

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Tiago Ribeiro¹

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é analisar, diante da distinção no tratamento sucessório legado ao companheiro, a existência de uma clara inconstitucionalidade no artigo 1.790, CC, a qual deve ser reparada através da criação de uma norma que a substitua. Contudo, o estudo dos direitos sucessórios do companheiro supérstite constitui uma relevante discussão jurídica em face da constante alegação de inconstitucionalidade do tema ora suscitado.

Palavras-chave: SUCESSÃO. CÔNJUGE. COMPANHEIRO. CÓDIGO CIVIL.

1. COMPARAÇÃO ENTRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

A Constituição Federal de 1988 embora tenha estabelecido normas a respeito da união estável não a equiparou de forma expressa ao casamento, fato que deu margem a tratamentos diferenciados entre a esposa (o) e a (o) companheira (o).

Com base nesta ausência do texto constitucional a legislação infraconstitucional passou a tratar a união estável de forma diversa do tratamento legado ao casamento.

Através do reconhecimento da união estável foi ampliada a proteção jurídica direcionada aos companheiros, visto que, estes passaram a ter o direito sucessório à

¹ Advogado, Especialista em Ciências Penais.

meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da convivência.

Como se verifica na união estável a questão referente à partilha dentro do direito sucessório se dá a exemplo da comunhão parcial de bens do casamento.

Com fulcro no texto constitucional tudo indicava que a união estável, no âmbito sucessório havia se igualado ao casamento em seus direitos e deveres, no entanto, com o advento do Código Civil de 2002, houve grande mudança nesta situação.

A entrada em vigor do Código Civil 2002 trouxe grandes modificações ao direito sucessório na união estável, vez que, a Lei 8.971/94 em seu artigo 2º, regulava esta matéria de forma diversa.

No artigo 2º da Lei 8.971/94 o companheiro tinha o direito sucessório da totalidade dos bens do cônjuge falecido no caso dele não ter deixado parentes sucessíveis.

Através da publicação do novo Código Civil o artigo 1.790 revogou o preceito do art. 2º da Lei 8.971/94 e suscitou a possibilidade participação do companheiro, assim como, passou a posicionar o companheiro como concorrente junto a outros parentes sucessíveis do cônjuge falecido.

Sobre este artigo explica Venosa:

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 da 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. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!

Cabe esclarecer que além da controvérsia do termo “participará”, a sucessão dos companheiros ainda conta com o nuance de que se o cônjuge falecido não deixar herdeiros o companheiro terá direito a totalidade de sua herança, mas só aquela que fora construída através do trabalho em conjunto, e não o patrimônio existente antes da união estável. Tão logo, no caso da existência de patrimônio anterior à união estável este pode ser declarado vacante e ficar nas mãos do Estado.

Outra problemática inclusa na sucessão testamentária dos companheiros é o

caso de um deles ter deixado bens que foram gratuitamente adquiridos por um dos companheiros na constância da união estável, mas a lei só cogita a possibilidade de comunicação sucessória dos bens adquiridos de forma onerosa pelos cônjuges. Deste feito, muitos entendem que o bem adquirido por um dos cônjuges de forma gratuita e não existindo parentes suscetíveis será direcionado ao Estado.

O entendimento acima descrito recebe severas críticas de juristas como Rosa Maria Nery² que acredita que:

Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O CC 1.790, caput, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1.790, caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos:

a) o CC 1.844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790, IV), fugindo do comando do caput, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura da herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do art. 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

Tão logo, entende-se que como os bens adquiridos onerosamente ou gratuitamente devem ser comunicável para o companheiro sobrevivente, pois, foram adquiridos no decorrer da união estável. E, além disso, pelo fato de ser mais aceitável que se prefira o companheiro ou invés de se optar por declarar a herança vacante.

Esta problemática dos bens do cônjuge falecido no caso dele não ter deixado parentes sucessíveis afirma Pereira³:

² Rosa Maria Nery. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. Aspectos da Sucessão Legítima. In _____. *O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p.1381

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6 ed. Belo Horizonte, 2002, p. 154.

[...] é importante ressaltar que o esforço comum é tão-somente uma presunção. Sendo assim, pode-se demonstrar o contrário, ou seja, provar que determinados bens não foram frutos do trabalho e/ou da contribuição de ambos. Esta é uma das diferenças básicas entre o casamento e união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direito ou indireto); naquele não se discute isso.

Como se pode perceber a disposição do ordenamento substantivo civil a respeito da sucessão na união estável simboliza um verdadeiro retrocesso, pois, faz diferença entre a figura do cônjuge e do companheiro.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Como se verificou acima foi dado mais segurança jurídica ao casamento em detrimento da união estável. Em face desse tratamento desigual é que diversos doutrinadores têm cogitado a inconstitucionalidade de tal instituto jurídico.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴, para quem:

O correto seria cuidar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que, desde o advento das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento em matéria de Direito das Sucessões: ora como sucessores na propriedade, ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força de normas infraconstitucionais, desde 1996 existe tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art. 226, caput, da Constituição Federal.

Além disso, o legislador se omitiu de tratar temáticas de extrema relevância para o direito sucessório como é o caso da possibilidade de usufruto e do direito vidual.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 56

Sobre isso afirma Jordão⁵:

O legislador civil pecou ao se olvidar de esclarecer os aspectos relativos à concessão aos conviventes do direito de usufruto viual e do direito real de habitação, ainda hoje, é grande a polêmica entre os que entendem que as leis 8.791 e 9.278 foram revogadas, e aqueles que dizem que houve apenas revogação parcial dos referidos textos legais.

Contudo, este não foi o único ponto em que houve falha por parte do legislador. Os efeitos produzidos pela constituição da união estável também não restaram suficientemente claros. Em virtude disso, merecem ser destacadas propriamente as conseqüências geradas não apenas pelo vínculo de convivência, como pelo vínculo matrimonial.

Assim sendo, embora o direito sucessório dos companheiros trate-se de uma forma de sucessão legítima, esta encontra disposta no Capítulo das Disposições Gerais, quando deveria estar na parte Da ordem da vocação hereditária.

Fato esse que evidencia o desinteresse do legislador originário em contemplar a união estável no que concerne aos direitos sucessórios, visto que, como bem explica Torres⁶:

Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muita atenção, em revisão no Congresso. Não fosse suficiente o visível descuido dispensado pelo legislador, o artigo respectivo ainda dispõe que o companheiro participará da sucessão do outro, em vez de, como era esperado, dispor, simplesmente, que herdarão.

É clara a constatação de que o legislador teve a plena vontade de privilegiar o cônjuge em detrimento dos companheiros dentro da sucessão, ferindo o princípio da igualdade contemplado pela Constituição Federal.

Tão logo, essa discriminação do companheiro pode ser observada no fato do mesmo ter sido colocado na ordem de sucessão posterior aos parentes sucessíveis, como

⁵ JORDÃO, Luciana Ramos. O direito sucessório dos companheiros à luz do Código Civil de 2002 . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1936, 19 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11840>>.

⁶ TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. União estável: considerações acerca do direito sucessório dos companheiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9191>>.

primo, tio-avô. Além disso, o companheiro não foi considerado pelo Código Civil de 2002 como herdeiro necessário, podendo assim, ser afastado do direito sucessório se o de cujus assim dispuser em seu testamento.

Para que se observe na prática o absurdo desta situação menciona-se o exemplo de Luiz Felipe Brasil Santos⁷ que afirma:

Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público.

Como se pode observar através do princípio da igualdade, da dignidade humana é que o mais correto para o legislador infraconstitucional seria ter dado paridade de condições entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Mas como tal fato não ocorre, tem-se que o distanciamento da contemplação do princípio da igualdade, cogita-se a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.

Afirma Zeno Veloso⁸ “não há quem possa, em sã consciência, defender ou sustentar esta decisão legal, que chega às raias do absurdo. O art. 1.790 do CC é um dispositivo cruel e inconseqüente”.

Segundo Cruz⁹:

Diante de tais ponderações, cabe à doutrina e à jurisprudência corrigir os vícios detectados no curso do processo legislativo e, desse modo, proceder a combinação das disposições contidas no art. 2º da Lei nº 8.971/94, com as relativas aos cônjuges no art. 1.829, incisos I, II e III,

⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>.

⁸ VELOSO, Zeno. *Direito sucessório dos companheiros*. In: Direito de família e o novo Código Civil. Coord. Dias, Maria Berenice e Pereira, Rodrigo Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 229

⁹ CRUZ, Elisa Costa. *A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6108>>.

CC, sob pena de flagrantes inconstitucionalidades serem cometidas contra as pessoas dos companheiros. A despeito deste entendimento de vanguarda, a doutrina, majoritariamente, presume a constitucionalidade da norma e busca soluções para a distorção e o retrocesso legislativo causados pelo artigo 1.790.

Assim sendo, acredita-se que como a partir da Constituição Federal de 1988 tornou premente a proteção da família, considerando-se entidade familiar os mais diversificados formatos, o tratamento igualitário desta constitui-se num dos cerne constitucionais.

Assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) passa a considerar igualmente família não só aquela formalmente constituída (através do casamento), mas também, aquela funcionalmente criada.

A união estável deveria obter o mesmo tratamento sucessório que o casamento até mesmo por que o legislador praticamente igualou estes dois institutos ao dispor as mais amplas facilidades na conversão da união funcional em uma união formal (casamento).

Neste sentido, explica Cruz¹⁰:

Daí igualmente porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais.

Como não há hierarquia ou predileção entre as espécies de entidades familiares reconhecidas pela Constituição Federal, observa-se que o artigo 1790 do Código Civil se revela inconstitucional, pois, viola o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*,

¹⁰ CRUZ, *Op. cit.* 2009. p. 1

CF).

Afirma Cruz¹¹ que:

De acordo com o princípio da igualdade, verifica-se que o modo pelo qual o legislador tratou a questão relativa à sucessão dos companheiros no atual Código Civil, de forma diversa da prevista para as pessoas que estão ligadas pelo laço matrimonial, não encontra critério algum de razoabilidade que justifique esta diferenciação, razão porque referida norma é inválida. Em verdade, configura mais uma arbitrariedade do legislador e uma expressão de todo o seu preconceito em relação às uniões estáveis. A desigualdade de tratamento só é autorizada pela Constituição quando configurar exigência do próprio conceito de justiça, isto é, quando visar atender finalidades que se coadunam com o próprio ordenamento.

Como no texto constitucional (art. 226, CF) não se verifica qualquer indicio de tratamento desigual entre as entidades familiares, não pode o legislador ordinário vir a criar tais discriminações a seu bel prazer. Logo, a diferenciação de tratamento sucessório entre companheiro e cônjuge, analisada a luz da igualdade entre as entidades familiares se vê plenamente inconstitucional.

Ademais, o artigo 1.790 do Código Civil pode ainda ser considerado inconstitucional por burlar o princípio da vedação do retrocesso, que parte da doutrina reconhece como um princípio constitucional implícito que proíbe que as normas se tornem menos benéficas à sociedade.

Sobre o princípio da vedação do retrocesso afirma Cruz¹² haver três possíveis acepções, quais sejam:

[...] para a primeira delas, denomina-se retrocesso a toda norma que contrarie a opinião pessoal de seu emissor, sendo que esta acepção deve ser, desde logo, desconsiderada, tendo em vista a sua falta de lastro jurídico. Uma segunda acepção, chamada por ele de vedação genérica do retrocesso, implica a impossibilidade da simples revogação de norma infraconstitucional que regulamenta ou completa norma constitucional, sem a substituição por outra norma. Por fim, um terceiro significado, denominado vedação específica dos direitos fundamentais, veda que direitos sociais fundamentais, regulamentados por legislação infraconstitucional, venham a ser minorados por lei posterior,

¹¹ CRUZ, *Op. cit.* 2009. p. 1

¹² CRUZ, *Op. cit.* 2009. p. 1

atingindo o núcleo da garantia. Esse último sentido é o que interessa ao presente trabalho.

Assim sendo com base no princípio da vedação do retrocesso não se pode permitir que uma norma legal regulamentadora de dispositivo constitucional seja revogada por outra norma legal de menor hierarquia que a constitucional que lhe deu origem.

Assim sendo, observa-se que¹³:

Conforme abordado nos capítulos anteriores, o tratamento legislativo conferido à sucessão dos companheiros pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.790, manifesta-se, à evidência, de menor grau que aquele existente na legislação anterior. Pela vedação do retrocesso esse novo tratamento legal é inquinado de inconstitucionalidade, uma vez que não poderia legislação infraconstitucional posterior reduzir direito assegurado por outra norma, essa, anterior, que regulamenta dispositivo constitucional. Em outros termos, significa dizer que, havendo regulamentação por lei de uma norma constitucional de eficácia limitada programática, definidora de direito fundamental, essa, de certa forma, adere à Constituição, sendo vedado à legislação posterior suprimir ou reduzir direitos antes garantidos atingindo seu núcleo.

Como se pode verificar o tema do direito sucessório entre os companheiros suscita muitas discussões, inclusive a da alegação de inconstitucionalidade a qual ainda espera julgamento no Supremo Tribunal Federal através da ADIN 2.065-0/DF que se trata de uma ação direito de inconstitucionalidade contra o artigo 1790 do CC que alega como fundamento justamente o princípio da vedação do retrocesso.

Sobre o princípio da vedação do retrocesso o Ministro Sepúlveda Pertence¹⁴ afirmou a época que:

Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude de eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua

¹³ CRUZ, *Op. cit.* 2009. p. 1

¹⁴ CRUZ, *Op. cit.* 2009. p. 1

efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Embora tal entendimento contemple a compreensão de que o direito sucessório do companheiro no Código Civil está em desacordo com o texto constitucional, este foi voto vencido, visto que o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou que tal questão não se tratava de controle de constitucionalidade pela via direta, mas, sim de controle de inconstitucionalidade indireta.

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence foi vencido, mas, este por si só já constitui um precedente dentro do Tribunal Superior brasileiro o que enseja outras tentativas de julgamento de uma ADIN com base no princípio da vedação do retrocesso.

Por fim, quanto a questão do direito sucessório entre os companheiros tem-se que além de inconstitucional o disposto no artigo 1790, do Código Civil, esse regramento é também imoral, pois, desiguala os iguais, constituindo-se num tratamento discriminatório.

3. CONCLUSÃO

Como se pode observar no decorrer deste estudo através da vigência do artigo 1.790 do Código Civil houve um retrocesso no ordenamento sucessório brasileiro, pois o artigo 20, inc. III da Lei 8.971/94 dava preferência ao companheiro sobrevivente em relação aos colaterais, e atualmente, os companheiros se encontram em par de igualdade com os demais parentes sucessíveis (primos e tios, por exemplo).

Ademais, o Código Civil se mostrou omissivo no que concerne a sucessão dos filhos advindos do casamento junto com a existência de filhos decorrentes da união estável.

Além disso, limitou a sucessão dos bens entre os companheiros a apenas aqueles auferidos de forma onerosa no decorrer do relacionamento de união estável.

Pode-se observar que é premente a necessidade de uma reforma legislativa no que concerne aos direitos sucessórios entre os companheiros, pois, da forma que estes se encontram dispostos no Código Civil é clara a

inconstitucionalidade presente.

Contudo, pode-se observar no decorrer desse estudo, que o profissional da área jurídica tem que ter extremo domínio das peculiaridades dos recursos a fim de que esses possam ser utilizados com eficiência na defesa de seus clientes.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; FERNANDES, Giselda Maria; HIRONAKA, Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003. 2004.

CRUZ, Elisa Costa. *A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6108>>.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 56

JORDÃO, Luciana Ramos. O direito sucessório dos companheiros à luz do Código Civil de 2002. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1936, 19 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11840>>.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. Aspectos da Sucessão Legítima. In _____. *O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 1381

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6 ed. Belo Horizonte, 2002, p. 154.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>.

TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. União estável: considerações acerca do direito sucessório dos companheiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9191>>.

VELOSO, Zeno. *Direito sucessório dos companheiros*. In: Direito de família e o novo Código Civil. Coord. Dias, Maria Berenice e Pereira, Rodrigo Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 229