destaque a de Fábio Ulhoa Coelho, *verbis*:

Nos anos 1960, jovens da classe média e alta começaram a constituir famílias desprezando ostensivamente o casamento. Estavam convencidos de que a formalidade atrapalhava mais do que ajudava a construção de um relacionamento fundado no amor, respeito mútuo e camaradagem.

**Nas classes menos abonadas, porém, a união informal já existia com bastante freqüência muito antes da revolução dos costumes. Era imposta pela carência de recursos e não nascia da vontade de romper velhos tabus.** A festa do casamento, por mais modesta que fosse, consumiria boa parte do pouco dinheiro do casal. Mais que isso, porém, temiam os dois, principalmente o homem, não terem meios para cumprir os sérios compromissos que advêm do casamento. Na incerteza, preferiam não os assumir. **A união estável não era, portanto, nesse caso, um opção inteiramente livre dos conviventes. Era uma necessidade. Se pudessem, casariam.**

Pois bem, foi tendo em vista principalmente essa situação que o constituinte de 1988 se preocupou em determinar à lei que facilitasse a conversão da união estável em casamento. Não haveria por que facilitá-la aos que optaram por não casar de forma inteiramente livre. **A facilitação da conversão da união estável em casamento destina-se a atender aos interesses de quem não tem realmente a opção de casar,** ou não (sem grifo no original). (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145)

Não obstante a determinação constitucional, de logo se adianta o professor

Fábio Ulhoa Coelho em afirmar a inexistência de hierarquia entre as famílias resultantes do casamento e as resultantes da união estável:

[...] entre as famílias constitucionais não há hierarquia: a fundada no casamento não é merecedora de maior proteção que as outras. Muito pelo contrário, não pode a lei discriminar essas três entidades familiares, conferindo aos membros de qualquer uma delas direitos negados aos das outras.

[...]

Quer dizer, as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. (*Ibidem*)

No mesmo sentido, cito ainda Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.

Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às uniões formais. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 pp. 57-58)

A regra constitucional ora analisada direciona a atividade legislativa quanto à conversão, no sentido de facilitar a transformação do companheirismo em casamento e, portanto, qualquer norma que crie maiores formalidades ou exigências, do que aquelas previstas para a celebração do casamento, será declarada inconstitucional. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127)

A toda evidência, não há preferência constitucional à família fundada no casamento dito *de papel passado* em preterição à fundada na união estável, como evidentemente não há preterição constitucional à família monoparental (que não ocupa a terceira colocação), resultante dos mais singelos vínculos de afeto existentes entre pais e filhos.

Portanto, a possibilidade de conversão dos institutos - que é mera faculdade conferida aos próprios companheiros - não pode servir de supedâneo para eventuais tratamentos discriminatórios entre casamento e união estável.

Por óbvio que, em caso de conversão de uma união estável em casamento, **não se convertem as entidades familiares**, mas os **vínculos jurídicos** existentes entre os conviventes, e é aqui que reside a real diferença entre a união estável e o casamento.

Alcança-se tal diferença por outra óptica que não a das famílias formadas por esses dois tipos de união igualmente aceitos pela Constituição Federal.

Explica-se: toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da **dupla concepção do que seja casamento** - por um lado, um **ato jurídico solene**, do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro lado, uma **entidade familiar**, das várias outras protegidas pela Constituição.

Com efeito, é explicável a eventual perplexidade gerada por doutrinas - hoje majoritárias - que tentam equiparar, em alguma medida, o casamento à união estável, evidentemente porque são baralhados elementos heterogêneos, quais sejam, o **ato jurídico cartorário** chamado casamento e a **entidade familiar** homônima.

No ponto, evidentemente a Constituição Federal não toma, em metonímia, a causa pelo efeito e não mistura a proteção especial conferida à família resultante do casamento com o ato solene "casamento civil", cuja celebração é gratuita (art. 226, § 1º).

Assim, caso se queira confrontar casamento e união estável, é de se ter em vista, por primeiro, em qual seara se está a caminhar, se no âmbito das relações familiares ou se nos efeitos jurídicos decorrentes exclusivamente do ato cartorário chamado "casamento civil".

De tudo o que se afirmou, tenho que o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável, tida também por entidade familiar, porquanto - como acredito que esteja correto - não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados.

Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e apenas em razão dessas diferenças entre casamento - **ato jurídico** - e união estável que o tratamento legal diferenciado se justifica.

Nesse passo, segundo penso, somente será constitucionalmente aceitável eventual *discrímen* apoiado nos naturais efeitos imediatamente gerados pelo ato formal

de núpcias, independentemente de perquirições acerca de vínculos afetivos, porquanto é desses efeitos cartorários que o vínculo puramente afetivo da união estável é carecedor.

De fato - sem que se pretenda enumerar à exaustão -, são vários os casos em que os efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento justificam o tratamento distinto entre ele e a união estável.

São hipóteses que decorrem diretamente da solenidade e da publicidade do ato jurídico, atributos que parecem ser, "aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório e assim por diante" (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 409-410).

Assim, se alguém pretender negociar com pessoas casadas, é imperioso que saiba o regime de bens e, eventualmente, a projeção da negociação no patrimônio do consorte; a outorga uxória para a prestação de fiança também é hipótese que demanda "absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento" (TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*).

Também se afirmou, na ADPF n. 132, que as diferenças aceitáveis entre união estável e casamento já são antecipadas pela própria Constituição, como que por ilustração, a exemplo da submissão da união estável à prova dessa estabilidade, exigência que não é feita para o casamento, ou "quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226)".

Fábio Ulhoa Coelho, de forma mais incisiva e arrojada, afirma que entre casamento e união estável "a única diferença diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento" (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137).

Enfim, todas essas diferenças - *exempli gratia* - resultam exclusivamente do título fundante do casamento, de cujos elementos constitutivos, baseados substancialmente na formalidade e na publicidade do ato, decorrem a certeza e segurança a terceiros além da estabilidade formal aos cônjuges.

Outros, porém, são os efeitos decorrentes do casamento, considerado esse como **entidade familiar**, efeitos que consagram valores metajurídicos que independem de título formal entre os consortes, porque ancorados na solidariedade, na afetividade e na reciprocidade próprias das relações familiares, por isso mesmo percebidos tanto na família fundada no casamento quanto na fundada na união estável.

# Superior Tribunal de Justiça

Por iguais fundamentos, são exemplos de tratamento igualitário conferido ao casamento e à união estável:

a) direitos previdenciários decorrentes de morte de companheiro: tem-se decidido, por exemplo, que com a morte do servidor a companheira faz jus a uma pensão porquanto "com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte" (REsp 1206475/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011). Também em relação à pensão de militar, afirma-se que "com a nova ordem constitucional - art. 226, § 3º, CF/1988 -, a companheira possui status de esposa, razão pela qual não se pode excluí-la do rol do art. 77 da Lei n.º 5.774/71, com base no princípio do *tempus regit actus* (precedentes do STJ)" (AgRg no AgRg no REsp 1031654/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 10/11/2008). Havendo ex-esposa viva, e sendo reconhecida a união estável, rateia-se a pensão entre ex-esposa e companheira do *de cujus* (REsp 856757/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 02/06/2008; REsp 590971/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 528 );

b) vedação ao nepotismo extensível ao companheiro, nos termos da Súmula Vinculante n. 13/STF: "A nomeação de cônjuge, **companheiro** ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal";

c) direito à indenização decorrente de acidente de trabalho sofrido por companheiro, nos termos do que dispõe a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio";

d) exigência de consentimento do companheiro para gravame real em bem comum: tem-se entendido que "a lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3º, da CF), nos termos da Lei 9.278/96" (REsp 755830/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA,



julgado em 07/11/2006, DJ 01/12/2006, p. 291);

e) direito a continuar, por sub-rogação, o contrato de locação celebrado pelo companheiro falecido, nos termos do que dispõe o art. 11 da Lei do Inquilinato:

Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub - rogados nos seus direitos e obrigações:

I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel;

f) direito de receber alimentos de companheiro, porquanto o dever contraposto é "informado pela solidariedade mútua que se estabelece com a vida comum" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 411): nesse sentido se decidiu que "fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência" (REsp 995.538/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 17/03/2010);

g) direito real de habitação conferido igualmente ao companheiro e ao cônjuge: recentemente se decidiu que "a Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002" (REsp 821660/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011);

h) no campo do direito eleitoral, por sua vez, tem-se entendido que as inelegibilidades previstas no art. 14, §§ 5º, 6º e 7º, da Constituição Federal, são extensíveis aos companheiros, porquanto, de igual forma, beneficiam-se da relação familiar existente com os Chefes do Poderes Executivos. Daí por que "a convivência marital, seja união estável ou concubinato, gera inelegibilidade reflexa em função de parentesco por afinidade" (CONSULTA nº 1573, Resolução nº 22784 de 05/05/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 02/06/2008, Página 07 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 212).

Enfim, todos os direitos e vedações acima citados têm lastro nas relações familiares - e não no ato jurídico solene do casamento -, nos vínculos de afeto, de solidariedade e de cumplicidade presumidamente existentes em todas as famílias

constitucionalizadas, por isso mesmo as prescrições normativas supra têm aplicação tanto ao casamento quanto à união estável.

Creio, assim, que a partir desse crivo é que se deve aferir a adequação constitucional de todo tratamento concedido diferenciadamente à união estável ou ao casamento. Ou seja, é normal que as disposições relativas ao casamento como ato jurídico formal e solene sejam aplicadas somente aos cônjuges. Todavia, as normas cuja *ratio* deita raízes nas relações familiares, justificadas, portanto, em valores metajurídicos relacionados à solidariedade, à afetividade e à comunhão plena de vida, devem ser aplicadas a ambas as entidades familiares, casamento e união estável, cônjuges ou companheiros, tal como vem decidindo, acertadamente, a jurisprudência.

7. Diante da fundamentação até agora desenvolvida, a apreciação da adequação constitucional do art. 1.790, especialmente os incisos III e IV do Código de 2002, em última análise, deve levar em consideração um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da igualdade, na vertente substantiva, apregoada há tempos por Rui Barbosa em sua *Oração aos moços*, segundo a qual o tratamento desigual aos desiguais se justifica apenas **na exata medida em que se desigualam**.

É até intuitivo que haverá juridicidade em norma que proceda a algum tratamento diferenciado se se fizer perceptível a correlação entre a distinção de regimes estabelecidos e a desigualdade que lhe deu suporte.

Assim, por exemplo, justifica-se a facilitação da defesa do consumidor em Juízo, com a inversão do ônus da prova, presentes sua hipossuficiência e sua natural dificuldade de produzi-la; a especial proteção conferida à mulher, diante do histórico de violência doméstica a que vinha submetida, dentre outros.

Entretanto, também é intuitiva a rejeição de validade à norma que, ao proceder a tratamento jurídico diferenciado aos supostamente desiguais, ancora-se em fatores que não guardam relação de pertinência lógica com a diferenciação jurídica estabelecida.

Quanto à exigência de correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o tratamento divergente procedido pela norma – sem a qual o princípio da igualdade estará vulnerado –, é Celso Antônio Bandeira de Mello que melhor verticaliza a análise do tema:

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscrive aos elementos escolhidos como fatores

de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualdor adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 37-38)

A bem da verdade, o pretexto de se proceder a tratamento desigual aos faticamente desiguais pode ensejar a mais pura discriminação, se não se guardar a aludida pertinência lógica entre os fatores reais de diferença e o tratamento distinto estabelecido.

No caso da união estável, como assinalado, não são constitucionalmente aceitáveis fatores de *discrímen*, comparativamente ao casamento, calçados nas relações familiares de cada um dos institutos, mas tão somente aqueles apoiados no título fundador do casamento – o ato jurídico solene –, que é inexistente na união estável.

8. Com efeito, diante de tudo o que se me afigura correto sobre o tema e que foi exposto na fundamentação desenvolvida, tenho que **os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil não possuem lastro constitucional**, devendo, portanto, ser declarada sua inconstitucionalidade.

Os dispositivos cuja inconstitucionalidade ora se acusa têm a seguinte redação (na parte grifada):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

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

III - **se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;**

IV - **não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.**

Causa estranheza, primeiramente, a opção do legislador em alocar o artigo 1.790 no capítulo das “disposições gerais” sobre o “direito das sucessões”, como que por recato de se afirmar textualmente que o companheiro na união estável é sim herdeiro, porquanto quem “participa da sucessão” do falecido, aquinhoando parte da herança, não é outro senão o herdeiro.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por *obiter dictum*, cumpre dizer também que os incisos I e II encerram odioso tratamento discriminatório aos próprios filhos, a depender se são filhos comuns dos companheiros ou se somente do falecido, ou seja, se havidos da união estável ou não.

Por outro lado, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado ao companheiro supérstite, comparativamente ao cônjuge, o legislador acabou por conferir tratamento discriminatório aos próprios filhos.

Na medida em que a companheira, quando concorrer com filhos só do falecido, recebe quota-parte diferente da que receberia se fosse cônjuge (independentemente se maior ou menor essa quota), consequentemente também os filhos, nessa mesma circunstância, receberão quinhão hereditário diferenciado, a depender se concorrem com o companheiro do seu genitor falecido ou com o cônjuge deste.

E nem se afirme, *data máxima vênia*, que há interpretação possível do inciso I do art. 1.829 que iguala a situação do companheiro à do cônjuge supérstite. Embora a engenhosa interpretação dada ao mencionado dispositivo no REsp. n. 1.117.563-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, tenha sido satisfatória ao desate do caso concreto, não há como afirmar que, em abstrato, as diferenças entre casamento e união estável estariam eliminadas, **na hipótese de a companheira concorrer com filhos só do falecido** – situação que mais amiúde suscita litígios.

Isso porque ainda que se a companheira e cônjuge sobreviventes concorressem na mesma **categoria de bens** (por aquela interpretação, nos bens comuns), não há como se eliminar, por via interpretativa, o percentual diferenciado que tocaria a cada uma: no caso da companheira, a “metade do que couber” ao filho (art. 1.790, inciso II); no caso de cônjuge, “quinhão igual” ao que receberá aquele (art. 1.832).

Com efeito, se na concorrência com filhos do *de cujus*, companheiro e cônjuge recebem quinhões hereditários díspares, também os filhos os receberão, tudo isso porque estes são ora confrontados com um casamento de seu genitor ora com uma união estável. Tal circunstância, a meu juízo, afronta – talvez por descuido mesmo do legislador – o que dispõe o art. 226, § 6º, da Constituição, fato que autorizaria a declaração de inconstitucionalidade também dos incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Quanto aos incisos III e IV, que são o objeto da presente arguição, também não andou bem o legislador, a meu juízo.

Como antes salientado, o cônjuge foi tido pelo Código Civil como herdeiro de especialíssima ordem, concorrendo apenas com ascendentes e descendentes do *de*

*cujos*, na ausência dos quais tocar-lhe-á a totalidade da herança.

O companheiro sobrevivente, por outro lado, além dos mesmos parentes concorrentes, são chamados a participar também da herança os “outros parentes sucessíveis”, quais sejam, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Ademais, não bastasse a longa cadeia concorrencial, quando os indigitados colaterais são chamados a concorrer com o companheiro, tocar-lhes-ão dois terços da herança, aquinhoando o companheiro sobrevivente o terço remanescente.

É apenas na falta de parentes colaterais do *de cujus* que o companheiro receberá a totalidade dos bens adquiridos na constância da união, disposição que, praticamente, eliminou a possibilidade de um convivente em união estável receber a universalidade dos bens deixados pelo falecido, porquanto é pouco provável que alguém morra e não deixe um primo, um sobrinho ou um “tio-avô”.

É dizer, se, por exemplo, o companheiro sobrevivente chegar a concorrer com um cunhado seu (irmão do falecido) ou com um primo do *de cujus*, tocarão ao companheiro 33,33% da herança constituída por bens comuns, ao passo que ao colateral os 66,66% restantes.

Sem se considerar que, eventualmente, poderá haver bens particulares deixados, os quais, por expressa disposição do *caput* do art. 1.790, não tocarão ao companheiro, já que este participará apenas nos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Nesse caso, à dor da perda do companheiro soma-se a de dividir a herança – em desvantagem de condições – com um possivelmente desconhecido.

Como antes assinalado, a legitimidade constitucional desse tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge somente se verifica se houver correlação lógica entre o *discrímen* jurídico estabelecido e o elemento diferenciador entre a união estável e o casamento civil, o qual, como sobejamente afirmado, não é encontrado nas relações familiares deles decorrentes, mas no título fundador do casamento – o ato jurídico formal e solene.

Cumprindo indagar, com efeito, se o estabelecimento legal de uma ordem de vocação hereditária finca raízes no título fundador do vínculo jurídico dos cônjuges ou, ao contrário, se o fundamento da vocação hereditária – e, quiçá, de todo o direito das sucessões – hospeda-se nas relações familiares por eles (cônjuges) estabelecidas, ou seja, naqueles fundamentos metajurídicos relativos à afetividade, à solidariedade e à comunhão plena de vida.

A teoria mais conhecida e aceita sobre o fundamento principiológico da

sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária conferida pela Lei Civil é a que as atribui à vontade presumida do falecido, o qual, se a tivesse manifestado, razoavelmente disporia de seus bens a partir daquela ordem, porquanto graduaria a sucessão da mesma forma que gradua suas afeições.

Ainda proferida sob a égide do Código Civil revogado, afigura-se acertada a posição de J. M. Carvalho Santos, interpretando o art. 1.573 daquele Diploma. Quanto à parte disponível da herança, afirmou o ilustre civilista que se a vontade do *de cujus* for expressa, tem lugar a sucessão testamentária, na ausência da qual entra a lei a interpretar a vontade do falecido “de acordo com a ordem das afeições daquele e distribui a parte disponível tal como a seu juízo seria distribuída pelo *de cujus*” (*Código civil brasileiro interpretado*. Vol. XXII. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 23).

De um modo geral, haveria três modos de transmissão sucessória, uma forçada – correspondente à legítima –, a testamentária e a *ab intestato*, as duas últimas relativas à parte disponível da herança.

A primeira (legítima) é definida pela vontade da lei – mesmo que contra a vontade do autor da herança; a segunda, pela vontade manifestada pelo *de cujus*; a terceira, também por sua vontade, manifestada, por presunção, tacitamente (CARVALHO SANTOS, J. M. *Idem*, pp. 23-24).

No caso da sucessão em virtude da lei, relativa portanto à parte disponível que tocará aos herdeiros de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida em lei, Carvalho Santos afirmou com acerto que a lei procura suprir a vontade presumida do falecido, que, “naturalmente, se fosse ouvido, se inclinaria antes de tudo pelas suas afeições e seu amor à família, preferindo que os parentes fossem seus naturais herdeiros” (*Ibidem*).

Assim, mostra-se de efeito a assertiva segundo a qual:

Ao estabelecer a ordem legal dos sucessores, o legislador inspirou-se, sem dúvida, na ordem natural das afeições familiares; pois é bem sabido que o amor primeiro *desce*, depois *sobe*, e em seguida *dilata-se* (CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 247).

Enfim, a principiologia adotada pelo direito das sucessões e, especialmente, a subjacente a uma ordem de vocação hereditária é perfeitamente identificada por Caio Mário da Silva Pereira, para quem embora a propriedade privada seja individual:

[...] é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que

fundamenta deveres de assistência de pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. (*Instituições de direito civil*, vol. VI. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6-7)

Portanto, é correto afirmar que a ordem de vocação hereditária visa a preservar uma espécie de sucessão por afeição e por solidariedade, valores metajurídicos relativos essencialmente aos vínculos nascidos no seio das relações familiares.

Daí por que Clóvis Beviláqua aduziu que, na linha colateral, extingue-se o direito de herança no quarto grau porque, “além dele, desaparecem o sentimento de unidade da família e o vínculo de simpatia entre os parentes” (*Apud*, CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.* P. 249).

Ainda que se veja o direito das sucessões – e, por consequência, a ordem de vocação hereditária – a partir dos valores eleitos pelo próprio Estado, de modo a excluir eventual vontade do morto para a satisfação dos desígnios daquele, as conclusões acerca da fundamentação principiológica também não se distancia da família.

Ou seja, mesmo quando o ordenamento jurídico não leva em consideração a vontade do morto (e suas afeições presumidas) – quando, por exemplo, estipula percentual mínimo do patrimônio que pertence aos herdeiros necessários (a legítima) –, o certo é que tal providência visa também à preservação e sobrevivência da família.

Por outro lado, mesmo nessa hipótese, quando a lei prevê um percentual do patrimônio do *de cujus* a ser destinado obrigatoriamente a determinados parentes e cônjuge, os sentimentos nutridos entre o falecido e os pré-eleitos herdeiros necessários não são completamente desconsiderados pelo legislador.

Basta mencionar que mesmo no caso de herdeiros necessários, há possibilidade de excluí-los da herança do falecido, quando evidentemente esgarçados os sentimentos familiares existentes entre eles. É o caso da exclusão da herança por deserção ou indignidade (arts. 1.814 e 1.961 do CC de 2002), ou, ainda, quando não se reconhece direito sucessório ao cônjuge separado de fato do falecido há mais de dois anos (art. 1.830).

8. Por tudo o que foi dito, percebe-se que a fundamentação do estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária deita raízes nas relações afetivas existentes entre o autor da herança e sua família. As normas jurídicas alusivas ao tema, portanto, apoiam-se naqueles valores metajurídicos relacionados à solidariedade e à afetividade, inservíveis à justificação de tratamento diferenciado entre casamento e união

estável.

Repita-se, a realidade diversa entre a união estável e o casamento não resulta das relações familiares, mas da oficialização da relação matrimonial, da certificação estatal da união entre duas pessoas, atributos que dão publicidade a terceiros estabelecendo também melhoramento na segurança jurídica destes e dos cônjuges.

Com efeito, o estabelecimento, pelo art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil de 2002, de uma ordem de vocação hereditária para a união estável diferenciada daquela prevista para o casamento (art. 1.829) atenta contra a Constituição Federal de 88, especialmente contra o art. 226 – que concedeu a mesma especial proteção estatal a todas as famílias lá previstas –, e o *caput* do art. 5º -, porquanto concede tratamento desigual à união estável exatamente onde esta se iguala ao casamento, que é nos vínculos afetivos decorrentes das relações familiares.

Ademais, é também desigual e discriminatório o fato de o companheiro receber apenas um terço da herança partilhável, ao passo que ao colateral tocam os dois terços restantes.

A bem da verdade, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado à união estável, acabou o legislador conferindo tratamento discriminatório às famílias a partir dela estabelecidas.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145.

9. Finalmente, é de se ressaltar que o entendimento ora manifestado no voto não contrasta de forma nenhuma com os precedentes firmados nesta Corte Superior, sobretudo alguns das Turmas da Segunda Seção.

Primeiramente porque os litígios antes apreciados sempre o foram pela óptica da legislação ordinária, ao passo que, agora, a análise é essencialmente constitucionalizada.

Por outro lado, a grande preocupação sempre foi em não conferir aos conviventes em união estável mais direitos que aos cônjuges, o que não faz verdadeira a assertiva inversa, ou seja, de que os cônjuges possuem necessariamente mais direitos que os conviventes em união estável.

10. Diante do exposto, **declaro a inconstitucionalidade dos incisos III e**



**IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002**, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5 **AI no**  
**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB**

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 17/08/2011

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GERALDO BRINDEIRO**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA  
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**CERTIDÃO**

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e, ocasionalmente o Sr. Ministro Francisco Falcão e a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Convocado o Sr. Ministro Benedito Gonçalves para compor quórum.

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:**

Cuida-se de recurso especial, da relatoria do em. Ministro Luis Felipe Salomão, interposto por Maria Jaideth Miranda, com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra o acórdão de fls. 85-89, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, assim ementado:

"Agravado de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovemento do agravo.

Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei nº 8.971/94" (fl. 86).

Consta, ainda, da fundamentação do acórdão recorrido que:

"Relativamente ao direito sucessório, não houve qualquer benefício ou previsão aos companheiros no Código Civil de 1916. Na Lei Civil de 2002, também não se falou muito, mas dispôs-se o suficiente para alterar a regulamentação e ab-rogar tacitamente a sistemática em vigor.

O direito sucessório na união estável vem estampado no artigo 1.790 do Código Civil, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Guardou-se lógica com o regime da comunicação parcial de bens (art. 1.725), adotado para esta entidade familiar. Em casos que tais, o companheiro, ou a companheira, supérstite, terá direito: a uma quota equivalente (se filho comum) ou a metade (se filho exclusivo do 'de cujus'); se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais até o quarto grau), terá direito a um terço da herança. Não havendo parentes sucessíveis, defere-se a sucessão por inteiro ao companheiro sobrevivente.

Nessa senda, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, entendemos que o novo Código Civil revogou inteiramente a Lei n. 8.971/94. A lei posterior revogou a anterior. Logo, aplicar-se-á apenas o Código Civil em vigor.

[...]

Entendo, também, que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Assim prescreve a Carta Magna:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*'Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*...*

*§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.'*

Da simples leitura extraída do dispositivo constitucional acima transcrito, vê-se que não há equiparação entre a união estável e o casamento, haja vista que ele apenas reconhece a união estável como entidade familiar, o que não quer dizer que entidade familiar seja apenas aquela formada através do matrimônio, pois no § 4º do mesmo artigo, estabelece, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Outrossim, percebe-se, ainda, que conforme a última parte do § 3º do art. 226, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, concluindo-se, dessa forma, que a equiparação perseguida só se concretizará após a conversão. Ora, se o tratamento fosse igualitário não haveria a necessidade de conversão.

[...]

Percebe-se, então, que o propósito foi o de proteger e não o de igualar as duas modalidades de entidade familiar.

Logo, verifica-se não haver qualquer afronta do art. 1790 do Código Civil à Constituição, pois, o fato da lei dever facilitar a união estável em casamento significa que o casamento é instituto hierarquicamente superior à união estável" (fl. 88).

Esclarece a recorrente que interpõe o presente recurso "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessórios da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).

Invoca os artigos 2º da Lei n. 8.971/1994 e 1º da Lei n. 9.278/1996 e assim sustenta:

"A família, ente despersonalizado, é conceituado pela doutrina moderna (IBDFAM), seguindo uma perspectiva constitucional, como sendo um ente formado por pessoas ligadas umas as outras por vínculo de afetividade, é o conceito sócio-afetivo do que vem a ser família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 3º, reconheceu a união estável como uma entidade familiar, tal garantia por estar ligada diretamente com a dignidade da pessoa humana, constitui um direito materialmente constitucional.

# *Superior Tribunal de Justiça*

As duas leis posteriores regulamentaram, especificamente, esse dispositivo constitucional, as leis 8.971/94 e a lei 9.278/96. A primeira, reconheceu direito sucessórios ao(à) companheiro(a) e a segunda, complementando-a, estendeu o direito do(a) companheiro(a), equiparando-a ao cônjuge, e conferindo ainda direito real de habitação.

Conforme já mencionado, tais dispositivos expandiram um **direito materialmente fundamental** previsto constitucionalmente, assim não há possibilidade de uma norma posterior restringir tais direitos já consagrados, é a aplicação do **princípio da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais**, defendida pelo ilustre constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho" (fl. 106).

Cita doutrina (fls. 106-107) e acrescenta que, "mesmo que as Leis 8.971/94 e a 9.278/96, não tratassem de direitos fundamentais, também não se aplicariam as regras de conflitos das leis, pois **são especiais em relação ao Código Civil de 2002, norma geral**. Aqui, a questão resolver-se-ia, pela aplicação do **princípio da especialidade**, em que a norma especial prevalece em detrimento da norma geral" (fls. 107-108).

Conclui "que deve ser reconhecido o **direito à totalidade dos bens da herança à companheira, afastando a sucessão do colateral**, não se aplicando o artigo 1.790, III do Código Civil de 2002, norma geral e flagrantemente inconstitucional" (fl. 108).

No tocante ao dissídio jurisprudencial, traz precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 108-111).

Sobre as contrarrazões, consta a seguinte certidão:

"Certifico, para que produza os devidos e efeitos legais, que deixei de intimar o patrono do agravado, para responder o agravo, haja vista, inexistir, no bojo dos autos, procuração outorgada ao mesmo" (fl. 131).

O recurso especial não foi admitido na origem (fls. 138-139), subindo a esta Corte em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.100.528/PB pelo em. Ministro Luis Felipe Salomão (fls. 147-148).

Opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 142-146).

Em questão de ordem, a Quarta Turma, com base nos artigos 97 da

Constituição Federal, 480 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, suscitou incidente de inconstitucionalidade dos **"incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil"** (fls. 147-155).

O Ministério Público Federal, em nova manifestação, "opina no sentido de que seja proclamada, *in casu*, a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790, do Código Civil, e, por conseguinte, seja dado provimento ao recurso especial, para afastar a exigência de que a ora Recorrente nomeie e qualifique, nos autos do arrolamento sumário, os parentes colaterais até quarto grau de seu companheiro falecido" (fl. 169).

O em. Ministro Luis Felipe Salomão, relator, invocando, principalmente, os artigos 5º, *caput*, 226, §§ 1º, 3º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, votou no sentido de acolher o incidente, declarando inconstitucionais os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

**Vou divergir do em. Ministro relator quanto ao cabimento do presente incidente de inconstitucionalidade e, se vencido, também quanto ao mérito constitucional.**

O acórdão recorrido, conforme está claro nas transcrições acima, decidiu expressamente que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, único que disciplina especificamente a união estável.

O recurso especial, por sua vez, segundo a própria recorrente, foi interposto "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessório da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).

Por outro lado, não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

Ora, diante do sistema constitucional vigente, a separação clara entre as hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário e o quadro

# *Superior Tribunal de Justiça*

processual descrito impede o processamento do presente incidente, mesmo que suscitado de ofício. Reitero, a propósito, o que afirmei no voto-vista que proferi no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR (Corte Especial, relator o em. Ministro Franciulli Netto e relator para o acórdão o em. Ministro Nilson Naves, DJ de 8.4.2002):

"02. Anoto, de início, o já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no AGRAG nº 145.589-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, mesmo de ofício.

Contudo, não poderá fazê-lo, em sede de recurso especial, se for para rever a mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior.

Se o fizer, uma de duas: ou usurpará a competência do Supremo Tribunal Federal (se contra a decisão hostilizada pelo recurso especial também tiver sido interposto recurso extraordinário); ou ressuscitará matéria preclusa (se aquela mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior não tiver sido atacada por recurso extraordinário)."

No caso concreto, como o Tribunal de origem enfrentou a questão constitucional e como não consta dos autos – volto a dizer – a interposição de recurso extraordinário, houve natural preclusão da eventual contrariedade ao § 3º do art. 226 ou a outros dispositivos da Constituição Federal, não podendo o presente incidente reabrir a discussão sobre o tema, sob pena de, sem dúvida alguma, violar o sistema recursal disciplinado nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

Com base nas referidas disposições constitucionais, então, é que esta Corte Especial, no julgamento da referida Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR, assim concluiu:

"Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.

3. **Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a**

**beneficiar o recorrente, ao incidente faltar o cabimento.**

**4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.**

**5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).**

**6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.**

**7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.**

**8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.**

**9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos" (grifos meus).**

Extraído do voto do em. Ministro Nilson Naves as seguintes passagens conclusivas:

"Iria se pronunciar depois, ainda que não por expressiva maioria, e não de modo definitivo, pronto e conclusivo. Particularmente, sempre me afigurou que o prévio exame da constitucionalidade não haverá de ir ao encontro do interesse da parte recorrente, não poderá ela se beneficiar com a declaração de existência de vício na lei, porque ao Tribunal, depois, não assistiriam meios para o exame do recurso especial - completar o julgamento do feito (Súmula 513/STF). Senão, veja-se. Quando julga, no especial, as causas decididas e única ou última instância (Constituição, art. 105, III), o Superior, como várias vezes recordado, em princípio não possui o contencioso constitucional. Essencialmente, cabe-lhe o contencioso infraconstitucional, sabendo-se que a finalidade do especial é a de zelar pela guarda dos tratados e leis federais. A questão veiculada no especial há sempre de ter suporte no direito ordinário, tanto que, se houver no acórdão recorrido outro fundamento, de ordem constitucional, dois haverão de ser os recursos excepcionais. Vale dizer que, acolhido seja o incidente a favor do recorrente, impende ao Tribunal reformar o julgamento local da causa, impondo-se-lhe sem dúvida o provimento do recurso especial, dado que se estaria diante de acórdão que aplicara lei inconstitucional. O provimento do recurso pressupõe, porém, o seu conhecimento, e se o especial não for conhecível? Ao que cuido, dificilmente -se não, jamais - o será, a não ser que se rompa com uma série de princípios, como o do prequestionamento, o da demanda, o das questões não suscitadas, o da não-aplicação do *iura novit curia* etc. Observe que,



# *Superior Tribunal de Justiça*

para Bittencourt, os tribunais não devem fugir à tese 'sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa!'. Em tal contexto, a declaração em benefício do recorrente não se apresentará útil ou conveniente, porquanto, não conhecível o especial (dificilmente, ele o será; a meu sentir, jamais), a declaração de inconstitucionalidade não terá utilidade ou conveniência para a decisão da causa. Nesse aspecto, acabará se cuidando de declaração em tese, própria do controle concentrado-abstrato, da competência exclusiva do Supremo Tribunal.

De sorte que somente se admite, no âmbito do Superior, o controle difuso-incidental quando não se requer seja conhecido o recurso especial. Juridicamente, é possível, em atenção ao interesse do recorrido. Já se mencionou algumas vezes que o recorrente teria razão se a lei não fosse inconstitucional; sendo, há de se deixar de conhecer do recurso, simplesmente. De outra banda, aceita-se possa o Superior, no exercício da competência prevista no aludido inciso III, lidar com o texto constitucional se, por exemplo, o vencedor na instância ordinária assume a condição de vencido na instância especial. É necessário, todavia, que, nessa hipótese, a questão tenha sido suscitada na instância de origem, não importando se sobre ela lá tenha havido pronunciamento, bem como se impõe tenha sido levantada nas contra-razões do especial. Se o Superior, no julgamento do recurso, não tiver se manifestado sobre a questão constitucional, cabem os embargos de declaração, a fim de se ensejar em nome do vencido o recurso extraordinário. O que não é cabível é a inovação, não podendo o vencedor e depois vencido deduzir novas alegações, mesmo que de cunho constitucional.

[...]

Pois bem, se ao Superior só cabe o controle difuso-incidental quando não irá beneficiar o recorrente, se, nesse mesmo juízo do recurso especial, lhe é vedado todo e qualquer pronunciamento sobre eventual contrariedade à Constituição, salvo raríssimas hipóteses, por exemplo, se o vencedor na instância ordinária se torna vencido na instância extraordinária e se o Superior inquestionavelmente é o Tribunal do direito ordinário, irrecorríveis as suas decisões, como melhor se impõe - tudo que foi lembrado decorre do próprio sistema jurídico-institucional de organização da instância de superposição -, a melhor das reflexões e a mais sábia das compreensões é a que está a exigir que algumas disposições atinentes à competência do Supremo hão de ser despretensiosa e pacientemente meditadas, em exame que se requer e se impõe, de sorte que, se ao Supremo há de competir a matéria constitucional, sempre e só, exceto uma ou duas hipóteses de competência originária, ao Superior há de competir, da mesma forma, a última palavra a respeito da matéria infraconstitucional, irrevisível e irrecorrível, em qualquer circunstância.

Daí que, ao se estatuir, como se estatuiu na alínea i, I, do art. 102, que compete ao Supremo processar e julgar, originariamente, 'o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior', há de se ler, em relação ao Superior Tribunal, que aí se rezou que o *habeas* cabe apenas na hipótese de descumprimento de preceito constitucional, jamais de preceito ordinário, do mesmo modo que, ao se prescrever, como se prescreveu na

# *Superior Tribunal de Justiça*

alínea a II do art.102 que compete ao Supremo julgar, em recurso ordinário, os mandados e os *habeas* decididos pelos Tribunais Superiores, há de se entender, em relação ao Superior Tribunal, que há de versar apenas a matéria constitucional (a matéria infra nasce, desenvolve-se e morre no Superior)."

Igualmente, retiro do voto preliminar do em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os seguintes fundamentos:

"Certo é que a doutrina tradicional em nosso sistema anterior a 1988 vinha afirmando do poder, e mesmo dever, dos julgadores conhecerem de ofício, pela via indireta, de eventual inconstitucionalidade. Todavia, não menos certo também é que o nosso sistema jurídico, após a Constituição de 1988, veio a receber profundas modificações, uma das quais concernentes à dicotomia introduzida em relação aos recursos de natureza extraordinária, um dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ('recurso especial'), para controle da lei federal, e outro ao Supremo Tribunal Federal ('recurso extraordinário'), destinado à Suprema Corte, para apreciação da inconstitucionalidade.

Destarte, em havendo inconstitucionalidade, não cabe a esta Corte, salvo na hipótese assinalada pelo Ministro Nilson Naves, conhecer do tempo, uma vez o foro competente de tal apreciação é o Supremo Tribunal Federal e o instrumento de sua suscitação o recurso extraordinário. E tanto assim é que este Tribunal tem até mesmo jurisprudência sumulada (enunciado nº 126), a proclamar ser 'é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário'.

Como se vê, mesmo que manifesta a inconstitucionalidade em um caso concreto, e disso se apercebendo o órgão julgador deste Tribunal, nada poderá fazer, sequer, inclusive, apreciar eventual má aplicação da lei.

[...]

Finalmente, é de atentar-se, no caso em tela, para a relevante peculiaridade realçada pelo voto divergente segundo a qual o conhecimento da matéria com conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade inviabilizaria o julgamento no órgão fracionário."

Ante o exposto, preliminarmente, não conheço do incidente de inconstitucionalidade e determino a devolução dos autos à eg. Quarta Turma para que prossiga com o julgamento do recurso especial na forma que entender correta.

**Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, passo ao exame do mérito do incidente, adiantando-me que, na minha compreensão, não há inconstitucionalidade no art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil em vigor, que**

assim dispõe:

**"Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:**

**I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei foi atribuída ao filho;**

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

**III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;**

**IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança."**

Entendo que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição Federal não alcança os efeitos patrimoniais, inclusive sucessórios, dos diversos regimes de casamento e da união estável, os quais devem ser e são regulados por norma infraconstitucional, observada a livre vontade do casal. Confira-se o texto do referido dispositivo constitucional:

**"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

**[...]**

**§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."**

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Leite, *in* Comentários ao Novo Código Civil (Do Direito das Sucessões), vol. XXI, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Forense: 2003, assim leciona:

"Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade continua sendo o casamento.

Nesse sentido, a agudíssima e preclara observação do Desembargador Barbosa Moreira, permanentemente atual: 'A norma do § 3º (do art. 226), de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas

figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessário e inconcebível a conversão.

Ou, a forma lapidar, objetiva, mas imantada de significação, empregada por Xeno Veloso: 'A Constituição de 1988 deu dignidade, mandou proteger, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, respeitável a todos os títulos, merecedora de amparo, deferência, consideração. **Mas a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída**, pelas sociedades matrimoniais, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.'

[...]

O novo Código, em manifesto esforço, repita-se, procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no artigo 1.790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria.

O novo Código o faz com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988. Não se trata de tudo destruir, como pretendem algumas posturas maniqueístas, mas trata-se, antes, de encontrar a justa medida, o bom termo, que venha de encontro aos anseios da sociedade brasileira, sem aniquilar nossos mais profundos valores e características.

[...]

O *caput* do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens **adquiridos onerosamente** na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros. Situação inferior a do casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, no texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável igualdade ao casamento" (páginas 51-55).

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites

traçados pela norma infraconstitucional.

Por outro lado, a louvada tentativa de equiparar, em tese, o(a) companheiro(a) ao cônjuge para efeitos sucessórios, se acolhida, possuirá consequências limitadas, tendo em vista que o próprio Código Civil faz distinções entre os cônjuges sobreviventes conforme o regime de bens escolhido pelos nubentes, dispondo o art. 1.829 que:

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

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais."

Eduardo de Oliveira Leite, na obra citada acima, corretamente apresenta a seguinte conclusão sobre o art. 1.829, inciso I:

"Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares" (página 220).

Em outras palavras, conforme o regime de bens, poderá o cônjuge sobrevivente concorrer, ou não, com os descendentes.

Ora, se é possível e natural estabelecer distinções entre os cônjuges vinculados a regimes de bens distintos, não há nenhum óbice a que o próprio Código faça distinção em relação ao(à) companheiro(a), já que a união estável também poderá adotar um regime de bens próprio ou o da comunhão parcial de bens. Confira-se o que dispõe o art. 1.725 do Código Civil:

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

Por último, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, embora de forma sucinta, deixou claro que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição possui aplicação restrita, apenas conferindo à união estável o *status* de "entidade familiar" para efeito de proteção do Estado. Quanto aos efeitos patrimoniais, deve ser, como de fato foi, disciplinada na legislação infraconstitucional. Sobre o tema:

**"Agravos regimentais no recurso extraordinário. Pretendido reconhecimento da existência de sociedade de fato entre as partes, com partilha de bens. Decisão atacada que apreciou adequadamente as questões em debate nestes autos. Eventuais ofensas que se referem ao plano infraconstitucional. Precedentes.**

1. Discussão acerca do reconhecimento e da dissolução de sociedade de fato, porque depende da análise de normas infraconstitucionais, bem como dos fatos da causa, configura ofensa meramente reflexa à Constituição Federal.

2. Inexistência de violação direta da norma do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a qual apenas determina o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, remetendo à legislação comum a facilitação de sua conversão em casamento.

3. Agravo regimental não provido" (Ag. Reg. no RE 300.964/SP, Primeira Turma, Ministro Dias Toffoli, DJe n. 179, publicado em 19.9.2011).

**"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTROVÉRSIA DECIDIDA CENTRALMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE (CÓDIGO CIVIL). VIOLAÇÃO À MAGNA CARTA, SE EXISTENTE, APENAS OCORRERIA DE MODO REFLEXO OU INDIRETO.**

Caso em que entendimento diverso do adotado pela instância judicante de origem demandaria o reexame da legislação ordinária aplicada à espécie. Providência vedada na instância recursal extraordinária.

Agravo regimental desprovido" (Ag. Reg. no AI 639.997/SP, Segunda Turma, Ministro Ayres Britto, DJe n. 164, publicado em 26.8.2011).

Esclareço, apenas, que o último precedente citado (Ag. Reg. no AI 639.997/SP) diz respeito, exatamente, à norma do art. 1.790 do Código Civil, relativo à sucessão do(a) companheiro(a).

Ante o exposto, julgo improcedente o incidente de inconstitucionalidade.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB**      **AI no**

Números Origem: 20020077473375001    20020077473375002    200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 16/05/2012

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA  
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**CERTIDÃO**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha julgando improcedente a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andriighi e João Otávio de Noronha.

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

**VOTO-VISTA**

**O MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 4ª Turma, relativamente aos incisos III e IV do art. 1790 Código Civil de 2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3º da Constituição. O Ministro César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não-conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação.

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente.

3. Superada que seja essa preliminar, acompanho, também no mérito, a divergência. O § 3º do art. 226 da Constituição Federal estabelece que, "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei



facilitar sua conversão em casamento". Ora, não se pode extrair de tal disposição constitucional a conclusão de que a união estável deve ser tratada pelo legislador ordinário como entidade familiar igual ao casamento para todos os efeitos, ou mesmo para efeitos patrimoniais e sucessórios. Conforme assinalou o próprio relator, a formação de famílias se dá, hoje, por uma pluralidade de modos, merecendo, todos eles, a proteção do Estado. Isso, todavia, não significa que o legislador deva atribuir, a todas as entidades familiares, um regime jurídico semelhante ao do casamento, mormente no que se refere ao regime de bens ou de sucessão. Seria absurdo, por exemplo, equiparar o casamento, mesmo para fins sucessórios, as famílias monoparentais. Aliás, como apropriadamente observado pelo Ministro César Rocha, no próprio casamento há diferentes regimes de bens, produzindo diferente repercussão no regime sucessório. Se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável. A se pretender a igualação entre casamento e união estável, dever-se-ia reconhecer inconstitucionais não apenas os dispositivos apontados pelo relator, mas também todos os demais dispositivos do Código Civil que estabelecem diferenças jurídicas entre as duas formas de união familiar de homem e mulher, inclusive, por exemplo, a norma que se extrai do art. 1.725 do CC, que permite, na união estável, que os companheiros disciplinem, por contrato escrito, as suas relações patrimoniais. Convém registrar, por fim, que, ao contrário de antigo regime - em que os "desquitados" ou que mantinham união estável fora do casamento não gozavam de proteção estatal - a Constituição de 1988 veio reconhecer e proteger essa espécie de união, erigindo-a como mais uma opção legítima dos casais. A pura e simples igualação entre união estável e casamento importaria, na prática, eliminar do cenário jurídico, por via de hermenêutica infraconstitucional, a opção que a ordem constitucional assegurou a homem e mulher de casar ou de não casar, já que, qualquer dos dois regimes seria, afinal, sempre um casamento.

4. Ante o exposto, limitado, por ora, ao juízo preliminar, acompanho a divergência, para não conhecer do incidente. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5      **AI no**  
**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB**

Números Origem: 20020077473375001    20020077473375002    200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 06/06/2012

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA  
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**CERTIDÃO**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki não conhecendo do incidente, em preliminar, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrigli e João Otávio de Noronha.

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de recurso especial, com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, interposto em face de v. acórdão prolatado pelo e. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB**.

Nas razões do especial, o recorrente alega a inconstitucionalidade do art. 1.790 do atual Código Civil, trazendo à baila julgados de outros ee. Tribunais que reconheceram esse vício. A c. **Quarta Turma**, à unanimidade, suscitou o exame da inconstitucionalidade do art. 1.790, III e IV, do atual Código Civil, remetendo à e. **Corte Especial** a apreciação do tema.

O em. Min. **Luis Felipe Salomão**, Relator, reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos supracitados, por não serem compatíveis com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em voto vista, o em. Min. **César Asfor Rocha**, acompanhado pelo em. Min. **Teori Albino Zavascki**, divergiu do entendimento do em. Relator para, em preliminar, não conhecer do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao entendimento de que casamento e união estável não são institutos idênticos para fins patrimoniais e sucessórios.

Pedi vista dos autos para minha análise da matéria.

Entendo que **deve ser acolhida** a preliminar de não conhecimento do incidente suscitada pelo em. Min. **César Asfor Rocha**. Explico.

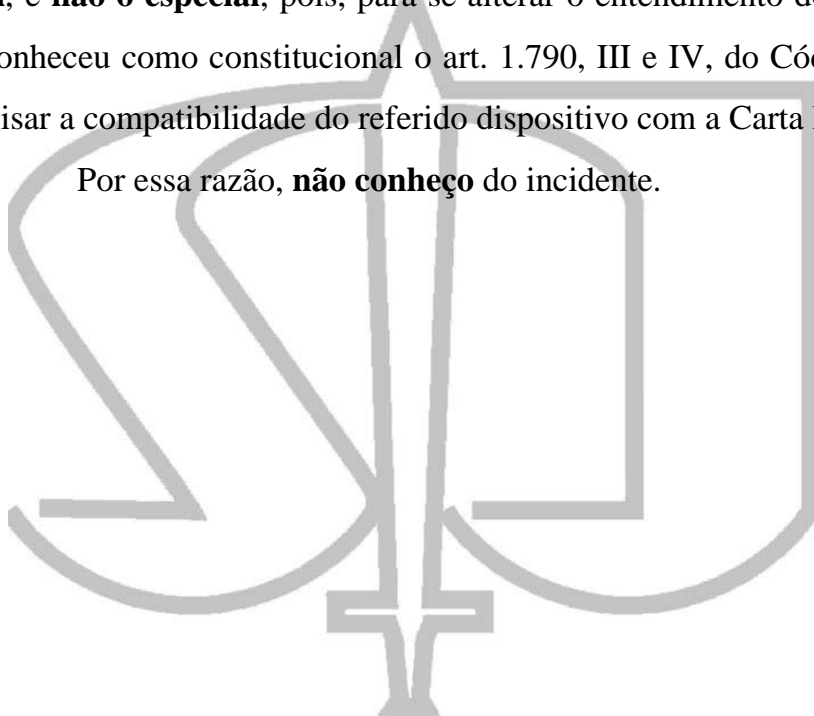
Conforme salientado, o e. Tribunal **a quo** considerou que o art. 1.790 do atual Código Civil **não afronta** o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Com efeito, **em situações como a presente, não se presta** o recurso especial a analisar a constitucionalidade do referido artigo, pois a competência do e. **Superior Tribunal de Justiça**, prevista no art. 105, III, da Lei Maior, **não alcança, em regra, o contencioso constitucional**. Nesse sentido: REsp 215.881/PR, **Corte Especial**, Rel. p/ Acórdão Min. **Nilson Naves**, DJ 8/4/2002.

# *Superior Tribunal de Justiça*

A matéria debatida no recurso especial deve ter suporte no direito ordinário, cabendo ao e. **Superior Tribunal de Justiça** o contencioso infraconstitucional. Contudo, caso o v. acórdão objurgado traga consigo **também** aspectos de índole constitucional, dois deverão ser os recursos interpostos, o extraordinário e o especial.

Ao meu sentir, o recurso cabível em face do v. acórdão prolatado pelo c. **TJPB** seria o recurso extraordinário, a ser julgado pelo e. **Supremo Tribunal Federal**, e **não o especial**, pois, para se alterar o entendimento do e. Tribunal **a quo**, que reconheceu como constitucional o art. 1.790, III e IV, do Código Civil, mister se faz analisar a compatibilidade do referido dispositivo com a Carta Magna.

Por essa razão, **não conheço** do incidente.



# *Superior Tribunal de Justiça*

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**RECORRENTE** : **MARIA JAYDETH MIRANDA**  
**ADVOGADO** : **ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO**  
**ADVOGADO** : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

## **VOTO**

**EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator):** Sra. Presidente, acabamos de ouvir os votos dos eminentes Ministros Luis Felipe Salomão e Felix Fischer.

O relatório apresentado pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão deixa claro que, no caso, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob a alegação de ser herdeira universal, pois o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º da Constituição, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.809 do Código Civil de 2002, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes.

Parece-me que estamos a analisar a primeira parte, ou seja, recurso especial que coloca em causa a constitucionalidade de um dispositivo do Código Civil. Nesse ponto, sabemos que foge totalmente ao âmbito do recurso especial, porque o apelo nobre se limita, como sabido, ao exame da matéria infraconstitucional.

Isso não quer dizer, entretanto, que a Turma ou Seção não possa submeter, eventualmente, à Corte Especial, em incidente de constitucionalidade, quando considera que isso é essencial para a formação do seu convencimento.

Na hipótese, é o próprio recurso que se fundamenta na inconstitucionalidade da norma constitucional, evidentemente, deveria isso ser levado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, c, da Constituição Federal.

Com essas breves considerações, também, acolho e sigo a divergência, não obstante as bem lançadas e os combatidos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Relator.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

É como voto.

# *Superior Tribunal de Justiça*

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

**RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA**  
**ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO**  
**ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

## **VOTO-VENCIDO**

### **O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:**

Sra. Presidente, eminentes Ministros, eu me sinto habilitado a votar e também conheço do incidente porque se trata de controle difuso, e o controle difuso da inconstitucionalidade, evidentemente, conforme consta até da lembrança da decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, pode ser realizado no julgamento por quaisquer dos juízes que intervierem na jurisdição nacional. Vejo, então, a possibilidade de superar esse óbice de conhecimento.

Além do mais, a decisão levará ao deslinde urgente de uma questão importante que paira no Direito Privado e que está realmente a intranquilizar toda a sociedade brasileira, que é o confronto dos arts. 1.790 a 1.830 do Código Civil na redação de 2002. São dois dos dispositivos mais angustiosos apresentados pelo novo Código Civil de 2002. De forma que aquilo que abrevia o conhecimento, processual, que cria um certo atalho para que o tribunal competente ao julgamento das questões de Direito Privado, que é o Superior Tribunal de Justiça, venha decidir, desde logo, parece-me muito recomendável, devendo-se realmente acolher e queimar essa etapa.

Estou, portanto, votando com o Relator, *data venia* da divergência, conhecendo do incidente.

Ministro SIDNEI BENETI

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2009/0160051-5      **AI no**  
**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.354 / PB**

Números Origem: 20020077473375001    20020077473375002    200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 03/10/2012

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

**Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA  
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO  
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**CERTIDÃO**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

