

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL**

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 0019097-
98.2011.8.19.0000.**

**ARGUENTE: 5ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA.**

Interessado 1: LUCILENE FERNANDES PORTO.

Interessado 2: MAUREVER SA PINTO GOES e outro.

Relator: Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO (15.056)

Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a "nova família". Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0019097-98.2011.8.19.0000, em



que é arguente a QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA e interessados LUCILENE FERNANDES PORTO e MAUREVER SA PINTO GOES e outro.

A C O R D A M os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação por maioria, **DAR PROVIMENTO** à arguição, para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1790, inciso III, do Código Civil, e determinar o retorno dos autos a 5ª Câmara Cível para que decida o agravo de instrumento.

R E L A T Ó R I O

Arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, o qual determina que o companheiro ou companheira terão direito a um terço da herança, caso venham a concorrer com outros parentes, além dos herdeiros necessários.

2. O incidente foi suscitado no agravo de instrumento ajuizado por Lucilene Fernandes Porto contra a decisão interlocutória do juiz da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da comarca da Capital (fls.2/16), que, no inventário dos bens deixados por Luiz Paulo Asber de Góes, declarou que a agravante (companheira do morto) *“não faz jus à meaçaõ do imóvel sito na Rua Nascimento Silva, nº 81, apto 1007, Ipanema, eis que adquiridos antes da união”* (sic – fls. 96).



3. Por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, a 5ª Câmara Cível arguiu o incidente de inconstitucionalidade, conforme artigos 480 e seguintes do CPC, artigo 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do STF (fls. 238/244).

4. O Ministério Público opinou pela procedência do incidente (fls. 250/263).

5. Os autos vieram conclusos em 19 de abril de 2012, sendo devolvidos para inclusão em pauta (fls. 264).

V O T O

6. Incidente suscitado pela Quinta Câmara Cível deste Tribunal no julgamento de Agravo de Instrumento, no qual se impugnava decisão que negou à companheira do *de cujus* a meação sobre o imóvel adquirido antes do início da união estável.

7. De saída, afasta-se o pedido de suspensão deste julgamento “até que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decida o A.I. no REsp n.º 1.135.354-PB”. Tal pretensão discrepa do estabelecido no art. 481, parágrafo único, do CPC, bem como da **Súmula 513** do Supremo Tribunal Federal. Senão vejamos:

8. A arguição incidental de inconstitucionalidade é decidida pelo Órgão Especial em razão da



reserva de plenário do art. 97 da Constituição. O cumprimento a esta regra constitucional está reforçado pelo teor da **Súmula Vinculante nº 10** do STF.

9. A própria natureza incidental da arguição de inconstitucionalidade exclui sua “suspensão” para que se espere a decisão de outra Corte. Afinal, este julgamento ficará integrado ao acórdão que decidir o agravo de instrumento no qual houve a suscitação. Os litigantes naquele recurso não podem ficar esperando que outro Tribunal aprecie a matéria, a fim de permitir o julgamento do incidente.

10. Isto fica bem claro pelo teor da **Súmula 513** do Supremo Tribunal Federal. Ali está esclarecido que o Recurso Extraordinário será apresentado não contra o acórdão da arguição de inconstitucionalidade, mas impugnará o *decisum* do órgão que completará o julgamento.

11. Indeferida a suspensão deste julgamento, passa-se a decidir o incidente:

12. O dispositivo impugnado do novo Código Civil tem a seguinte redação:

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

(...)

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

13. Tal norma está localizada no Livro V (Direito das Sucessões), Título I (Sucessão em Geral), Capítulo I (Disposições Gerais) do Código Civil de 2002.

14. Verifica-se, desde logo, a inadequação topológica do dispositivo legal. Tenha-se em conta que, o tema não diz respeito às "*disposições gerais*" em matéria sucessória. Ele deveria ter sido tratado no capítulo relativo à "*ordem da vocação hereditária*".

15. Por sua vez, o art. 226, §3º, da Constituição Federal reconhece a união estável, entre homem e mulher, como entidade familiar, estabelecendo a isonomia entre cônjuges e companheiros.

16. A inconstitucionalidade deste dispositivo da nova lei civil não foi reconhecida pelos Tribunais paulista e gaúcho, sempre por maioria de votos, conforme se depreende dos julgamentos das **A.I. 043423-72.2010.8.26.0000** (SP) e **70.029.390.374** (RS) daquelas qualificadas Cortes Estaduais.

17. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do **REsp 1.135.354-PB**, em lúcido voto

do Ministro LUIZ SALOMÃO, suscitou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do NCC, a qual teve seu julgamento iniciado na Corte Especial do STJ, com divergências salientes.

18. Porém, a motivação que ensejou a suscitação da A.I. pela Quarta Turma do STJ deve ser aqui adotada para que se reconheça a procedência deste incidente de inconstitucionalidade. Transcreve-se, verbi:

“Depois de prever a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido, o artigo determina a concorrência com "outros parentes sucessíveis", o que abarca os ascendentes ad infinitum (art. 1.591) e os colaterais até o quarto grau (arts. 1.592 e 1.839).

Como é de conhecimento cursivo, os colaterais de quarto grau do falecido são os primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto". Ou seja, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta daqueles), o companheiro sobrevivente concorre também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos (segundo grau); sobrinhos e tios (terceiro grau); e primos, "sobrinho-neto" e "tio-avô" (quarto grau).

(...)

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do de cujus com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do de cujus ("na

falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira." (in DJe 02.06.2011)

19. A inconstitucionalidade do inciso em questão é destacada pela mais qualificada doutrina. As "Instituições de Direito Civil" do professor **CAIO MARIO** (atualizada pelo professor C. R. Barbosa Moreira) destacam:

*"Em compensação, o Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resultava da primeira daquelas duas leis, **situou o companheiro em posição pior na ordem de vocação hereditária**: na ausência de descendentes e de ascendentes, a partir da vigência do novo diploma, **o companheiro passou a ser chamado em concorrência com "outros parentes suscetíveis", e não mais na qualidade de herdeiro único** (Lei 8.971/94, art. 2º, nº III). No sistema agora em vigor, apenas quando o de cujus não tinha parente sucessível algum é que se atribuirá ao*

companheiro a herança em sua integralidade. Identifica-se, no ponto, injustificável retrocesso” (grifos do relator)

20. No mesmo sentido, confirmam-se os ensinamentos de **FLÁVIO TARTUCE** no artigo “Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro” (in www.ambitojuridico.com.br), **ANA PAULA RIBEIRO ROCHA DE OLIVEIRA** em “A Sucessão na União Estável” (in www.planalto.gov.br), **MARCO ANTONINI**, em “Código Civil Comentado” (pag. 1780), **REZENDE DANTAS JUNIOR** (Revista Brasileira de Direito de Família, volume 7, nº 29, pag. 14) e **EUCLIDES DE OLIVEIRA**, em “Direito de Herança, a Nova Ordem de Sucessão” (pag. 165).

21. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união estável homossexual, sublinhou a impossibilidade de diferenciações em nome das garantias constitucionais, isonomia e dignidade da pessoa humana. Confirmam-se os acórdãos unânimes que decidiram a **ADIn 4277-DF** (Pleno do STF, DJe 14.10.2011) e **ADPF 132-RJ** (Pleno do STF, DJe 14.10.2011).

22. A Corte Constitucional ampliou, criativamente, a interpretação da norma do art. 226, §3º, da Carta de 1988, a fim de garantir às denominadas “uniões homoafetivas” (sic) os mesmos direitos entre homem e mulher. Essa orientação do STF está realçada de maneira peremptória no julgamento do **Ag. Reg. no R.E. 477.554-MG**. Ali o relator destacou “a dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da Família Moderna”.

23. O artigo 1.790, inciso III, do NCC, quando coloca o companheiro, em posição subalterna aos colaterais do *de cujus*, fazendo prevalecer as relações de sangue sobre aquelas da afetividade, discrepa dos artigos 1º, inciso III; art. 5º, §2º e 226, §3º, da Constituição, bem como da interpretação da Suprema Corte, da doutrina e dos costumes destes tempos interessantes em que vivemos.

24. Assim sendo, **JULGA-SE PROCEDENTE** a arguição para o fim de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 1790, inciso III, do Novo Código Civil. Não se aplica a esta decisão o efeito vinculante previsto nos artigos 481, parágrafo único, do CPC c/c art. 103 do Regimento Interno, uma vez que a votação, por maioria, não atingiu os 17 votos exigidos pela norma regimental.

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2012.

Desembargador **BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO**
R E L A T O R

