



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

JEFFERSON LIMEIRA DE FIGUEIREDO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/2002:
reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união
estável e o casamento.**

CAMPINA GRANDE
2014

JEFFERSON LIMEIRA DE FIGUEIREDO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/2002:
reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união
estável e o casamento.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade
Estadual da Paraíba.
Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ludmila Albuquerque
Douettes Araújo.

**CAMPINA GRANDE
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F475i Figueiredo, Jefferson Limeira de.
A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil/2002
[manuscrito] : reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada
constitucionalmente entre a união estável e o casamento. /
Jefferson Limeira de Figueiredo. - 2014.
24 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Profa. Dra. Ludmila Albuquerque Douettes
Araújo, Departamento de Direito Privado".

1. Família. 2. União Estável. 3. Casamento. 4. Direito
Sucessório. I. Título.

21. ed. CDD 347


JEFFERSON LIMEIRA DE FIGUEIREDO


**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/2002:
reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união
estável e o casamento.**

Aprovada em: 24/11/2014

BANCA EXAMINADORA


Prof.ª Dr.ª Ludmila Albuquerque Douettes Araújo.
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof.º Me. Sérgio Cabral dos Reis
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos meus pais, por todo esforço, incentivo e dedicação
despendidos.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus por ter me dado a oportunidade de sair de uma cidade pequena do interior e vim para Campina Grande com o intuito de cursar Direito, e por ter me conduzido e orientado em todos os momentos da vida.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que me deram a oportunidade de vislumbrar um horizonte superior, eivado de confiança no sucesso posterior e na ética aqui presentes.

Agradeço, em especial, aos meus pais, Dinarte Figueiredo de Oliveira e Maria Aparecida Limeira de Figueiredo, pelo enorme esforço, confiança, incentivo e carinho. Nada do que eu faça no futuro será capaz de retribuir o que me dispuseram.

Ao meu irmão Jackson Limeira, minha cunhada Anna Paulla, a grande amiga Maria Vilma Eduardo da Costa e a todos os demais membros da Família Figueiredo e da Família Limeira que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

Aos meus grandes amigos, sejam de infância, sejam os aqui feitos, e a minha namorada, Riana Amorim, pelo incentivo, companheirismo, amizade e compreensão em momentos que meu afastamento se fez necessário.

A minha orientadora Ludmila Albuquerque Douettes Araújo, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Por fim, deixo um agradecimento especial a todos aqueles que sempre me incentivaram e torceram para que eu conseguisse esta vitória.

A todos, deixo meu muito obrigado.

“O sucesso, para mim, não se mede pela vitória, e sim pela entrega, por fazer o seu melhor a cada dia!”

Rogério Mücke Ceni

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2.1 Conceito de família e as novas entidades familiares.....	11
2.2 A união estável como entidade familiar.....	12
3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC.....	14
3.1 A sucessão do companheiro e do cônjuge sob a ótica do Código Civil/2002.....	16
3.2 Da necessidade de modificação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	17
3.3 Do entendimento dos tribunais.....	18
4 CONCLUSÕES.....	21
5 REFERÊNCIAS.....	23

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/2002: reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união estável e o casamento.

Jefferson Limeira de Figueiredo¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 passou a classificar a união estável como entidade familiar, por imediato, sendo digna de proteção do Estado. Inobstante tal previsão, veio a legislação ordinária ferir o disposto na nossa Carta Magna, ao elaborar normas sucessórias para os companheiros em desconformidade com as atinentes ao casamento, ferindo, por conseguinte, o princípio constitucional da igualdade. O presente artigo objetiva trazer uma análise acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, especialmente pela possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união estável e o casamento, posto que se a própria Lei Fundamental estabeleceu tratamento igualitário para as duas instituições, não há motivos para uma lei infraconstitucional instituir discriminações. Nesta perspectiva tece algumas considerações e reflexões acerca do tema, especialmente quanto às discussões acirradas pela doutrina e tribunais em solo pátrio, e questionar a possibilidade de uma alteração do artigo mencionado.

Palavras-Chave: Família. União Estável. Casamento. Direito Sucessório.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a instituição da união estável como entidade familiar, dispondo que, aqueles que optam pela união estável também formam uma família, pois há entre eles uma relação de afeto e de companheirismo tão quanto a relação em um casamento. ficando, a partir de então, equiparada ao casamento. Neste aspecto, foi o primeiro documento a conferir esta condição ao que antes se denominava concubinato, passando a ter reconhecimento e proteção do Estado.

Embora a união estável seja instituto diferente do casamento civil, não podemos desconsiderar que ambos são classificados pela CF/88 como entidade familiar, lhes sendo conferidos direitos e deveres pela Carta Magna.

Ocorre que, mesmo tendo sido reconhecida pela nossa Constituição Federal/88, alicerçada pelo princípio da igualdade entre companheiros e cônjuges, o nosso Código Civil/2002, quando tratou da matéria referente, versou de maneira discriminatória, ficando

¹ Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: jeffersonhooligan@hotmail.com

notória que a união estável foi bastante discriminada na seara legislativa, quando comparada ao casamento.

Desta forma, percebe-se que o legislador no Código Civil de 2002, muito embora tenha trabalhado o conceito de família, proporcionando significativas modificações, se olvidou de analisar acerca das transformações ocorridas na Constituição Federal de 1988. E nota-se isto, principalmente, por dois motivos: quando deixou de obedecer a um dos princípios fundamentais elencados na CF, elencado em seu artigo 5º, qual seja, a garantia da isonomia entre as pessoas, e outro é o disposto no artigo 126, § 3º, que engloba a união estável no conceito de família. Portanto, com a continuação do artigo 1.790 do CC/2002, verifica-se que estes direitos não são garantidos ao companheiro sobrevivente.

O presente artigo objetiva trazer breve reflexão da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002, especialmente pela possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união estável e o casamento, o que será ponto de pauta neste trabalho, com base em bibliografia física e eletrônica, bem como em entendimentos dos tribunais pátrios, utilizando-se para isso, o método hipotético dedutivo.

Para tanto, num primeiro momento, trata da união estável e a sucessão do cônjuge e do companheiro, sendo reconhecida a proteção constitucional da união estável, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda, no caso de envolver os descendentes e ou ascendentes do falecido, quanto ao direito sucessório destes.

Em um segundo momento, iremos trazer as divergências existentes entre a legislação e a doutrina, abordando a legislação pertinente para o estudo e fazendo observações quanto aos projetos que surgiram para alterar o dispositivo do Código Civil, a exemplo dos Projetos de Lei 4.944 de 2005 e o 699 de 2011, bem como destacaremos a posição que a doutrina está adotando no momento.

Em um terceiro momento, trataremos em discussão as decisões que estão tramitando em juízo e as decisões que se baseiam em jurisprudência favoráveis ou não ao companheiro sobrevivente. Por fim, discorreremos sobre a possibilidade de uma mudança na lei devido a discrepância no tratamento dado aos direitos do cônjuge e do companheiro.

2 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES NO DIREITO DE FAMÍLIA

O artigo 226 da Constituição Federal não traz hierarquização dos tipos de entidades familiares, dessa forma, coloca todos os tipos de família no mesmo patamar jurídico. A

família, antes vista sob ótica meramente patrimonial, com o fito de reprodução, passou à condição de reduto afetivo de seus integrantes. Sob tal enfoque, necessário reconhecer verdadeiro pluralismo de entidades familiares, devendo o Ordenamento Jurídico garantir-lhes respeito e proteção. O direito de família, que se remete a normatização da entidade familiar, que por sua vez, é um fato social e antropológico, todavia, em termos jurídicos, vai além daquelas expressamente assim definidas em lei, entretanto, a função do direito é reconhecer e regulamentar as situações reais, dando proteção a situações que o próprio ser humano, no mundo dos fatos fundou como é o caso da união de seres, constitucionalmente amparada.

Para tanto, se abordará o conceito de família, as novas entidades familiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a união estável como entidade familiar.

2.1 Conceito de família e as novas entidades familiares

O termo “família” é derivado do latim “famulus”, que significa “escravo doméstico”. Este termo foi criado na Roma Antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e também escravidão legalizada.

Clóvis Bevilacqua (citado por Pedroso, 2010, p. 9) define família como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Por sua vez, Orlando Gomes (2001, p. 35) considera “família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e dos filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só economia, sob a mesma direção”.

A partir do direito civil é possível perceber que a relação entre pessoas unidas pelo matrimônio, união estável, ou pelo parentesco, e aos institutos complementares, passam a fazer parte do direito posto. A família assim adquiriu sentido amplo, como parentesco, um número de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, o termo compreende todos os sujeitos que estiverem vinculados pela consanguinidade ou pela afinidade.

Acerca da família, Muniz (1993, p.77) comenta o parágrafo 4º do art. 226 do Código Civil, destacando que:

A família a margem do casamento é uma formação social merecedora da tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução de tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Nota-se que a Constituição procura distinguir a família do casamento, tendo em vista, a família ser um fato social e antropológico e casamento ser um ato da vida civil.

Entretanto, a família atual difere das formas antigas, no que diz respeito as suas finalidades, composição e papel de pais e mães. Hoje em dia, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação, preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. A educação cabe ao Estado, ou a instituição privada por eles supervisionada.

2.2 A união estável como entidade familiar

A união estável é a relação pública, contínua e duradoura entre duas pessoas livres para o matrimônio (porém que não o firmaram), com o fito de constituição de uma instituição familiar.

É o que nos orienta o art. 1.723 do Código Civil, aduzindo que 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.

Na mesma seara caminha o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, dispondo que para efeito de 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.

Sobre a união estável, Maria Helena Diniz (2008, p. 367) leciona que:

“Ao matrimônio contrapõe-se o companheirismo, consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil.”

De modo a trazer a evolução histórica da união estável como é conhecida hoje, se recorre às palavras de Souza Birchall (2010, p. 2) que ressalta o seguinte:

A união estável, que é reconhecida constitucionalmente (226, §3º, CR/88), chegou a este status como resultado da evolução dos costumes de parte do povo brasileiro que optou por ela e, também, pelos cidadãos que, por falta de opção (às vezes em estado de miséria) ou por desconhecimento jurídico, estão unidos em entidade familiar, sem a dispendiosa e complicada habilitação e celebração do casamento civil, pois que gratuita somente é esta última, sendo dispendioso o processo de habilitação (quase um salário mínimo, fora as taxas de certidões). Não se pode negar que em muito contribuíram para o reconhecimento da união estável a revolução do pós-guerra de 1945, que não foi só sexual, mas também de costumes; a ausência do divórcio, que só nos veio através da Lei 6.515/77, e as leis previdenciárias. Sua identidade, porém, está sendo perseguida - se é que os que escolhem este tipo de união querem realmente que se lhe institua uma personalidade.

Antigamente, a união estável era denominada de concubinato. Apesar da discriminação conferida a ela, correspondia a um fato social marcante na sociedade e que, por isso, ganhou juridicidade frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Arnold Wald, o concubinato, em nosso país, se deu pela coexistência de três fatores predominantes, quais sejam as formalidades exigidas para o matrimônio, a exemplo da habilitação, o inconformismo da Igreja no tocante à realização do casamento civil como requisito preliminar ao casamento religioso, bem como a vedação de novas núpcias à pessoa divorciada. Ressaltou, ainda, as situações de miséria e ignorância em que vivem as pessoas, principalmente nos países chamados de Terceiro Mundo.

Aliás, é oportuno fazer a distinção entre a união estável de concubinato puro e de concubinato impuro, conforme anotado por Souza Birchall (2010, p. 4):

A união estável pode ser convertida em casamento, então, só pode ser estabelecida por quem poderia se casar, pois, se no futuro os companheiros assim pretenderem, poderão converter sua união estável em casamento, devendo ser, para tanto, solteiros, divorciados ou viúvos. Antes da vigência do CC/02, era comum encontrar autores que preferiam usar as expressões concubinato puro, honesto, em diferenciação ao concubinato impuro ou adúlterino, que seria aquele em que um ou ambos os então concubinos eram casados ou apenas separados judicialmente, ou de fato, de seus cônjuges. Por isso, a palavra concubinato e união estável eram, mas não são mais sinônimas. A partir da redação do §3º, do art. 226, CF/88 e dos arts. 1.723 a 1.727, CC/02, é evidente a diferenciação, pois só será considerada união estável se os companheiros - um homem e uma mulher - puderem a converter em casamento (civil), ou seja, se forem divorciados ou viúvos, nos termos e princípios constitucionais. O problema é que a palavra concubinato, do latim cum (com) + cubare (dormir), no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, já carrega consigo uma certa dose de preconceito e, por isso, a

Constituição Federal trouxe a nomenclatura união estável, para substituí-la. Alertava, ele, ainda, para a confusão dos julgados com tais nomenclaturas. Infelizmente, mesmo após a vigência do CC/02 que distingue muito precisamente entre companheiros em união estável – art. 1.723 - e concubinos (relações incestuosas ou adúlteras) – art. 1.727 – ainda é comum a confusão na jurisprudência.

Desta forma, as duas formas de união entre pessoas, acima mencionadas, se diferenciam pelo fato de os participantes desta estarem livres (serem capazes para tal, os solteiros, divorciados ou viúvos) e, desimpedidos (na vida civil) para contrair esta união, para os casos em que existam impedimentos, se caracterizará o concubinato (do Lat. concubinatus).

Não é de se olvidar que com a chegada do Código Civil de 2002, se normatizou largamente a União Estável, que foi considerada legítima instituição familiar pela Constituição brasileira de 1988, e já estava tutelada por outras leis esparsas, sendo assegurados direitos recíprocos dos "conviventes" ou "companheiros" de maneira análoga ao casamento, incluindo o direito de herança e o regime presumido de comunhão parcial de bens, isto é, o casal compartilha os bens adquiridos após a data de início da relação.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC

O artigo 1.790 do Estatuto Civil, que trata da sucessão do companheiro, está localizado no Livro V (Do Direito das Sucessões), Título I (Da Sucessão em Geral), Capítulo 1 (Disposições Gerais), já a sucessão do cônjuge encontra-se na parte da Sucessão Legítima, no Capítulo destinado a Ordem da Vocação Hereditária, ficando clara a contradição atinente ao tema.

Acerca do assunto, preleciona Venosa (2012, p.150):

“A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina na ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável ‘participará’ da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero ‘participante’ da herança.”

Nota-se, então, que ao regular a matéria sucessória atinente à união estável, o nosso Código Civil deveria ter se adaptado aos passos da doutrina e jurisprudência, procurando corrigir os problemas existentes, porém não foi isso que aconteceu.

Quanto à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do diploma civil, destaque-se excerto

jurisprudencial da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicado no Diário Oficial da Justiça no dia 24/09/2007, a fim de respaldar as alegações já abalizadas:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007)

Na mesma linha é outra jurisprudência proferida pelo Egrégio Tribunal referido, publicada no Diário da Justiça no dia 08/03/2007, a seguir:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. BEM DOADO. ASCENDENTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, DO CC/02. Não se conhece de parte do recurso onde é pleiteado o direito real de habitação, matéria não abordada nas razões recursais do agravo de instrumento. Não se aplica a regra contida no art. 1790 do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Como é irrelevante para o direito sucessório do cônjuge o regime de bens adotado, não se deve discutir se houve ou não conjugação de esforços para a obtenção do patrimônio dos companheiros, pois o que é relevante é se houve união estável, não importando a origem do bem. Logo, a companheira sobrevivente tem direito a eventuais bens recebidos pelo falecido por herança de sua mãe, tal como ocorreria se se tratasse de cônjuge supérstite. Recurso conhecido em parte, e nesta provido. (Agravado Nº 70018505313, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2007)

Assim, salta aos olhos a inconstitucionalidade do artigo 1790 do diploma civil brasileiro, tendo em vista a supressão no ordenamento pátrio das desigualdades entre cônjuges

e companheiros, principalmente em relação ao patrimônio adquirido durante a vigência da união.

3.1 A sucessão do companheiro e do cônjuge sob a ótica do Código Civil/2002

A priori, podemos dizer que o Código Civil de 2002 permite a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro. Nesse sentido, Cahali (2003, p. 236) leciona:

Existe um conflito de normas, na medida em que duas pessoas seriam titulares da mesma herança. Para convivência das regras, caracterizada a união estável, há que se prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento do cônjuge, integrante formal de matrimônio falido, apenas subsistente no registro civil. Mas, à evidência, não se privará o cônjuge de eventual meação sobre o patrimônio adquirido na constância do casamento, bens estes a cuja comunhão o companheiro não terá direito, pois adquiridos anteriormente à união estável.

Quando tratamos do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, sem a especificação do gênero, há de se destacar algumas diferenças. Quando o cônjuge supérstite concorre com os descendentes, tem reservado a quarta parte da herança. Já quando se trata do companheiro sobrevivente, não se tem essa reserva.

Quando o cônjuge supérstite concorre com os ascendentes, tem reservada a terça parte da herança e a metade, se houver um só ascendente ou se for maior aquele grau. No caso do companheiro sobrevivente, a herança será, em qualquer caso, de um terço. Não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge supérstite terá direito a integralidade da herança, já o companheiro sobrevivente, por sua vez, sempre terá que dividir a herança se houverem outros parentes sucessíveis, ficando a ele reservada a terça parte da herança.

Vale ressaltar, o companheiro sobrevivente só herdará a integralidade da herança se não houver outros parentes sucessíveis. Desta forma, é inegável o tratamento sucessório diferenciado que se dá ao companheiro sobrevivente ao compará-lo com o cônjuge sobrevivente. Tal discriminação torna-se inadmissível frente à isonomia entre união estável e o casamento, a qual é assegurada pelo já citado art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. Ademais, talvez nem fosse necessária disposição expressa em razão da isonomia já traçada pelo art. 5º, caput da Carta Magna, senão vejamos:

“Art. 5º. Todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, (...)”

Não é de se olvidar também que o artigo estudado ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, também inserido em nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III.

De acordo com Mello (2009) vários doutrinadores ainda divergem sobre a sucessão do companheiro, pois como dito, quando da análise do artigo 1790 do Código Civil, percebe-se que se impõe um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta.

No que se refere à sucessão legítima, Madaleno (2004, p. 113) anota que:

Mais uma vez resta discriminada a relação afetiva oriunda da União Estável que perde sensível espaço no campo dos direitos que já haviam sido conquistados após o advento da Carta Política de 1988, em nada sendo modificada a atual redação do novo Código Civil e será tarefa pertinaz da jurisprudência estas flagrantes distorções deixadas pelo legislador responsável pela nova codificação civil.

Portanto, percebe-se que com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, são notáveis os prejuízos sofridos pelos companheiros quanto às novas regras sucessórias, muito diferente dos cônjuges, que acumularam direitos com a nova edição.

3.2 Da necessidade de modificação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002

Conforme exposto anteriormente, a sucessão do cônjuge, que é tratada nos artigos 1.829 até 1.837 do Código Civil ocorre da seguinte forma: ele concorre com os descendentes e ascendentes, e caso não haja descendentes ou ascendentes ele herdará tudo, mesmo havendo colaterais. Na sucessão com descendentes o direito sucessório do cônjuge depende do regime de bens que foi escolhido no casamento, pois se o cônjuge for casado no regime de comunhão universal, comunhão parcial sem bens particulares ou separação obrigatória, ele não terá o direito à herança, pois já terá direito a metade de todos os bens. Por isso na sucessão do cônjuge com os descendentes os bens incidirão somente sobre os bens particulares, pois sobre os bens comuns o cônjuge terá direito a meação. E caberá ao cônjuge o mesmo percentual da herança dos descendentes, o cônjuge é mais uma cabeça na divisão. No entanto, conforme o artigo 1832 do CC, caso o número de descendentes for superior a quatro é garantido ao cônjuge o mínimo de $\frac{1}{4}$ se este for ascendente dos descendentes com quem concorrer.

Já o direito sucessório do companheiro está disposto no artigo 1790 do CC, no caput do artigo já se verifica que a sucessão será somente sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Desta forma, concorrência com os descendentes será somente sobre os bens comuns adquiridos onerosamente na constância da união, pois o companheiro não tem

direito aos bens particulares, o percentual sobre os bens comuns será o mesmo que o descendente obter somente se o cônjuge for mãe ou pai do descendente que está concorrendo, senão ele só terá metade da cota que couber aos descendentes. Lembrando que a garantia mínima de $\frac{1}{4}$ não cabe ao companheiro.

Quanto à concorrência do cônjuge com os ascendentes independem do regime de bens e incidem sobre todo o patrimônio após retirar a meação, cabendo metade aos ascendentes e metade ao cônjuge. Já a concorrência do companheiro com os ascendentes somente incide sobre os bens comuns, ficando o percentual de $\frac{1}{3}$ para o companheiro.

A concorrência do cônjuge com os colaterais não existe, pois se não houver ascendentes ou descendentes o cônjuge herda a totalidade dos bens, e isto independem do regime de bens adotado. Já o companheiro concorre com os colaterais até o 4º grau sobre os bens comuns e receberá o percentual de $\frac{1}{3}$ dos bens comuns. O companheiro concorre com os colaterais, e só receberá a totalidade dos bens comuns se não houver colaterais até o 4º grau. E quanto aos bens particulares irão para a fazenda pública. Pois ao companheiro só caberá receber os bens adquiridos durante o casamento.

Por fim, ainda temos uma distinção feita ao direito de habitação, pois segundo o artigo 1.831 do CC o cônjuge terá direito real de habitação, sendo este vitalício, visto acaba somente com a morte. Já o companheiro só tem direito de habitação até constituir nova união ou casamento, conforme o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96.

Desta forma, é evidente o vício de inconstitucionalidade que contém o artigo 1.790 do Código Civil, entretanto, somente poderá assim ser declarado após decisão judicial, de modo que, até então, de acordo com o princípio da constitucionalidade dos atos normativos é considerado constitucional, produzindo efeitos, e devendo ser observado pela sociedade.

Vale destacar que inúmeros são os casos de conflito de interesse nestes ditames, e claro resta que esta discussão poderia não existir se houvesse uma alteração do disposto no artigo 1790 do CC.

3.3 Do entendimento dos tribunais

Muito embora o tema tratado seja bastante debatido, os tribunais vêm formulando decisões acerca da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, de modo que se destacam duas, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Em que pese alguns entenderem que ambas são entidades familiares, merecendo tratamento isonômico, outros destacam que

casamento e união estável são figuras jurídicas distintas, visto que a própria Constituição faz esta distinção.

Vale destacar pronunciamento do relator Ricardo Raupp Ruschel, sobre Agravo de Instrumento Nº 70020389284, em Porto Alegre, datado de 12 de setembro de 2007, onde foi dada decisão favorável à companheira. No caso em comento, o companheiro falecido deixa a companheira que conviveu durante 10 anos e um único parente, seu irmão. A questão é se o caso se seguiria a regra do art. 1790 do CC em que o companheiro teria direito apenas aos bens adquiridos na constância da união estável, cabendo a este 1/3 da herança e ao irmão o restante, ou se o companheiro seria o herdeiro necessário, não cabendo ao irmão nenhuma parte. Assim:

"Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar. Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira."²

Esta decisão confirma tudo o que foi discutido e proposto até agora, onde ocorre a inaplicabilidade do artigo 1790 do CC, bem como deve prevalecer o princípio constitucional da igualdade que admite tanto o instituto do casamento como da união estável como entidade familiar.

Neste mesmo sentido, vale destaque a decisão do Processo Nº 0012091-10.2006.8.17.0990³, da Vara de Sucessões e Registro Públicos do Estado de Pernambuco, ocorrida na Comarca de Olinda. Com o pronunciamento da Juíza de Direito Lara Correa Gamboa da Silva:

² PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões**. 1.ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. APUD RUSCHEL, Ricardo Raupp Ruschel.

³ BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Lara Correa Gamboa da Silva. Olinda. 2013.

“Entendo que o art. 1.790, CC/2002 está em desconformidade com a constituição e com o conjunto de normas legais que regem a matéria por não observar o princípio da proteção da família, conferindo tratamento diverso ao cônjuge e ao companheiro, estando eivado de inconstitucionalidade. O dispositivo legal ao conferir tratamento desigual ao cônjuge e ao companheiro ora beneficia o companheiro (na hipótese de só existirem bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união e o companheiro concorrer apenas com descendentes), ora o cônjuge, não havendo razão lógica de ser destas diferenças por ele estabelecida.”⁴

Percebe-se do trecho que a decisão foi favorável à companheira, entretanto, como ela estava separada há mais de dois anos do *de cujus*, ela não é considerada herdeira. No entanto, foi concedida a habilitação, pois ela tinha o direito à meação dos bens adquiridos ao tempo da constância do casamento como preceitua o art. 1830 do CC.

Em meio às inúmeras discussões acerca do artigo 1790 do código civil, cabe à doutrina e à jurisprudência corrigir eventuais vícios na sua elaboração, de modo que as decisões proferidas serão as que melhor resguardarão o direito sucessório do companheiro. O certo é que, inconstitucional ou não, a compreensão da união estável como entidade familiar é merecedora de proteção estatal. Dada a flagrante inconstitucionalidade pela agressão do direito à igualdade, há que entenda que a manutenção deste dispositivo estaria representando um retrocesso legislativo.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou acerca da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do referido artigo do diploma que regula as relações em âmbito privado, dizendo o seguinte:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.⁵

A inconstitucionalidade deve ser decretada tendo em vista os objetivos da República Brasileira, que visa promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação,

⁴ Idem.

⁵ STJ - AI no REsp: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2011

constituindo uma sociedade livre e justa, reduzindo as desigualdades sociais, o que se dá através da implantação e efetivação do Estado Social de Direito.

Ao fazer uma análise do posicionamento dos tribunais, conclui-se que a melhor maneira seria mesmo usufruir de um tratamento igualitário entre cônjuge e companheiro, em respeito ao princípio da isonomia. Percebe-se por meio dos julgados sobre os temas que, apesar de existirem direções contrárias a inconstitucionalidade do artigo em estudo, a grande maioria direciona-se para o entendimento da inconstitucionalidade.

4 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, percebe-se que apesar de reconhecida a união estável como entidade familiar, ainda existem diferenças entre companheiros e cônjuges, notadamente no que tange a matérias de sucessões.

Não obstante a Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, prever a possibilidade da conversão da união estável em casamento, a qualquer tempo, mediante requerimento dos conviventes, isto não torna o instituto em tela inferior ao matrimônio, não podendo, portanto, serem atribuídos direitos que lhes sejam desfavoráveis em relação aos cônjuges.

No entanto, não é isso que se extrai do Código Civil de 2002, valendo ressaltar o tratamento sucessório conferido aos companheiros no seu artigo 1.790.

Antes de qualquer coisa, o próprio dispositivo já merece críticas quanto a sua colocação na Lei Civil, tendo em vista a sua inserção em Capítulo que dispõe sobre as disposições gerais do Direito das Sucessões, quando, em verdade, merecia ser enquadrado nos artigos 1.829 e seguintes, assim como foi feito com os cônjuges.

Ademais, as leis que regulamentaram a união estável, no que se refere à matéria sucessória foram mais benéficas do que a nova Lei Civil, a qual não conferiu direito real de habitação, não reservou a condição de herdeiro necessário ao companheiro, não sendo incluído na ordem de vocação hereditária, tendo suas quotas-partes diferenciadas das dos cônjuges, somente vindo a ter direito de receber a totalidade da herança quando não houver parentes sucessíveis.

Imperioso destacar que a lei não poderia ter versado a união estável de forma discriminatória, tendo em vista que a disposição da própria Constituição, que prevê a igualdade das relações familiares, que em tese são fundadas no afeto, amor, solidariedade, respeito. Ambos os institutos são merecedores de respeito, consideração, dignidade, nas

mesmas proporções, de modo que o tratamento atual dado pelo nosso Código Civil afronta aos princípios da isonomia, bem como ao do pluralismo das entidades familiares.

Não menos importante e merecedor de destaque é o princípio da supremacia da Constituição, presente nas constituições rígidas, a exemplo da Carta Magna de 1988, determinando ser a Constituição superior a todos os demais atos normativos. Neste sentido, não poderia o Código Civil, lei infraconstitucional, ir de encontro ao estabelecido na carta constitucional, como se vê do confronto entre o artigo 1.790, do Estatuto Civil e artigo 226, §3º da Lei Maior.

Deste modo, defende-se a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil brasileiro, em virtude de este proporcionar tratamento desigual aos conviventes, principalmente por que representa violação aos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso de direitos, essencialmente no processo sucessório.

Por fim, notório destacar que os doutrinadores corroboram do mesmo pensamento que juristas e que alguns deputados também buscam alterar o artigo 1790 do CC. Este trabalho objetivou destacar esta evolução no pensamento jurídico e doutrinário e não foi finalizado apenas neste breve estudo, muito pelo contrário, temos a necessidade do aprofundamento no assunto, bem como também nas atualizações que poderão e deverão vir.

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/2002:
reflexão sobre a possível quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união
estável e o casamento.**

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 started to classify the stable union as a family unit, for once, being worthy of state protection. Although this prediction, ordinary legislation came to hurt the provisions of our Constitution, the draft rules of succession to teammates in disagreement with those relating to marriage, hurting, therefore, the constitutional principle of equality. This article aims to bring an analysis of the constitutionality of Article 1790 of the Civil Code of 2002, especially the possible breach of equality between the constitutionally established law marriage and the marriage, since the Basic Law itself established equal treatment for both institutions, there is no reason for a law instituting infra discrimination. In this perspective, this study presents considerations and reflections on the subject, especially regarding discussions incited by the doctrine and national Courts, and question the possibility of a change or even an extinction of the article mentioned.

Palavras-Chave: Family. Stable Union. Marriage. Succession Law.

5 REFERÊNCIAS

_____. Código Civil (2002). Código Civil. In: ANGHER, Anne Joyce. **VadeMecum Acadêmico de Direito RIDEEL**. 18. ed. São Paulo: RIDEEL, 2014. p, 137-217.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - AI no REsp: 1135354 PB 2009/0160051-5**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. **Processo Nº 0012091-10.2006.8.17.0990**. Lara Correa Gamboa da Silva. Olinda, 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/62762772/djpe-05-12-2013-pg-2380>> Acesso em: 20/01/2014.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.944. Alteração do artigo 1829 do Código Civil**. Antonio Carlos Biscaia. 2005.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 699. Alteração do Artigo 1.790 do Código Civil**. Arnaud Faria de Sá. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70020389284**. Ricardo Raupp RUSCHEL. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16801/tjrs-equipara-companheiro-a-conjuge-e-afasta-direito-sucessorio-de-irmao>> Acesso em: 25/01/2014.

CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. São Paulo: RT, 2007.

CANDIL, Thatiana De Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, Rio de Janeiro, Forense, 17ª ed. 2001.

MADALENO, Rolf. **O Novo Direito Sucessório Brasileiro**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=39>.

Acesso em: 26 jul. 2012.

MELLO, Maria Angélica De. **União estável na órbita do código civil**. Disponível em: <<http://www.mariaangelicademello.com.br/UNIAOESTAVEL.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Princípios Constitucionais no Direito de Família**. Disponível em <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst22.html>>

PEDROSO, Sílvia Coutinho. **A possibilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010.

SOUZA BIRCHAL, Alice de. **União estável e concubinato: evolução histórica; o código civil e suas inconstitucionalidades**. 2010.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito das Sucessões**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.