

Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 1)



José Fernando Simão
advogado e professor

Quousque tandem Catilina

abutere patientia nostra?

I – “Prossiga-se o julgamento!”. *The show must go on.*

Quando Cícero desferiu seus severos e eficazes ataques contra Lucio Sérgio Catilina, que para ele representava o que a República romana tinha de pior, sua peroração junto ao Senado se iniciava com uma pergunta: “até quando Catilina abusará de nossa paciência?”

A condenação de Catilina representava uma tentativa de salvar a República de uma crise política sem precedentes. Os destinos de Roma seriam traçados pelo julgamento, segundo Cícero.

No presente momento histórico, a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil é que está em jogo. O Supremo Tribunal Federal está prestes a mudar o destino de milhares de famílias formadas por uniões estáveis em que um dos companheiros faleceu e os bens foram transmitidos pelo princípio da *saisine* [1].

Já é chegada a hora de o ministro Dias Tofolli permitir o prosseguimento do julgamento do Recurso Extraordinário 8.786.94-MG em que sete ministros já manifestaram seu entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo.

O povo brasileiro clama pela celeridade do ministro Tofolli neste momento. Prioridade à finalização do julgamento é que se quer!

II – Uma breve nota histórica: desequiparou-se o que estava equiparado.

Antes da vigência do atual CC, duas leis regulamentavam a união estável no Brasil: Lei 8.971/94 e 9.278/96. As leis surgem para regulamentar o artigo 226, parágrafo 3º da CF pelo qual a família decorrente da união estável passou a ser protegida.

É importante frisar que por opção do legislador da década de 1990, os efeitos sucessórios do casamento (artigo 1611 do CC/16) e da união estável (artigo 2º da Lei 8.971/94 e artigo 7º da Lei 9.278/96) eram idênticos. Para fins sucessórios, casar ou se unir estavelmente produziam iguais efeitos. Assim:

- a) deixando o falecido descendentes, o cônjuge ou companheiro supérstite tinha apenas o usufruto de ¼ dos bens (artigo 1611, §1º do CC/16 e artigo 2º, I da Lei 8.971/94);
- b) deixando o falecido ascendentes, o cônjuge ou companheiro supérstite tinha apenas o usufruto de 1/2 dos bens (artigo 1611, §1º do CC/16 e artigo 2º, II da Lei 8.971/94);
- c) se o falecido não tivesse descendentes, nem ascendentes, o cônjuge ou companheiro do falecido herdava a totalidade dos bens (artigo 1603, III do CC/16 e artigo 2º, III da Lei 8.971/94);
- d) o direito real de habitação em favor do cônjuge do falecido quando casado por comunhão universal de bens decorria da previsão do artigo 1611, §2º do CC/16 e em favor do companheiro decorria do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96.

Com o CC de 2002, a igualdade sucessória foi perdida por força do artigo 1790 do CC. O sistema harmônico e socialmente aceito passou por um abalo que, conforme reflexões várias que fiz anteriormente [2], gerou desconforto ao julgador e à sociedade. Assim:

- a) enquanto o cônjuge concorre com os descendentes em regra, salvo em certos regimes de bens (artigo 1829, I); o companheiro só concorre quanto aos bens onerosamente adquiridos no curso da união estável (artigo 1790, *caput*);
- b) o cônjuge tem a reserva da quarta parte se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer [3] (artigo 1832); já o companheiro terá quinhão igual se for ascendente dos herdeiros [4] ou meio quinhão se não o for (artigo 1790, I e II);
- c) o cônjuge sempre concorre com os ascendentes do falecido e receberá 1/3 da herança se concorrer com o pai e mãe do morto, ou 1/2 se concorrer com os demais ascendentes (artigo 1.837 do CC); já o companheiro sempre receberá 1/3 da herança (artigo 1790, III);
- d) o cônjuge exclui os colaterais da sucessão recebendo a totalidade da herança caso não haja descendentes, nem ascendentes (artigo 1829, III e 1838 do CC); já o companheiro concorre com os colaterais e recebe 1/3 da herança (artigo 1790, III);
- e) o cônjuge tem direito real de habitação garantido em caso de morte do marido ou da mulher (artigo 1.831 do CC); já o companheiro não por ausência de menção legal [5].

Nesse sentido, iniciou-se verdadeira batalha pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Em razão da reserva de plenário, vários tribunais se manifestaram quanto o tema e suas decisões revelam o desconforto gerado pelo desarmônico artigo 1790.

Enquanto os tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Espírito Santo, Minas Gerais e Distrito Federal declararam o *dispositivo constitucional*, os tribunais de Justiça do Paraná e do Rio de



Janeiro o declararam *inconstitucional*.

Então, após quase 14 anos de vigência do CC, o STF iniciou o julgamento do Século em matéria de sucessões: o artigo 1790 é efetivamente inconstitucional?

III – Voto do ministro Barroso — fundamento da inconstitucionalidade

Os fundamentos do voto foram vários e dois merecem nota.

(a) Não é legítimo desequiparar casamento e união estável para fins sucessórios, pois a hierarquização é incompatível com a Constituição Federal.

(b) a diferenciação entre casamento e união estável pode ser legítima ou arbitrária.

A equivocada hierarquização.

A parte final do artigo 226, § 3º da CF prevê “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Essa locução levou alguns autores e o próprio STJ em diversas decisões a um equívoco na interpretação do dispositivo. Não criou a CF uma hierarquia entre as formas de família: casamento não é melhor, nem pior que união estável.

Assim, argumentos utilizados em profusão pelas decisões do STJ tais como o regime de separação obrigatória deve ser imposto aos septuagenários em união estável, sob pena de o casamento ser pior que a união estável, demonstram que há um equívoco interpretativo grave do texto constitucional.

Na realidade, a Constituição apenas determina ao legislador que não dificulte a conversão da união estável em casamento, mas não determina ao cidadão que se case. E nem poderia fazê-lo, pois é vedada a interferência do Estado nas decisões quanto ao planejamento familiar.

União estável e casamento são formas distintas de constituição de família, mas não há hierarquia entre elas: não há uma melhor, nem uma pior.

O fato de não haver hierarquia, conforme leciona Barroso em seu voto, implica igualdade de tratamento? É isso que responderemos em nossa próxima coluna da **ConJur**.

1 At. 1784. *Le mort saisit le vif*. O morto se prende ao vivo ou em linguagem com certa dose de ironia: o último suspiro do morto é o primeiro sorriso do vivo.

2 Por todas, “em busca da harmonia perdida” publicada na obra “Decisões e julgamentos emblemáticos” da Atlas.

3 Segundo orientação da doutrina majoritária, apenas se for ascendente de **todos** os herdeiros com quem concorrer (Enunciado 527 do CJF).

4 Também segundo doutrina majoritária, apenas se for ascendente de **todos** os herdeiros com quem



concorrer

5 A doutrina salvou o dispositivo por meio de interpretação sistemática e teleológica para garantir tal direito aos companheiros no que foi amplamente seguida pelos Tribunais, inclusive pelo STJ.