

nil

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

00023

RECURSO ESPECIAL Nº 196 - RIO GRANDE DO SUL (89.0008429-1)

RELATOR : O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO  
RECTE : XXXXXXXXXXXX e outros  
RECDO : XXXXXXXXXXXX e outros  
ADVS : DR. FERNANDO ANTONIO P. MARCHESE  
DRª SOLANGE MEDEIROS BUNILHA

**EMENTA**

Direito Civil - Sucessão - Legado - Validade de instituição de legado à companheira. Distinção entre companheira e concubina. Inteligência do art. 1719 do Código Civil.

- Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com seu porte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1719, III, do Código Civil.

- Impende dar à lei, especialmente em alguns campos do Direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e desprover o recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de agosto de 1989. (data do julgamento)

*Bueno de Souza*

Presidente

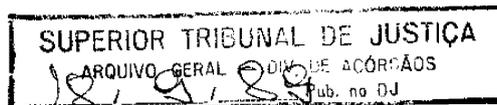
MINISTRO BUENO DE SOUZA

*Salvio de Figueiredo*

Relator

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO

089000840  
029113000  
000019650



nil  
8.8.89

00000

4ª Turma:  
08.08.89

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 196 - RIO GRANDE DO SUL  
(Reg. 89.0008429-1)

089000840  
029123000  
000019620

E X P O S I Ç Ã O

**O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO:** - Cuida-se da anulação de testamento, proposta pela viúva e filhos do **de cujus**, ao fundamento de que, na disposição de última vontade, havia instituição de legado à companheira do testador afrontando o disposto no art. 1719, III, do Código Civil.

A suplicada ofereceu reconvenção (fls. 16/17) reconhecendo o concubinato e requerendo indenização pelos serviços domésticos prestados ao testador ao longo de sete anos de coabitação. Em virtude de óbito ocorrido no curso da lide (certidão de fl. 173) a legatária-ré foi substituída pelos seus sucessores (fl. 170), ora recorridos.

Na sentença (fls. 95/105), foram julgados improcedentes ambos os pedidos (anulatório e reconconvencional), com desprovimento da apelação pelo eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. 150/154) e rejeição dos embargos declaratórios (fls. 160/161).

  
12.39.010.28/46

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignados, os autores-reconvindos interpuseram Recurso Extraordinário (fls. 164/168), com fulcro no art. 119, III, alíneas a e d da Carta Política anterior, com arguição de relevância da questão federal em capítulo destacado (fl. 167).

O em. Vice-Presidente do Tribunal de origem (fls. 196/198) negou seguimento ao recurso por inadequação às hipóteses do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ressaltando o processamento da arguição de relevância que, a final, foi acolhida pelo Excelso Pretório (fl. 207).

O Ministério Público, em primeiro e segundo graus, opina no sentido do reconhecimento da validade do legado (fls. 87/93, 131/137, 144/146, 222/223). Já a Subprocuradoria Geral da República se pronuncia pela invalidade da doação, por premissório veto legislativo (fls. 228/234).

O recurso peregrino foi convertido, na Suprema Corte, em Recurso Especial, "no âmbito restrito do tema considerado relevante na arguição", determinando, em consequência, a remessa dos autos a esta Corte.

É o relatório.



nil

00002

08.08.89

4ª Turma

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 196 - RIO GRANDE DO SUL

(Reg 89.0008429-1)

089000840  
029133000  
000019600

V O T O

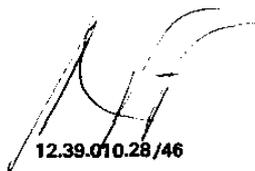
O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR):

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuida-se da anulação de testamento, proposta pela viúva e filhos do **de cujus**, ao fundamento da instituição de legado à companheira do testador, em afronta à expressa proibição constante do art. 1719, III, do Código Civil.

A decisão de primeiro grau analisou a controvérsia sob a ótica da locação de serviços livremente pactuada, na qual à obrigação de fazer do locatário (tomador dos serviços) se contrapõe a obrigação de dar do locador (prestador dos serviços), que aplicada à espécie admite a validade do legado, pois reconhece que:

"Diante de tais conceitos, tem-se que Ari des, enfrentando os mesmos sacrifícios ao lado de Pompeu, acompanhou-o até o fim de seus dias, dando-lhe apoio, carinho, afe



12.39.010.28/46

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

to e logicamente realizando as tarefas do mésticas, pois viviam apenas a dois, conforme demonstra a prova testemunhal.

"Em contraprestação, o "de cujus", ante cipando-se, efetuou uma dação em pagamento, a teor do artigo 995, do Código Civil, o que consignou em seu testamento, sem ofender a meação ou a legítima, a que a viúva e as filhas têm direito por lei, pagando aquilo que achava ser justo pelo que recebia" (fl. 104).

De outra parte, o eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmando a sentença, arrima-se em interpretação restritiva da regra do art. 1719, III, do Código Civil, destacando-se do contexto do acórdão o seguinte e elucidativo trecho, **verbis**:

"Em resumo, quero dizer que não se pode interpretar a vedação do art. 1719, III, do Código Civil, de acordo com os princípios legislativos implantados pelo codificador de 1916, mas sim em conformidade com o sistema jurídico que hoje vigora, no qual a lei e os tribunais dispensam bem diverso tratamento ao concubinato, cuja existência jurídica reconhecem, e lhe atribuem efeitos, seja garantindo à concubina o direito à meação, ou à indenização por serviços prestados, seja assegurando direitos no campo da previdência social e dos seguros privados. Tal alteração normativa, de origem legislativa e jurisprudencial, impõe submeter-se a outros princípios - que não os vigorantes ao tempo da codificação - a proibição de o homem casado legar à concubina. Basta dizer que ela tem ação para pleitear bens de valor equivalente ou mesmo superior ao legado.



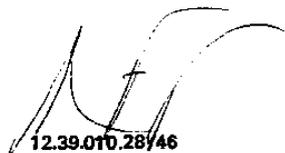
## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta colocação encaminha-se para uma interpretação restritiva da regra do art. 1719, III, C. Civil, cujos limites não devem ultrapassar a necessidade de proteção da família legítima, que é o bem jurídico que se quer resguardar. Assim, onde não houver lesão à família legalmente constituída, não incide a norma proibitiva e o ato é válido" (fl. 153).

Tenho como correto esse entendimento, em perfeita sintonia com a moderna leitura do Código Civil, à luz das profundas transformações dos costumes pelas quais vem passando a sociedade ocidental e, em particular, a brasileira a partir da metade do século.

Além do mais, a construção pretoriana dos tribunais, refletindo a mutação dos costumes, tem agasalhado (a meu ver com absoluta razão) a distinção entre companheira e concubina, cujos matizes convém tonalizar devidamente, pinçando-os da doutrina e dos arestos que cristalizam esse entendimento.

Concubina, no dizer da jurisprudência, é "a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima" (RE 83.930-SP, rel. Min. Antônio Neder, RTJ 82/933); "é a que reparte, com a esposa legítima, as atenções e assistência material do marido" (RE 82.192-SP, rel. Min. Rodrigues Alkmim); "é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis" (RE 49.195, conceito expandido pelo juiz Osni Duarte Pereira e adotado pelo em. rel. Min. Gonçalves Oliveira, RF 197/7).



12.39.010.28/46

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A companheira, por seu turno, "é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem" (RE. 49.185, RF 197/97); "é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou no dizer tradicional, é **more uxorio**. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher" (Mário Aguiar Moura, RT 519/295).

A distinção entre os dois conceitos acha-se convenientemente gizada pelo em. Ministro Antônio Neder, no trecho que transcrevo do voto proferido do RE 83.930-SP, **verbis**:

" Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver **more uxorio** com a outra parte.

Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as **justae nuptiae**) e a mulher merece havida como companheira; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a compa

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal" (RTJ 82/934).

Nos embargos infringentes nº 29.849, considerado "leading case" no eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o então des. Athos Gusmão Carneiro, hoje em. Ministro da Casa, atento às lições de Arnold Wald (RT 413/54) e Francisco Pereira de Bulhões Carvalho ("Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol 2ª) sustentava, **ab initio** que:

" Cumpre definir - neste último quartel do século XX, em que se renovam as concepções de vida, afirmam-se outros costumes e padrões de conduta socialmente aceitos, modificam-se as estruturas e os ditames familiares - cumpre definir, para este momento, o exato alcance da regra do art. 1.719, III, do C.C., pela qual não pode ser nomeada herdeira nem legatária a concubina do testador casado." (Revista de Jurisprudência do TJRGS, nº 80/128).

Colacionando, ainda, arestos coincidentes com a tese, conclui o ilustre Juiz no sentido de que a jurisprudência tem prestigiado a circunstância do convívio prolongado entre o testador e a legatária que, a seu sentir e dos em. Pares que o acompanharam, altera em profundidade o impedimento previsto na lei, convalidando, destarte, o testamento.

Por outro lado, restrito ao tema considerado relevante na arguição, estou em que o **decisum** não põe em risco a instituição do casamento, que permanece como base da sociedade (art. 226 da Constituição da República). A existência de união estável entre o homem e a mulher, por igual modo, é reconhecida como entidade familiar (§ 3º do art. 226 da Carta Política), em

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inequívoca demonstração de que o legislador constituinte, sen sível à realidade vivenciada pela sociedade, consagrou esse re lacionamento como credor da proteção do Estado. E este, através de sua função jurisdicional, quando interpreta re stritivamente o impedimento consignado no art. 1719, III, CCB, cumpre o desi derato constitucional.

Os motivos que inspiraram o codificador de 1916 já não encontram respaldo e ressonância na realidade da família mo derna. Tanto é assim que, **de lege ferenda**, o projeto do novo Có digo Civil (Projeto de Lei nº 634, de 1975), contempla no dis positivo que trata das incapacidades para receber legados res salva expressa concernente ao concubinato vigente há mais de cinco anos (art. 1848, III, parte final), consagração evidente da evolução do direito no sentido da tese.

Impõe-se dar à lei, especialmente em certos campos do Direito, como no de família, uma interpretação construtiva, teleológica e de valoração, fundada na lógica do razoável. O ju rista, salientava Pontes de Miranda em escólios ao Código de 1939 (vol. XII/23, "há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambien te, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro". "Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert ("**Les Forces Crea** tives du Droit", p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado"; "deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada", pois somente assim assegura o progresso do direito, um progresso razoável para uma evolu ção lenta.

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesta mesma direção exegetica, e como homenagem à Justiça do Estado de origem do recurso, ao finalizar chamo à colação a lição de Galeno Lacerda em seus "Comentários" ao art. 809, CPC, segundo a qual

"Há que interpretar a norma de acordo com a realidade e com a teleologia do sistema".

Desprovejo o recurso

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping letters that appear to be 'MF'.

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

089000840  
029143000  
000019670EXTRATO DA MINUTA

RESP nº 196 - RS (89.0008429-1) - Re: Sr. Minis  
tro Sálvio de Figueiredo. RECTE: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
e outros. RECDO: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e outros. ADVS: Drs.  
Fernando Antonio P. Marchese e Solange Medeiros Bunilha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e  
desproveu o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Rela  
tor. (4ª Turma - 8.8.89)

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bue  
no de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Bueno de  
Souza.

C. Rocha  
Oficial de Gabinete