

Editorial

A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil

Desde a promulgação do Código Civil de 2002, angustiam-se os estudiosos acerca do regime sucessório do companheiro. O codificador não inclui o companheiro no rol dos herdeiros necessários, de que trata o art. 1.845 (“São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”) e limita a vocação sucessória aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, conforme a dicção do art. 1.790, de cuja redação se depreende:

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.

Diante da discriminação, apressaram-se os civilistas a afastar a idéia, sugerida pelo texto codificado, de hierarquia entre as entidades familiares. Afirmou-se que, à luz dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha, a pluralidade e a igualdade dos modelos de família tornam-se imperativo da legalidade constitucional, chave de leitura da tutela assegurada pelo art. 226 do Texto Maior.

Sustentou-se, então, mesmo diante da letra fria e hostil do Código Civil, a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, por força da aludida isonomia, além da linguagem cogente do art. 1.790 (“o companheiro participará da sucessão do outro”) e do art. 1.850, que autoriza o afastamento por testamento apenas dos colaterais (“Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”).

No que tange à desigualdade das bases de cálculo, contudo, e à concorrência entre companheiro e colateral, herdeiro de classe diversa, imposta pelo art. 1.790, incisos III e IV, mostra-se sem fundamento constitucional o discrimine pretendido pelo codificador. Sobre o ponto, pronunciou-se de forma incisiva Ana Luiza Nevares (*A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004), bem como, em parecer ainda inédito, solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, Luiz Edson Fachin, o qual demonstra como a Emenda nº 358, de autoria do Senador Nelson Carneiro, inserida no Projeto do Código Civil em 1984 e que desaguou na redação atual do art. 1.790, tornar-se-ia inteiramente anacrônica e axiologicamente inadmissível após a Constituição de 1988, a representar “injustificada diferenciação de condições sucessórias ao convivente, se colocado em contraste às mesmas condições dispensadas ao cônjuge”.

Nessa mesma esteira, em voto recente no âmbito de Incidente de Inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790, submetido à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luiz Felipe Salomão asseverou que “a união estável não representa um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez ao casamento. É um ato-fato jurídico despojado de formalidade que, por vezes, revela exteriorização vicejante da liberdade e da autodeterminação da pessoa de se relacionar e conviver com quem melhor lhe aprouver, sem que sua vida privada — que é, sobretudo, plasmada na afetividade e cuja inviolabilidade é garantida pela Constituição — seja timbrada pelo Estado”.

Os argumentos mostram-se eloqüentes e sua leitura parece alcançar espectro mais amplo do que os incisos III e IV do dispositivo, servindo a demonstrar a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil. Isto porque, embora discutível o fundamento constitucional da herança e da ordem da vocação hereditária, a atribuição de maiores direitos hereditários ao cônjuge revela preferência intolerável à luz dos mencionados princípios constitucionais.

Por se revestir de formalidade e de publicidade ostensivas, o casamento há de ser prestigiado pelo Estado como instrumento para a afirmação da personalidade. É de se facilitar, por isso mesmo, a conversão da união estável em casamento, em prol da segurança acerca da disciplina jurídica imediatamente aplicável à relação familiar. Com o casamento, tem-se claro e indiscutível o regime jurídico aplicável ao casal, ao contrário da união estável, que avoca gradativamente a proteção do Estado, na medida em que se consolida a vida em comum com objetivo de constituição de família. Só nisso reside a diferença entre as entidades familiares.

Tal circunstância, reconhecida pelo constituinte, não autoriza a discrepância que implique a inferiorização dos direitos dos conviventes em detrimento dos cônjuges. É hora, portanto, de reafirmar a isonomia dos cônjuges e companheiros sem deixar de respeitar as diferenças próprias da natureza de cada entidade familiar, o que vale para uniões heterossexuais e homoafetivas. É chegada a hora, enfim, de se superarem preconceitos culturais, conclamando a absoluta igualdade de direitos na franca diversidade de modelos de organização das vidas privadas e de constituição de famílias.

G.T.