

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**

**LUCIANA COSTA POLI**

**TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA**

**GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Luciana Costa Poli; Tereza Cristina Monteiro Mafra - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-424-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

<sup>1</sup> Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Família. 3. Sucessão. 4. Afeto. 5. Casamento. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

---

### **Apresentação**

No Grupo de Trabalho de de Direito de Família e Sucessões, do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Brasília-DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, foram apresentados dezoito artigos, resultado de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação do país, tendo sido intensamente debatidos pelos autores, participantes e coordenadoras.

Os trabalhos contemplaram uma pluralidade temática, com diversas abordagens metodológicas e doutrinárias, pautando-se pela interdisciplinaridade e pela análise crítica e atual da jurisprudência.

O leitor encontrará um instigante conjunto de textos que abrangem perspectivas teóricas e práticas proporcionando, além disso, a identificação de questões polêmicas e inovadoras no Direito de Família e das Sucessões, tais como: a relevância do afeto como valor jurídico, impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na invalidade do casamento; aspectos principiológicos, constitucionais e infraconstitucionais, com amparo em literatura estrangeira da família, seja no tocante à sua formação, seja quanto à sua dissolução; variadas abordagens sobre guarda, alienação parental e alimentos; questões afetas à partilha de bens e planejamento familiar, sucessório e societário, dentre outros assuntos.

Por fim, devem ser rendidas nossas homenagens ao CONPEDI e a todos os autores que integram a presente obra, pela relevância e empenho dedicados à pesquisa acadêmica, cuja leitura certamente há de ser enriquecedora.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**UNIÃO ESTÁVEL E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO**  
**THE COMMON-LAW MARRIAGE AND THE SUCCESSION PLANNING**

**Camila Dias Pereira e Hatajima**

**Resumo**

A velocidade com a qual evoluem os costumes exige do Direito o mesmo dinamismo para interpretar essas novas realidades sociais. Vivemos tempos de inclusão social e da reconstrução de paradigmas. Essa inclusão é hoje temática de vários pronunciamentos judiciais, especialmente quando tratamos da contratualização das relações familiares voltada para as novas modalidades de constituição de família e, dentre elas, a mais usual depois do casamento: a união estável.

**Palavras-chave:** União estável, Casamento, Planejamento, Sucessão, Código civil, Inconstitucionalidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The speed with which customs evolve demands of the Law the same dynamism to interpret these new social realities. We live times of social inclusion and the reconstruction of paradigms. This inclusion is today thematic of several judicial pronouncements, especially when we deal with the contractualisation of family relations directed to the new forms of family constitution, and among them, the most usual after marriage: the common-law marriage.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** The common-law marriage, Family, Law, Family constitution

## 1 INTRODUÇÃO

A velocidade com a qual evoluem os costumes exige do Direito o mesmo dinamismo para interpretar essas novas realidades sociais. Vivemos tempos de inclusão social e da reconstrução de paradigmas. Essa inclusão é hoje temática de vários pronunciamentos judiciais, especialmente quando tratamos da contratualização das relações familiares voltada para as novas modalidades de constituição de família e, dentre elas, a mais usual depois do casamento: a união estável.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>1</sup>, com base no CENSO realizado em 2010, mais de um terço das uniões afetivas no Brasil são informais, ou seja, não contam com casamento civil ou religioso.

Diversas são as causas do crescimento geométrico das famílias que vivem em união estável. Alterações nos costumes sociais, distanciamento da Igreja, o engajamento da mulher no mercado de trabalho, o aumento de mulheres chefes de família, a opção pelo informalismo, o fato de já ter se casado anteriormente podem ser citados como exemplos dessas causas.

Esse dado é revelador, especialmente quando lembramos que a família convivencial<sup>2</sup> era marginalizada até início do século XX. Gagliano e Pamplona Filho (2015) lembram que a união livre simplesmente não era considerada como família e a sua concepção era a de uma reação ilícita, comumente associada ao adultério.

Contudo, sempre foi da natureza humana se unir estavelmente, casar, comprar, vender, doar, etc. Mesmo em tempos onde essas ações não possuíam regramentos legais específicos, elas continuaram a ser praticadas. Ocorre que a sociedade está em constante mutação e, por que não, desenvolvimento. Resta ao Direito acompanhar e, principalmente, se antever a tais mudanças.

---

<sup>1</sup> O estudo do IBGE também demonstra que o número de casamentos civis e religiosos vem caindo e que a união sem formalização é mais frequente em classes sociais mais baixas.

<sup>2</sup> Denominação trazida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao tratar da união estável.

No Código Civil de 1916 o casamento era sinônimo de instituição capaz de legitimar uma família, possuía uma feição quase imutável, indestrutível. Qualquer outra entidade familiar diversa do casamento era vista como ilegítima ou, no mínimo, menosprezada. Essa concepção de casamento como instituição *acima do bem e do mal* não nos atende mais.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim ao pensamento conservador que rejeitava a união estável como modalidade de família e lhe concedeu a mesma proteção conferida ao casamento. É o que disciplina a norma do artigo 226:

Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.(BRASIL,1988)

De lá para cá se passou a pensar o Direito Civil de forma constitucionalizada, o que nos permitiu repensar outras entidades familiares, como a união estável homoafetiva, o casamento homoafetivo e o poliamorismo<sup>3</sup>.

## **2 A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS MODALIDADES DE FAMÍLIA**

É sabido que os institutos do casamento e da união estável não são iguais. O próprio constituinte tomou o cuidado de afirmar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Logo, se pode haver a conversão, a conclusão que se chega é que os institutos em questão possuem naturezas diversas. A grande questão é: as diferenças existentes entre os institutos fazem da união estável inferior ao casamento?

---

<sup>3</sup> Confira-se a definição de Gagliano e Pamplona Filho: O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

É fato que a norma do artigo 226, § 3.º da Constituição Federal buscou reconhecer a união estável, outrora entre homem e mulher e agora por força jurisprudencial também entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar assim como é o casamento. Discorrendo sobre o tema, Maria Berenice Dias observa que foi dada a mesma proteção a todas as entidades familiares:

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares - as mais frequentes -, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. Ao criar a categoria de entidade familiar, a Constituição acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. (DIAS, 2015, p.239-240)

Portanto, constata-se que o rol de entidades familiares descritas no texto constitucional é meramente exemplificativo e não engloba, apenas, o casamento, a união estável e a família monoparental.

Deve-se, contudo, separar a previsão de conversibilidade da união estável em casamento da existência de hierarquia entre os dois institutos. E essa afirmação não implica em indevida desigualdade entre as pessoas que optaram por um relacionamento informal e as pessoas casadas. Implica, de fato, na observância de regramentos legais diversos para as duas modalidades de constituição de família.

Quem opta por casar deve sujeitar-se às exigências ditadas pela legislação que rege o matrimônio, formal por natureza, e quem opta por apenas conviver, por manter um relacionamento que, a despeito da similitude com o casamento, é tipicamente informal, sujeita-se às disposições atinentes à espécie.

Também abordando as diferenças das entidades familiares, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando

uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa. (LÔBO, 2002)

Apesar das singularidades de cada instituto, é fato que tudo que é instituído para a união estável tem como referência o casamento. Na prática, aplicam-se as regras do casamento para aqueles que não o escolheram, como por exemplo, o regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de setenta anos que contraírem união estável. As aplicações analógicas dessa regra e de outras para a união estável serão tratadas neste trabalho, especialmente a partilha de bens e a possibilidade ou não de se implementar um planejamento sucessório na união estável.

### 3 A UNIÃO ESTÁVEL

A definição legal da *união estável* pode ser encontrada no artigo 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002)

A partir dessa definição legal, grande parte da doutrina elenca como elementos caracterizadores da união estável a *publicidade*, *continuidade*, *estabilidade* e o *objetivo de constituição de família*.

A publicidade é o que garante o reconhecimento social do casal como uma família, isto é, uma relação onde os companheiros não mantêm o

relacionamento na clandestinidade, ao contrário, demonstram notoriamente em meio social que possuem vínculo familiar.

Outro elemento caracterizador da união estável é a continuidade. A convivência deve ser contínua, não eventual. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Relacionamentos fugazes, sem *animus* de permanência e definitividade, por mais intensos que sejam (e há paixões arrebatadoras que não duram mais do que uma noite de carnaval ...), não têm o condão de se converter em uma modalidade familiar.

A estabilidade também é um dos elementos da união estável e consiste na duração prolongada no tempo do relacionamento. Por óbvio, não há requisito de lapso temporal mínimo para a configuração de uma união estável. Contudo, essa relação não pode ser acidental, momentânea.

Por fim, temos como principal elemento da união estável o objetivo de constituir família. É o *intuito familiae* que diferencia um simples namoro de uma união estável. Aqui também se encontra o objetivo da proteção constitucional: a entidade familiar. Relacionamentos que não contenham como objetivo a constituição de família, não podem ser reconhecidos como uniões estáveis.

### **3.1.O regime de bens nas uniões estáveis de pessoas maiores de setenta anos.**

Grande celeuma criou-se acerca do regime de bens da união estável quando um ou ambos os companheiros possuem mais de 70 (setenta) anos<sup>4</sup>.

Na falta de escolha diversa, figura tanto na união estável quanto no casamento o regime de comunhão parcial de bens. Todavia, no caso do

---

<sup>4</sup> A Lei n. 12.344 de 9 de dezembro de 2012 majorou de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

casamento envolvendo uma ou duas pessoas septuagenárias a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens.

Como essa limitação não existe para a união estável por ausência de regramento específico, a questão chegou aos Tribunais. Atualmente o entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça é o da extensão da separação obrigatória de bens também à união estável.

Esse entendimento pode ser ilustrado pela ementa abaixo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.
2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.
3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especialmente merecem ser tratadas.

Parcela da doutrina diverge do atual entendimento do STJ acerca da obrigatoriedade do regime de separação de bens para a união estável onde há companheiro com mais de 70 (setenta) anos. Como exemplo do pensamento desses autores, vejamos o que lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em nosso pensar, mesmo que um dos companheiros conte com mais de 70 (setenta) anos (registre-se que a Lei n. 12.344, de 9-12-2010, aumentou de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento), ainda assim não seria razoável aplicar-se-lhe o regime legal da separação obrigatória, a despeito da polêmica em torno do tema, não apenas pela potencial inconstitucionalidade de tal interpretação mas também pelo fato de as situações previstas no art. 1.641 de separação legal de bens no casamento, por seu inequívoco caráter restritivo de direito, não comportam interpretação extensiva ou analógica. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 455)

De fato, faz-se necessária a preservação da autonomia da vontade também nas situações de união estável entre pessoas com mais de 70 (setenta) anos, especialmente pelo fato de ser essa uma modalidade informal de constituição de família.

#### **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.**

Já foi demonstrado que a união estável foi equiparada ao casamento, tendo o nosso constituinte a reconhecido como entidade familiar. Todavia o artigo 1.790 do Código Civil diferencia o regramento sucessório dos conviventes daqueles que contraíram casamento. Vejamos a redação da norma do artigo 1.790:

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. (BRASIL, 2002)

A respeito, veja-se o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É se de notar que, ao contrário do que é conferido ao cônjuge, o direito sucessório do companheiro é restrito a uma cota igual à que for atribuída ao descendente à que for atribuída ao descendente do falecido, se estiver concorrendo com filhos comuns, ou à metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da herança. E terá apenas direito a um terço dos bens deixados – e, sempre, adquiridos a título oneroso – se estiver concorrendo com outros parentes, o que significa o colateral até o 4.º grau.

Em verdade, a regra é tão grave que, admitindo a formação de uma entidade familiar estável por um homem (que já possua vasto patrimônio, mas que, após o início da convivência, não mais adquira qualquer bem), que veio a falecer após dez ou quinze anos de relacionamento, percebe-se que a companheira sobrevivente ficará rigorosamente sem qualquer direito, pois não fará jus à meação (uma vez que nada foi adquirido) e tampouco à herança (cujo direito depende da existência de bens adquiridos a título oneroso). (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p 489)

A questão da inconstitucionalidade da norma do artigo 1.790 do Código Civil adentrou ao Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário n. 878.694 (MG). O Procurador Geral da República, em parecer protocolizado em 16 de setembro de 2015, concluiu por sua constitucionalidade, onde destacou:

Pontuado isso, mencione-se de outra banda, que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus objetivos garantir que os cidadãos, através de seus múltiplos projetos pessoais de vida, alcancem a felicidade, sua plenitude existencial. Todavia, o exercício dos direitos subjetivos está desatrelado de fins egoísticos e individualistas, corrigindo-se os excessos que ocorreram sob a égide do Estado ou de sua mitigação no Estado Social.

No contexto atual, o Direito Privado, com seu sistema de regras e princípios abertos, constitui o amparo fornecido pelo Estado para o exercício da autonomia da vontade na busca dos indivíduos pela realização pessoal. Na compatibilização entre os interesses públicos e privados, a autonomia privada assume contornos de função social, ao projetar a realização individual como parte integrante do bem estar da coletividade. (BRASIL, 2015)

A despeito daqueles que consideram a inconstitucionalidade da norma do artigo 1.790 do Código Civil por trazer demais parentes sucessíveis (os chamados tio-avô e sobrinho-neto) do falecido a concorrência da herança no caso de inexistência de descendentes e, em determinadas situações esses parentes distantes poderem abarcar um quinhão de herança maior que da própria companheira, há também os que consideram que a atual dicção do artigo beneficia o companheiro em detrimento do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens.

O fato de a companheira participar como herdeira nos "bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável" (art. 1.790, caput) confere-lhe direitos superiores ao cônjuge supérstite, se casado fosse, o qual somente participaria da herança nos bens particulares do *de cujus*, fato que não lhe daria direito de herança à míngua de bens dessa categoria, mercê da parte final do art. 1.829, inc. I.

O caput do art. 1.790, confere direitos hereditários à companheira exatamente na fração do patrimônio que não seria aquinhoadada pelo cônjuge, ou

seja, nos bens comuns, circunstância que faz o companheiro ser herdeiro mesmo nas hipóteses em que não o seria o cônjuge, ou seja, quando não existirem bens particulares deixados pelo falecido.

Assim decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.117.563 - SP, mantendo a eficácia do art. 1.790 do Código Civil em acórdão com a seguinte ementa:

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De *cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2010)

Afirmou a relatora, Min. Nancy Andrighi, que a regra do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, que seria aplicável à hipótese caso a companheira tivesse se casado com o *de cuius* pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se quatro correntes de pensamento sobre a matéria. Assim, aduziu, “não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.

Em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da diferenciação entre união estável e casamento para fins sucessórios, conforme tese de autoria do Ministro Luís Roberto Barroso:

"No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/02"

A tese fixada adentra nas relações familiares ao tentar igualizar os regimes e, sem dúvida, repercute na autonomia da vontade dos indivíduos sobre como querem conduzir a vida em comum.

## 5 DA AUTONOMIA PRIVADA NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS.

Sabe-se que nosso ordenamento jurídico veda a celebração de qualquer pacto sucessório. A norma do artigo 426<sup>5</sup> do Código Civil proíbe expressamente contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva.

Sobre o tema, o Professor Arnoldo Wald nos mostra uma comparação do desenvolvimento do pacto sucessório em outras legislações:

Algumas legislações modernas condenam de maneira absoluta tais pactos, como ocorre no direito italiano e no espanhol, enquanto outras os admitem exclusivamente quando convencionados por ocasião do casamento, entendendo que a autonomia da vontade, que se assegura aos nubentes para estabelecerem o seu regime de bens, implica reconhecer a eficácia da vontade deles para a disposição post mortem. Tal é o pensamento da legislação francesa, seguida pelo Código Civil brasileiro de 1916 (art. 314). O Código Civil de 2002 não repetiu tal regra. Por fim, um último grupo de legislações pertencente a países de formação diversa da brasileira, quanto aos elementos culturais, religiosos e morais, admite amplamente os pactos sucessórios, considerando-os sempre válidos. É o que acontece na Alemanha e na Suíça. (Wald, 2012, p. 46)

Definitivamente, não é a isso que se propõe o planejamento sucessório na união estável. O que se propõe é garantia de liberdade aos companheiros que, ao optarem por não se casarem, não sofram a intervenção estatal na tentativa de equipar esse relacionamento informal ao casamento, especialmente em matéria sucessória. Busca-se a não interferência estatal naquelas entidades familiares que optaram pela informalidade e, em razão algumas omissões legais, gozam de mais liberdade na disposição patrimonial.

Raphael Furtado Carminate conceitua autonomia privada como:

Ousa-se, assim, definir a autonomia privada como o direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão

---

<sup>5</sup> Art. 426: Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s). (CARMINATE, 2011, p. 134)

A determinação constitucional de proteção à família, conquista importantíssima de toda sociedade não pode ser justificativa para a interferência estatal na gerência das questões patrimoniais das pessoas que optaram pela informalidade da união estável, por exemplo, o regime de bens e da sucessão daqueles que optaram pela autonomia privada ao não se casarem formalmente.

Com efeito, as pessoas que optaram pela união estável, correm o risco de sofrer efeitos patrimoniais, como dito, semelhantes aos do casamento, contrariando a vontade de pelo menos um deles, ou ambos, que decidiram não casar.

Em que pese a pecha de inconstitucionalidade da norma do artigo 1.790 do Código Civil<sup>6</sup>, ao minimizar os direitos sucessórios do companheiro em comparação aos do cônjuge, o outro lado da moeda também deve ser notado. E ele consiste na autonomia privada no planejamento sucessório, possibilidade vislumbrada na união estável.

Ao mesmo que tempo que é limitado o direito hereditário do companheiro, já que ele só herdará os bens adquiridos onerosamente na vigência da união

---

<sup>6</sup> Como mencionado em tópico específico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 878.694, de Minas Gerais, onde se discute a possível inconstitucionalidade da norma do artigo 1.790 do Código Civil. Em 16/09/2015 foi apresentado parecer da Procuradoria Geral da República pugnando pelo desprovimento do REExt em face da constitucionalidade da referida norma. O acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL.CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA 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 n.º 1.0512.06.032313-2-2/002, 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 o quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus. (MINAS GERAIS

estável (artigo 1.790 do Código Civil), essa limitação possibilita aos companheiros autonomia na livre disposição desse patrimônio (desde que não haja descendentes).

O cônjuge sobrevivente, por força da norma do artigo 1.845 do Código Civil possui maior participação na herança e passou a integrar a categoria dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

Carlos Roberto Gonçalves discorre acerca da sucessão do cônjuge:

O cônjuge, sendo herdeiro necessário, não pode, como já foi dito, ser totalmente excluído da sucessão por testamento deixado pelo de cujus (CC, art. 1.850). Tem direito à legítima, ou seja, à metade dos bens da herança (art. 1.846). Quando o regime de bens adotado pelo casal é o da comunhão universal, recolhe ele, não havendo descendentes e ascendentes, nem testamento, a metade do acervo, ou seja, toda a herança, na condição de herdeiro, porque a outra metade já lhe pertence, constituindo a meação. No regime da comunhão parcial a meação incide sobre o patrimônio comum. (GONÇALVES, 2014, p. 126)

Desse modo, o cônjuge não pode ser afastado da sucessão, salvo em casos de indignidade e deserção, conforme disposto na norma do artigo 1.961 do Código Civil.

Todavia, o mesmo não ocorre com a sucessão do companheiro. O fato de não figurar nem como herdeiro necessário, nem como herdeiro concorrente permite que o companheiro, obviamente se não possuir descendentes, disponha do seu patrimônio como bem entender.

A autônoma privada na disposição do patrimônio é um direito e uma garantia constitucional e somente pode ser limitada por outro princípio constitucional.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros, por ocasião da elaboração do parecer do Ministério Público Federal acerca da alegada inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código civil, defendeu que *a autonomia privada assume contornos de função social, ao projetar a realização individual como parte integrante do bem-estar da sociedade.*

Rolf Madaleno ao discorrer sobre a limitação da autonomia da vontade na união estável, assim leciona:

É a festejada autonomia de vontade com tratamento diferenciado na união estável, particularmente diante da redação colhida do art. 1.725 do Código Civil, que manda aplicar à união estável a comunicação dos bens exclusivamente adquiridos de forma onerosa, afastando da mancomunhão presumida os bens havidos a título gratuito ou por fato eventual. E esta presunção, que em princípio só se faz absoluta sobre os aqüestos adquiridos de modo oneroso, pode ser livremente relativizada por contrato escrito dos conviventes, cogitando em estabelecer em pacto escrito, tanto para o futuro quanto para o passado, fração diversa da metade ou regime de separação de bens.(MADALENO, 2015)

Para as pessoas que optaram por constituir uma união estável e, repita-se, não possuem herdeiros necessários, o poder de testar é muito menos restrito do que o das pessoas que optaram por unirem-se através do casamento.

Deve ser vista positivamente a possibilidade de disposição do patrimônio pelo companheiro que não possui herdeiros necessários. Uma das formas mais festejadas de planejamento da sucessão familiar é a holding.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede afirmam que a marca característica é *o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento e desenvolvido por seus membros.*

Contudo, independentemente da existência de sociedades empresárias no patrimônio dos companheiros, é fato que a informalidade da união estável concede liberdade na administração do patrimônio, seja pelo fato de que somente serão partilhados os bens adquiridos onerosamente na constância da união, seja pelo fato de o companheiro não figurar no rol de herdeiros necessários, e desde que não haja abuso de direito.

## **6 CONCLUSÃO**

O objetivo do artigo foi apresentar um breve apanhado acerca dos efeitos patrimoniais na esfera civil do Direito Brasileiro nas relações de união estável

entre casais não impedidos de constituir matrimônio e que optam pela união estável.

Apresentaram-se os aspectos jurídicos da família, especialmente com a inovação constitucional ao dar proteção às suas diversas modalidades, em especial aquelas constituídas através da informalidade, como a união estável. Foi discutida a existência ou não de hierarquia entre o casamento e a união estável, análise realizada com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, buscou-se pontuar alguns aspectos polêmicos do tema na doutrina e jurisprudência, especialmente a tentativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento.

Também foi objeto deste trabalho a análise quanto ao regime de bens adotado pelos companheiros, especialmente a liberdade de escolha dos companheiros maiores de setenta anos, ante a ausência de regramento específico na união estável.

A discussão acerca da equiparação dos institutos do casamento e união estável foi exemplificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que aplica o regime de separação obrigatória de bens aos companheiros maiores de 70 (setenta) anos que vivem união estável. O posicionamento contrário, que defende a autonomia da vontade para a escolha do regime de bens, independentemente da idade do casal, também foi abordado.

Também foi abordada a discussão acerca da constitucionalidade ou não da norma do artigo 1.790 do Código Civil. Grande parcela da doutrina, a exemplo de FARIAS e ROSENVALD (2015) propaga a *inconstitucionalidade* da referida norma por entenderem que ela representa uma desigualdade sucessória entre cônjuges e companheiros.

Do lado oposto, se encontra parcela da doutrina que defende a autonomia da vontade na escolha da modalidade de entidade familiar. E vão além, demonstrando que o regime sucessório da união estável pode ser benéfico para o companheiro sobrevivente quando há apenas bens adquiridos onerosamente

na constância da união. Afinal, o sobrevivente faria jus à meação e também à herança, o que não ocorre na sucessão do cônjuge, que só faria jus à meação.

Finalmente, tratou-se do planejamento sucessório no âmbito da união estável, especialmente autonomia privada na partilha de bens. Tema instigante onde há autonomia dos conviventes para dispor da sua meação em vida como quiserem, obviamente se não tiverem descendes. Essa liberdade de disposição do patrimônio tem sido utilizada no planejamento sucessório empresarial, defendido por muitos como forma garantidora de continuidade dos negócios na falta do companheiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

BRASIL. **Código Civil (2002). Código 4 em 1: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Em Recurso Especial Nº 1.117.563-SP (2013/0376754-0), julgado em 06/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Em Embargos de divergência no Recurso Especial n.º 2012/0091130-8, julgado em 28/08/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Em Recurso Extraordinário Nº 646721, julgado em 10/07/2017

CARMINATE, Rapahel Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 3, n. 12, 2002.

MADALENO, Rolf. **A retroatividade restritiva do contrato de convivência**. Disponível em <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=321#sthash.aGIZT9Wv.dpuf>, acesso em 08 dez 2015.

MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta.  **Holding Familiar e suas vantagens**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento**. Publicado em 28/04/2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das sucessões**, vol. 06. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.