
BREVE ANÁLISE SOBRE A CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA DA SUCESSÃO DO COM- PANHEIRO A PARTIR DA MEMÓRIA LEGISLATIVA DO CÓDIGO CIVIL E SUA POS- SÍVEL DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

**Brief Analysis of the Legislative Construction the Life Partner Succession from the Legisla-
tive Memory of Civil Code and its Possible Statement Unconstitutionality**

Flávia Helena Millard Rosa da Silva

Juliana Felix Souza dos Santos

Mário José dos Santos Filho

Resumo: O presente artigo aborda a constitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil de 2002, que versa sobre a sucessão do convivente ou companheiro, em face de uma elaborada sequência de artigos relacionados àqueles que optam por casarem-se de acordo com o procedimento civil formal e solene estabelecido neste mesmo diploma.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Artigo 1.790 do Código Civil.

Abstract: This article discusses the constitutionality or not of art. 1790 of the Civil Code of 2002, which deals with the succession of cohabitant or partner, in the face of an elaborate sequence of articles related to those who choose to marry in accordance with the formal and solemn civil procedure set out in the same degree.

Keywords: Constitutionality. Unconstitutionality. Article 1790 of the Civil Code.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se da discussão da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil de 2002, o qual versa sobre a sucessão do convivente ou companheiro num único artigo, em face de uma elaborada sequência de artigos relacionados àqueles que optam por casarem-se de acordo com o procedimento civil formal e solene estabelecido neste mesmo diploma.

Os estudos passaram pela análise da doutrina e jurisprudência, com análise expressiva da elaboração da legislação pertinente no Congresso Nacional, *locus principalis* na gênese das leis brasileiras, ponto de partida para tentar entender e explicar como foi construída uma norma desaceleradora do processo agregativo e cumulativo de direitos e garantias fundamentais inserto na Constituição da República.

Para maior surpresa desta pesquisa, foi encontrado, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, um trabalho de autoria de Edilenice Passos e João Alberto de Oliveira Lima, intitulado Memória Legislativa do Código Civil, disposto em quatro volumes, devido à comemoração aos dez anos de vigência da nova Lei Civil. Basicamente, o trabalho é desenvolvido pelo percurso desde a primeira emenda aditiva proposta pelo Deputado Fernando Coelho até o texto final encontrado no artigo

mencionado alhures.

Ressalta-se a necessidade atual de discutir tal assunto sucessório, não só pelo fato de grande parte da população brasileira aderir à união estável como forma de constituir família, mas também para reabrir campo de discussão sobre o assunto, tendo em vista estar o mencionado artigo no Supremo Tribunal Federal para debate no pleno de sua constitucionalidade em sede de Repercussão Geral.

Edilenice Passos (2012, p.236-237) assevera que o saudoso congressista Nelson Carneiro, em justificação de Projeto de Lei tramitante no Congresso Nacional, em 1947, sustentou, em plenário, ser “a companheira mulher que se dedicava, como se esposa fosse, a um homem, no mínimo por cinco anos” (a ideia de união estável, naquela ocasião, jazia no mundo jurídico como jaz o carvalho em sua bolota, com toda sua potencialidade aristotélica, ansiando avidamente pela devida umidade para, em fim, germinar).

De forma vanguardista, o eminente Senador Nelson Carneiro afirmava “ser a companheira, não a amante das aventuras fugazes, mas a mulher que se dedicava inteiramente a um homem livre, como se sua esposa fora, vivendo sob sua dependência econômica” (PASSOS, 2012, p. 237).

O pensamento de Nelson Carneiro germinou por meio dos artigos 5º e 21 da Lei nº 4.609, de 11 de julho de 1962, assegurando à companheira direito à pensão e ao salário família do servidor civil e militar. Tal legislação previdenciária ampliava assistência à companheira do trabalhador.

Posteriormente, mais avanços na relação entre conviventes germinaram no cenário jurídico brasileiro, notadamente pelas leis n.º 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996.

Todavia, o Código Civil de 2002, ao tratar da sucessão do convivente, como num “passe de mágica”, entra em notório retrocesso, deixando muito a desejar em relação à sucessão matrimonializada.

Para a verificação de tal assertiva, basta a rápida averiguação da quantidade de dispositivos gastos pelo legislador para cobrir a família matrimonializada em relação à família formada somente pela vontade dos conviventes.

Como não poderia ser diferente, com a edição do Código de Reale, a boa doutrina vai abrir discussão sobre o tema desde a edição desse diploma. Nesse sentido, Euclides Benedito de Oliveira (2003, p.178), referindo-se sobre texto escrito por Silvio Rodrigues, em obra atualizada por Zeno Veloso, apresenta ponderada crítica a respeito dos direitos sucessórios dos conviventes em união estável e os casados segundo os ditames cogentes da Lei Civil.

O referido autor o reproduz assim:

Pode-se afirmar que o Código Civil tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados ao nosso direito positivo, prevendo outras situações, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência, conforme já foi examinado no volume 6 desta obra. No entanto, ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente fica numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os

partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges”. (2003, p.178)

Imprimindo velocidade ao tempo, Nelson Rosenvald (2016, p.333), baseado em dados estatísticos do IBGE (1995), data anterior à entrada em vigor do Código Civil, afirma:

Máxime em nosso país, onde, segundo dados estatísticos governamentais, mais da metade da população vive em união estável. Observe-se, inclusive, que tratar de forma discriminatória a união estável implicaria em negar o papel promocional da família e, consequentemente, atentar contra a dignidade de seus componentes.

Resta, pois, claramente aberta, ainda mais, grande chaga dentro do corpo das sucessões, notoriamente quando temos uma Constituição principiológica garantidora de direitos e deveres no que tange aos conviventes.

Na busca do motivo de tal retrocesso, este trabalho procura respaldo na gênese legislativa do Novo Código Civil, analisando a Memória Legislativa do Código Civil escrito por Edilenice Passos e publicado pelo Senado Federal, em quatro volumes, no ano de 2012.

O primeiro volume se ocupa da formação de quadro comparativo de propostas de emendas tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

No segundo, o tema tratado envolve as emendas aditivas, inovadoras, que criam direito novo e as acrescentam à proposição principal ou em emendas supressivas, aglutinativas, substitutivas ou de redação, dando forma legal ao Projeto de Lei apresentado à Câmara, ficando esta como Casa iniciadora.

No terceiro, relativo à Casa revisora, o Senado Federal, faz a análise do Projeto de Lei aprovando-o ou rejeitando-o. De certo que, neste trabalho, o Senado tanto o aprovou como tal projeto tornou-se Lei.

O mais importante neste volume é a forma como o artigo relativo à sucessão na união estável foi tratado em forma de emenda modificativa, ou seja, aquela que, “altera a proposição principal sem modificar sua essência” FERNANDES (2013, p. 840).

Por último, no quarto volume, o projeto retorna à Casa do povo para análise das emendas feitas pelo representante da Federação, aprovação ou rejeição delas e envio do texto final ao Presidente da República para sanção ou veto. Ainda aí poderão as emendas feitas e aprovadas pelo Senado federal sofrer leve alteração sem, no entanto, prejudicar o sentido dado pela casa revisora, conforme destaca o art. 137 do Regimento Comum do Congresso Nacional, *ipsis litteris*:

Ao votar as emendas oferecidas pela Câmara revisora, só é lícito à Câmara iniciadora cindi-las quando se tratar de artigos, parágrafos e alíneas, desde que não modifique ou prejudique o sentido da emenda.

No desenvolvimento do presente artigo, restará claro que a Casa iniciadora, altera significativamente a emenda feita pela Casa revisora, conforme destaque dado ao dispositivo em questão em sua tramitação inicial até a promulgação da Lei pelo Presidente da República.

Assim, não somente a forma como o conteúdo inserido do Código Civil a respeito da união estável são controvertidos, o que, quatorze anos após sua publicação, pode ser um dos motivos de sua iminente declaração de inconstitucionalidade.

O TRATAMENTO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NA TRAMITAÇÃO DO PROJETO DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Depois de breve introdução sobre o processo legislativo e a conquista de direitos do convivente, sobretudo aqueles da segunda metade do século XX e não se podendo olvidar que o Código de Beviláqua carecia de severas e profundas reformas para oportunamente incluir matérias tão importantes quanto à da sucessão do companheiro, passa-se à análise da gênese do dispositivo legal pertinente.

Segundo consta da introdução dada pelo então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, na obra *Memória Legislativa do Código Civil*, de autoria de Edilenice Passos:

“Depois de tentativas frustradas de reformá-lo, em 1969 foi encomendado projeto a Comissão presidida por Miguel Reale, e composta ainda pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. É este trabalho que começa a tramitar em 1975 e chega à sanção em janeiro de 2002.

O projeto Miguel Reale recebeu 1063 emendas na primeira apreciação na Câmara dos Deputados, seguida de pareceres parciais e de parecer geral de Ernani Sátiro, que examinou também 26 projetos anexados. Foram então apresentadas 92 subemendas antes da aprovação em 1º turno naquela Casa. No Senado 366 emendas, mais 127 oferecidas pelo relator, Josaphat Marinho. Neste substitutivo foram aproveitadas 332 emendas. Seguiram-se emendas para atualizar o texto, o relatório de José Fogaça e o texto final votado na volta à Câmara dos Deputados.

Todos estes documentos estão apresentados neste levantamento. Ao longo desta tramitação, pode-se ver a evolução da linguagem e do conteúdo da lei. Para realizá-lo, a equipe que realizou este trabalho encontrou problemas como a “tramitação” em praticamente 5 turnos, a qualidade de impressão dos textos antigos — causando dificuldades na digitalização ou digitação dos textos —, a revisão dos textos, a renumeração das emendas do Senado, e as “emendas de gráfica”, quando os responsáveis pelo acompanhamento do trabalho fizeram, confessadamente, pequenas alterações de redação posteriores à redação final (2012, p.17).

É neste interregno que se passará a analisar a origem do artigo que ampara o companheiro, talvez, no seu pior momento: a morte de seu comparte.

A Emenda aditiva nº 1024 de autoria do Deputado Fernando Coelho (primeira a tratar do direito sucessório do companheiro), determinava que se acrescesse ao Livro V, Título II, considerando a relevância do tema no Novo Código Civil, o seguinte artigo, *in verbis*:

Art. – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele tenha vivido nos **quatro últimos anos** anteriores à sua morte e colaborado na conservação ou no aumento de sue **(sic)** patrimônio, participará de sua sucessão de acordo com o seguinte:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a que for por lei é atribuída aos filhos;

II – se concorrer com descendente do autor da herança, dos quais não seja ascen-

dente, tocar-lhe-á somente a metade;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (PASSOS, 2012, p. 911, v.2).

A justificativa dada à referida emenda aditiva foi a seguinte:

“O Código deve ser sensível à realidade social. No que diz respeito à proteção dos direitos da companheira, a lei civil tem estado aquém da legislação previdenciária. Inexistente disciplina específica, o problema das relações patrimoniais entre concubinas¹ tem sido objeto de solução, nos tribunais, através da construção jurisprudencial da sociedade de fato². A presente emenda visa a disciplinar o problema no campo das sucessões, segundo a orientação do art. 668 do Projeto Orlando Gomes, revisto pela Comissão de que participaram, também, Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira.

A solução beneficiará, igualmente, as pessoas unidas apenas pelo casamento religioso – situação ainda frequente em muitas regiões do País – e que continuam ao desamparo da proteção legal”. (PASSOS, 2012, p. 912, v.2).

O deputado Fernando Coelho propõe emenda aditiva ancorado em notórios civilistas brasileiros e na solidificável construção jurisprudencial no sentido de proporcionar aos conviventes, desimpedidos ou mesmo os casados apenas no religioso, dos quais ainda hoje pouco se fala, direitos sucessórios à altura dos legalmente casados.

Buscava-se, de certo, a isonomia sucessória entre as diversas famílias constituídas dentro de uma sociedade desnivelada em múltiplos sentidos e carente, portanto, de todo e qualquer tipo de ações e esforços que façam diminuir suas desigualdades.

Muito bem fundamentada, segue para Casa revisora, Senado Federal, a emenda aditiva ao Projeto de Lei do então novo Código Civil, disposto de modo a favorecer sobremaneira a sucessão do convivente, tornando-o tão ou mais atraente que o casamento.

A emenda do Deputado Fernando Coelho sofre emenda de revisão nº 358 de autoria do Senador Nelson Carneiro, o qual altera de quatro para cinco anos o tempo de convivência, conforme texto abaixo extraído na íntegra:

A companheira do homem solteira (sic), separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos **cinco anos** [grifo nosso] precedentes à sua morte ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente a que por lei é atribuída ao filho.

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendentes tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles.

1 Não se pode perder de vista o cuidado que o leitor deve ter ao ler o trecho acima, uma vez que o Código Civil vigente era o de Beviláqua e a Constituição da República não era a de 1988, daí expressões – como concubinato – desdobravam-se em puro e impuro, o que, na atual codificação, representa a união entre pessoas sem impedimento legal e união entre pessoas com impedimento legal, respectivamente, restando somente a expressão concubinato (art. 1.727, CC/02) para união entre pessoas impedidas legalmente conforme artigo 1.521 do atual Código Civil.

2 Atualmente, a sociedade de fato só é aplicada aos concubinos do art. 1.727 do atual Código de Reale.

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito à metade da herança.

IV – Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança”. (PASSOS, 2012, p.237, vol. 3)

Depois das devidas justificativas, a referida emenda sofre apreciação do Senador Esperidião Amin que a inclusão no parágrafo único do art. 1.852, atual art. 1.829, do anúncio do reconhecimento do direito sucessório do companheiro, conforme transcrito literalmente:

Art. 1.852. 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. 1.669); ou, ainda, 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.

Parágrafo único. Os direitos sucessórios dos companheiros que vivem em união estável regulam-se pelos arts. 1.865A a 1.865C. (PASSOS, 2012, p.237, vol. 3)

A justificação do Senador seria criar um parágrafo único no artigo 1.852 “anunciar o reconhecimento do direito sucessório dos companheiros, em razão de a Constituição Federal ter consagrado o instituto da união estável”, deixando transparecer para o leitor, se tratar de conformatação ao texto constitucional.

Além disso, o reconhecido Senador, em seu parecer parcial, tomou como base de ajustes, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e o Projeto de Lei nº 2.686/96, em tramitação na Câmara dos Deputados, que mais tarde viraria Lei. No mais, manteve-se a redação do projeto.

Cumprе esclarecer que a Lei nº 8.971/94 fixou o prazo para o reconhecimento da união estável, assim considerando as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole em comum. De acordo com esse dispositivo normativo, para a constituição da união estável as pessoas tinham que ser solteiras, viúvas ou separadas (pessoas desimpedidas para o matrimônio), homem e mulher. A mesma lei ainda assegurou o direito a alimentos e a meação, desde que provado o esforço comum.

Quanto aos direitos sucessórios, a Lei nº 8.971/94 assegurava ao companheiro a sua totalidade se não houvesse descendentes ou ascendentes. Porém, se existisse ascendente, enquanto não constituísse nova união, o companheiro teria o direito real de usufruto da metade dos bens e, quando houvesse filhos comuns, o companheiro teria direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido.

Por sua vez, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, teve maior campo de abrangência. Para o reconhecimento da união estável, não quantificou prazo de convivência e abrigou as relações entre pessoas separadas de fato. A norma definiu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de famí-

lia. Além de fixar a competência do juízo da vara de família para a solução de litígios envolvendo a união estável, a referida lei também reconheceu o direito real de habitação no caso de morte de um dos conviventes quanto ao imóvel destinado à residência da família. Essa lei ainda modificou o nome “companheiros” para “conviventes” e gerou a presunção absoluta de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são frutos do esforço comum.

Em parecer final, o Senador Josaphat Marinho determina, *in verbis*: “Inclui parágrafo único no art. 1.852, ou onde couber”, no entanto, comenta o dispositivo fazendo alusão de que o mesmo não está de acordo com o texto constitucional ao dizer:

“A emenda inspirou-se, claramente, no Projeto Orlando Gomes (art. 668), cuja solução reproduz, com alteração apenas no caput do artigo, em que se refere a “homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo”, e não apenas a “homem solteiro, desquitado ou viúvo”. O espírito e o conteúdo da emenda são justos, na linha do direito moderno de proteção aos companheiros.

Mas, anterior à Constituição de 1988, a emenda não alude à união estável criada pela Lei Fundamental como entidade familiar (art. 226, § 3º). Já agora, cumpre ver a emenda à luz da inovação constitucional, e para resguardar a companheira, ou companheiro, desde que convivem em “entidade familiar”. Nesta conformidade, e de acordo com a orientação adotada pelo professor Orlando Gomes, cabe situar a matéria no Título da “sucessão em geral”, como dispositivo autônomo. Contudo, no inciso III reduz-se a participação da companheira, ou companheiro, na herança, para que não fique em situação superior à do cônjuge, em hipótese semelhante (art. 1.864). Além disso, no inciso IV, em que não há parentes sucessíveis, é injustificável limitar a participação da companheira ou do companheiro, na herança, a dois terços. Eleva-se a solução para a totalidade da herança, como se afigura mais conciliável com a tendência do direito de hoje.

Note-se que, com a segurança do direito da companheira ou companheiro à sucessão, se tem o cuidado de estabelecer que tal se dará na (sic) vigência da união estável, para assegurar tratamento equivalente ao do art. 1.853, em relação aos cônjuges.

Dá-se, portanto, à emenda, por subemenda, a configuração abaixo, no Capítulo I, depois do art. 1.813, renumerando-se, devidamente, os artigos subseqüentes: (PASSOS, 2012, p.238, vol. 3)

Com isso, começa o redelineamento do atual art. 1.790, como fica claro em seu parecer acima transcrito.

Deu-se, portanto, subemenda à emenda do Senador Nelson Carneiro, alterando a configuração do dispositivo em sua forma e conteúdo.

O projeto emendado na Câmara Revisora devolve-se à Câmara Iniciadora, conforme disposto no Art.136 do Regimento Comum do Congresso Nacional:

Emendado o projeto pela Câmara revisora, esta o devolverá à Câmara iniciadora, acompanhado das emendas, com cópia ou publicação dos documentos, votos e discursos que instruíram a sua tramitação.

Uma vez chegada à Casa Iniciadora o projeto emendado para votação das emendas feitas pela Casa Revisora, deve-se observar o preceito do Art. 137 do mesmo Diploma:

Ao votar as emendas oferecidas pela Câmara revisora, só é lícito à Câmara ini-

ciadora cindi-las quando se tratar de artigos, parágrafos e alíneas, desde que não modifique ou prejudique o sentido da emenda.

O texto final à emenda aditiva do Deputado Fernando Coelho aprovado pelo Senado Federal, com as propostas subemendadas do Senador Josaphat Marinho, a ser apreciado pela Casa iniciadora era o seguinte:

Art.1802 Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.”
(PASSOS, 2012, p.71, vol. 4)

É pertinente destacar que, embora o texto original do Deputado Fernando Coelho sofrera leve perda no inciso III, pois a quota “meio” passou para “um terço”, houve significativo avanço no redelineamento do dispositivo, além de extirpar o lapso temporal incongruente com a Constituição.

Voltando ao processo que se desenvolveu na Casa do Povo, da qual saiu o então PL nº 634/75, com relação à votação às emendas feitas pelo Senado, o Deputado Ricardo Fúza, Relator-Geral do PL, propõe novo texto por meio de subemenda de redação, nos seguintes termos:

Art. 1.802. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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”. (PASSOS, 2012, p.72, vol. 4 – grifos nossos)

Nesse ponto, observa-se que o texto que permite ao legislador cindir é claro e cristalino como disposto alhures: “[...] só é **lícito à Câmara iniciadora cindi-las quando se tratar de artigos, parágrafos e alíneas, desde que não modifique ou prejudique o sentido da emenda** (grifos nossos)”.

Outrossim, cindir, segundo dicionário Aurélio, significa rasgar, fender, arrancar, cortar, romper, separar.

Contudo, a emenda feita pelo Senado Federal sofre mudança substancial pela Casa iniciadora constituindo-se, neste caso, subemenda substitutiva não apenas à emenda feita pela Casa revisora,

como também em relação à emenda aditiva proposta pela mesma Casa por intermédio do Deputado Fernando Coelho, posto que tal mudança desnatura completamente o que a Câmara iniciadora propôs inicialmente, mas, hoje, passada mais de uma década, trata-se somente de história legislativa.

Depois dessa breve e necessária exposição, pode-se avaliar seguramente a justificativa particular do Relator-Geral quanto à mudança brusca de direção, inclusive ao interpretar reduzidamente a Constituição da República, quando da sucessão do convivente.

O Relator afirmou: “É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável” (PASSOS, 2012, p.72, vol. 4).

O Relator ainda arremata:

“Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge.

Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que perfaz razão relevante para a não supressão da emenda.

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988”.

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: “... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (CF, art. 226, § 3º).” (PASSOS, 2012, p.73, vol. 4)

É a partir deste texto que se pode entender o porquê de tanta discussão doutrinária em torno da sucessão do companheiro. Todo o caminho percorrido pelo famigerado artigo, tentando ser reconhecido como direito consuetudinário, se desfez com o seguinte entendimento:

É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma ‘entidade familiar’”. natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos seqüenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817).

A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimônio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas. Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial. (PASSOS, 2012, p.73, vol. 4)

A união estável como entidade familiar é reconhecida até mesmo por quem a negue com fito desnaturá-la no Direito das sucessões, como expresso no texto acima. Como se esta alteração não bastasse, o assessor do Deputado Ricardo Fiuza afirma que a inclusão do termo “**onerosamente**” fora feita depois que o texto havia sido votado na comissão e no plenário³.

Observa-se, pois que o tratamento conferido ao companheiro, em relação aos seus direitos sucessórios, na origem da norma já demonstra a ausência de amparo constitucional e igualmente a inexistência de observância do procedimento adequado e das necessárias análises à inserção e modificação de dispositivo de lei que afeta sobremaneira a vida de tantos brasileiros.

Assim, embora depois de longo período de vigência, chegou ao Supremo Tribunal Federal, a análise da constitucionalidade da norma cujo nascimento já era conturbado e duvidoso.

O TRATAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, NO QUE TANGE À CONSTITUCIONALIDADE, APÓS MAIS DE TREZE ANOS DE VIGÊNCIA

Procurar conhecer a história é sempre o melhor caminho para entender os diversos processos sociais dissonantes que envolvam, quem sabe, centenas de milhares de pessoas, como o abordado neste trabalho.

Depois de perceber como um artigo de uma lei é gerado, de quão grande é a carga de direitos que ele carrega, e como, ao final desse processo, pode-se perder tudo, com um único posicionamento antagônico e minoritário, passa-se aos desdobramentos da norma no tocante aos questionamentos que ela gera.

Diante de tudo exposto, é fácil entender o pensamento de CAHALI (2003, p.224) quando afirma, especificadamente sobre o direito sucessório, que a posição predominante se orientou no sentido de que não houve equiparação da união estável ao casamento. O legislador final não entendia ou parecia não entender que família é família, não importando sua configuração, sua disposição, se formada pelo matrimônio sacralizado, se só sacralizado, se pelo ajuste de vontade mediante acordo em cartório ou mesmo pelo simples ajuste da vontade *inter pars*. Não importa. Tudo afinal é família e como tal deve ser amparada pelo Direito das Sucessões.

É certo que haverá um dia na sociedade em que as pessoas terão seguras condições de decidir pela melhor opção de construir união baseada no acervo civil disponível tanto no Direito de Família, quanto no Direito das Sucessões, fazendo as devidas associações. Mas, por enquanto, a realidade é outra e é por isso que se vê novamente o Poder Judiciário, por meio de seu órgão de maior hierarquia e guardião da constituição, sendo instado a se manifestar sobre o reconhecimento dos direitos sucessórios dos conviventes para além do previsto no infame art. 1.790.

O cenário é realmente preocupante uma vez que os tribunais estaduais se dividem na declaração da constitucionalidade e da inconstitucionalidade do referido artigo, o que gera enorme insegurança nas relações dos companheiros.

3 DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 394.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, julgando a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, assim decidiu:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: DIREITO DE FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - SUCESSÃO - COMPANHEIRO SOBREVIVENTE - ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213-2/002, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, CORTE SUPERIOR, julgamento em 09/11/2011, publicação da súmula em 01/02/2012 - grifo nosso). Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/acordaos/>

No Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 878694 foi proposto contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.032213-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

2) A teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus.” Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/acordaos/>

O referido recurso recebeu, por unanimidade, repercussão geral, por tratar de questão social e jurídica que ultrapassa os interesses pessoais, além de ter sido reconhecida a constitucionalidade da matéria tratada no art. 1.790 do Código Civil, que versa sobre sucessão do companheiro.

O Relator da decisão que admitiu a repercussão geral, Ministro, Luís Roberto Barroso, assim discorreu:

6. Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual “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”.

7. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico: (i) social, por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), o que pode resultar numa situação de desamparo não apenas emocional, como também financeiro; e (ii) jurídico, porque relacionado à “especial proteção” conferida pelo Estado à família, como prevê o art. 226, caput, da Constituição de 1988.

8. Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

9. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame. (Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>)

Após o reconhecimento da repercussão geral, no dia 31 de agosto de 2016, o recurso foi a julgamento⁴, tendo os ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello votado pelo provimento do recurso, ou seja, a favor da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, que trata diferenciadamente a sucessão do companheiro, desprotegendo-o em função da máxima proteção dada ao cônjuge, como prevê o art. 1.829 do Código Civil.

Falaram, pelos *amici curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva.

Em seu voto, de início, o Ministro destacou as divergentes decisões sobre o tema:

O tema objeto deste recurso tem gerado significativa judicialização, com frequentes decisões em sentidos divergentes. A título ilustrativo, os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro chegaram a conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ – SP – a exemplo do TJ-MG – entendeu pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002⁵, enquanto o TJ-RJ manifestou - se pela sua inconstitucionalidade - No Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia acerca da constitucionalidade do dispositivo do Código Civil chegou a ser afetada à Corte Especial⁶. No entanto, ainda não houve decisão final de mérito. Por fim, vale observar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 646.721, reconheceu repercussão geral a outro recurso que trata da validade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, mas que tem como foco sua aplicação às uniões homoafetivas. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>

Posteriormente, após longa digressão sobre o instituto da união estável, o relator Min. Roberto Barroso, defendeu que a hierarquização proposta pelo Código Civil no que tange ao tratamento diferenciado do companheiro e do cônjuge para fins sucessórios deve ser afastada, uma vez que é incompatível com o sistema de princípios e normas constitucionais:

Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>)

4 Até o final da redação do presente artigo ainda não havia o resultado final do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878694.

5 TJ-SP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000, j. em 14.09.2011, DJ 11.01.2012

6 TJ-RJ, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, j. em 06.08.2012, DJ 03.09.2012

O Relator também afirmou que este tratamento desigual é discriminatório, pois concede ao companheiro direitos sucessórios inferiores aos do cônjuge, o que afronta os princípios solares constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, e principalmente, em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que o Estado Democrático de Direito visa ampliar a proteção do ser humano e do núcleo familiar, e não fragilizá-lo.

Durante o seu voto, o Ministro Barroso destacou:

Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf>)

Dos trechos destacados e pela leitura da integralidade do voto de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, já acompanhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, podemos concluir que o tratamento dado pelo Código Civil à sucessão do companheiro é anacrônico e implementa um retrocesso, já que desequipara o que foi equiparado pela própria Constituição Federal. O texto do art. 226 da Carta Magna suplanta a noção ultrapassada e tradicional de que o núcleo familiar só se aperfeiçoa com o casamento.

Assim, contando sete votos a favor da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, lecionou Barroso que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, a inconstitucionalidade do supracitado artigo será aplicada apenas às partilhas extrajudiciais em que não haja escritura pública e as demandas em curso que não tiverem a decisão de partilha transitada em julgado.

Por fim, é cristalina, por tal inclinação da maioria dos ministros do Pretório Excelso, a prevalência do pensamento do saudoso Nelson Carneiro, que via, há mais de meio século, a isonomia sucessória das diversas formas de união, fossem quais fossem.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. Curso Avançado de Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **ROSENVALD**, Nelson. Curso de Direito Civil: Sucessões. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: ed. Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Revista, Ampliada e Atualizada. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Inventários e Partilhas: Teoria e Prática. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

PASSOS, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil / Edilenice Passos, João Alberto de

Oliveira Lima. vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2012.

PASSOS, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil / Edilenice Passos, João Alberto de Oliveira Lima. vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2012.

PASSOS, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil / Edilenice Passos, João Alberto de Oliveira Lima. vol. 3. Brasília: Senado Federal, 2012.

PASSOS, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil / Edilenice Passos, João Alberto de Oliveira Lima. vol. 4. Brasília: Senado Federal, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL, 3 ed. Brasília: Edições Câmara, 2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.