



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito sucessório na união estável com regime de separação convencional de bens

Thadeu Cantarino Pereira Ramos

Rio de Janeiro
2015

THADEU CANTARINO PEREIRA RAMOS

O direito sucessório na união estável com regime de separação convencional de bens

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL COM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Thadeu Cantarino Pereira Ramos

Graduado pela Universidade do Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público. Advogado.

Resumo: O art. 1.790 do Código estabelece o direito sucessório na união estável. Entretanto, caso seja feito o contrato de convivência por escritura pública estabelecendo o regime de separação absoluta, o companheiro supérstite não terá direito de pleitear qualquer bem do autor da herança. Diante desse panorama, a doutrina e jurisprudência tem se inclinado pela inconstitucionalidade total do dispositivo. A essência do trabalho é abordar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Janeiro diante dessas questões, apontando que a vontade na constituição do tipo de família, bem como o regime de bens escolhidos pelos conviventes se projetam após a morte.

Palavras-chave: União estável. Sucessão. Separação convencional de bens.

Sumário: Introdução. 1. O direito sucessório na união estável. 2. Reflexos do contrato de convivência estipulando o regime da separação convencional de bens após a morte. 3. Apresentação do posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro à luz do direito civil quanto a incomunicabilidade dos bens após a morte. 4. A constitucionalidade dos regimes sucessórios diferenciados nas instituições familiares. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto aborda o tema do direito sucessório na união estável quando os companheiros optam no contrato de convivência pelo regime de separação convencional de bens, incidindo somente no art. 1.790, I e II, do CC.

O art. 1.790, caput, do Código Civil, estatui que o companheiro supérstite somente concorrerá na sucessão do autor da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente na

vigência da união estável. Nesse passo, havendo contrato de convivência por escritura pública estipulando o regime de separação total de bens, o direito de meação e os adquiridos pelo companheiro falecido não irão se comunicar, uma vez que prevalecem os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, os quais se projetam após a morte.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro encampou o entendimento da mais alta qualidade do direito civil constitucional brasileiro, cujo conteúdo prestigia a confiança mútua, eticidade e lealdade dos companheiros na confecção contratual ao estabelecerem o regime de separação absoluta de bens, caso o companheiro supérstite requeira através de inventário os bens do autor da herança, uma vez que a vontade presente não poderá ser contraditada ao que foi estipulada em escritura pública.

Apesar do precedente jurisprudencial firmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual foi fonte de inúmeros trabalhos doutrinários para que o regime sucessório na separação convencional no casamento tornasse todos os bens comunicáveis, tal orientação não se sustentou, pois foi cedida pelo entendimento unânime da 2ª Seção do mesmo Tribunal, o qual aplicou a interpretação literal dos arts. 1.829, I, e 1.845, do Código Civil.

Todavia, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em nada afeta a sucessão no regime da união estável, uma vez que o companheiro supérstite tem regime próprio para receber o patrimônio do falecido, na forma do art. 1.790, e seus incisos, do Código Civil.

Nessa ordem de ideias, ainda existirá a incomunicabilidade dos bens da herança deixado pelo falecido caso ambos os companheiros confeccionem em vida, através do contrato de convivência o regime de separação convencional de bens, uma vez que pela própria leitura do dispositivo, o convivente supérstite só será herdeiro quanto aos bens comuns formado pelo casal.

O que se propõe, portanto, é uma análise da constitucionalidade do art. 1.790, I e II, do Código Civil, bem como conferir legitimidade da não interferência do Poder Judiciário na

forma de constituição da família que não seja o casamento, pois caso seja declarada a sua inconstitucionalidade, os companheiros não poderão fazer um planejamento sucessório adequado, uma vez que muitas dessas uniões decorrem de uma dissolução precedente com filhos de outros casamentos em que os companheiros procuram evitar não miscigenar o patrimônio no caso de falecimento.

1. O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil, no art. 1.790, *caput*, estabelece a participação da sucessão do companheiro supérstite nos bens do falecido, cuja leitura deixa claro que “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes.”¹

Todavia, na sucessão do cônjuge, principalmente no que tange a sua participação com os descendentes, na forma do art. 1.829, I, do Código Civil, a divisão do acervo hereditário quanto ao regime matrimonial de bens escolhidos pelos nubentes em vida irá fazer total diferença no falecimento de um dos nubentes, conforme a leitura:

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.²

Embora os dispositivos tratem da sucessão do companheiro e do cônjuge, o art. 1.790, *caput*, do Código Civil, ainda assim existem inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudências, no que tange ao convivente somente suceder aos bens adquiridos onerosamente

¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

² Ibid.

na união estável, uma vez que o regime sucessório do companheiro é totalmente desigual ao do cônjuge, violando o princípio da igualdade.

Salienta-se que, caso o falecido não adquira nada durante a constância da união estável, o companheiro supérstite não sucederá nenhum bem, tendo em vista que o dispositivo veda expressamente a transmissão dos bens particulares.

Diante disso, a doutrina de uma forma geral critica a inconstitucionalidade do art. 1.790, *caput*, e seus incisos, do Código Civil, haja vista que a sucessão do companheiro é um verdadeiro retrocesso em relação ao art. 1.829, I, do CC.

Apenas os incisos III e IV, do art. 1.790, Código Civil, foram declarados inconstitucionais por alguns Tribunais de Justiça, através dos Órgãos Especiais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a interpretação literal do dispositivo deixaria desamparada a família constituída pela união estável, prestigiando a família constituída pelo casamento, na forma do art. 1.829, I, do Código Civil.

A postura da interpretação jurisprudencial foi de igualar os incisos III e IV do art. 1.790, do CC a vocação hereditária do cônjuge segundo os termos do artigo 1838 do Código Civil, o qual deixa claro que “Em havendo falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”³

É imperioso destacar que os incisos III e IV, do art. 1.790, do CC, foram destacados pelo Supremo Tribunal Federal, o qual afetou o tema através da repercussão geral nº 823.421, no que tange à leitura correta conforme a Constituição Federal, cujo resultado está passível de julgamento pela Corte.⁴

Todavia, quanto a sucessão dos descendentes em concorrência com o companheiro

³ Ibid.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE. 823.421. Relator: Ministro Roberto Barros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599115>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

supérstite, na forma dos incisos I e II, do art. 1.790 do CC, a doutrina tem se preocupado somente em dissertar sobre a inconstitucionalidade total do dispositivo sem solucionar as respostas adequadas quando o autor da herança confecciona o contrato de convivência com regime de separação convencional de bens.

A jurisprudência tem enfrentado o tema timidamente através dos Tribunais de Justiça de alguns Estados, pois o tema é novo, uma vez que a legislação somente ampliou a possibilidade do regime de separação convencional de bens aos conviventes em 1996, diante da Lei 9.278, conforme o art. 5º:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os cônjuges, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.⁵

Ressalta-se que todos os temas enfrentados pelos Tribunais giram em torno do inciso II, do art. 1.790, do Código Civil, visto que o companheiro sobrevivente manifesta a sua vontade conjuntamente com o falecido no contrato de convivência com cláusula expressa de incomunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na união estável. Contudo, após a morte do *de cuius*, o companheiro supérstite ingressa no inventário requerendo a posse desses bens, junto com os descendentes do falecido.

Diante disso, o caso concreto chegou nas mais altas cortes do país, porém ainda não está sedimentado nos Tribunais, pois a interpretação jurisprudencial utiliza como fundamento o precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como principal aspecto a sucessão do cônjuge no regime de separação convencional de bens, na forma do art. 1.829, I, do CC.

Portanto o dispositivo merece a interpretação adequada, uma vez que diversas interpretações geram inseguranças jurídicas em torno da matéria, pois os Tribunais brasileiros são bem voláteis quanto aos seus posicionamentos, na interpretação do art. 1.790, II, do CC,

⁵ BRASIL. Lei 9.276, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

quanto ao regime de separação convencional de bens na sucessão da união estável.

2. REFLEXOS DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA ESTIPULANDO O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS APÓS A MORTE

Segundo ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo, o regime de bens “é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância de seu matrimônio.”⁶

Apesar da doutrina de Direito de Família conceituar o regime de bens somente como regramento das relações econômicas durante à vida dos cônjuges ou companheiro, o próprio art. 1.829, I, do CC, tem a *ratio essendi* da projeção do regime de bens após a morte.

Na união estável o regime de bens que rege é a comunhão parcial de bens, salvo se houver contrato escrito estipulando relação patrimonial de modo diverso, conforme o art. 1725, do CC, o qual dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”⁷

Conforme lições precisas de Francisco José Cahali⁸, o contrato de convivência “é o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação.”

Quando os companheiros não firmam quaisquer regimes de bens, o qual certamente será o da comunhão parcial, o convivente supérstite terá o direito da meação nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, bem como a quota hereditária sobre os mesmos bens, conforme a própria leitura do art. 1.790, II, do CC.

Por esse raciocínio várias ações questionaram a constitucionalidade do dispositivo,

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 287.

⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de mai. 2015.

⁸ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

uma vez que o direito hereditário na união estável era mais vantajoso do que no casamento, na forma do art. 1829, I, do CC, tendo em vista que o cônjuge supérstite só teria direito à herança aos bens particulares do falecido, mas nunca nos bens comuns.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o caso sem analisar a constitucionalidade do dispositivo, apenas destacando que a vocação hereditária tem que respeitar o instituto familiar escolhido pelos pretendentes.

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.⁹

No que tange ao regime de separação convencional de bens, tanto no casamento quanto na união estável, o cônjuge ou companheiro supérstite não terá direito à meação, bem como aos bens adquiridos pelo esforço próprio do autor da herança, os bens doados e herdados.

Todavia, no direito sucessório do casamento, a interpretação literal do art. 1829, I, do CC, não abrange a figura da separação convencional de bens, mas somente da separação obrigatória, a qual tem como causa o casamento que não observou os preceitos legais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em meados de 2009, através da sua 3ª Turma, interpretou sistematicamente a sucessão do cônjuge, segundo o art. 1.829, I, do CC, o qual obteve sucesso nos principais Tribunais de Justiça do país, pois o entendimento era de que a separação obrigatória se dividia em duas, quais sejam, em separação legal, na forma do art. 1.641, do CC, bem como a separação convencional, segundo os termos do art. 1687, do CC.

Em um segundo plano, o precedente firmou a linha de que deveria prevalecer o princípio da boa-fé objetiva e autonomia de vontade dos cônjuges quando firmarem o regime

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1117563. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1117563&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 jun. 2015.

de separação convencional de bens do casamento, não podendo após a morte, o cônjuge supérstite requerer através do inventário os bens particulares do falecido, uma vez que expressaram através da cláusula de pacto antenupcial que esses bens eram incomunicáveis.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.¹⁰

No entanto em junho de 2015, o próprio Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência na 2ª Seção, a qual estabeleceu que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens é herdeiro necessário, interpretando literalmente o art. 1829, I, do CC, fazendo uma leitura de que somente os cônjuges supérstites que tivessem estabelecido os regimes da comunhão universal, separação obrigatória de bens e a participação final nos aquestos não participariam da herança do falecido.¹¹

Na linha de todos os precedentes do Tribunal da cidadania, esse entendimento consolidado era esperado, uma vez que as disposições sobre o direito sucessório têm que ser interpretadas restritivamente, bem como o próprio art. 1.845, do Código Civil, o qual deixa claro que os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários

Apesar desse entendimento consolidado ser no sentido de que o cônjuge supérstite casado no regime de separação convencional ter direito à herança, tal entendimento não poderá ser alargado para a instituição familiar da união estável, pois o seu regime sucessório guarda nuances, na forma do art. 1.790 e seus incisos, do Código Civil, bem como o art. 1.845, do

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.749. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=992749&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1382170. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201382170>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

mesmo diploma que não prevê o companheiro como herdeiro necessário.

Por isso que, parte-se do entendimento de que o legislador diferenciou ambas as instituições familiares, na forma do art. 226, §3º, da CRFB/88, devendo ser guardadas as discussões sobre o regime sucessório no casamento em momento oportuno.

No que tange ao direito hereditário na união estável, o art. 1.790, *caput*, do CC, preceitua que o companheiro só irá herdar os bens do falecido caso tenha direito de meação sobre esses bens.

Assim, caso os conviventes firmem o regime de separação convencional na união estável, através de uma cláusula expressa confirmando a incomunicabilidade dos bens adquiridos durante a união estável, nota-se a impossibilidade da formação dos aquestos, portanto a razão da lei é que já não existe o direito de meação do casal, logo o direito hereditário é impossível pelo convivente.

Por esse raciocínio, percebe-se pela leitura do art. 1.790, do CC, que existe a incomunicabilidade total dos bens adquiridos onerosamente ao companheiro supérstite em herdar o patrimônio do falecido, uma vez que a cláusula da união estável foi clara em firmar a renúncia de qualquer presunção de esforço comum do casal, além do que o próprio dispositivo, condiciona o direito de sucessão do companheiro nos casos em que o mesmo é meeiro.

A própria doutrina, de maneira tímida, se curva a esse entendimento, conforme as lições de Maria Berenice Dias.

O companheiro participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (CC 1.790). A base de cálculo são os aquestos, tanto para apurar sua meação quanto para identificar a quota sucessória concorrente. Diante de tão clara explicitação, parece não haver dúvida de que o direito de concorrência seria somente sobre os aquestos. Esta é a tendência da doutrina: no mesmo local onde fez sua meação, o convivente fará sua sucessão, concorrendo com os descendentes, ascendentes e demais

parentes sucessíveis.¹²

Para Carlos Roberto Gonçalves, “a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro.”¹³

É imperioso ressaltar posicionamento doutrinário completamente oposto, o qual defende Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao escrever que “o direito hereditário do companheiro decorre da lei, independentemente do regime de bens norteador da relação de companheirismo.”¹⁴

Essa interpretação dos doutrinadores nada mais é do que a aplicação do regime sucessório do cônjuge, na forma do art. 1.829, I, do CC, porém os doutrinadores continuam aduzindo que “mesmo que o casal em união estável estipule um regime diverso, por meio de negócio jurídico, o direito hereditário permanecerá incidindo sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da relação (aquestos).”¹⁵

Note que os fundamentos dos civilistas subvertem a leitura do art. 1.790, caput, do CC, fazendo com que o companheiro herde os bens particulares do companheiro, cujo contrato foi estipulado de maneira contrária, ocultando o art. 1.725, do CC, no que tange ao regime de bens escolhido pelo casal.

No campo de direito de família os doutrinadores dissertam sobre a igualdade das instituições familiares, entretanto quando interpretam a sucessão do companheiro sobrevivente na união estável com separação convencional, não dão importância ao regime de bens e suas consequências, denotando a intenção de rasgar o que foi firmado aplicar isoladamente o art.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

¹³ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. VII. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 284.

¹⁵ *Ibid.*, p. 286.

1.790, do CC.

Por esse pensamento quanto ao regime de separação convencional de bens, o qual aplica-se de maneira oculta a sucessão do cônjuge, um ponto chama a atenção, pois não foi enfrentada pelos civilistas, caso o regime escolhido pelos companheiros na união estável fosse da comunhão universal, aplicaria cegamente o art. 1.790, do CC, ou seja, o sobrevivente só herdaria o que está prescrito em lei, não podendo ter direito à meação aos bens anteriores do que o casal construiu, na forma do art. 1.667, do CC, ou o debate da dissertação quanto a separação absoluta de bens é para demonstrar as desvantagens da sucessão do companheiro supérstite.

No campo jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem encampado o posicionamento de que o companheiro sobrevivente no regime de separação convencional de bens herdaria os bens do falecido, o que nada mais é do que o mero afastamento do art. 1.790, do CC, que trata do regime sucessório do companheiro em detrimento do regime sucessório do cônjuge.

INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS DA COMPANHEIRA À SUCESSÃO. HABILITAÇÃO. CABIMENTO. Comprovada a união estável, mesmo que a companheira não possua direito à meação, em decorrência de ter sido adotado o regime da separação obrigatória de bens, é herdeira relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, devendo ser deferido o seu pedido de habilitação no inventário. Incidência do art. 1.790, inc. II, do CCB. Recurso provido¹⁶

Essa construção doutrinária e jurisprudencial, viola a cláusula de reserva de plenário, na forma do art. 97, da CRFB/88¹⁷, bem como a Súmula Vinculante 10¹⁸, do Supremo Tribunal

¹⁶ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Relator: Desembargador: Sergio Fernando Vasconcellos Chaves. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057445777&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Federal, uma vez que deixa de aplicar o art. 1.790, do CC, ocultando a sua forma de afastamento da norma com fundamentos que destoam da hermenêutica jurídica.

Nessa ordem de ideias, qualquer Tribunal que trabalhe com essa interpretação estará legislando, uma vez que aplica uma norma em cotejo distinto, ou seja, o art. 1.829, I, do Código Civil, é aplicado ocultamente, quanto à sucessão do cônjuge supérstite com regime de separação convencional ao companheiro com mesmo regime.

Portanto, para que a leitura dos civilistas e do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul sejam aceitas, o art. 1.790, caput, do CC, deverá ser declarado inconstitucional perante o Supremo Tribunal Federal, pois utilizar interpretação para subverter a ordem jurídica é algo grave e intolerável no direito vigente.

3. APRESENTAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO A LUZ DO DIREITO CIVIL QUANTO À INCOMUNICABILIDADE DOS BENS APÓS A MORTE

Longe do tema ser pacificado em nível nacional, pois a matéria da concorrência do companheiro supérstite com os descendentes só está sendo analisada hodiernamente, uma vez que a possibilidade da escolha do regime de bens somente foi normatizada somente pela Lei 9.278 de 1996.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi a primeira Corte que interpretou o instituto de maneira avançada e adequada, pois utilizou todos os métodos da hermenêutica jurídica sem ferir o ordenamento constitucional.

Todos os acórdãos proferidos pelo Tribunal fluminense são decididos em sede de agravo de instrumento, pois na maioria das vezes os juízos *a quo* aplicam a ilegitimidade ativa do companheiro supérstite para figurar no inventário, julgando de forma terminativa para o

mesmo figurar na ação.

O primeiro acórdão foi lavrado pela relatoria do Desembargador Carlos Azeredo de Araújo, cujo teor foi ímpar, visto que enfrentou a incomunicabilidade total dos bens sob a ótica do próprio arts. 1.790, *caput*, e 1.725 do CC, entendendo que, quando houver contrato de convivência estipulando a separação convencional de bens o companheiro supérstite não teria direito hereditário.

O acórdão ainda teve como fundamento a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na escolha do regime de bens, uma vez que o convivente que aceitou o regime de separação total na união estável declarou os riscos de não participar da herança, portanto o ingresso da ação de inventário pelo convivente sobrevivente requerendo partilha dos bens particulares do falecido é considerada conduta contraditória, porque vai de encontro com a sua própria manifestação de vontade primitiva.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS QUE EXLUEM COMPANHEIRA DA SUCESSÃO DE ACORDO COM CLÁUSULA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL QUE ESTABELECEU A INCOMUNICABILIDADE TOTAL DOS BENS ENTRE OS CONVIVENTES. MUITO EMBORA A AGRAVANTE ENTENDA POSSUIR DIREITO AOS BENS HAVIDOS NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO, A NATUREZA DESTA RECURSO NÃO PERMITE QUALQUER INDAGAÇÃO ACERCA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR ESPONTÂNEA E PÚBLICA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE QUANTO À INCOMUNICABILIDADE DOS BENS. RECURSO NÃO PROVIDO, ART.557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.¹⁹

É imperioso ressaltar que o citado acórdão, toca em um dos pontos mais interessantes da matéria, uma vez que a fundamentação teve por escopo colocar expressamente o art. 1.725, do CC, o qual expressa a existência de contrato escrito estipulando outro regime, qual seja o de separação absoluta de bens, retirando qualquer presunção de formação de bens comuns dos

¹⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0051144-91.2012.8.19.0000. Relator: Desembargador: Carlos de Azeredo Araújo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E9FAF10B4E817A8A07480F7153B8DC33DEC4634F5D20>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

conviventes.

Seguindo a lógica da interpretação sistemática, a Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira decidiu o tema de maneira sucinta, sem adentrar em qualquer questão de ordem constitucional, apenas discorrendo que existindo escritura declaratória de separação absoluta de bens, a propriedade era exclusiva do falecido, portanto existirá a transmissão do bem pela herança para companheiro supérstite.²⁰

Após esse acórdão, a Desembargadora Patrícia Serra Vieira lavrou acórdão no sentido de que o companheiro não teria legitimidade para figurar no inventário, entretanto utilizou fundamentos da decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao direito hereditário do cônjuge.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário. Decisão que indefere a habilitação da companheira do falecido, em razão de existência de escritura declaratória de união estável, com registro de opção pelo regime da separação total de bens. A vontade das partes e a liberdade contratual devem ser prestigiadas e enfatizadas, não sendo razoável que, após o falecimento de um dos companheiros, seja alterada a vontade comum pactuada. Interpretação lógica e sistemática dos artigos 1.829, inciso I, e 1.687 do Código Civil brasileiro. Atendimento aos princípios da confiança mútua, eticidade e/ou lealdade. Artigos 421 e 422 do CC. Inviável, nos termos estabelecidos na avença, a concorrência sucessória da companheira. É fenômeno incontestável que o Direito sucessório trabalhe com a projeção econômica do falecido. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte estadual. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²¹

Ressalta-se que não só o voto da desembargadora, mas a maioria dos votos dos Tribunais estaduais quando fundamentam a ilegitimidade do companheiro supérstite com regime de separação convencional utilizam a jurisprudência da 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgada em 2009.

Cumprido destacar que o precedente do Superior Tribunal de Justiça quanto a

²⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0023838-16.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046C58667C0EB82153AAA74CF6B930DE11C5022E300645>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0011875-11.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Patrícia Serra Vieira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C1776EE27BA8E856FF06AD886BD6B79AC502265E4132>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

ilegitimidade do cônjuge na sucessão do falecido se adequa muito mais ao instituto familiar da união estável do que no casamento, pois o casamento tem norma expressa de que o cônjuge é herdeiro necessário, segundo os termos do art. 1.845, do CC, portanto o fundamento da violação do contrato entre as partes, amolda-se perfeitamente nos contratos de convivência na união estável como suporte secundário de fundamentação.

O princípio da boa-fé objetiva se encontra muito mais latente na instituição familiar da união estável com regime de separação convencional de bens do que no casamento que estipula esse regime, uma vez que é o contrato que rege os efeitos patrimoniais entre as partes, persistindo até mesmo após a morte.

Nesse interim, a conduta do companheiro sobrevivente em requerer os bens que manifestou a vontade no sentido de individualizar as conquistas patrimoniais de ambos com a finalidade de não miscigenar os patrimônios adquiridos onerosamente, para que após a morte tenha outra conduta é no mínimo violadora da lealdade, eticidade e da confiança.

Portanto, prezando pelos princípios escorreitos do direito positivo e constitucional, a Corte fluminense manteve o respeito as ordens de vocação hereditária, não subvertendo em nenhum momento o direito hereditário do companheiro para que herdasse os bens particulares do falecido, sob pena de afastamento do art. 1.790, do CC, aplicando disfarçadamente o art. 1.829, I, do CC.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REGIMES SUCESSÓRIOS DIFERENCIADOS NAS INSTITUIÇÕES FAMILIARES.

A Constituição Federal deixou claro que as pessoas poderão formar duas instituições familiares, quais sejam o casamento ou a união estável, entretanto demonstrou certa predileção para o casamento, pois o art. 226, §3º preceitua que “Para efeito da proteção do Estado, é

reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”²²

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo fixou em um primeiro momento a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que por sua vez deflagrou a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, a qual determina a celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por esse primeiro contato, nota-se que a igualdade em ambas as instituições não tem fundamento, pois o legislador não diferencia as instituições familiares, entretanto demonstra predileção ao casamento, o qual exige formalismo, dando muito mais segurança a ambas as partes do que a união estável.

A principal consequência da diferença de ambas as instituições não desagua no campo do direito de família, entretanto do direito sucessório, por isso existem vozes na doutrina que sustentam a inconstitucionalidade total do art. 1.790, do CC, aplicando o art. 1.829, do CC, sob o fundamento do princípio da igualdade.

Apesar da maioria dos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família sustentarem a igualdade entre as instituições familiares, Rodrigo da Cunha Pereira demonstra que equipará-las em tudo será o fim da união estável.

Equiparar em tudo estas duas formas de família significa acabar com a união estável, interferir drasticamente no desejo das pessoas de poderem escolher uma forma de constituir família que não seja o casamento. Ainda bem que o companheiro/convivente não é herdeiro necessário nem herdeiro concorrente. Pelo menos restou uma forma de constituir família em que o indivíduo tem a liberdade de destinar os seus bens após a morte para quem bem entender.

Este tratamento dado pelo Código Civil de 2002 ao casamento e à união estável não significa superioridade de uma sobre a outra entidade familiar. Significa a saudável consideração das diferenças. O passo adiante no discurso da igualdade de direitos é exatamente esta consideração das diferenças. E na liberdade de escolha do diferente está a responsabilidade do sujeito por esta escolha.

Em outras palavras, e parafraseando Jaques Lacan, o sujeito é responsável pelas suas

²² BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

escolhas. Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens ou desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferença entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha.²³

O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem entendimento avançado sobre o tema, na decisão do Desembargador Paulo Sergio Prestes, cujo teor foi demonstrar a importância da diferença das instituições familiares, bem como não fixar a inconstitucionalidade na ordem vocação hereditária do companheiro.

O IDEAL DE ISONOMIA É A IGUALDADE MATERIAL QUE IMPÕE QUE AS DIFERENÇAS SEJAM CONSIDERADAS AO SEREM ESTABELECIDOS OS DIREITOS E OS EFEITOS DE CERTOS ATOS. CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DADO À COMPANHEIRA NA SUCESSÃO, QUE NÃO PODE SER DESCONSIDERADO PARA QUE SEJA DADO O TRATAMENTO DE ESPOSA. O ESTADO TEM O DEVER DE RESPEITAR A ESCOLHA DAS PESSOAS AO DECIDIREM CONSTITUIR FAMÍLIA POR MEIO DA UNIÃO ESTÁVEL, MAS TAMBÉM TEM O DEVER DE IMPOR QUE ESSAS PESSOAS SE SUJEITEM AOS EFEITOS DE SUAS ESCOLHAS QUE FORAM TOMADAS DE FORMA LIVRE E SEGUNDO OS SEUS IDEAIS DE FELICIDADE.²⁴

CONCLUSÃO

Qualquer tipo de interpretação jurisprudencial que subverta a ordem de vocação hereditária, mudando o sentido da leitura do artigo 1.790, do Código Civil em detrimento do artigo 1.829, I, e 1.845, do Código Civil, quanto ao direito sucessório do companheiro com regime de separação convencional de bens afronta a ordem normativa vigente.

O companheiro ao escolher o regime de separação convencional de bens através do contrato de união estável, firma por manifestação de vontade expressa que os patrimônios de ambos os conviventes não irão miscigenar durante a vida, muito menos após a morte.

Nessa ordem de ideias, os artigos 1.790 e 1.725, do Código Civil, são interpretados

²³ PEREIRA, Rodrigo Cunha. Concubinato e união estável. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

²⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0060945-65.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulor Sérgio Prestes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00039DA3B6997B0290C801C2ED8E407A9B74CCC403164C3D>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

sistematicamente no que tange ao regime de separação convencional de bens, não deixando dúvidas que ambos os companheiros em vida não formaram aquestos, portanto em caso de falecimento deles existirá uma cláusula de barreira que impedirá ao sobrevivente de herdar os bens do falecido.

Sendo assim, o companheiro supérstite não terá direitos aos bens do falecido caso tenha manifestado vontade conjuntamente para a estipulação do regime de separação convencional de bens pelo contrato de convivência, sob pena de violação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que ficará escrachado atitudes contraditórias, o que é vedado desde da criação do novo Código Civil, o qual se baseou pelo princípio da eticidade.

Destaca-se que não se pode olvidar de que, por certos critérios do legislador, que suplantam questões meramente jurídicas, levando em conta aspectos sociais e políticos envolvidos nos mais variados temas objeto de normatização, podem ser constituídas garantias para os diversos entes componentes da família, o que, de modo algum, consiste em discriminação, pelo quanto se percebe motivada a concessão de aludidas garantias, como de fato, em algumas situações isto se mostra absolutamente plausível.

Portanto, o legislador brasileiro diferenciou duas instituições familiares na própria Constituição Federal, quais sejam o casamento e a união estável, porém o tratamento distinto não significa a violação do princípio da igualdade, uma vez que cabe ao indivíduo fazer a escolha que lhe aprouver para a sua vida.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:

15 jun. 2015.

BRASIL. Lei 9.276, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, 10 jan 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 maio 2015.

CAHALI, Franciso José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. v. 7. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.