

CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE NA LEI, NA DOCTRINA E NOS TRIBUNAIS¹

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²

COMO PRIMEIRAS PALAVRAS



o Brasil, infelizmente, passamos por um intenso problema com relação à interpretação de dispositivos legais referentes à concorrência sucessória de cônjuge ou de companheiro sobreviventes com os descendentes do autor da herança.

Com a publicação e entrada em vigor do Código Civil, em 2003, e com as alterações de monta que ali foram produzidas, de sorte a reconfigurar a trajetória e o destino da sucessão por morte dos brasileiros, o que se esperava, tanto na mídia quanto na Academia, era que acontecesse um movimento no sentido de esclarecimento da população em geral, como já havia acontecido, no passado, com outros importantes e inovadores temas, como as relações de consumo, por exemplo, e o correspondente Código de Defesa do Consumidor. De certo modo, todos os brasileiros “conhecem” minimamente os seus direitos, como ator consumerista.

¹ Palestra proferida no dia 12.05.2014, na cidade de Lisboa (PT) no evento “Jornadas Científicas FDUSP/FDUL”, coordenado pelos Professores Doutores Fernando Araujo (FDUL) e José Fernando Simão (FDUSP), realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

A ausência de divulgação e informação geral a respeito das significativas alterações pelas quais passou o Direito das Sucessões no Brasil tem como consequência o fato de que “poucas são as pessoas, leigas ou não, que sabem descrever o destino e endereçamento de seus bens, para depois de sua morte. As dúvidas a todos assolam e as opiniões e pontos de vista díspares se multiplicam no cenário jurídico e judicial, colaborando, não para a construção de um cenário mais esclarecedor, mas, sim, para o aumento da incompreensão, da confusão e das decisões díspares”.³

Mesmo os profissionais da área jurídica, 11 anos depois do início de vigência do Código, encontram muitas dificuldades, principalmente à face da maneira dezesosa e até mesmo atrapalhada, com a qual o novo regramento foi escrito. As desculpas e explicações são inúmeras, soltas por todo o canto, mas a verdade é uma só: “o Código deixa à deriva inúmeros aspectos, corriqueiros na vida comum, sem uma indicação mais precisa do caminho a ser adotado, empurrando à literatura e à resposta judicial as tentativas de superação de seus *vazios*”.⁴

Se estes *vazios* fossem apenas lacunas da lei, nada de excepcional ocorreria, uma vez que a lei não pode prever todas as situações, exatamente porque ela é impessoal, geral e abstrata. Esta ocorrência é normal. Mas no caso em relato, não se trata de uma simples deficiência a ser suprida pelos normais modos de fazê-lo, como se sabe. Como tenho repetido, em minhas considerações, o que aconteceu mesmo – e infelizmente – “foi uma espécie de indiferença, uma falta de atenção ou cuidado, no sentido de fazer constar, por previsão explícita, hipóteses das mais corriqueiras na vida dos homens e das sociedades”.⁵

O resultado de um desacerto legislativo como este acar-

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.387.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Idem, ibidem*, p.388.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Idem, ibidem*, p.388.

retou, como não podia deixar de ser, decisões judiciais díspares, o que causa sofrimento ao direito, uma vez que não consagram o justo, como deveria ser. E mais, estas distintas decisões judiciais não resultam – e é muito importante que se registre – “da insuficiência ou do desmando judiciário, mas tão somente da falha do legislador brasileiro, por ter produzido, não acidentalmente, um vazio de previsão”.⁶

O ESTADO DA ARTE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO BRASIL

a. O ESTADO DA ARTE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O instituto da concorrência sucessória não foi conhecido pelo direito brasileiro, antes do Código Civil de 2002. No entanto, e como aconteceu com praticamente todo o V Livro do Código, o regramento da concorrência sucessória deixou transparecer, mais uma vez, a ausência de um verdadeiro sistema de direito, o que tem causado, entre nós, um enorme descompasso em tantos aspectos ou planos, bem como e até mesmo, um desastrado acúmulo de regras descombinadas entre si, o que apenas faz nascer e se multiplicar um sem-número de casos da vida real que não conseguem encontrar guarida segura na fortificação legal.

O novo Estatuto Civil manteve a ordem da vocação hereditária, já tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o cônjuge ocupando o terceiro lugar na chamada sucessória, depois dos descendentes e dos ascendentes e antes dos colaterais. Mas garantiu ao cônjuge sobrevivente, certa posição de igualdade – e, por vezes, até de primazia – relativamente aos descendentes, mas também relativamente aos ascendentes que são chamados a herdar.

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Idem, ibidem*, p.389.

O art. 1.829 do CC, então, organiza a chamada vocatória, em níveis de preferência (por classes e por graus, em divisão por cabeça), a tudo somando a chamada concorrente do cônjuge sobrevivente, desde que se preencham todos os pressupostos ali apontados, referentes ao regime de bens adotado no casamento e à situação que teve, de convívio, com o agora falecido, se a concorrência se der com os descendentes do autor da herança. Por outra parte, se a concorrência se der com os ascendentes do morto, a lei não descreve pressupostos que devam ser preenchidos, a validar a referida concorrência. Vale dizer, apenas se dá a concorrência do cônjuge com os ascendentes, em todos os casos.

Veja-se a letra do dispositivo legal em evidência:

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. [grifo nosso]

“Como se observa, o cônjuge viúvo está, neste rol preferencial de vocação hereditária, em terceiro lugar, mas se posiciona favorecido igualmente nas duas primeiras e antecedentes classes, eis que a lei dispõe acerca de sua concorrência com aqueles primeiros chamados a herdar, isto é, com os descendentes e com os ascendentes do falecido. A imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes, em relação ao apreço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual. Por isso é que a quota do cônjuge aumenta de acordo com a classe em que se encontre (art. 1.832 do CC). A aquisição da fração hereditária que será deferida ao cônjuge supérstite dependerá da

verificação daqueles pressupostos registrados em lei, como já mencionados, que garantirão, do ponto de vista social, a harmonia e a continuidade da vida em comum, como forma de legitimar a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar, ‘*seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação direta de apoio, de economias, da harmonia, e até de sacrifícios*’⁷, apenas para ficarmos na enumeração expendida por Caio Mário da Silva Pereira, ‘um dos maiores defensores do reconhecimento do cônjuge não só como herdeiro preferencial mas também como herdeiro necessário’^{8,9}.

No entanto – e este é o ponto nevrálgico a ser anotado – a concretude da disposição legal não aconteceu, na prática, por uma razão surpreendentemente simples e até mesmo inexplicável: a norma não havia sido testada antes de sua publicação e vigência. Um dos mais significativos dispositivo legal que registra esta realidade é o art. 1.832 que tem, por finalidade, tecer regras sobre como devem ser calculados os quinhões hereditários dos herdeiros, em caso de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes do falecido. Diz o dispositivo:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, *não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança*, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. [Grifo nosso]

Mas, não fez, o legislador, a previsão de como seria o cálculo dos quinhões se a concorrência se desse com *descendência híbrida* do falecido, isto é, com descendentes comuns a ele e ao cônjuge concorrente e também com descendentes ex-

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, p. 129.

8 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil, p. 224.

9 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.403.

clusivos do morto. A ausência desta regra criou toda a sorte de empecilhos para que a resposta judicial, aos casos concretos, desde 11 de janeiro de 2003 (data de início de vigência do Código Civil), acontecesse de maneira harmoniosa e comum a todos os casos. A dúvida que remanesce, diante da ausência de específica previsão legislativa para a hipótese de concorrência do cônjuge sobrevivente com descendência híbrida do falecido, diz respeito afinal ao fato de se interpretar, com correção, *se a reserva da quarta parte dos bens a inventariar deve prevalecer, ou não, a favor do cônjuge concorrente*.

Este é o quadro sucessório concorrente que é possível deixar registrado, ainda que de modo sumário, para a sucessão do *cônjuge sobrevivente*.

Mas, se ao invés de casamento, tivessem sido aquelas pessoas unidas pela união estável? Como seria a concorrência sucessória do *companheiro sobrevivente*, especialmente quando ela se desse com a descendência híbrida do companheiro falecido? O Código Civil dispôs a respeito da sucessão do companheiro em *locus* legislativo bem distinto do que aquele em que se encontra a regulamentação para a sucessão do cônjuge. O dispositivo legal é o do art. 1790 do Código, artigo este que se encontra sob o Capítulo I – Disposições Gerais, do Título I – Da Sucessão em Geral. Já o art. 1829, acerca da sucessão do cônjuge, encontra-se adiante, no Título II – Da Sucessão Legítima...

Eis o que dispõe, então, o art. 1790, sobre a sucessão do cônjuge, com ênfase para a sua concorrência sucessória com a descendência híbrida do falecido:

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 1/3 (um terço)*

da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (Grifos nossos)

O que tem sido amplamente discutido no meio acadêmico e científico, relativamente a esse dispositivo, é o fato de ele possuir mais problemas do que seria possível suportar um único preceito legal. São muitos os seus pontos nevrálgicos e são muitos os reclamos e clamores dos estudiosos, intérpretes e aplicadores do direito na direção não apenas da falta de prumo e de substância do dispositivo mas, sobretudo, de sua estrutura inconstitucionalmente acintosa.

Na verdade, a Constituição Federal, promulgada em 1988, determina que:

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.

O que quis o legislador constitucional, parece-nos inde-ne de dúvida, foi *equalizar* o casamento e a união estável, emparelhando cônjuges e companheiros em uma mesma linha de proteção pelo Estado, eis que tanto uma situação como outra se desenham constitucionalmente como *entidades familiares*.

Mas o Código Civil, ignorando o percurso corajoso do tratamento dos direitos pertinentes àqueles que preferem viver em uniões estáveis, dispôs de forma incompreensivelmente retrógrada – para não dizer preconceituosa – em relação aos companheiros, quando comparados aos cônjuges, como já tivemos oportunidade de mencionar¹⁰. Gilmar Ferreira Mendes muito bem registra esses descompassos da lei, advertindo sobre os perigos decorrentes, quando diz que:

A formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a siste-

¹⁰ Ver Capítulo 7 – Vocação, especialmente o item 7.5 (Sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente), com ênfase nas críticas contundentes de Zeno Veloso.

*mática vigente, incongruência, inconstitucionalidade etc.*¹¹

b. O ESTADO DA ARTE NA DOUTRINA BRASILEIRA

Primeiramente, faço algumas considerações a respeito da posição da doutrina quanto à *sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente*, das as dificuldades deixadas pelo legislador, conforme antes anotado.

A doutrina nacional, desde a promulgação e vigência da Lei Civil que ora vige, tem se debruçado sobre inúmeros métodos de interpretação para a tentativa de identificar critérios que fossem coerentes e que pudessem albergar a solução justa a ser oferecida pelas decisões de primeiro grau, ou pelas decisões de instâncias superiores, aos casos concretos.

Por meio de uma observação atenta e criteriosa da realidade judicial, os doutrinadores esboçaram certos critérios básicos que têm sido usados pelos julgadores, e que podem ser reduzidos ao número de apenas três, uma vez que quaisquer outros critérios que pudessem ser aventados não passariam, apenas, de simples variações daqueles três apontados. São estas as mais prováveis propostas de solução que se tem conhecido e aplicado, mas a verdade é que nenhuma delas – sempre é imperioso repetir – é suficiente para dar feição definitiva à partilha; ao contrário, todas as soluções que possam ser oferecidas são, invariavelmente, passíveis de contestação recursal. O que é sempre muito ruim, se o assunto é divisão de quinhões em sucessão *causa mortis*...

Resumidamente, eis as três propostas, ou os três critérios, que têm sido mostrados pela doutrina e, algumas vezes, acolhidos pelas decisões judiciais:

- *Primeira proposta*: deriva de critério adotado pelo intérpre-

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas, *passim*.

te ou pelo julgador que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente.

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: sobreviria prejuízo aos herdeiros descendentes exclusivos do falecido, porque teriam suas quotas diminuídas para que se pudesse compor a quota mínima a ser amealhada pelo cônjuge concorrente. Prejudicados, por certo recorreriam da decisão, sob a alegação de estarem desobrigados, pelo legislador, a observar a destinação mínima ao cônjuge viúvo que não é seu ascendente.

- *Segunda proposta:* deriva de critério, adotado pelo intérprete ou pelo julgador, que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se *todos fossem descendentes exclusivos do falecido*.

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: sobreviria prejuízo ao cônjuge viúvo que com eles concorre, pois se veria privado da garantia de amealhar minimamente a quarta parte do monte. Prejudicado, por certo recorreria da decisão, sob a alegação de ser ascendente de parte dos sucessores do falecido.

- *Terceira proposta:* deriva de critério que prevê a divisão do monte partível em dois submontes, um proporcionalmente correspondente ao número de descendentes comuns e outro proporcionalmente correspondente ao número de descendentes exclusivos, aplicando-se a cada um deles, e a seu turno, as regras próprias. Ao submonte dos comuns aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes comuns (resguardando-se a quarta parte a favor do cônjuge viúvo, ascendente deles); ao submonte dos exclusivos aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes exclusivos (dividindo-se em iguais porções, sem a obrigatoriedade de

resguardar, minimamente, a quarta parte).

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: de alguma forma uns ou outros dos herdeiros (comuns ou exclusivos) se sentiriam prejudicados porque, ao final dos cálculos baseados neste princípio matemático da proporcionalidade, o resultado mostraria desigualdade nas quotas a serem recebidas por uns e outros dos herdeiros, o que contraria o art. 1834 do próprio Código Civil e que também afronta ditames de natureza constitucional. E certamente todos os que se sentissem prejudicados poderiam recorrer da decisão assim prolatada...

E quotas desiguais não são admitidas no nosso sistema de direito sucessório, sequer na ambiência constitucional, que exige que todos os filhos sejam tratados de igual maneira, independentemente de sua origem. No Código Civil, o comando legal equivalente é o art. 1834:

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe *têm os mesmos direitos* à sucessão de seus ascendentes. [Grifo nosso.]

Como se vê, não é possível encontrar uma solução matemática que possa atender a todos os dispositivos do Código Civil, o que nos parece correr no sentido de abrir a chance de respostas judiciais as mais diversas possíveis, num oferecimento de soluções diferentes para casos iguais. O ideal seria – tanto já se disse – que o legislador ordinário corrigisse o texto em comento, e o refizesse de modo a que todas as hipóteses (incluindo, principalmente a concorrência sucessória de cônjuge sobrevivente com descendência híbrida do falecido), evitando, assim, o dissabor de *soluções e/ou interpretações* que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermenauta quando intentam terminar a incompletude legal.

Já no que diz respeito à *sucessão concorrente do companheiro sobrevivente*, registro que aquele art. 1790 do Código Civil acarretou – não podia mesmo ter sido diferente – a crítica da doutrina que entendeu como desarrazoada tal discrepância,

não havendo base para que o companheiro sobrevivente ficasse em uma situação distinta, e, às vezes, por incrível que possa parecer, até mais benéfica e vantajosa do que a do cônjuge supérstite¹². A necessidade de alteração legislativa é, pois, evidente, se o escopo for o de se retornar a uma circunstância de equilíbrio, com o traçado de paridade das situações dos casados e dos companheiros, em matéria sucessória.

O conserto dependia de uma moderada intervenção; o ajuste carecia de pequena modificação. Contrariando estas expectativas, o [...] Código Civil promove [u]m recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás¹³.

Restou, para a reflexão doutrinária a imensa questão a respeito da constitucionalidade daquele dispositivo (1790).

c. O ESTADO DA ARTE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Primeiramente, faço breve anotação a respeito da posição de nosso Poder Judiciário, quanto às decisões que têm sido prolatadas para os casos de *concorrência sucessória do cônjuge* com a descendência híbrida do cônjuge sobrevivente. Infelizmente, se tem julgado, nesses 11 anos de vigência do Código Civil, de maneira variada; o que se tem notado é a tendência enorme de partilhas amigáveis, isto é, feitas por acordo entre os herdeiros, de maneira que, nesses casos, o inventário se extinguiria sem sequenciamento de segundo grau.

Já as Cortes mais altas, acima de nossos Tribunais estaduais, não conheceram da matéria em número de vezes que fosse suficiente para a construção de solução sumulada, o que igualmente poderia resolver o assunto tão preocupante.

E assim, a posição jurisprudencial para estes casos que

¹² Conforme VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, p. 242.

¹³ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, p. 242.

agora examino, é praticamente inexistente. À face do caso concreto, o juiz julga conforme melhor pareça à sua convicção pessoal. Mas não deixo de anotar, contudo, que parece começar a emergir uma tendência jurisprudencial, neste momento, de *não se manter a reserva da quarta parte* a favor do cônjuge sobrevivente que concorre com descendência híbrida do falecido.¹⁴

Por outra parte, no que diz respeito à *concorrência sucessória do companheiro* sobrevivente com a descendência híbrida do morto, a presença significativa, nos Tribunais, é aquela que discute a respeito da *constitucionalidade* ou da *inconstitucionalidade* do art. 1790 do Código Civil. As posições se dividem, mas acredito que no momento atual esteja acontecendo interessante movimento de nossas Câmaras julgadoras no sentido de encaminharem seus entendimentos para a *inconstitucionalidade* do dispositivo.

Tal solução, no entanto, não melhoraria muito o problema, pois a sucessão do companheiro, por analogia constitucional passaria a ser tratada de modo equalizado à do cônjuge, com base nos arts. 1829 e 1830 do Código. Como já vimos, a solução exata e definitiva advinda da aplicação desses dispositivos é ainda muito insipiente...

É verdade, ao que parece e pelo levantamento jurisprudencial até aqui realizado, que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil tem prevalecido nos julgados brasileiros, mas não há uma uniformidade de posicionamentos nem no mesmo Tribunal Estadual, nem no Tribunal Superior. Eis uma breve demonstração, nos dois principais Tribunais de Justiça brasileiros, o do Estado de São Paulo e o do

¹⁴ Assim afirma, por exemplo, Flávio Tartuce em sua obra *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 7ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora GEN/Método: 2014, p. 196-197. Este autor refere, ainda, que também preferem esta solução vários outros autores brasileiros, como por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Euclides de Oliveira, Zeno Veloso, entre outros.

Estado do Rio de Janeiro:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – TJSP

Pela inconstitucionalidade:

- Apelação com Revisão nº 587.852.4/4. Acórdão 4131700, 9ª Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues (2009), mas com a remessa do processo para o Órgão Especial do Tribunal, para julgamento. No Estado de São Paulo parece prevalecer a tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal, aplicando-se, à sucessão do companheiro sobrevivente, as mesmas regras aplicáveis à sucessão do cônjuge sobrevivente, especialmente arts. 1829, I e 1832, ambos do Código Civil, por ser esta a interpretação que se faz em conformidade com a Constituição Federal (art.226). Por exemplo:
 - Apelação Cível 520.626.4/3 – Acórdão 4223691, 4ª Câmara de Direito Privado, Piracicaba, Rel. Des. Teixeira Leite (2009).
 - Agravo de Instrumento 0078186-86.2013.8.26.0000, Acórdão 6878634, Peruíbe, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville (2013).
 - Agravo de Instrumento 994.09.283225-0, Acórdão 4391378, 1ª Câmara de Direito Privado, Bauru, Rel. Des. De Santi Ribeiro (2010).
 - Agravo de Instrumento 0042701-25.2013.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Caetano Lagrasta (2013).

Pela constitucionalidade:

- Agravo de Instrumento 589.196.4/4, Acórdão 3474069, 2ª Câmara de Direito Privado, Bragança Paulista, Rel. Des. Morato de Andrade (2009).
- Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26.0000; Rel. Des. Cauduro Padin; Órgão Especial (2011).
- Arguição de Inconstitucionalidade 0434423-72.2010.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, Órgão Especial (2011).

No Estado de São Paulo, então, “a *constitucionalidade* do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva e da súmula vinculante nesse sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconsti-

tucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional”.¹⁵ O Órgão Especial entendeu, portanto, que não há equalização constitucional entre casamento e união estável, e que o legislador ordinário teria podido, sim, estabelecer regras sucessórias diferentes para uma ou outra modalidade de entidades familiares.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – TJRJ

Pela inconstitucionalidade

- Arguição de inconstitucionalidade 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, (2012).
- Arguição de inconstitucionalidade 0019097-98.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, (2012).

No Estado do Rio de Janeiro, portanto, o Órgão Especial entendeu pela *inconstitucionalidade* do inciso III do art. 1.790 do CC, por duas vezes, eis que houve duas arguições de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, em julgamentos realizados em junho e agosto do [mesmo] ano. Da primeira decisão, já foram interpostos recursos especial e extraordinário, ainda pendentes de análise de admissibilidade. O TJRJ, então, decidiu que o disposto no art. 1790 do Código Civil correspondia a um imperdoável retrocesso aos direitos já reconhecidos à união estável, no que diz respeito às leis da década de 90, principalmente a Lei nº 9.278/96.

No que diz respeito aos demais Tribunais estaduais brasileiros, anoto que são poucos os que já veem definindo suas posições, mas de modo ainda bastante tímido, diga-se assim. Vejamos aqueles que têm realmente alguma manifestação indicativa de posicionamento, ao menos neste momento da coleta jurisprudencial que se faz:

15 Agravo de Instrumento nº 0225760-84.2011.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi – voto nº 9.867 (2012) acesso em 09/06/2014: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6171159>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – TJRS

Pela inconstitucionalidade

- Agravo de instrumento 70022652879, 8ª Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz (2008).

Pela constitucionalidade

- Agravo de instrumento 70025169244, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Claudir Fidellis Faceenda (2008).
- Agravo de Instrumento 0268760-56.2013.8.21.700

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ – TJPR

Pela inconstitucionalidade

- Agravo de instrumento 536.589-9/01, Curitiba, Rel. Des. Sérgio Arenhart (2010).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJMG

Pela constitucionalidade

- Agravo de instrumento 1.0512.06.032213-2/002, Rel. Des. Paulo César Dias, Corte Superior (2011).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF

Pela constitucionalidade

- Agravo de Instrumento 2010 002 004631 – 6, Rel. Des. Otavio Augusto, Conselho Especial (2010).
- Agravo de Instrumento 2011 00 2 012701-4, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Maria Duarte Amarante Brito (2011).
- Recurso 2012.05.1.008499-9, Acórdão 742.035, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Esdras Neves (2012).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE – TJSE

Pela inconstitucionalidade

- Incidente de Inconstitucionalidade 2010114780, Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Tribunal Pleno (2011).

Ainda são poucos os Tribunais estaduais, entre nós, que possuem julgamento pelo Órgão Especial, a respeito da *inconstitucionalidade incidental* do art. 1790 do Código Civil. O que

se encontra, nas listagens dos julgados, são decisões isoladas prolatadas em Agravos de Instrumento, quase sempre interpostos à face de decisão que, adotando um ou outro posicionamento, determinou a retificação do plano de partilha para readequação dos quinhões. Outros ainda aguardam pronunciamento do Órgão Especial.

A nossa Corte Suprema tem invalidado boa parte das decisões dos Tribunais estaduais que desatendem à Constituição Federal e praticam o controle indireto de constitucionalidade. Os Tribunais estaduais não têm observado o quórum necessário, nos julgamentos que pronunciam em incidentes de inconstitucionalidade, e declaram a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade, do referido art. 1790 do Código Civil, com um quórum equivalente à maioria simples, apenas. Duas estudiosas brasileiras do assunto, Caroline Said Dias e Fernanda Barbosa Pederneiras Moreno, num estudo denominado *Cenário jurisprudencial atual sobre a Inconstitucionalidade das diferenças no tratamento sucessório de cônjuges e companheiros*, prepararam uma tabela bastante didática que admite uma boa visualização a respeito do quanto se procurou demonstrar, até aqui, a respeito do estado da arte da resposta judicial que os Tribunais e as Cortes têm dado, à face dos casos concretos. Ela segue ao final deste estudo.

Ao encerrar estas minhas breves palavras, desejo registrar a honra que me toma e me encanta, pelo fato de tão honroso convite, e pela oportunidade de trazer meus estudos a esta famosa Universidade européia, na presença de tão ilustres e destacados pares lusitanos.

Muitíssimo obrigada aos coordenadores deste belo evento denominado “Jornadas Científicas FDUSP/FDUL”, Professor Dr. José Fernando Simão e Professor Dr. Fernando Araújo, respectivamente, pelas instituições mencionadas.



Tabela Consultiva

| Tribunal | Incidente de Inconstitucionalidade | Posição majoritária |
|-----------------|-------------------------------------------|----------------------------|
| STF | Tem reclamação ainda não decidida | sem posicionamento |
| STJ | Ainda não decidido | pela inconstitucionalidade |
| TJPR | declaração de inconstitucionalidade | inconstitucionalidade |
| TJRS | declaração de constitucionalidade | constitucionalidade |
| TJSC | Ainda não decidido | inconstitucionalidade |
| TJSP | declaração de constitucionalidade | inconstitucionalidade |
| TJRJ | declaração de inconstitucionalidade | inconstitucionalidade |
| TJMG | declaração de constitucionalidade | inconstitucionalidade |
| TJES | declaração de constitucionalidade | constitucionalidade |
| TJDF | declaração de constitucionalidade | constitucionalidade |
| TJMS | não há | constitucionalidade |
| TJMT | não há | constitucionalidade |
| TJGO | não há | inconstitucionalidade |
| TJAL | não há | não há posicionamento |
| TJBA | não há | não há posicionamento |
| TJCE | não há | não há posicionamento |
| TJMA | não há | não há posicionamento |
| TJPE | não há | não há posicionamento |
| TJPB | não há | não há posicionamento |
| TJPA | não há | não há posicionamento |
| TJPI | não há | não há posicionamento |
| TJSE | declaração de inconstitucionalidade | inconstitucionalidade |
| TJRN | não há | não há posicionamento |
| TJTO | não há | não há posicionamento |
| TJAP | não há | não há posicionamento |
| TJRO | não há | não há posicionamento |
| TJRR | não há | não há posicionamento |
| TJAC | não há | não há posicionamento |
| TJAM | não há | não há posicionamento |

Acessível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24213422 (Abril de 2014)