

“ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: (IN)CONSTITUCIONAL?”

“EL ARTÍCULO 1.790 DEL CODIGO CIVIL:¿ (DES)CONSTITUCIONAL?”

Emilly Silva de Albuquerque¹

Gabriela Martins Carmo²

Resumo

Nesta pesquisa objetiva-se analisar a possível inconstitucionalidade do Art.1790 do Código Civil em frente à disposição do Art. 226 da Constituição Federal e da interpretação dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, pluralidade familiar e dignidade da pessoa humana. Para tanto, como metodologia neste trabalho, utilizou-se pesquisa bibliografia descritiva, com o uso da própria lei e de literaturas já existentes sobre o assunto, com o objetivo exploratório de fornecer mais informações sobre o tema em questão. Conclui-se com base na interpretação do o art. 226 da Constituição Federal (que não deve ser visto como modo a considerar o casamento uma entidade familiar superior hierarquicamente à União Estável) ,e nos conhecimentos acerca das diferenças das características essas duas entidades familiares, deduz-se que não há motivo que explique um tratamento tão diferenciado para essas entidades no âmbito do direito sucessório, e que o art. 1790 é sim, portanto, inconstitucional, por ferir os princípios da igualdade, liberdade, pluralidade familiar e dignidade da pessoa humana, e que deveria este dispositivo cair em desuso posto que seu uso não se justifica dado a sua inconstitucionalidade.

Palavras-Chave: União estável; Casamento; Entidade familiar; Inconstitucionalidade.

Abstracto

Esta investigación tiene como objetivo analizarla posible inconstitucionalidad del Código Civil Art.1790 frente a la disposición del artículo 226 de la Constitución Federal y la interpretación de los principios constitucionales de la libertad, la igualdad, la diversidad familiar y la dignidad humana. Por eso, como una metodología en este trabajo, se utilizó la bibliografía de investigación descriptiva, utilizando la propia ley y la literatura existente sobre el tema, con

¹Mestre em planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará-UECE. E-mail: emillyalbuquerque@gmail.com

²Discente do 6º Semestre do Curso de Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. E-mail:gabrielamartinscarmo@gmail.com

el objetivo de exploración tiene más información acerca del tema en cuestión. La conclusión sobre la base de la interpretación del art. 226 de la Constitución Federal (que no debe ser visto como una forma de considerar el matrimonio entidad familiar jerárquicamente superiora la Unión Estable), y el conocimiento sobre las diferencias de estas dos entidades características de la familia, parece que no hay ninguna razón para explicar el tratamiento tan diferente para estas entidades bajo la ley de sucesión, y que el artículo 1.790, por lo tanto no es constitucional debido a que viola los principios de la igualdad, la libertad, la familia de la pluralidad y la dignidad humana, y que este dispositivo podría caer en mal estado ya que su uso no está justificado dada su inconstitucionalidad.

Palabras Clave: Unión estable; Matrimonio; Entidad Familia; Inconstitucional.

Introdução

É notório que com os passar do tempo cada vez mais surgem, ou melhor, se “legalizam”, diferentes tipos de entidades familiares no Brasil, tendo em vista que o processo democrático da sociedade Brasileira está se consolidando.

Mas como em toda situação que está em desenvolvimento, às vezes existem avanços e às vezes há retrocessos, e outras, em que aparentes retrocessos na realidade são apenas situações que são criadas para que as mudanças não tenham suas finalidades deturbadadas pelas pessoas.

No âmbito do direito não é diferente. Cada vez que surge uma norma “visionária” que verdadeiramente alcança o desenvolvimento que está ocorrendo na sociedade aparecem dispositivos que de alguma forma tentam retroceder ao passado, o que é normal, já que é natural do ser humano ter medo do desconhecido, se sentir inseguro, inicialmente, diante de situações que ele não tem uma resposta de como deverá proceder. A grande questão é que isso pode ocorrer por dois motivos: o primeiro é simplesmente por algum legislador entender que as pessoas ainda não estão prontas para uma grande mudança e por isso tenta criar meios que façam o novo demorar a chegar, (e esta, geralmente está ligada aos preconceitos existentes em cada cultura); e o segundo, é por que ocorre em alguns legisladores a percepção de que algum novo dispositivo legal possa causar a deturpação de outros dispositivos que já existem e funcionam perfeitamente bem, sem que haja motivos para que sua função social seja modificada, de uma forma “quase que sem querer” por outra norma nova.

Portanto o que deve ser observado quando legalmente encontram-se estas situações é se tentar identificar qual o motivo que fez o legislador criar determinada norma, e, caso este motivo esteja ligado à primeira situação descrita, cabe-se criticar aquela atitude do legislador e

tentar de alguma maneira permitir que “o novo chegue”, porém, caso a situação em questão seja a segunda, deve-se pensar sobre a intenção do legislador quando ele criou essa norma e tentar encontrar alguma solução para o empasse.

Assim como muitos doutrinadores jurídicos afirmam, foi o Direito de Família a parte do direito civil que mais se modificou com a criação do Código Civil de 2002, influenciado pela a Constituição Federal de 1988.

E como bem demonstra Paulo Lobo (2011):

“A família patriarcal, que a Legislação Brasileira tomou como modelo, desde a colônia, o império e durante boa parte do século XX, entrou em crise culminando em sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.”

Porém, apesar dos grandes avanços do Direito de Família, não se pode dizer que no âmbito sucessório o Direito se desenvolveu tanto assim, principalmente no que tange ao trato diferenciado dado às diversas entidades familiares. O art. 1.790 do Código Civil tem tido por isso, uma aplicabilidade um tanto polêmica quanto a esse tratamento diferenciado nas famílias formadas pelo casamento e pela união estável fazendo surgir então a dúvida: As diferenças entre o casamento e a união estável no âmbito do direito sucessório ferem os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e pluralidade familiar?

O presente artigo tem por objetivo responder a este questionamento, buscando analisar se este dispositivo representa algum tipo de retrocesso social, e, se sim, se seria um retrocesso justificado pelo primeiro ou pelo segundo motivo acima apresentados.

Antes de começar a responder o questionamento que deu ensejo a tal trabalho, cabe fazer uma análise do panorama geral da situação, percorrendo por um estudo mais detalhado da história de tais entidades, da visão constitucional delas, de suas funções e características e do tratamento dado pelo Código Civil ao tema para então, por fim, fazer a análise da pergunta perpassando por tais princípios constitucionais.

1. Casamento e União Estável com entidades familiares para a Constituição de 1988.

1.1. Breve histórico acerca das Entidades.

É certo que com a colonização portuguesa adveio para o Brasil a religião católica, que, à medida que observou o desenvolvimento da colônia e a criação da nação brasileira tornou-se a religião oficial do país. Por isso, o conceito de “família oficial” que havia na Europa veio para cá.

Até a Constituição de 1988, a família no Brasil era constituída através do casamento, sendo, portanto, as famílias que eram concebidas de outras maneiras consideradas ilegítimas, e não tendo uma proteção legal como as que advinham do casamento.

O fato é que durante muito tempo, vários casais, que já não queriam permanecer mais casados, e que não podiam dissolver o casamento, pois não existia o instituto da separação e nem do divórcio, passavam a de fato dissolver suas uniões e a tentarem refazer suas vidas ao lado de outras pessoas. O problema nestas situações é que esses novos casais tinham que enfrentar não só o preconceito social, como também o legal, que não conferia nenhum tipo de direito no âmbito familiar a eles, pois não os considerava família, já que uma nova família só se criava através do casamento, o qual estas pessoas não podiam recorrer já que formalmente eram casadas com outras. Viviam assim à margem da sociedade.

Como mostra Elisa Maria Nunes da Silva (2011):

“Até a publicação da presente Constituição Federal, a legitimidade da família nascia do casamento civil, considerando ilegítima a união de fato. No Código Civil de 1916 o legislador impôs uma série de restrições aos direitos das concubinas, visando proteger a família oriunda do casamento, entre eles estão: sobre a discriminação em relação aos filhos oriundos de fora do casamento, chamado filho adúltero ou ilegítimo, posteriormente revogado pela promulgação da Constituição Federal de 1988 estabelecendo o princípio da igualdade. Impedimento da concubina de receber bens deixados por testamento por seu concubino, salvo na hipótese de não haver impedimento matrimonial.”

E Fernanda Santos Nascimento (2013) ao escrever sobre o tema:

“Ressalta-se que a postura do constituinte foi bastante aplaudida pela doutrina civilista, uma vez que esta há muito criticava a utilização do termo *concubinato* para designar as relações afetivas estáveis entre pessoas desimpedidas de casar, em virtude do cunho pejorativo que lhe era inerente.”

Pode-se observar que com a promulgação da democrática e moderna Constituição Federal de 1988, esses casais, até então rejeitados pelo Direito, porque não podiam ou não queriam se casar para formar uma família, passaram a ser considerados, agora sim, uma entidade familiar através da oficialização da existência de Uniões estáveis na sociedade Brasileira.

1.2 A Constituição de 1988 e o tratamento que os dispositivos constitucionais trazem sobre casamento e união estável

Mas do que a oficialização da existência de uniões estáveis no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um tratamento mais igualitário (provavelmente não o ideal, mas já melhor) para as entidades familiares, como se observa no artigo 226, da Carta Magna:

“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.”

E é como Afirma Gustavo Tepedino (2006):

“Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (...). O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o Texto Maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família. Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.”

Dessa forma, o foco deixando de ser na estrutura familiar e sim na pessoa humana, garantiu-se às pessoas uma maior liberdade, igualdade e segurança jurídica dentro de suas relações, sejam lá quais fossem estas.

Surgiu assim o princípio da pluralidade familiar dentro do Direito Civil, que obrigou que o Código Civil de 2002 “nascesse” bem mais protetor da dignidade da pessoa humana do que o velho Código Civil de 1916.

1.3. Análise do artigo 226 da Constituição com base nos princípios da igualdade, da liberdade e da pluralidade familiar.

Assim, é notório o avanço que a Constituição trouxe na proteção dos tipos de entidades familiares, porém, apesar de tão visionário, este artigo aparentemente não contemplou toda a

igualdade que era almejada ao legislar no final do §3º do art. 226: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Quando o legislador fez essa afirmação, teria ele então desmentido a intenção posta por ele mesmo no início do mesmo parágrafo: que a união estável e o casamento deveriam ter o mesmo tratamento, pois perante a lei seriam iguais?

Pensando assim, algumas pessoas ao lerem esse dispositivo legal entendem que há uma hierarquia entre essas duas entidades familiares se estaria indiretamente afirmando que a união estável é uma entidade familiar inferior ao casamento, o que para os dias de hoje é um absurdo se afirmar. Guilherme Calmon (2012) sobre a questão afirma que:

“Dois aspectos decorrem do sistema atual: a) não há hierarquia entre as entidades familiares; b) a Constituição Federal não arrolou exaustivamente as entidades familiares. Na expressa previsão do texto constitucional, há duas famílias baseadas na conjugalidade: a) aquela fundada no casamento (CF, art. 226, § 1º); b) aquela fundada no companheirismo (CF, art. 226, § 3º). A Constituição Federal não equiparou os diversos modelos de entidades familiares – daí a regra da conversão do companheirismo em casamento, a demonstrar a existência de diferenças.”

Quando o autor afirma que Carta Magna não equiparou ele quis dizer justamente que o casamento e a união estável não podem ser tratados de maneira iguais simplesmente porque não são iguais. Suas naturezas constitutivas são diferentes e isso gera efeitos para o Direito. É fático que quanto mais algo está formalizado para o Direito, como o casamento, mais segurança jurídica vai ter-se na relação, pois é mais fácil provar que ela existe. Por outro lado, isso não significa que o legislador tratou por isso a união estável como inferior ao casamento. Ele apenas quis mostrar que para ter-se na união estável os mesmos efeitos do casamento, o companheiro deverá primeiramente comprovar que vive uma união estável, o que nem sempre é algo fácil, e por isso aconselhou indiretamente as pessoas que resolverem viver juntas a se casarem ou a estabelecerem uma união estável com algum tipo de contrato. Pensar diferente disso, seria fazer uma interpretação que feriria os princípios da liberdade, pluralidade familiar e igualdade.

Vale salientar que o princípio da igualdade aqui comentado, trata-se da igualdade material que, resumidamente, seria tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente de acordo com suas diferenças, como bem demonstra José Lázaro Carneiro Rios (2006):

“(…)A igualdade há de subordinar-se às diferenças existentes entre os destinatários da norma, o que leva à conclusão da inexistência da igualdade absoluta, que, caso configurada, criaria situações de absoluta desigualdade. Esse entendimento confirma que ao princípio da igualdade deve ser incluído o conceito de proporcionalidade.”

Como abordado na introdução deste artigo, muitas vezes quando aparentemente o legislador criar um dispositivo que aparentemente é um retrocesso, na realidade ele está apenas protegendo outros aspectos do direito que “funcionam bem” que podem passar a serem erroneamente interpretados com a inclusão de um novo dispositivo.

Ao que tudo indica, este §3º do art. 226 é um desses dispositivos que aparentemente trazem um retrocesso. Imagine se o legislador não tivesse feito essa afirmação final, tivesse formalmente equiparado essas duas entidades familiares como se elas fossem idênticas e não semelhantes. Os efeitos para a sociedade da época poderiam ser catastróficos. Seria o mesmo que afirmar: “Para o Direito tanto faz se as relações estão estabelecidas contratualmente ou não, algo firmado de boca vai ter sempre o mesmo valor que algo preestabelecido, escrito e assinado em um papel.” Seria um verdadeiro absurdo para os outros ramos do direito civil! Qualquer jurista sabe que quanto mais segurança jurídica melhor, e que, um contrato assinado significa justamente segurança jurídica. E isso não é afirmar que acordos informais (como uma união estável) não sejam tutelados pelo direito, e sim que muitas vezes sua comprovação é mais difícil.

Portanto quando o legislador fez a afirmação que aparentemente é um retrocesso, ele quis apenas demonstrar que a pessoa é livre para escolher como quer criar uma família, e apenas dá um conselho, de preferência formalize. Simplesmente isso.

2. Casamento e União estável para o Código Civil

Para ratificar ainda mais o que anteriormente foi afirmado acerca da semelhança e não da igualdade formal dessas entidades familiares, é pertinente que se dê o conceito e as características delas.

Para Cristiano Chaves de Farias (2013):

"O casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial".

Enquanto isso, conceitua União estável como:

“(...) a União estável (...), situação de fato existente entre duas pessoas (...) desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se cassadas fossem (convivência more uxório), caracterizando uma entidade familiar.”

Notório é que o que conceitualmente diferencia o casamento da união estável é tão somente o ato formal e solene que constitui o casamento como mostra o Art.1.514 do Código Civil que aduz que:

“Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

É interessante observar que este artigo traz as principais diferenças dentro das características dessas entidades: como ele demonstra, o casamento possui um momento preciso de início. As pessoas solenemente, em uma pequena cerimônia, demonstram para a autoridade capaz que desejam celebrar um contrato de casamento. Enquanto na união estável:

“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.”

Não existe nenhum ato solene, nenhuma autoridade para ratificar a existência do contrato, e, o contrato é pactuado geralmente só informalmente entre os companheiros. Dessa forma, tampouco se tem como precisar o exato momento que deu início a essa convivência.

Como já afirmado anteriormente, isso causa para os companheiros, geralmente, uma maior insegurança jurídica se estes forem comparados com um casal que solenemente e formalmente disseram um “sim”. Deste ato decorrem características dessas duas entidades, que devem ser tratadas de uma maneira diferente somente quando as características advindas da natureza do conceito destes não permitirem que elas sejam tratadas igualmente, tendo em vista que elas são semelhantes.

Vale salientar, portanto, que assim como ensina a hermenêutica, antes de se utilizar uma norma devesse pensar acerca da utilidade dela e do porquê de sua criação, e é por isso que quando se lê algum dispositivo legal que dê um tratamento legal diferenciado para essas duas entidades familiares, deve-se analisar o porquê disso e busca-lo, caso a resposta à investigação não seja satisfatória, pois seja algo relacionado a puro preconceito do legislador que a criou, uma forma de criticar tal dispositivo legal para que ele se torne ultrapassado.

Justamente com essa intenção, de analisar qual a finalidade do art.1790 do Código Civil de 2002, é que este presente artigo, após todas essas noções conceituais introdutórias de naturezas filosóficas sobre o tema, vem discutir a possível inconstitucionalidade do mesmo.

3. Direito sucessório: e a (in) constitucionalidade do tratamento dado pelo Código Civil a estas duas entidades familiares.

3.1. O direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Iniciando pelo tratamento que o código dá a respeito dos cônjuges, tem-se disposto no título II, capítulo I do Direito das Sucessões, a disposição acerca da ordem de vocação hereditária, e, facilmente se observa que o cônjuge é um dos principais favorecidos com esta:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

Como se observa no artigo acima, o cônjuge dependendo do seu regime de bens herda em concorrência com os herdeiros, recebendo igualmente o valor que cada um desses receberia.

No caso de serem casados em comunhão total, comunhão parcial (não havendo o cônjuge falecido deixado bens particulares, dessa forma equiparando-se na prática os resultados desse regime ao de comunhão universal) ou separação obrigatória, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, que não tem correlação direta com a morte do de cujus, pois na realidade sua meação é de direito por causa do regime de bens que lhe é imposto. Sendo meeiro, o cônjuge não poderá ser herdeiro também em concorrência com os descendentes do de cujus. Exemplificando, caso o cônjuge seja casado em regime de comunhão universal e tenha um patrimônio de cem mil reais, cinquenta mil irão para o cônjuge sobrevivente e os outros cinquenta mil serão divididos entre os descendentes do de cujus.

Porém se o casal for casado em algum regime diverso destes descritos no parágrafo anterior, o cônjuge sobrevivente herdará igualmente com os descendentes do de cujus. Assim, exemplificando, nesta situação caso o de cujus deixe um patrimônio de cem mil reais, e tenha três filhos e um cônjuge, cada um deste herdará igualmente o respectivo à fração de $\frac{1}{4}$ da herança, ou seja, vinte e cinco mil reais.

Vale salientar que, como dispõem o art. 1.832 do Código Civil:

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

Portanto, voltando à explanação acerca do tema, caso o de cujus não tivesse descendentes, o cônjuge irá concorrer com os ascendentes daquele, recebendo quinhão igual a estes na herança independente de qual fosse o regime que regesse o casamento dele com o cônjuge falecido.

“Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.”

Ou seja, se exemplificativamente essa situação ocorresse e o de cujus tivesse deixado apenas um descendente e o cônjuge sobrevivente, e fosse em vida casado com esse no regime de

comunhão universal, o cônjuge sobrevivente além de ser meeiro e irá concorrer em igual cota parte na herança junto com o ascendente do outro.

Caso o cônjuge falecido não tivesse nem descendentes nem ascendentes, pela a ordem de vocação hereditária, o cônjuge herdaria sozinho, independente do regime que fosse casado com o de cujus, todo o patrimônio deste.

E, somente se o de cujus ao tempo do falecimento não tivesse cônjuge é que os outros parentes daquele herdam, como por exemplo, os irmãos, tios, sobrinhos, primos e etc. seguindo o grau de parentesco.

“Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.”

Já na união estável o tratamento dado pelo mesmo código é diferenciado:

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Primeiramente, cabe fazer a observação de que curiosamente esse artigo que disciplina o direito sucessório dos companheiros não se encontra na parte de sucessão legítima, o que na prática deixa o companheiro desamparado na sucessão do outro em relação ao cônjuge. Isto terá uma análise mais detalhada no tópico a seguir.

Depois como bem escreve Carlos Roberto Gonçalves (2014):

“Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê direito a apenas metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiro de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com o quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui o rol de herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal com exclusividade”.

E posteriormente, exemplificando e analisando as diferenças de como essas duas entidades nesta questão são tratadas, acrescenta:

“Em razão do tratamento diverso dado pela a legislação ordinária aos direitos do cônjuge e aos do companheiro, ora se alega que este, em determinadas situações, foi favorecido em relação àquele (...) , ora que foi prejudicado, quando, por exemplo, concorre com o irmão do falecido, ficando com apenas 1/3 da herança, enquanto os restantes 2/3 ficam com o colateral de segundo grau. Essa situação tem provocado debate nos tribunais estaduais, proclamando alguns julgados a *inconstitucionalidade* do artigo 1.790 do Código Civil, por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, uma vez que artigo 226, §3º, da Carta Magna deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.”

Esse tema tem sido tão polêmico e o artigo 1.790 do Código civil tem sido tão criticado que jurisprudências surgem acerca do tema:

“Agravo de Instrumento. Inventário. Agravos interpostos por ambas às partes. Decisão que elencou os bens a que a companheira teria direito. Recurso dos irmãos do “de cujus” questionando a inclusão no rol de um veículo usado como táxi, de um alvará de estacionamento usado por taxistas e parte no jazigo familiar. Recurso da companheira que pretende a totalidade dos bens, tendo em vista a ausência de descendentes e ascendentes. União estável devidamente reconhecida. Aplicação do art. 2º, III, da Lei 8971/94 e art. 226, § 3º, da CF. Impossibilidade de se aplicar o art. 1790, III, do Código Civil. Retrocesso. União estável iniciada quando da vigência da Lei 8.971/94. Provimento do agravo da companheira para determinar que ela recolha a totalidade da herança deixada por Sebastião Carneiro e seja nomeada inventariante nos autos do inventário e não provimento do agravo dos irmãos do “de cujus”.” (TJSP, AI nº 994.09.338440.-5, rel. Des. Fábio Quadros, j. 11.03.2010,).

É perceptível que o tratamento dado é extremamente diferente, mas a grande questão é o porquê? Qual o motivo que levou o legislador a tratar dessas entidades que na Constituição são tidas como semelhante de uma forma tão diferente? Assim como o posicionamento do Desembargador no julgado acima, pode o art. 1.790 ser considerado um retrocesso? Uma inconstitucionalidade tendo em vista os princípios da igualdade, liberdade e pluralidade familiar?

3.2. Críticas e considerações acerca do art. 1.790 (Art. 1.790 atua de forma complementar a constituição ou contrária aos princípios constitucionais?)

Acerca do tema, o fato é que, assim como afirma Carlos Roberto Gonçalves (2014):

“Embora o tratamento dispar da sucessão do companheiro tenha resultado de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais, merece críticas que lhe são endereçadas: a) por limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável; b) por repetir o caso de concorrência com os

descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns; e, c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.”

Com a ressalva de que essa afirmação de que tal artigo não é inconstitucional feito pelo autor, assunto que trataremos a seguir, trazemos também a afirmação pertinente de Leticia Moreira de Martini (2011):

“De fato, o debatido art. 1.790 é o único a tratar dos direitos sucessórios na união estável, concentrando, assim, toda a normatividade que o diploma civilista de 2002 deu ao assunto. A insuficiência do dispositivo, aliada à sua distante posição dos demais artigos que tratam da sucessão dos componentes da família, torna-se ainda mais visível quando se repara que algumas vantagens que foram concedidas ao cônjuge em dispositivos próprios restaram completamente esquecidas de contemplação no que pertine ao companheiro.”

A maioria dos doutrinadores afirma que este dispositivo é tão diferente do tratamento dado ao casamento, pois, assim como José Carlos Barbosa de Moreira (2003):

“Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com este. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento - o que não teria sentido se uma e outro já estivessem igualados.”

Mas, assim como já esclarecido na primeira parte deste artigo, este argumento é insustentável.

Outros doutrinadores afirmam o motivo para tal diferença seria o fato de o projeto do novo Código Civil ter que ter sido alterado às pressas por causa da Constituição de 1988, o que, em nosso entendimento, também não parece a melhor resposta ao tema, tendo em vista que o lapso temporal que diferencia a Constituição ao Código Civil é de 14 anos. Na realidade, o que nos levar a pensar, que o legislador representando um percentual ainda significativo da sociedade daquela época, e movido por uma interpretação equivocada do Art. 226 da Constituição, comum sentimento de receio perante o novo, resolveu tratar o tema diferenciando demasiadamente no âmbito sucessório essas duas entidades familiares semelhantes.

Partindo dessa premissa, o que a doutrinadora Maria Berenice (2011) afirma se torna muito pertinente para o momento:

"É necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade."

E posteriormente acrescenta:

"Como o tratamento outorgado à união estável não pode ser mais perverso do que o imposto ao casamento, além de flagrantemente inconstitucional, este é o único jeito, conferir ao companheiro o direito de concorrência sobre a totalidade do acervo sucessório. Esse entendimento é o que melhor assiste ao princípio da solidariedade. No entanto, a solução que minimamente atende a elementar princípio ético é simplesmente abandonar este dispositivo legal e aplicar à união estável as regras que regem o direito de concorrência no casamento, apesar de sua regulamentação também deixar muito a desejar."

Em verdade, é como Raphael Silva Reis (2011) discorre:

"Certamente, muito mais justa e racional teria sido a norma infraconstitucional se tivesse atribuído à união estável tratamento jurídico idêntico ao conferido àqueles que se casam sob o regime da comunhão parcial, inclusive, no que se refere à sucessão. Ademais, registre-se que a aplicação das normas discriminatórias do art. 1.790 do Código Civil, em prejuízo do companheiro (a) sobrevivente, além de violar o princípio da isonomia contido do art. 5º da Constituição Federal de 1988, também desrespeita o postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa república, na forma do art. 1º, III, da Lei Maior. É o que se infere a partir de interpretação sistemática do texto constitucional, homenageando-se princípios e garantias fundamentais, que devem se sobrepor a quaisquer outras normas no nosso Estado de Direito."

Cabe salientar por fim, que além do princípio da dignidade da pessoa humana, tão bem lembrado, outros princípios constitucionais foram perceptivelmente massacrados com a aprovação e a utilização deste dispositivo infraconstitucional, como o princípio da igualdade, liberdade e pluralidade familiar que também foram justificados na primeira parte deste trabalho, tendo em vista que na medida em que se mostrou a real intenção do Art. 226 da Carta Magna, não há mais razão para se defender a utilização e a constitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil.

Também, as características que diferenciam tais entidades não justificam um tratamento tão diferenciado assim no âmbito sucessório.

Por isso, fica comprovado que o legislador ao agir de forma a causar um retrocesso com esse dispositivo, não estaria tentando proteger algum outro dispositivo que funciona muito bem (até porque não faltam críticas também por parte dos doutrinadores pela muitas vezes falha no tratamento da sucessão para com o cônjuge também), agindo assim de forma que justificasse ainda a utilização deste, e fica comprovado que na realidade, ao que parece, esse retrocesso foi muito mais motivado pelo medo de não aceitação de uma sociedade que estava sobre a égide do tradicionalista Código Civil de 1916 há quase 90 anos.

Não é sem motivação que tem feito tantos julgados hodiernamente evitarem a utilização deste artigo.

Conclusão

Portanto após tais explanações acerca do tema, este presente trabalho conclui que, o Art. 226 da Constituição Federal, deve ser interpretado como um conselho que o legislador dá à população a de preferência formalizar suas relações jurídicas para gozarem de uma maior segurança jurídica, e que, porém este conselho do legislador não deve ser encarado como uma forma de tratamento onde o casamento seria mais importante ou estaria superior hierarquicamente à união estável, já que esta interpretação fere os princípios da liberdade e da pluralidade familiar.

E, decorrente desta interpretação do art. 226, e com base nos conhecimentos acerca das diferenças das características essas duas entidades familiares, deduz-se que não há motivo que explique um tratamento tão diferenciado para essas entidades no âmbito do direito sucessório, e que a atitude do legislador ao criar o art. 1790 do Código civil e colocá-lo fora do capítulo da vocação hereditária, demonstra uma atitude retrógada, que representa apenas os preconceitos arraigados na sociedade pela a longa utilização do tradicionalista código de 1916.

E por fim, o presente trabalho conclui que o art. 1790 é sim, portanto, inconstitucional, por ferir os princípios da igualdade, liberdade, pluralidade familiar e dignidade da pessoa humana, e que, portanto, deveria este dispositivo, assim como aconselhou a doutrinadora Maria Berenice (2011), cair em desuso posto que seu uso não se justifica dado a sua inconstitucionalidade.

Referências

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; FORTES, Fernanda Netto Tartuci Lorenzi. Os institutos do casamento, da união estável e do concubinato. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3803, 29 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25867>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

CÓDIGO Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jul. 2014.

CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul.
2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Bahia: Editora
JusPodivm, 5ª Ed. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Inelegibilidade e União Afetiva. Disponível em:
<http://www.tre-rj.gov.br/eje/gecoi_arquivos/arq_054258.pdf>. Acesso em 28 Jul. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Sucessões** Vol.7. São Paulo:
Saraiva, 8ª ed. 2014.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed. 2011.

MARTINI, Letícia Moreira de. Direito sucessório na união estável: a desigualdade implantada
no atual Código Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em:
<[http://www.ambito-
juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10767](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10767)>. Acesso em
28 jul. 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. **Revista Síntese de
Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese Ltda, 2003.

NASCIMENTO, Fernanda Santos. **União estáveis paralelas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF:
30 mar. 2013. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42707&seo=1>>. Acesso em: 28 jul.
2014.

REIS, Raphael Silva. A sucessão na união estável: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do
Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3011,29 set. 2011. Disponível
em: <<http://jus.com.br/artigos/20100>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

RIOS, José Lazaro Carneiro. Princípio da igualdade e a razão material. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2607/Principio-da-igualdade-e-a-razao-material>>. Acesso em 28 jul. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 994093384405/São Paulo. Agravantes: Nelson Carneiro e Elvira Thumasia Rodrigues. Agravados: Nelson Carneiro e Elvira Thumasia Rodrigues. Relator: Fábio Quadros. São Paulo, 11 de março de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

SILVA, Elisa Maria Nunes Da. Reconhecimento da união estável como entidade familiar e seus efeitos no âmbito sucessório. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8878>. Acesso em 27 jul 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> Acesso em 28 jul.2014.