

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Monica Fernanda Griggi da Costa¹

Orientadora: Narana Souza Alves²

RESUMO

A evolução das relações sociais e humanas ocorre em velocidade superior a evolução legislativa brasileira. Em decorrência da antiga impossibilidade da dissolução do matrimônio, surge como relação não oficial, na sociedade brasileira, a união entre pessoas casadas, porém, separadas de fato. A necessidade de amparo jurídico a essas relações, faz com que o legislador inclua no ordenamento jurídico, autorização de divórcio e posteriormente o reconhecimento da relação não oficial, como união estável, garantindo a ela a caracterização de entidade familiar com previsão constitucional. Ocorre a normatização dos direitos e deveres envolvidos na união estável, sendo esta equiparada ao casamento no regime de comunhão parcial. Com o advento do Código Civil de 2002, as garantias adquiridas pelos companheiros em relação a sucessão, sofrem grande retrocesso, em decorrência dos dispositivos legais trazidos pelo art. 1.790, surgindo intensar manifestações em favor da declaração de inconstitucionalidade, sendo tal alegação recebida e reconhecida a existência de repercussão geral da questão. Assim, através de estudos comparativo, doutrinário, jurisprudencial e legais, posicionamentos relacionados a inconstitucionalidade do mencionado artigo e suas fundamentações são apresentadas, em defesa da entidade familiar, da união estável, reconhecida constitucionalmente e pelo princípio da isonomia, bem como dos direitos sucessórias dessa união.

Palavras-chave: União Estável. Companheiro (a). Inconstitucionalidade. Direito Sucessório.

ABSTRACT

The evolution of social and human relationships occurs faster than Brazilian legislative developments. As a result of the former impossibility of dissolution of marriage, comes as no official relationship in Brazilian society, the union of married people, however, separated from fact. The need for legal support to these relationships, makes the legislator to include in law, divorce authorization and subsequently the recognition of unofficial relationship as stable, guaranteeing her the characterization of family entity with constitutional provision. Is the regulation of the rights and duties involved in the stable, being equivalent to marriage in partial communion regime. With the advent of the Civil Code of 2002, the securities acquired by the fellows in regard to succession, suffer major setback as a result of legal provisions brought by art. 1,790, coming intensar demonstrations in favor of the declaration of unconstitutionality, such a claim being received and recognized the existence of general repercussion of the matter. Thus, through comparative studies, doctrinal, jurisprudential and

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). E-mail: fefegriggi@hotmail.com.

² Professora do Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). e-mail: naranasa@gmail.com.

legal, positions relating to unconstitutionality of that Article and their rationales are presented in defense of the family unit, the stable, constitutionally recognized and the principle of equality and the succession rights of this unity.

Key-words: Stableunion. Companio(a). Unconstitutionality. Inheritance Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar os direitos do companheiro (a) sobrevivente na sucessão, com base no princípio constitucional da isonomia e no artigo 1.790 do Código Civil de 2002 (CC).

Doutrinadores e operadores do direito, desde a promulgação do CC, permanentemente, têm criticado a presença do artigo 1.790, com alegação da sua inconstitucionalidade, decorrente da não aplicação do princípio da igualdade, anteriormente aplicado a união estável considerando que nesta relação deveria ser observado, todos os direitos e deveres que envolvem o casamento civil em regime de comunhão parcial de bens.

O desenvolvimento das relações sociais, além daquelas prevista no ordenamento jurídico, trouxe a necessidade de reconhecimento da união estável como uma entidade familiar, pois incontestavelmente, a partes envolvidas têm o objetivo de construir uma família.

O surgimento então de um novo modelo de entidade familiar, levou a promulgação da Lei nº. 8.971/1994 para normatizar o direito a alimentos e à sucessão do companheiro, surgindo posteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.278/1996, com o mesmo objetivo, garantido aos companheiros da união estável, mais direitos.

Com a promulgação do CC, a presença do artigo 1.790, acabou por desconsiderar especificamente, os direitos sucessórios, antes garantidos pelas leis mencionadas, os quais realmente eram caracterizadores do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

2 A UNIÃO ESTÁVEL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A união estável é instituto familiar protegido pela Constituição da Republica Federativa do Brasil (CRFB) e por leis próprias que o regulamentam, considerando-a um uma relação de convivência entre pessoas geradora de direitos e deveres, bem como efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais.

A constante evolução das relações sociais e dos costumes, as uniões não oficiais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a CRFB a dar nova dimensão a

concepção de família e introduzir um termo generalizante em seu conteúdo: entidade familiar. (DIAS, 2011, p. 164).

O conceito apresentado vinculado está previsto no artigo 226, § 3º da CRFB e no artigo 1.723 CC, que mencionam:

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. (BRASI, 1988).
 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

Com o reconhecimento de entidade familiar à união estável, leis surgiram com a finalidade de regulamentar os direitos e deveres advindo desta relação.

A Lei 8.971/1994 veio normatizando o direito a alimentos e a sucessão do companheiro, porém para algumas pessoas, entre elas, Maria Berenice Dias (2011), essa lei conservava um caráter preconceituoso, pois reconhecia a união estável apenas com pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou ainda viúvas, excluindo as pessoas casadas que já estavam separadas de fato. E também, estipulou que só seria reconhecida e considerada união estável, as relações com um prazo de mais de cinco anos de convivência.

Devido a exigência da realidade vivenciada nas relações não oficiais, ainda não abrangidas pela Lei 8.971/1994, após dois anos promulgou-se Lei 9.278/1996. Segundo Maria Berenice Dias (2011), esta lei teve maior campo de abrangência, pois não quantificou o prazo de convivência e caracterizou quem poderia estar em uma união estável, incluindo no rol trazido pela lei anterior, que poderiam ter uma relação não oficial com status de união estável, pessoas casadas, porém, separadas de fato, fixou a competência das varas de família para julgamento dos litígios que a união estável realmente obtivesse tratamento como qualquer outra entidade familiar e ainda, normatizou a relação patrimonial, garantindo que os adquiridos na constância da convivência seriam considerados frutos do esforço comum.

2.1 A união estável e a sucessão antes e depois do Código Civil de 2002

Segundo Flavio Tartuce (2015), anteriormente, a união estável era vista como alternativa ao casamento, para casais que estavam separados de fato e não podiam contrair

matrimônio, já que a dissolução definitiva do matrimônio não era permitida. Hoje, com a possibilidade do divórcio previsto no ordenamento jurídico, a escolha antes feita por falta de opção, hoje é simplesmente uma questão de escolha para formalizar a entidade familiar.

A união estável se caracteriza pela desnecessidade de formalismo, independentemente de qualquer solenidade, concretizando-se apenas com a convivência comum do casal. (GONÇALVES, 2012, p. 611)

A Lei 8.971/1994, normatizava diversos direitos dos conviventes relacionados a sucessão, sendo que no art. 2º, já revogado, estava previsto que:

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

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

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

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 1994).

Com o advento da Lei 9.278/1996, garantiu-se um número maior de direitos sucessórios aos companheiros, garantido no parágrafo único do art. 7º além do direito a alimentos, o direito real de habitação.

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996).

Fica claro que os cônjuges não podiam acumular o direito de real de habitação e o usufruto, em consequência dos diferentes regimes de bens que envolvam as relações formalizadas, sendo que os companheiros eram garantidores de ambos os direitos, porém, sempre concorrendo na sucessão com os ascendentes e descendentes do *de cujus*. (TARTUCE, 2011).

O fato de a Lei 9.278/1996, não trazer em sua promulgação a total revogação da Lei 8.971/1994, demonstra a preocupação do legislador, em equiparar as situações dos companheiros as dos cônjuges.

Com o advento do CC, os direitos de sucessão dos companheiros e a união estável, por ele passam a ser, sendo que, especificamente, os direitos relacionados a sucessão foram normatizados no art. 1.790.

O artigo 1.790 do CC demonstra que ao contrário do defendido pelo legislador da Lei 9.278/1996, o legislador do CC não se preocupou com a equiparação dos direitos sucessórios entre companheiros e cônjuges, deixando assim, de aplicar um dos princípios basilares da sociedade, o princípio da isonomia.

Em consequência da nova norma “desgarantidora”, instituída em desconformidade com CRFB, a qual foi aparato máximo para a evolução da legislação relacionada a união estável e os direitos que a envolve, surge intensa manifestação no meio jurídico em relação a inconstitucionalidade da norma do art. 1.790 CC.

O artigo fere o princípio da isonomia o qual tem capacidade de gerar igualdade de aptidão, onde todos os cidadãos têm o direito a um tratamento igualitário perante a lei, identificando a afronta literal do artigo ao princípio, a partir do momento em que a lei civil torna o cônjuge herdeiros necessário e o companheiro apenas como herdeiro legítimo.

O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no ultimo lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou um primo sequer. (DIAS, 2011, p. 72)

A afronta constitucional verifica-se também, quanto a não observância de ser a união estável caracterizada entidade familiar no art. 226, §3º da CRFB.

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

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

3 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Com o advento do CC/02, o artigo 1.790 passou a normatizar a sucessão de companheiros, no ordenamento jurídico brasileiro.

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 concorre com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002).

A nova regra aplicada a sucessão, no caso mencionado, ainda hoje é ensejadora de polemicas, considerada norma regressiva aos direitos sucessórios que envolvem a união estável.

Para Maria Helena Diniz “em sede de direito sucessório é onde fica mais flagrante o tratamento discriminatório concedido ao parceiro da união estável, sendo tratado – e muito mal – em um único dispositivo (CC 1.790).” (DINIZ, 2011, p. 178).

A previsão normativa da concorrência sucessória do companheiro com descendentes e ascendentes do falecido, revogou tacitamente o art. 2º da Lei 8.971/1994, a qual previa o usufruto em favor do companheiro.

“A concorrência prevista no artigo 1.790 do CC garante a copropriedade ao companheiro revelando-se incompatível com o usufruto anteriormente previsto, que só garantia um direito real sobre coisa alheia.” (TARTUCE, 2011, p. 224).

O caput do artigo traz normativa de que somente haverá direito, na sucessão de companheiros, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, ou seja, comunicam-se somente os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos, excluindo os bens adquiridos a título oneroso antes da união estável, não sendo direito do companheiro sobrevivente a sucessão em relação aos bens particulares do falecido.

Zeno Veloso comenta a restrição aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, onde leciona:

Não tem nenhuma razão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injusta: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo de convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse. (VELOSO, 2010. apud, TARTUCE, 2016, p. 261).

O inciso I do artigo 1.790 CC, traz o direito do companheiro, quando na sucessão estiver concorrendo com filhos comuns, de ambos, sendo a ele garantido uma quota equivalente á que por lei for atribuída ao filho, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união, aplicando esta limitação a situação de concorrência sucessória do inciso II, quando concorrer com descendentes exclusivos do falecido, sendo a ele assegurado a metade do que couber a cada um daqueles.

Ainda, no inciso III é garantido ao companheiro na concorrência com outros parentes sucessíveis, um terço da herança igualmente em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, finalizando o inciso IV, que somente na ausência de parentes sucessíveis o companheiro herdará toda a herança.

3.1 A tese de Inconstitucionalidade

Doutrina e jurisprudência posicionam em sua, quase, totalidade pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, devido suposto tratamento discriminatório do companheiro em relação ao cônjuge.

Primeiro porque a concorrência sucessória com os descendentes, ascendentes e colaterais somente diz respeito aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o que restringe sobremaneira os seus direitos. Segundo, pois a concorrência com os colaterais de até quarto grau dá ao companheiro apenas um terço da herança. Aliás, a concorrência com tais parentes já é considerado um absurdo jurídico, eis que o cônjuge exclui os colaterais, o que não ocorre com o companheiro. Critica-se, ainda, o fato de estar o convivente fora de ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 da codificação privada. Por fim, não se admite o fato de o companheiro não ser herdeiro necessário, não constando na relação do art. 1.845 da codificação. (TARTUCE, 2015, p. 303).

Com o intuito de tentar resolver algum problema descrito no artigo 1.790 CC, Zeno Veloso fez uma proposta de alteração do dispositivo por meio do antigo Projeto Fiúza, atual Projeto de Lei (PL) 699/2011, de autoria do Deputado Federal Léo Alcântara, titular da 53ª Legislatura, onde este o Código Civil, instituída pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (TARTUCE, 2015).

Veloso apresentou a seguinte redação para o artigo, o qual se encontra em curso no Congresso Nacional:

Art. 1790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente á metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória;

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente á metade do que couber a cada um deles;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito á totalidade da herança. (VELOSO, apud, TARTUCE, 2015, p. 305).

A redação apresentada, com modificações mínimas, não fazendo menção aos bens adquiridos onerosamente, constante no caput e nos incisos, pode ter a capacidade de eliminar toda e qualquer possível alegação de inconstitucionalidade.

4 CONCLUSÃO

Os posicionamentos apresentados são fundamentais em uma análise quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, o qual surge apresentando norma retrógada em relação aos direitos envolvidos na sucessão do companheiro.

A descaracterização da união estável como entidade familiar, realizada pela lei civil que desconsiderou a aplicação do princípio da igualdade, nas disposições normativas do artigo 1.790, retira da união estável, o status de instituição equivalente ao casamento pelo regime de comunhão parcial de bens.

A sucessão garantida apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação, e ainda em concorrência com parentes sucessíveis, deixa o companheiro sobrevivente em situação de desamparado, até mesmo porque, nos dias de hoje, a escolha por ser ter uma relação taxada como união estável é realmente uma simples opção, feita pelos companheiros, que muitas vezes são desconhecedores da lei, e acreditam que assim optando, terão garantidos os mesmo direitos de um casamento oficial.

O reconhecimento de existência de repercussão geral, pelo STF, apenas fortalece a o posicionamento de inconstitucionalidade do art. 1.790 CC, por afronta constitucional direta e indireta ao desregulamentar e descaracterizar a igualdade de direitos do companheiro em relação ao cônjuge, significando um grande retrocesso para o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n º8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constfed.nsf/fc6218b1b94b8701032568f50066f926/54a5143aa246be25032565610056c224?OpenDocument>>. Acesso em: 06 de jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 699/2011**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>
Acesso em: 06 de jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2015.