

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

ANÁLISE DO AFASTAMENTO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DOS
CÔNJUGES COM OS DESCENDENTES POR MEIO DO PACTO ANTENUPCIAL

Bruno Vaz de Carvalho

Orientadora: Professora Doutora Tatiana Cristina Leite de Aguiar

São Paulo

2024

BRUNO VAZ DE CARVALHO

**ANÁLISE DO AFASTAMENTO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DOS
CÔNJUGES COM OS DESCENDENTES POR MEIO DO PACTO ANTENUPCIAL**

Dissertação submetida ao Programa do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direito, Desenvolvimento e Justiça pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Tatiana Cristina Leite de Aguiar.

São Paulo

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

C331a Carvalho, Bruno Vaz de

Análise do afastamento da concorrência sucessória dos cônjuges com os descendentes por meio do pacto antenupcial / Bruno Vaz de Carvalho. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

118 f. : il.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Tatiana Cristina Leite de Aguiar

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2024.

1. Sucessão deferida ao cônjuge. 2. Transmissão da herança. 3. Pacto antenupcial. I.Título

CDDir 342.1657

Esse trabalho eu dedico a você minha mãe, com todo meu amor.

AGRADECIMENTO

A conclusão do mestrado era um projeto, um sonho, uma dívida. Um projeto acadêmico, que teve início inesperado com o convite do Professor João Luiz Coelho do Rocha para ser seu professor assistente, há 20 (vinte) anos. Ali surgia uma paixão e uma vocação. A você querido Janjão, meu primeiro agradecimento.

Um sonho de conseguir realizar um trabalho acadêmico que se mostrasse ao mesmo tempo consistente e prático, colaborando para o cotidiano das pessoas. Em especial das famílias, em cujos enredos construí minha personalidade e vivi na minha vida profissional e pessoal tantas angústias e tantas alegrias. Aqui meu agradecimento aos meus principais parceiros de escritório e de vida, nessa jornada que já completa 25 (vinte e cinco) anos, Leandro Chamma Vaz de Carvalho e Juliana Ituassú Assumpção Vaz de Carvalho.

Uma dívida com todos aqueles que me apoiaram e confiaram no meu trabalho acadêmico. Mais do que uma vocação, uma devoção à qual me dedico da forma mais profunda e verdadeira. Aos professores da PUC-Rio, todos representados por Adriano Pilatti, Daniela Vargas, Firly Nascimento Filho, Fabio Leite, Carlos Raimundo Cardoso, Manoel Vargas e Caitlin Mulholland. Muitas vezes quem inspira não tem ideia de quanto transforma no outro. Obrigado professores.

Uma dívida com meus amigos e professores da UERJ, a quem agradeço nas pessoas de Pablo Renteria, Aluizio Napoleão, Gustavo Tepedino, Alexandre Ferreira Assumpção e Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Lá se vai o tempo, mas a dívida moral não prescreve. Obrigado por tudo que aprendi.

Aos que tornaram isso possível, com o método, a cobrança firme e construtiva. Meus amigos e professores do IDP. De novo Aluizio Napoleão grande amigo, a minha orientadora Professora Tatiana Cristina Leite de Aguiar pela confiança, pela orientação que abriu meus olhos e me guiou do início ao fim, ao Professor Atalá Correia, sua presença e sua firme pressão e visão de que se poderia sonhar alto me estimularam e permitiram corrigir os rumos ainda a tempo. Um especial agradecimento ao Professor Anderson Schreiber que faz parte do projeto, do sonho, da dívida e que viabilizou com seu conhecimento e sua inspiração essa conclusão. Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho busca promover a análise civil constitucional acerca da possibilidade de afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes por meio do pacto antenupcial. Desenvolvendo os conceitos da autonomia privada e da solidariedade nas relações patrimoniais entre os cônjuges e a análise jurídica e sociológica do direito de família e sucessório contemporâneos, na metodologia civil constitucional, a fim de propor uma solução prática profissional para o tema. Traz como questão se a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge e a vedação ao pacto corvina - contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva – podem ser superados para o afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes por meio de pacto antenupcial, no direito brasileiro, à luz dos valores e princípios constitucionais. Estrutura-se a partir da análise do direito sucessório e sua disciplina, para analisar os impactos, limites e possibilidades do pacto antenupcial, como percurso para compreensão, da questão em foco, qual seja, se a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge e a vedação ao pacto corvina podem ser superados para o afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes por, meio de pacto antenupcial, no direito brasileiro. Apresenta, ainda, os caminhos de alteração legislativa propostos para solução do aparente conflito entre a liberdade de disposições patrimoniais no casamento durante a vida e as restrições para morte.

ABSTRACT

This work seeks to promote constitutional-civil analysis regarding the possibility of removing the spouse's succession competition with descendants through the prenuptial agreement. Developing the concepts of private autonomy and solidarity in property relations between spouses and the legal and sociological analysis of contemporary family and inheritance law, in the constitutional-civil methodology, in order to propose a professional practical solution to the topic. It raises the question of whether the spouse's status as a necessary heir and the prohibition of the corvina pact - a contract that has as its object the inheritance of a living person - can be overcome to eliminate the spouse's succession competition with descendants by means of a prenuptial agreement, in Brazilian law, considering constitutional values and principles. It is structured based on the analysis of inheritance law and its discipline, to examine the impacts, limits and possibilities of the prenuptial agreement, as a path to understanding the issue in focus, that is, whether the spouse's status as a necessary heir and the prohibition to the corvina pact can be overcome to eliminate the spouse's succession competition with descendants by means of a prenuptial agreement, in Brazilian law. It also presents the paths for legislative change proposed to resolve the apparent conflict between the freedom of property dispositions in marriage during life and restrictions upon death.

SUMÁRIO

Introdução	09
Capítulo 1 - Direito de Sucedem <i>Mortis Causa</i>	15
1.1 O Direito de Herança.....	15
1.2 Herdeiros Legítimos e Necessários.....	22
1.3 Vocaçãõ Hereditária.....	30
1.4 O Testamento como Instrumento de Controle sobre a Sucessãõ.....	34
1.5 Pacto Antenupcial e Possibilidade de Interferência na Legítima.....	39
Capítulo 2 - Pacto antenupcial	45
2.1 Autonomia Privada e Liberdade de Disposições no Pacto Antenupcial.....	45
2.2 Elementos Estruturais do Pacto Antenupcial.....	53
2.3 Elementos Funcionais e Promocionais do Pacto Antenupcial.....	59
2.4 Limites e Possibilidades do Pacto Antenupcial.....	63
2.5 Efeitos Sucessórios do Pacto Antenupcial.....	71
Capítulo 3 - A Concorrência entre o Cônjuge e os Descendentes	77
3.1 As Hipóteses de Concorrência entre o Cônjuge e os Descendentes.....	77
3.2 Autonomia Privada e Solidariedade Familiar na Sucessãõ <i>Mortis Causa</i>	84
3.3 Conflito Aparente na Disciplina Patrimonial no Rompimento do Vínculo em Vida e <i>Mortis Causa</i>	88
3.4 Possibilidade de Afastamento da Concorrência do Cônjuge pelo Pacto Antenupcial.....	92

3.5 As alterações do Projeto de Revisão do Código Civil.....	96
Conclusão.....	103
Referências.....	109

INTRODUÇÃO

Uma inquietação muito grande na sociedade surgiu quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002. O cônjuge, que antes se reservava à meação prevista no regime de bens do casamento passou a concorrer com os descendentes na primeira classe da vocação hereditária. Sua qualidade de herdeiro necessário, associada à vedação aos contratos cujo objeto seja a herança de pessoa viva e à renúncia antecipada à herança, colocaram em alerta as pessoas casadas e aquelas que pretendiam se casar.

Como, ao mesmo tempo experimentar a realização existencial do casamento e controlar seus efeitos patrimoniais? Um novo ordenamento que pegou de surpresa as pessoas casadas e lançou dúvidas sobre aqueles que pretendiam se casar. A união estável se mostrava uma solução juridicamente adequada, onde se poderia viver a plenitude existencial e ter um maior controle patrimonial, considerando que o Código Civil não considerava o companheiro um herdeiro necessário, nem lhe conferia a mesma concorrência sucessória com os descendentes.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a igualdade constitucional dos modelos familiares não permitiria a distinção infraconstitucional no tratamento sucessório entre o cônjuge e companheiro, a união estável deixou de ser um espaço de maior liberdade para disposições patrimoniais e recebeu o mesmo tratamento do casamento. Nada obstante o acórdão da Suprema Corte não tenha adentrado o mérito da qualidade de herdeiro necessário do companheiro, fato é que a insegurança jurídica tornou a união estável um espaço impróprio para disposições sucessórias.

Para controlar os efeitos sucessórios do casamento, na mesma dimensão que se permitia a sua regulação em vida, a doutrina começa a propor mecanismos de planejamento sucessório, mais ou menos diretos. Transferências patrimoniais, planos de seguro ou de previdência, sociedades empresárias, enfim, mecanismos jurídicos que permitissem à pessoa casada controlar o destino de seu patrimônio.

Surge, assim, a pergunta problema do presente estudo: A qualidade de herdeiro necessário do cônjuge e a vedação ao pacto corvina podem ser superados para o afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, por meio de pacto antenupcial no direito brasileiro, à luz dos princípios e valores constitucionais?

Desenvolveu-se a análise dos conceitos e dos institutos jurídicos incidentes sobre as relações existenciais e patrimoniais entre os cônjuges e a análise jurídica e sociológica do direito de família e sucessório contemporâneos, por meio da metodologia bibliográfica, com referencial teórico na escola do direito civil constitucional, capitaneada por Pietro Perlingieri, e jurisprudencial, focada nos Tribunais Superiores, a fim de propor uma solução prática e profissional para o tema.

A primeira importante opção foi por circunscrever ao casamento, deixando para outros estudos a união estável, seja porque na atual interpretação constitucional aplicam-se à união estável as mesmas disciplinas sucessórias aplicáveis ao casamento, seja porque é merecedor de um trabalho mais aprofundado, no sentido de se perquirir se a igualdade como valor constitucional material não admitiria ou até recomendaria tratamento diferenciado, de modo a viabilizar caminhos mais livres e menos formais também em seus efeitos entre o casamento e a união estável. Ambos de mesmo *status* constitucional, mas diferentes em suas possibilidades. Fica o desafio.

A segunda importante opção foi tratar apenas da concorrência dos cônjuges com os descendentes. A nova conjugalidade reclama uma nova visão das liberdades, em especial da disciplina patrimonial dos efeitos do casamento. Os descendentes e suas múltiplas possibilidades, com a igualdade entre filhos, com o reconhecimento da filiação socioafetiva, é um espaço de poder-dever, de responsabilidade e de cuidado que reclama uma análise específica e encontra justificativas sucessórias próprias que diferem das outras vocações.

Muito embora possa se investigar também a concorrência do cônjuge com os ascendentes, essa é uma outra profunda e necessária análise, que, no entanto, merece ser investigada por suas próprias premissas e fundamentos valorativos, outro desafio que se confia a novos trabalhos.

O trabalho se mostrou mais atual, ainda, quando uma comissão de juristas foi nomeada para uma revisão do atual Código Civil, e, ao ouvir a sociedade e os juristas em audiências públicas, seminários e canais de mensagens, restou clara a dificuldade de se lidar com o fenômeno sucessório no casamento. Entre todas as propostas a que mais foi objeto de propostas de alterações foi a forçada concorrência entre cônjuge e descendentes.

No presente trabalho, o objetivo foi analisar a possibilidade de interferência direta na sucessão das pessoas casadas, por meio do pacto antenupcial, o instrumento legalmente previsto para a regulação dos efeitos patrimoniais do casamento, espaço de liberdade e controle, para

cuja dimensão e possibilidade se optou por uma construção que instigasse o fenômeno sucessório, o pacto antenupcial e, finalmente a possibilidade de regulação da concorrência sucessória entre cônjuges e descendentes.

O primeiro capítulo foi dedicado à sucessão *mortis causa*, à transferência do patrimônio em razão do evento morte. O direito de herança em sua perspectiva histórica, jurídica até suas bases como direito constitucional fundamental. Sua direta conexão com o direito de propriedade, sua expressão de liberdade e dignidade e o direito de família.

A proteção da família, seu reconhecimento como espaço de realização existencial, liberdade e solidariedade e a noção de herdeiros legítimos, aqueles a quem o legislador reservou o destino do patrimônio do *de cujus*, umbilicalmente atados ao direito de família, afinal todos os legitimados integram a noção jurídica de família. Para além dos legitimados, investigou-se dentro dessa categoria jurídica aqueles que necessariamente devem suceder. Ou seja, não apenas estão legitimados, mas devem receber uma parcela da herança, não podendo ser excluídos, sem motivo, legalmente previsto, da herança.

Entre esses herdeiros, cuja investigação foi fundamental para saber se essa previsão deve superar a autorregulação de interesses, há uma vocação, ou ordem de chamamento para receber a herança, uma espécie de privilégio abstrato desenhado pelo legislador, à luz de valores como afeto, proximidade, presumida afinidade e, cuidado ou solidariedade.

Esse tratamento da vocação, um momento especial do fenômeno sucessório representou uma grande ruptura de modelos, pois foi na vocação hereditária que ocorreu a mudança legislativa do Código Civil de 2002 em relação ao Código de 1916, alterando a posição do cônjuge nessa vocação.

Ainda nesse capítulo se apresentam os instrumentos que viabilizam a alteração do destino do patrimônio *post mortem*. O testamento, em que deixa de ser a lei e passa a ser a vontade do titular do patrimônio que controlará o destino dos bens para depois de sua morte. Trazendo da presunção abstrata e das escolhas de proteção e solidariedade do legislador, para as escolhas afetivas do proprietário a eleição de a quem se destinará o patrimônio.

O pacto antenupcial também se revela como um instrumento de interferências na sucessão, muito embora menos direto do que o testamento, cujo objeto é essa regulação, também o pacto antenupcial é um instituto jurídico destinado a interferir na sucessão, afinal, de acordo com o regime de bens escolhido no pacto antenupcial serão diferentes as previsões

acerca da sucessão das pessoas casadas, de modo que ao escolher um regime de bens no pacto antenupcial o regime sucessório será diretamente afetado.

Ao pacto antenupcial foi dedicado o segundo capítulo, seu espaço de autonomia e de liberdade, seja para sua celebração, que não é obrigatória se os nubentes se casarem no regime da comunhão parcial de bens, seja para o controle de seu conteúdo e dimensão. Há uma maior ou menor liberdade de disposições. Este estudo não se aprofundou no espaço de deliberações existenciais, nada obstante sua grande relevância, pois o foco desse trabalho foi nos aspectos patrimoniais do pacto antenupcial, em especial sua dimensão sucessória.

O pacto antenupcial foi analisado, primeiramente, em sua dimensão estrutural, para compreensão de sua natureza jurídica, requisitos de existência, validade e eficácia, para posteriormente ser analisado em seus elementos funcionais ou promocionais. A noção de que os institutos jurídicos não se justificam em si mesmos, mas em razão de sua função de promover valores e princípios constitucionais, não apenas impôs essa análise, como foi, a partir dela que se pode construir um pensamento contemporâneo ligado ao negócio jurídico e ao seu impacto nas relações familiares e sucessórias.

A partir desse diagnóstico estrutural e promocional que se pode compreender os limites e possibilidades do pacto. A simples leitura de artigos que referenciam aos direitos patrimoniais ou aos limites das normas cogentes não confere a dimensão precisa do que pode ser objeto de previsão no pacto antenupcial e que disposições serão nulas ou ineficazes à luz da ordem jurídica, em sua perspectiva constitucional. Em especial seus efeitos sucessórios que é o objeto imediato do presente trabalho, sejam os efeitos sucessórios decorrentes da escolha de um regime de bens, sejam aqueles decorrentes de cláusulas do pacto antenupcial.

Há uma clara divisão na produção doutrinária e acadêmica, com uma visão mais restritiva, ligada à tese de indisponibilidade acerca de normas sucessórias cogentes, e uma visão mais permissiva, associada à noção de autonomia privada relacionada a direitos de natureza patrimonial.

Entre esses efeitos sucessórios, o que se destaca no presente trabalho e vai ser investigado no terceiro capítulo é a concorrência sucessória entre cônjuge e os descendentes. Em que situações o legislador previu essa concorrência entre cônjuge e descendentes, quais suas origens, e razões para que o ordenamento jurídico alterasse o quadro da vocação hereditária.

Faz-se fundamental a análise dos princípios constitucionais da autonomia privada, diretamente ligados às escolhas existenciais livres de interferências e à autorregulação de interesses patrimoniais e econômicos privados e da solidariedade familiar, representativo do afeto, da comunhão de vida e dos poderes-deveres que surgem com o vínculo familiar. O patrimônio é pessoal, mas com sua função constitucional direcionada a uma sociedade livre, justa e solidária. Essa análise e compatibilização é fonte e fim do direito sucessório e do casamento.

O ordenamento jurídico institui um espaço de liberdade amplo para as disposições acerca do patrimônio, permitindo-se a total separação de bens. Direitos e obrigações são totalmente apartados quando é eleito um regime de separação absoluta. Promove-se o resguardo dos bens particulares, quando da escolha do regime da comunhão parcial de bens, com a criação de duplo acervo patrimonial, um comum e partilhado e outro particular e intangível, incomunicável.

Do casamento ao divórcio essa liberdade é máxima e não encontra restrições nem pontos de reequilíbrio no ordenamento jurídico, que sejam ligados ao regime de bens. Não se prevê a participação patrimonial em razão de vulnerabilidade ou afetividade, quando o regime de bens não estabelece essa participação.

Em sentido oposto, o ordenamento jurídico impõe um total controle do destino de bens, nos mesmos regimes de bens, se o fim do enlace decorrer da morte e não do divórcio. Uma contradição que precisava ser elaborada em suas bases teóricas, para compreensão de como e porque o ordenamento jurídico privilegiou o evento morte para proteção patrimonial do cônjuge.

A análise da herança, da legítima, da vocação, do pacto, seus limites e possibilidades, dos princípios e valores constitucionais, das contradições internas do ordenamento, levou à reflexão acerca da possibilidade de afastamento da concorrência do cônjuge pelo pacto antenupcial. Um afastamento que não contrarie o direito à herança, não viole a legítima, mas que permita relacionamentos existenciais plenos e livres, com o controle sobre seus efeitos patrimoniais, de boa-fé e, bilateralmente.

Finalmente, foram apresentadas as propostas de alterações do Projeto de Revisão do Código Civil em relação à sucessão do cônjuge, em especial sua concorrência com os descendentes, em que se verificou que foi tamanha a insatisfação com a concorrência

estabelecida pelo Código Civil de 2002 que a proposta de revisão, para além de permitir seu afastamento, terminou por retirar do cônjuge a qualidade de herdeiro necessário.

A análise civil constitucional acerca da possibilidade de afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes por meio do pacto antenupcial se fundamenta em princípios como a dignidade da pessoa humana, o afeto, a liberdade, a solidariedade, a autonomia privada e a igualdade nas relações patrimoniais entre os cônjuges. Uma análise jurídica e sociológica do direito de família e sucessório contemporâneos, a fim de propor uma solução prático profissional.

A qualidade de herdeiro necessário do cônjuge e a vedação ao pacto corvina - contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva – podem ser superados para o afastamento da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes por, meio de pacto antenupcial. Representa, ainda, uma busca de solução para um conflito entre a liberdade patrimonial na escolha do regime de bens e a proibição no regime sucessório dentro de um mesmo casamento.

O trabalho, portanto, analisa e colabora para a percepção dos argumentos e teses nos dois sentidos e nos efeitos práticos de se adotar uma ou outra linha de construção teórica relativa à possibilidade de permitir o afastamento, no pacto antenupcial, da concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão *causa mortis*.

Analisar o regime sucessório brasileiro, em especial a qualidade de herdeiro necessário, herdeiro legítimo e vocação hereditária. Investigar os limites e possibilidades do pacto antenupcial para a doutrina brasileira. Enfrentar o tema da sucessão sob a perspectiva constitucional na visão do autor da herança e do destinatário da herança. Aplicar a norma constitucional como vetor interpretativo das possibilidades ou não de previsão no pacto antenupcial da não concorrência entre cônjuge e descendentes.

CAPÍTULO 1 - DIREITO DE SUCEDER *MORTIS CAUSA*.

1.1 O direito de herança

O direito de herança está consagrado no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Republicana de 1988¹, entre os direitos fundamentais da pessoa humana. Destaca-se, assim, de sua origem, inegável, no direito de propriedade, para receber proteção autônoma como garantia fundamental e cláusula pétrea intangível pelo legislador, a quem cabe determinar a dimensão e concretização deste direito subjetivo e garantia fundamental².

Direito multifacetado, por representar uma concretização de vedação ao confisco estatal da propriedade do titular dos bens e direitos, a quem confere a disposição sobre seu patrimônio, mesmo após a sua morte, permitindo-lhe interferir quantitativa e qualitativamente no destino patrimonial e, ao mesmo tempo, uma tutela do destinatário do acervo patrimonial a quem garante o direito de receber os bens do autor da herança, a partir da sucessão.

Essa dupla tutela representa uma dualidade de direitos e princípios. Por um lado, o direito de propriedade e livre disposição e, por outro a solidariedade com o controle sobre esse destino, limitando ou, como se prefere, funcionalizando a autonomia dispositiva do proprietário para controlar a sucessão de seu acervo patrimonial.

A sucessão, que se permite e se volta à sua função, é um fenômeno jurídico que significa transmissão. Ocorre, efetivamente, quando um direito é transferido de seu titular para outra pessoa. Essa transferência se concretiza das mais diversas formas no direito brasileiro. Aquela que nos interessa é a sucessão *causa mortis*, como esclarece Martins-Costa:

O reconhecimento da sucessão *mortis causa* constitui um corolário da garantia do direito à propriedade privada (CF/88, art.5º, caput, XXII e XXIII), constituindo uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção levada a cabo pelo legislador constituinte brasileiro. Sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inciso, IV da

¹ BRASIL. *Constituição da República*, art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança;

² MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao artigo 5º, inciso XXX. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

Carta Magna, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório conforme os valores constitucionais.³

Esse fenômeno jurídico que prevê a transmissão do patrimônio de uma pessoa a outra, em razão de sua morte é o direito de herança. Direitos que não se confundem. A sucessão como transmissão e a herança como acervo.

A morte é aqui o fato jurídico translativo dos bens e direitos. O destino desse acervo de bens e direitos é regulado pelo ordenamento jurídico. Quem será o destinatário dos bens e direitos que eram titularizados pela pessoa falecida é o ponto central de discussão nesse trabalho. A Constituição garante o direito de herança, mas é a legislação infraconstitucional com sua maior flexibilidade e mutabilidade que lhe disciplinará a profundidade e extensão, indicando os destinatários da herança, sempre atento ao núcleo intangível do direito constitucional, como explicam Streck e Brandão:

Os limites materiais ao poder de reforma consistem em matérias que, em virtude de constituírem o cerne material de uma constituição, representando, pois, a sua própria identidade, são subtraídas à plena disposição do poder de reforma, ainda que atendidos os requisitos postos pelos limites de ordem formal e circunstancial. Sua função precípua, portanto, é a de preservar aquilo que também se chamou de elementos constitucionais essenciais (John Rawls) e, com isso, assegurar uma certa permanência e estabilidade do sistema e a manutenção, salvo substituição da constituição por uma nova, do núcleo da obra do constituinte originário.⁴

Primeiro é necessário que o ordenamento jurídico reconheça a possibilidade de apropriação privada dos bens e direitos, de modo que haja uma reconhecida titularidade, e, por via de consequência, a possibilidade de transmiti-la⁵. Estabelecida essa premissa jurídica de reconhecimento da propriedade privada e que esta, pela herança, não se extingue com a morte

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Fundamentos da sucessão legítima*. In: TEPEDINO, Gustavo, FACCHIN, Luiz Edson. *Fundamentos do direito civil: direito de família – 4ª Ed.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 620.

⁴ STREK, Lênio, BRANDÃO, Rodrigo In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 1.218.

⁵ DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 3.

do proprietário original, o ordenamento se depara com um segundo dilema, que é estabelecer quem serão os destinatários desse patrimônio, ou seja, quem serão os sucessores.

Esse primeiro elemento que trata da necessária transmissão dos bens do patrimônio do *de cujus* para seus sucessores é o núcleo essencial da proteção constitucional, portanto, intangível. O segundo elemento que é a identificação da forma de transmissão – legítima ou testamentária, e o terceiro que são os efetivos destinatários são o espaço flexível e mutável de acordo com o momento histórico e social.

A presença desses dois elementos, supera uma visão meramente individualista e patrimonial, para reconhecer verdadeiros limites internos à propriedade e à autonomia do titular do patrimônio, garantido a funcionalização da propriedade e do direito de herança, além da solidariedade familiar, na lição de Castro:

A imposição de limites internos está ligada à ideia de que a autonomia patrimonial não deve ser restringida apenas quando representa ameaça ou violação a direitos alheios. Ao contrário, deriva da noção de limites internos que a autonomia de ordem patrimonial deve, antes, realizar positivamente determinados interesses para além dos interesses de seu titular.⁶

Essa qualidade de sucessor poderá decorrer da lei ou da vontade expressada em vida pelo falecido. Poderá, ainda, apresentar modelo híbrido, em que ocorra a disposição pelo proprietário quanto ao destino de seus bens após sua morte, apenas em relação a uma parcela de seu acervo patrimonial, reservando-se à vocação legal a outra parcela. A qualidade de sucessor também integra a visão do direito à herança, que, portanto, é direito do titular de transmitir, mas também do destinatário de receber.

Quando o direito de herança é reconhecido em sua dualidade de prismas, ligado ao autor da herança e aos seus destinatários, é possível dimensionar e propor acerca dos limites das disponibilidades e necessários chamamentos sucessórios, de modo que tanto o direito do titular do patrimônio quanto o dos sucessores sejam equilibrados e promovidos. Propriedade, autonomia privada e solidariedade familiar em equilíbrio.

⁶ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 51.

O Brasil adota esse modelo, em que convivem uma destinação patrimonial *ex lege*, que não permite revisão pela autonomia privada do proprietário, e uma destinação livre, onde se permite ao titular do direito escolher seus sucessores. Aquela limitação é quantitativa, permitindo-se uma liberdade qualitativa na distribuição dos bens e direitos, desde que respeitada a limitação da disponibilidade quantitativa. Salvo a inexistência dos chamados herdeiros necessários, hipótese em que haverá livre disposição, sem limites quantitativos.

Temos, assim, um espaço de liberdade em que o destino dos bens e direitos observa única e exclusivamente a autonomia privada deferida ao titular dos bens e direitos de lhes conferir o destino que lhe satisfaça. E um espaço de solidariedade em que parte de seu patrimônio deve garantir sua função constitucional, tendo seu destino fora de esfera dispositiva do proprietário. A propriedade atenderá sua função social. Aqui uma função solidária, protetiva e estabilizadora de vínculos. Sobre o tema, Tepedino e Nevares:

O direito de herança constitui-se em corolário do direito à propriedade privada (CR, art.5º, caput, XXII e XXIII). De fato, a sucessão causa mortis encontra fundamento em dois institutos do Direito Civil, a saber, a propriedade e a família. Isso porque as situações de conteúdo patrimonial, em regra, são passíveis de transmissão hereditária, sendo a família a fornecer os critérios para a escolha dos sucessores legais.⁷

A tradição brasileira, seguindo suas origens portuguesas, reconhece o estatuto de sucessor aos familiares. O patrimônio segue na família. Reconhecer o vínculo familiar é o segundo necessário valor jurídico para a sucessão. Naturalmente um reconhecimento que não é fundamental como o reconhecimento da propriedade privada, afinal, o ordenamento jurídico poderia eleger outro modelo de vínculo para destinação do patrimônio que não a família.

Pode, ainda, se desconectar de um critério abstrato de solidariedade fundado na natureza ou no grau de parentesco para estabelecer preferências concretas, ampliando do vínculo para a tutela de situações de fato e concretas⁸. Nessa proposição, não apenas o grau de parentesco ou a conjugalidade, mas o afeto e as reais conexões seriam elementos distintivos para chamamento e distribuição da herança.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 04.

⁸ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 11-12.

A sucessão está associada à noção de transmissão da titularidade de bens ou direitos⁹, e é uma expressão de continuidade de uma situação jurídica exercida por um titular originário, e que se transmite a um novo titular, atraindo mesmo uma noção de continuidade, o que é da natureza do vínculo familiar, como identificam as doutrinas clássica de Oliveira e contemporânea de Ribeiro:

A idéia de sucessão está tôda na permanência de uma relação jurídica que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares(...)¹⁰

Não podemos negar a conexão entre sucessão hereditária e família. Essa relação existe mesmo nos sistemas jurídicos que enfatizam mais o aspecto da livre disposição testamentária sobre a propriedade. Por exemplo, muitos países com regimes inspirados na common law inglesa adotam a family provision, um mecanismo de proteção à família por meio da revisão judicial das cláusulas de um testamento no qual o testador tenha feito provisões insuficientes em benefício dos seus familiares. Até mesmo nos Estados Unidos, onde o individualismo e a liberdade de testar são mais intensas, as legislações estaduais de modo geral protegem o cônjuge do testador, e a doutrina já há algum tempo se preocupa com os descendentes do de cujus, defendendo a sua proteção contra os efeitos da deserdação.¹¹

Na família esta noção de permanência e continuidade é de sua essência, a começar por seu fundamento na hereditariedade, elemento biológico dela indissociável e absorvido pela estrutura jurídica do parentesco, mas, também, e não menos relevante em sua estrutura social ou jurídica, nas relações psíquicas permanentes de afeto, como a cultura, valores, virtudes e imperfeições, os ritos, são claras demonstrações de que a permanência entre gerações é uma de suas principais distinções.

Nesse espaço de permanência, para além dos elementos hereditários de transmissão de informações genéticas e fenotípicas a partir dos genes, e dos elementos do afeto em que a criação e educação confiados pela sociedade aos pais e demais integrantes da família implica na formação da personalidade e seu desenvolvimento, associado a valores e elementos de

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. Revista Brasileira de Direito de Família, ano III, n. 12, jan.fev.mar./2002.

¹⁰ OLIVEIRA. Aires Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p.52

¹¹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 05 out 2022.

cultura que se perpetuam entre as gerações, tem-se no elemento patrimonial a sua garantia de estabilidade econômica, liberdade de escolhas e subsistência, mais um elemento de permanência.

Há uma noção primitiva de unidade patrimonial da família que formaria uma universalidade de direito, na qual seus integrantes seriam detentores de uma parte ideal, nas letras de Oliveira:

Finalmente, aceita de modo incontroverso, a coesão dos dois fatores primordiais da existência social – a propriedade e a família – bem como a combinação harmônica dos três elementos subjetivos do direito de propriedade – o individual, o familiar e o social – é claro que só uma solução era facultada ao direito: consignar, entre os modos de aquisição e de transmissão do domínio, a sucessão e fazer do herdeiro o representante do de cujus, o seu continuador no uso e gozo do patrimônio e nos encargos assumidos.¹²

Verifica-se, então, a partir desta noção de permanência, um encontro de valores e de direitos de natureza individual, familiar e mesmo social no reconhecimento da propriedade e de sua destinação *post mortem*. Mais do que em outras situações jurídicas processuais ou materiais, na família, a sucessão é a expressão perfeita para a noção de continuidade ou permanência da situação ou relação jurídica do titular originário, na figura do sucessor.

Quando o direito se ocupa da finitude da vida¹³, elemento biológico indissociável da condição humana, não lhe se aplica a mesma condição de fim irreversível, mas, ao contrário, reconhece um espaço de continuidade. Conferindo a esse valor físico, ético e social de permanência um valor jurídico de transmissão, o direito das sucessões. Para além da vontade do titular de um patrimônio material ou imaterial, seus bens e direitos recebem uma destinação legal privada cogente. São destinados e confiados à família.

Em verdade a sucessão pode ter dupla origem ou fonte, quais sejam, a vontade ou a lei. Definindo-a, assim, como legal ou legítima quando decorre da lei ou testamentária, quando sua origem é a vontade manifestada em vida pelo autor da herança.

¹² OLIVEIRA. Aires Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 51.

¹³ Art. 6º *A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.*

A sucessão testamentária pode ser associada à liberdade individual, enquanto a sucessão legítima se escora em uma presunção de benefício da família e na proteção desta última, sua estabilidade e perpetuidade, conferindo maior destaque a seu aspecto familiar e social.¹⁴ Diferem inclusive nos efeitos em relação a terceiros, como bem explica Junqueira De Azevedo:

Essa condição é fixada pelo testador na sucessão testamentária e pelo legislador na sucessão legítima. Lembre-se que há, na herança, força expansiva; ela, conforme a situação dos fatos, passa a incluir bens não previstos e dívidas não conhecidas, eis que, como *universitas*, tem conteúdo oscilante. Diferentemente, o legatário recebe bens ou vantagens circunscritos; perante terceiros, o legatário é mero adquirente de bens; não é continuador patrimonial do de cujus.¹⁵

O direito de herança é direito fundamental e cláusula pétrea, insculpido na Constituição da república de 1988. Com suas bases no direito de propriedade, cuja função social é representativa de sua natureza, a transmissão privada é corolário da solidariedade inerente e indissociável da família. Consagra, assim um valor econômico de natureza patrimonial, mas também de caráter extrapatrimonial a superar a visão oitocentista, como propõe a visão civil-constitucional de Ribeiro:¹⁶

Entendemos que (re)discutir o fundamento da herança à luz da Constituição é superar o excessivo foco patrimonialista e individualista tradicionalmente associado ao Direito das Sucessões, trazendo para o fenômeno hereditário uma inovadora perspectiva emancipadora, protetora e promotora do pleno desenvolvimento da pessoa.¹⁷

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES; Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 05.

¹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 95. São Paulo: jan. 2000, p. 273. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>> Acesso em: 12 nov 2023.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao artigo 5º, inciso XXX*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição Do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

¹⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 05 out 2022. p.5.

Propriedade privada promovida, a partir de sua função social, a um princípio de solidariedade imanente na família, que representa um dos instrumentos de promoção, desenvolvimento de realização existencial da pessoa, destinatária da tutela constitucional da dignidade¹⁸. Concretiza-se, assim o elemento de proteção a situações não proprietárias, reflexo de seu âmbito extrapatrimonial de tutela de interesses socialmente relevantes, representados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade.

No atual cenário das normas sucessórias do direito brasileiro, a coletividade se sobrepõe à família, a partir de determinado grau de parentesco, de modo que, até o 4º grau de colateralidade, é a família o destinatário. Os familiares de 5º grau são alijados em favor do Município, nos termos do artigo 1844 do Código Civil Brasileiro¹⁹.

Essa eleição do grau em que cessa o direito sucessório na família é objeto de crítica por parte da doutrina que entende deveria ser estendido o grau sucessível.²⁰ Mais intensa, no entanto, é a discussão acerca da concorrência entre cônjuges e parentes. A discussão acerca da legitimidade da inclusão do cônjuge na primeira linha sucessória concorrendo com descendentes, e qual o fundamento dessa inclusão. São as questões fundamentais para compreensão do fenômeno atual da sucessão legítima e avaliação de, se esta inclusão do cônjuge representa um avanço ou um desvio a ser corrigido no direito sucessório brasileiro.

A partir dessas questões é possível propor outras reflexões acerca da limitação da situação patrimonial do cônjuge à meação, fruto do regime de bens no casamento, quando concorrer com descendentes, ou, considerar a origem dos bens para fins de estabelecer a referida concorrência, ou ainda, considerar a situação patrimonial concreta fruto da meação em vez de considerá-la apenas de forma abstrata, como fez o legislador.

1.2. Da sucessão legítima no direito brasileiro

¹⁸ *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;*

¹⁹ *Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.*

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 235.

A sucessão legítima tem por fundamento a lei. É a regra legal estabelecida no Código Civil que indicará quem está legitimado a suceder. Historicamente, o direito brasileiro, desde as ordenações portuguesas, e, mais recentemente, com o código civil de 1916 e, posteriormente, com o de 2002, reservou, invariavelmente, à família o destino dos bens pela sucessão *causa mortis*, como explica Lobo:

O direito à sucessão hereditária, no Brasil, acompanhou as vicissitudes das ideias acerca da propriedade e das concepções sociais e jurídicas da família, ao longo da existência deste país desde o início da colonização portuguesa.²¹

Mesmo reconhecendo o paralelismo da sucessão testamentária, que não estabelece limites subjetivos abstratos de conexão entre o destinatário dos bens e o testador, o ordenamento jurídico brasileiro sempre limitou essa autonomia privada de dispor do patrimônio, reservando à família e, sempre a ela, parte significativa dos bens do falecido.

Por isso é enorme o avanço da Constituição democrática de 1988 ao ampliar o conceito de família e ao impedir a discriminação entre filhos a partir da origem da filiação, permitindo o reconhecimento do vínculo familiar às uniões estáveis, aos filhos havidos fora do casamento e às relações homoafetivas.

A limitação da disponibilidade e a extensão do grau de parentesco ou da relação familiar, afinal, nem sempre é o vínculo do parentesco a que se destina o patrimônio do falecido, experimentou alcance variável, ao longo do tempo, no direito brasileiro. Antes de examinarmos essa variação é importante fixar a própria justificação da sucessão legítima, como base para compreensão da concorrência do cônjuge com os descendentes.

Valores da família, estrutura social estável, noções religiosas e patrimoniais fazem parte das justificativas para a previsão de um direito sucessório *causa mortis* e, mais especificamente, para a tutela da sucessão legítima. Em todas as linhas de justificação temos uma unidade na noção de proteção. Segundo Nevares:

²¹ LOBO, Paulo. *Conceito de sucessão: os fundamentos dos direitos das sucessões no brasil*. In: TARTUCE, Flavio, HIRONAKA, Giselda, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). *Tratado de direito das sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2023. p. 5

A sucessão hereditária, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção levada a cabo pelo legislador constituinte brasileiro, no inciso XXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no art.60, § 4º, inciso IV da Carta Magna, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais.²²

A acumulação patrimonial, a formação de um patrimônio material, e mesmo imaterial, se reveste em um legado, na acepção ampla de seu sentido, que, transmitido, garante ao sucessor um espaço de segurança na continuidade da fruição do patrimônio e na estabilidade material, associada à própria noção de liberdade e de dignidade que a propriedade privada confere ao seu detentor.

Confere uma noção de perpetuação ou, ao menos, de continuidade da cultura e dos valores da família, na preservação de espaços antes de culto, e agora da cultura daquele núcleo familiar. A fazenda ou o sítio onde a família viveu momentos simbólicos de nascimentos, formaturas, casamentos e, mesmo os direitos digitais que garantem as fotos, lembranças, postagens e pensamentos, para além dos efeitos econômicos que podem ser extraídos desses bens e direitos.

Nada obstante representativa de valores e costumes longínquos, seja de propriedade familiar compartilhada, com a família como um núcleo de absorção de direito, seja a própria noção de poder e proteção de interferências externas na família, há uma tábua axiológica que imprime, ainda hoje, em um espaço cada vez mais fluido e individualista nas relações pessoais e, naturalmente na irradiação patrimonial desse complexo de relações, um programa principiológico que funciona no sentido de justificar a sucessão legítima.

A sucessão legítima encontra tutela muito anterior à Constituição Cidadã, que, se é protetiva de sua existência, com certeza não é sua origem. É, no entanto, a ordem constitucional vigente que nos atrai a investigar as bases atuais da sucessão legítima. Solidariedade, função social da propriedade, responsabilidade parental, dignidade humana e afeto surgem no programa constitucional brasileiro como base principiológica que sustenta a previsão da sucessão legítima, na ordem pós 1988.

²² NEVARES, Ana Luiza Maia; *A do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

Ou seja, rompe-se com uma visão de tutela da propriedade e da autonomia privada isoladamente consideradas, para ampliar sua tutela constitucional, em razão de valores para além daqueles ligados apenas ao titular do patrimônio, para compreender a densidade constitucional dos vínculos familiares.

A solidariedade e a função social da propriedade, como concretização da visão de que, nem mesmo o direito de propriedade se justifica isoladamente, mas apenas em sua função, aqui identificada com a especial proteção da família, constitucionalmente garantida. A responsabilidade parental, expressão do dever de cuidado e dos deveres parentais, entre eles o de sustento entre os parentes, em especial os ascendentes e descendentes, afeto, princípio valor de reconhecimento dos impactos recíprocos da vida em família com sua expressão máxima existencial, e, também patrimonial. Por fim, a dignidade, valor fonte da Constituição da República, em que a pessoa, sua liberdade e integridade psicofísica devem ser sempre o fim do ordenamento jurídico.

Naturalmente, sua base estrutural está no Código Civil brasileiro, segundo o qual, aberta a sucessão, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos, sucessão esta que decorre da lei. Lei e vontade do titular da propriedade são os veículos de transmissão da herança, em um choque de prevalência muito presente na atualidade do debate jurídico, nas letras de Oliveira e Teixeira:

Não há dúvidas de que o momento atual reclama pela expansão da autonomia no direito das sucessões: questiona-se a pertinência da legítima, do seu percentual, dos limites dos pactos sucessórios, incluindo a possibilidade de renúncia antecipada da herança em pactos antenupciais e de convivência, das demandas por maiores possibilidades de planejamento sucessório. Na conjugação entre Liberdade e solidariedade, parece ter chegado a hora de redimensionar a solidariedade familiar.²³

Sempre que a morte sobrevier sem testamento, ou quando o testamento não abranger a totalidade dos bens do falecido, seja pela existência de herdeiros necessários - o que impedirá a disponibilidade da totalidade dos bens, pois, nessa hipótese o testador só poderá dispor de

²³ OLIVEIRA, Alexandre Minada, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Qualificação e quantificação da legítima: critério para partilha de bens*. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Tomo II, Belo Horizonte, Fórum, 2021. Pg. 31.

metade da herança -, seja pela lacuna no testamento ou por alguma hipótese de nulidade ou caducidade, a herança será destinada aos herdeiros legítimos.

A sucessão legítima, ocorre, portanto, quando o autor da herança não dispuser, em testamento, sobre o destino de seus bens, quando dispuser apenas parcialmente, quando as disposições forem nulas ou quando caducar o testamento, ou, ainda, quando, na presença de herdeiros necessários, não lhe seja possível dispor da totalidade de seus bens.

Reconhecendo a presença de herdeiros necessários surge a intangibilidade da legítima, que impede o próprio autor da herança e titular do direito de propriedade de dispor de seus bens para depois de sua morte. A reserva da metade da herança é tutelada no direito sucessório, mas não apenas neste, o direito civil prepara-se para evitar burla ao longo da vida e dos negócios jurídicos então praticados pelo titular do patrimônio, atenta mesmo a atos *inter vivos*.²⁴

A força da legítima se mostra nessa possibilidade de que, mesmo sem bens no patrimônio do de cujus ao tempo de sua morte, esse acervo poderá ser recomposto reduzindo-se as liberalidades feitas em vida e por meio da colação.

Caracteriza exatamente o equilíbrio entre os princípios da autonomia privada, da função social da propriedade, da responsabilidade parental e da solidariedade familiar, quando parcela dos bens seguirá as livres disposições de vontade do testador, que poderá, assim, realizar sua autonomia, em grau máximo, seja qual for o seu desejo, no momento de destinar seus bens a determinada pessoa e, outra parcela terá destino controlado a partir dos valores sociais e promocionais de solidariedade familiar.

Evita-se, assim, que aproximações em momentos de maior fragilidade emocional, seja pela idade avançada, em razão de enfermidades, ou mesmo de carências afetivas, se traduzam em um total abandono patrimonial de parte ou totalidade da família, que caminhou longa estrada de construção de vida.

²⁴ Art. 496. *É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.*

Art. 533. *Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: (...) II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.*

Art. 544. *A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.*

Art. 549. *Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.*

Ao mesmo tempo, se reconhece ao titular do patrimônio a possibilidade de prover maior proteção ou beneficiar, sem que seja necessário um fundamento jurídico, ou mesmo afetivo expresso, a quem quer que lhe pareça adequado fazê-lo.

A justa medida sempre poderá gerar debates, seja no sentido de conferir máxima liberdade, ou maior restrição, seja na proposta de se buscar uma configuração da legítima menos abstrata e fundada apenas em laços de parentesco ou conjugalidade, para uma análise qualitativa do relacionamento, enfrentando a realidade fática de proximidade, afeto e afinidade, ou mesmo de vulnerabilidade, para definição do alcance da legítima.

O Código Civil limita a disponibilidade da herança apenas na presença de herdeiros necessários e, o faz, em quota representativa da metade da herança.²⁵ Nem sempre foram os mesmos os herdeiros necessários. No Código Bevilacqua apenas descendentes e ascendentes figuravam nessa posição, ao cônjuge, apenas com a alteração legislativa de 1962²⁶, passaram a ser destinados o direito real de habitação e o usufruto vidual a chamada reserva hereditária do cônjuge.

O atual Código Civil de 2002 garante o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, em posição de maior destaque do que anteriormente ocupava, por estar agora nas três primeiras classes da vocação hereditária, a isso acrescentando a reserva hereditária de quota parte da herança, não mais em usufruto como na legislação anterior, mas sua propriedade plena, em percentual, variando da quarta parte à metade, dependendo da concorrência, bem como mantendo-lhe o direito real de habitação.²⁷

Essa transformação relativa ao cônjuge é associada à mudança no regime legal de bens promovida com o Lei do Divórcio de 1977 que, na ausência de pacto antenupcial passa a prever o regime da comunhão parcial em substituição ao regime de comunhão universal previsto no Código Civil de 1916, evitando-se, assim, que, na ausência de bens comuns, o cônjuge supérstite ficasse sem patrimônio suficiente para sua subsistência.²⁸

²⁵ Art. 1.789. *Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.*

²⁶ BRASIL. Estatuto da Mulher Casada. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962.

²⁷ Art. 1.832. *Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.*

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

²⁸ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

A máxima proteção conferida ao cônjuge levou a doutrina a adjetivar sua participação de acordo com a dimensão que recebeu, assim Carvalho²⁹ o descreveu como a *estrela* do direito sucessório e Nevares o qualificou como o *super cônjuge*.³⁰

A sucessão legítima seria expressão de uma vontade presumida e não manifestada em vida, visão de caráter individualista e voluntarista ou de uma tutela superior da família, reconhecida como espaço de tutela da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento em uma visão solidária, portanto, uma proteção da pessoa humana e reflexo direto da dignidade.

As novas relações humanas, com a transformação da intimidade³¹ e a menor densidade das relações refletidas nas transformações sociais fruto da modernidade líquida³² e do direito de família com menor peso sobre os relacionamentos, que com o divórcio possível desde 1977, e livre de qualquer causa subjetiva ou objetiva, que não seja o desejo de estar só, desde a Emenda Constitucional 66/2010, é importante a reflexão sobre os herdeiros legítimos e necessários, em um novo cenário cultural e social apresentado por Bauman:

Como reiteradamente tivemos a oportunidade de esclarecer, o Código Civil ora vigente não pode ser compreendido como abstração dos paradigmas culturais que conduziram à concepção do direito como experiência, daí resultando a necessidade de concepção das suas normas, polarizadas por valores que adquirem entidade na experiência concreta da vida civil.³³

Apresentar conformação abstrata e impositiva reflete uma desconexão com a realidade dos relacionamentos atuais. Regra formulada para um tempo de casamentos indissolúveis e, posteriormente, para casamentos de interesse e controle sociais rígidos na regulação das hipóteses e causas da separação, sendo esta imprescindível para o divórcio, associada a uma estrutura patriarcal e de dependência econômica da mulher ao casamento, não refletem o tempo

²⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 315.

³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia; *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

³¹ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*; trad. Magda Lopes. São Paulo, UNESP. 1983.

³² BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2004.

³³ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. In Revista trimestral de direito civil, v. 24 out/dez 2005. Rio de Janeiro. Padma.

em que os casamentos são menos duradouros e mais fluidos, como demonstram os dados do IBGE colhidos em 2019.

Pelo quarto ano consecutivo, o número de casamentos civis caiu em 2019. Os registros totalizaram 1.024.676, o que representa uma queda de 2,7% no número de certidões. Foi ainda maior a redução nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, - 4,9%, com 9.056 formalizações de uniões civis. Desde 2009, a duração média dos casamentos caiu em quase 4 anos. As informações integram a 46ª edição das Estatísticas do Registro Civil, divulgadas hoje (9) pelo IBGE, e que trazem informações também sobre divórcios, nascimentos e óbitos de mais de 20.000 cartórios, varas de família, cíveis, foros e tabelionatos do país.

Todas as regiões tiveram queda nos casamentos civis registrados em cartório, mas enquanto no Sudeste a redução foi de 4,0%, na região Norte não alcançou 0,5%. Em relação aos casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, as maiores reduções foram observadas no Centro-Oeste, onde chegou a -13,1%, e na região Sul, -12,8%. A região Norte foi a única onde ocorreu aumento no número de casamentos de pessoas do mesmo sexo, 6,5%, no ano.

O tempo médio entre a data do casamento e a data da sentença ou escritura do divórcio, em 2009 era de 17,5 anos. Na década seguinte, em 2019, houve uma diminuição no tempo de duração do casamento para 13,8 anos, ou seja, cerca de quatro anos a menos.

Quase metade dos casamentos que foram desfeitos em 2019 duraram menos de 10 anos. Entre 10 a 14 anos de duração foram 14,2%. Já em 18,3% dos divórcios, o casamento havia durado 26 anos ou mais, ou seja, tinham ultrapassado os 25 anos, etapa conhecida como bodas de prata.³⁴

Nesse sentido, vínculos menos fortes e menos duradouros não refletem o espaço de regulação social que reclamou a proteção sucessória legítima, necessária e concorrencial do cônjuge, atraindo a necessária discussão acerca de sua possível retirada pela manifestação de vontade decorrente da autonomia privada, especialmente, quando bilateral³⁵.

Muito embora o recorte do presente trabalho não seja o aprofundamento de todas as hipóteses de legitimados a herdar, a situação dos descendentes encontra maior perenidade, tanto que diferentemente da conjugalidade, não basta a vontade, ou o desejo de não mais integrar

³⁴ Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29647-casamentos-reduzem-pelo-quarto-ano-seguido-e-passam-a-durar-menos-tempo>. Acesso em 09.11.2023.

³⁵ DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 61.

com aquela pessoa um vínculo familiar para que o ordenamento jurídico lhe garanta esse efeito, como faz no casamento, pelo divórcio potestativo.

Apresenta, também, um modelo de vínculo verticalizado em grande parte da vida pelo direito, em razão do poder familiar e das possibilidades de interferência na formação e desenvolvimento da personalidade que este poder-dever concede aos ascendentes. Onde morar, onde estudar, preparar ou não a profissionalização, interferir nas escolhas existenciais, transmitir valores, enfim, são muitas as interferências e naturalmente maiores devem ser as responsabilidades e o reconhecimento de uma solidariedade mais intensa, pelo modelo de relacionamento.

Some-se o fato de que muitas vezes o patrimônio já vem de outras gerações da mesma família, não sendo uma construção daquele que, dos bens disporá, afastando-os de manter esse fluxo familiar de perenidade e historicidade. São muitas as razões para manutenção dos descendentes na qualidade de legitimados, que não apresentam a mesma base em relação à conjugalidade, cujos laços serão sempre horizontais, permitindo a maior flexibilidade de afeto e de comunicação patrimonial.

1.3. Da vocação hereditária

A legitimidade para a sucessão é conferida a quem nasceu com vida ou já foi concebido no momento da morte do autor da herança, hipótese esta última em que seu direito será resguardado e implementado apenas se ocorre o nascimento com vida. Esta sucessão legítima é ordenada no Código Civil.

Da noção de solidariedade familiar o legislador constrói o sistema de vocação hereditária para transmissão da propriedade privada partindo da família e chegando ao Estado, nos casos de ausência de sucessores legítimos ou testamentários.

Compreender a família, seu espaço de proteção e reconhecimento na ordem jurídica terá direta interferência na vocação hereditária. Seja no que tange a identificar a existência ou não do vínculo familiar em determinada situação jurídica subjetiva, seja na escala de preferência

para o chamamento sucessório, ou mesmo em relação ao não chamado, mesmo em se reconhecendo o vínculo familiar.

No Código Beviláqua prestigiou-se a família baseada no parentesco, para fins sucessórios, privilegiando a linhagem dos parentes, reservando ao cônjuge a participação no patrimônio decorrente do regime de bens do casamento e chamando-o apenas quando da ausência de descendentes ou ascendentes.

Verdadeira revolução nesse sistema foi provocada pelo Código Civil de 2002 que trouxe o cônjuge para concorrer diretamente com descendentes ou ascendentes na sucessão, em verdadeira ampliação de seus direitos sucessórios, que agora não eram mais subsidiários e dependentes da ausência de herdeiros nas ordens dos descendentes e dos ascendentes, mas sim concorrentes, sempre de acordo com o regime de bens do casamento e a natureza comum ou particular dos bens que compoñham o acervo.

A inclusão do cônjuge representa a filiação do ordenamento jurídico brasileiro a um caminho já trilhado por ordenamentos jurídicos de além-mar. Nesse sentido o Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966.³⁶ De se notar que o direito português diante das pressões decorrentes desta elevação do cônjuge, alterou em 2018 o seu código civil, para permitir os pactos sucessórios renunciativos entre cônjuges³⁷, atraindo, assim, para o campo da autonomia privada a supressão da concorrência legitimária, desde que o casamento tenha ocorrido pelo regime de separação de bens.

A experiência portuguesa serve de precedente de movimento de retorno, como demonstram os estudos de que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário em 1977, não acompanhou as expectativas sociais em relação aos efeitos do casamento sobre a vocação hereditária, como explica Leite:

Em 20 de Fevereiro de 2018, no Palácio de São Bento, foi apresentado o projeto de Lei n.º 781/XIII, pelos deputados FERNANDO ROCHA ANDRADE e FILIPE NETO BRANDÃO. Projeto este que visava a alteração do C. Civil, criando a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial, tendo sido apresentado pelo Partido Socialista, cujos fundamentos

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p.162.

³⁷ BRASIL. Lei n.º 48/2018 de 14 de agosto.

assentavam, essencialmente, na conjuntura atual da sociedade portuguesa. Isto é, por um lado, de que forma é visto o casamento pelos cidadãos nacionais e por outro, o distanciamento cada vez mais acentuado da ideia de um casamento “para a vida toda”, projetando-se a possibilidade de um cidadão casar mais do que uma vez.³⁸

Essa construção, reconstrução e transformação na ordem de vocação é diretamente associada por Oliveira às mudanças culturais e sociais relacionadas à construção e reconhecimento dos laços familiares ao longo do tempo e do momento da sociedade:

O motivo porque a ordem de vocação hereditária tem variado tanto no correr dos séculos, é consequência lógica dos vários modos porque os diversos povos têm concebido e organizado o instituto familiar.³⁹

Primeiro se defere aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Sempre que concorrer com os descendentes, o cônjuge terá direito à mesma participação dos descendentes que sucederem por cabeça, e, receberá, no mínimo um quarto da herança, se for ascendente dos descendentes com os quais concorre.

Na ausência de descendentes, defere-se a sucessão legítima aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro. Nesta hipótese, o cônjuge receberá um terço da herança, se concorrer com ascendente de primeiro grau, e, receberá a metade da herança na hipótese de um único ascendente e, também quando concorrer com ascendentes de grau superior.

Entre os ascendentes, o grau é o elemento preferencial de convocação, sendo que os mais próximos afastam os mais remotos. As linhas materna e paterna dos ascendentes são

³⁸ LEITE, Eva Patrícia de oliveira. *Renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro Cônjuge*. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto. Porto, 2020.

³⁹ OLIVEIRA. Aires Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p.170.

contempladas em igualdade de condições se forem do mesmo grau. Sem previsão de representação, em caso de ausência de ascendentes em determinada linha.

Sem descendentes ou ascendentes vivos, é ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que será destinada a sucessão legítima, em sua totalidade. Verifica-se que o cônjuge, além de ser guindado para a primeira classe e para a segunda classe, onde concorre com descendentes e ascendentes, mantém-se na terceira classe, nesta hipótese, sem concorrência. Esta movimentação, associada à manutenção de outros direitos sucessórios, como o direito real de habitação elevam o cônjuge a um verdadeiro protagonismo sucessório.

Note-se que a inclusão do companheiro ao lado do cônjuge decorre de interpretação constitucional das normas da sucessão no Código Civil, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694. O companheiro deve ser incluído em todas as hipóteses do artigo 1.829 do Código Civil que preveem a participação sucessória do cônjuge, considerando que o Supremo Tribunal Federal, naquele recurso extraordinário, entendeu ofensiva ao princípio da igualdade a distinção entre os efeitos sucessórios para o cônjuge e para o companheiro na sucessão legítima.

Aos colaterais será destinada a sucessão quando não sobrevierem descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro. Na classe dos colaterais, de forma diversa do que ocorre com o parentesco na linha reta, há limite de até que grau os colaterais serão chamados a suceder. Este limite é o quarto grau. O que, nada obstante, representar o reconhecimento do direito sucessório legítimo a uma longa cadeia familiar, encontra ainda hoje críticos que defendem deveria ser mais extenso o grau final⁴⁰. Entre os colaterais, os de grau mais próximo excluem os mais remotos, garantido o direito de representação aos filhos de irmãos.

Foi feita uma distinção entre irmãos bilaterais e irmãos unilaterais, de modo que cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar. Mantendo esta distinção quando os filhos dos irmãos herdarem por cabeça, o que ocorre quando não há irmão supérstite. Os tios somente são chamados na ausência dos irmãos e de seus filhos.

Não avançaremos sobre a discussão na sucessão legítima dos colaterais, embora ricas, seja no que tange ao seu limite, seja no tocante às discriminações entre irmãos e sobrinhos

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

decorrentes da bilateralidade ou da unilateralidade, por ser o cônjuge e sua concorrência com descendentes e ascendentes o foco deste estudo. Os colaterais, por não serem herdeiros necessários, jamais serão obstáculo à destinação da herança por meio da autonomia privada por parte do titular do patrimônio.

Por fim, sem que sobrevivam nenhum daqueles listados acima, ou tendo eles renunciado a herança, esta será destinada ao Município ou ao Distrito Federal, ou à União, quando a sucessão se localizar em território federal.

Importante destaque no chamamento do cônjuge à sucessão é a análise da norma contida no artigo 1.830 do Código Civil vigente⁴¹, considerando o marco fixado para exclusão do cônjuge da sucessão. Não apenas com o rompimento do vínculo de casamento válido, que no direito brasileiro depende do divórcio, ou da morte, o legislador previu que, rompida a sociedade conjugal, afastada a comunhão plena de vida e a *affectio* caracterizador dos elementos existenciais que, materialmente ínsitos ao relacionamento conjugal, estaria rompida a base axiológica da sucessão.

Rompido o vínculo de afeto que qualifica a relação como familiar, diluem-se também a participação patrimonial de um cônjuge na vida do outro, assim os tribunais já estenderam a interpretação normativa do fim do regime de bens, associado à separação judicial na literalidade do dispositivo legal, para fixar na separação de fato este término⁴².

Considerando que a Emenda Constitucional 66/2010 deixa de considerar o prazo de dois anos da separação de fato como permissivo do divórcio, para fim do vínculo conjugal, não mais se justifica a espera de dois anos para afastamento do cônjuge da sucessão. De fato, não havendo mais casamento em plena comunhão de vida, rompe-se o vínculo de solidariedade e, portanto, cede a causa de chamamento à sucessão.

1.4 O testamento como instrumento de controle sobre a sucessão

⁴¹ Art. 1.830. *Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.*

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.065.209 /SP, relator Ministro Otavio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08/06/2010, DJe de 16/06/2010. REsp n. 1.760.281 /TO, relator Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022.

Como regra geral da sucessão no direito brasileiro, a vontade do autor da herança é fundamental para determinação do destino de seus bens e direitos. É a sucessão testamentária, decorrente das disposições de última vontade.

Se a sucessão é regulada pela lei, que estabelece a vocação hereditária e, mesmo, prevê a existência de herdeiros necessários, que não podem ser afastados da sucessão, também é certo que esta transmissão patrimonial decorrente da sucessão *mortis causa*, pode ser, em algum grau, controlada pelo titular dos bens e direitos.

Diz-se testamentária a sucessão quando decorrente da vontade do titular do direito, como expressão direta da autonomia privada do *de cujus*, concretizada por meio de seu instrumento jurídico, o testamento. Não apenas uma autonomia sob uma ótica proprietária e individualista, mas da possibilidade de controle do destino dos bens a partir do afeto ou de vulnerabilidades presentes em concreto, que sem a intervenção da vontade do proprietário, não seriam tuteladas.

Testamento que é negócio jurídico, personalíssimo, para produção de efeitos translativos de bens e direitos, constituição de encargos ou direitos próprios e atos declaratórios, *post mortem*, decorrentes daqueles de sua esfera de poder. São, portanto, disposições patrimoniais e existenciais feitas em vida para produção de efeitos após a morte.⁴³

Fundamentada nos princípios da autonomia privada e do direito de propriedade do autor da herança, a liberdade de testar atende, ainda, à possibilidade de se equilibrar valores de solidariedade não alcançáveis pela legítima, que estabelece uma igualdade de quinhões entre aqueles herdeiros de mesma classe e grau, ignorando suas condições pessoais e relacionais.

A Constituição Federal, a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I). Nota-se que o princípio da solidariedade aí ressaltado não se descuida da liberdade, mas requer que o indivíduo, como parte de uma sociedade, pense e execute os seus atos sem deixar de

⁴³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 345; TEPEDINO, Gustavo; NEVARES; Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p.133.

considerar que estes repercutem seus efeitos na esfera jurídica de terceiros. A liberdade, portanto, não pode estar dissociada da noção de igualdade social e de solidariedade.

Daí a necessidade de que, com o advento da Carta Constitucional de 1988, e o relevo dado à solidariedade e à promoção da dignidade humana, revise-se os institutos da autonomia privada sob uma concepção social. Mas que também, por meio desta autonomia possam concretizá-la.

Neste contexto, o direito sucessório, assim como os demais ramos do direito civil, sofreu uma releitura, conforme destaca Nevares:⁴⁴

(...) o contrato, a propriedade, a empresa, a família, a responsabilidade civil e a sucessão causa mortis devem estar permeados pela tensão constante entre a liberdade e a solidariedade, para que seja concretizada a dignidade da pessoa humana em cada uma das relações que tais institutos estabelecem (...)

O Código Civil, em seu artigo 1.857, traz o testamento como negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, de disposição da totalidade ou de parte dos bens do testador para depois de sua morte. Permite, ainda, que o testamento contenha também, ou apenas, disposições de caráter não patrimonial.

Igualmente alcançado pela metodologia civil-constitucional, o testamento passou a ser visto como um instrumento do processo de funcionalização e de socialização e não apenas um ato de atribuição de bens. Deve ele, ainda, servir a objetivos qualificados do testador, a saber, os interesses de natureza existencial.

Trata-se, assim, de instrumento viabilizador da concretização de equilíbrio material e não apenas formal na distribuição do patrimônio. A lei ao estabelecer a vocação hereditária não tem como diferenciar as estruturas de afeto construídas ao longo da vida, nem as necessidades ou peculiaridades das relações familiares ou pessoais do autor da herança.

⁴⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento - Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5.

Viabiliza-se, a partir de uma base de afetividade, ou comunhão de vida, mesmo que além daquelas estabelecidas dentro da família, e de solidariedade, que o autor da herança possa direcionar seus bens e direitos, de acordo com sua realidade concreta de afetos e solidariedades.

Conferir a faculdade de dispor significa efetividade dos valores constitucionais, não apenas da autonomia privada e da vontade do proprietário, mas da própria solidariedade e afetividade. Fenômeno, ao mesmo tempo jurídico e social, como ressalta Perlingieri:

O conjunto de princípios e de regras destinados a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e hierarquicamente predisposto, que pode ser definido pela sua função, como “ordenamento” (jurídico), e, pela sua natureza de componente da estrutura social, como “realidade normativa”.⁴⁵

O equilíbrio ou harmonia que o direito representa com a balança e a busca da justiça em concreto, está presente nos limites impostos à disponibilidade testamentária, reduzida a cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança, quando presentes herdeiros necessários ao tempo da morte.

Se deferir-lhe a possibilidade de testar viabiliza uma busca de justiça, solidariedade e afetividade em concreto, na medida em que suas relações, suas conexões e, mesmo a realidade material ou existencial de seus familiares, das pessoas com quem se relaciona ou mesmo de instituições com que compartilhe dos desideratos sejam juridicamente tutelados como destinatários de um quinhão patrimonial, por outro prisma, pode proporcionar desequilíbrios disfuncionais.

O afeto ou a comunhão de vida, representados pelo complexo de relacionamentos, angustias, faltas, alegrias, amparo, apoio, presença e ausência, ou seja, a ambivalência caracterizada pelo relacionamento humano, em especial na família, atrai sentimentos, como raiva, paixão, gratidão, que em momentos de idade avançada, de fragilidade emocional, ou mesmo de grande intensidade, em razão dos elementos pessoais ou circunstanciais existenciais

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 02.

podem levar ao beneficiamento ou afastamento da herança sem a necessária conexão com elementos de solidariedade ou justiça em concreto.

Se o reconhecimento da propriedade ou da autonomia privada fosse absoluto ou privilegiado, esse desequilíbrio seria irrelevante, pois prevaleceria o império da vontade do titular do patrimônio. Quando, entretanto, valores de solidariedade integram o conteúdo funcional e promocional do testamento, sua limitação encontra um fundamento constitucional de tutela do indivíduo, inserido dentro da família, impedindo que situações de momento ou de intensidade elevados possam obnubilar o passado e todo o percurso de vida familiar, excluindo integralmente algum herdeiro necessário.

Não apenas uma tutela da família, mas da própria sociedade, considerando o desafogo do sistema de assistência e amparo dos vulneráveis. A autonomia patrimonial do indivíduo reflete seu desprendimento das teias de proteção social e, portanto, concretizam um espaço de responsabilidade familiar que melhor equilibra o papel privado em cotejo com o público na manutenção da dignidade humana.

Reflete-se, assim, em um equilíbrio entre princípios e valores fontes da Constituição da República, que não se podem dissociar, nem viabilizam sua compreensão, senão interpretados em conjunto. Nas palavras de Pretto:⁴⁶

No caso do testamento, os institutos que o conformam têm a sua fonte no conteúdo normativo da pessoa e sua autonomia, da família e da propriedade. Estas categorias jurídicas devem ser estudadas e compreendidas em visão sistemática, no âmbito dos ordenamentos que servirão de base para compreensão da sucessão testamentária.

Desse conceito sua noção fundamental de instrumento de controle sobre a sucessão. Caraterizado pela unilateralidade na sua formação, é instituto altamente privatista e, portanto, nem sempre reflexivo de uma sucessão pensada ou estruturada em conjunto pelos cônjuges, muitas vezes, inclusive, surpreendidos por seu conteúdo.

⁴⁶ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento – liberdade e limite no direito de testar no código civil de 2002*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p.16.

Ao se viabilizar a fixação do destino dos bens de maneira, exclusivamente, unilateral o ordenamento jurídico estaria se descuidando da possibilidade de construção conjunta dos efeitos sucessórios de um casamento. Em vez de equilibrar os interesses jurídico-econômicos, no casamento, com seus efeitos patrimoniais, no campo negocial, acaba o sistema por privilegiar a estrutura em detrimento da função.

1.5 Pacto antenupcial e possibilidade de interferência na legítima.

O testamento é o instrumento mais direto e claramente destinado a interferir e controlar a sucessão, por, como visto acima, permitir definir de forma expressa o destinatário do patrimônio, sem que esse destino decorra da lei, mas da vontade do titular. Há, no entanto, outras maneiras de se interferir na destinação dos bens, mesmo que indiretamente.

O pacto antenupcial reflete a autonomia conferida aos indivíduos para disciplinar os efeitos patrimoniais de seu casamento futuro. Mais do que apenas os efeitos para o casamento, o pacto é instrumento que ganha relevância na dissolução do vínculo matrimonial. O regime sucessório é diretamente impactado pelo pacto, na medida em que o legislador optou por estabelecer regimes concorrenciais sucessórios diversos, de acordo com o regime de bens escolhido⁴⁷.

Haverá concorrência nos regimes da comunhão parcial de bens, sobre os bens particulares, no regime da participação final nos aquestos e no regime da separação convencional, sem distinção acerca da natureza dos bens. Afasta-se a concorrência nos regimes da comunhão universal e da separação legal ou obrigatória de bens.

A concorrência na primeira classe da vocação hereditária, do cônjuge com os descendentes, não será, portanto, automática ou linear, mas dependerá da verificação do regime de bens do casamento, de maneira que não haverá concorrência sucessória entre o cônjuge e os

⁴⁷ Art. 1.829. *A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*

descendentes se o casamento for realizado no regime da comunhão universal, nem sob o regime da separação legal ou obrigatória.

No que tange ao regime da comunhão parcial de bens o legislador optou por tratar de forma diversa dentro do mesmo regime de bens, considerando a natureza da titularidade dos bens e direitos. Havendo apenas bens comuns no acervo patrimonial do casal, a sucessão seguiria a mesma regra aplicável aos outros dois regimes anteriormente mencionados, afastando o cônjuge da concorrência sucessória.

A situação ganha tratamento diverso apenas, quando no regime da comunhão parcial, o autor da herança houver deixado bens particulares, hipótese em que concorrerá com os descendentes. Acendeu-se então o debate se, em havendo bens particulares, somente em relação a estes, ou, sobre todo o acervo hereditário, deveria incidir a concorrência, prevalecendo a tese de concorrência apenas na sucessão dos bens particulares, como se verifica na doutrina:

Ainda a respeito da comunhão parcial, surge dúvida concernente aos bens sobre os quais há concorrência sucessória.(...) Para a primeira corrente, no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência sucessória somente se refere aos bens particulares, aqueles que não entram na meação.(...) O argumento dessa premissa é que a concorrência sucessória deve ocorrer justamente naqueles bens sobre os quais não há meação, ou seja, o cônjuge herda onde não meia(...) Todavia, o entendimento está longe de ser unânime, pois há quem entenda na citada tabela que a concorrência na comunhão parcial deve ser tanto em relação aos bens particulares quanto aos comuns.⁴⁸

Silenciou o legislador acerca do regime da participação final nos aquestos e, também acerca das hipóteses em que os nubentes criam um regime de bens próprio, com característica mistas, disciplinando seu regime de bens sem adotar de forma exclusiva um dos regimes previstos pelo legislador. O que impõe a concorrência, por ser esta a regra, excepcionada apenas pelas limitações do próprio artigo legal.

Verifica-se que a escolha do regime de bens já é, por si, uma forma de interferência ou controle sobre a sucessão. Esta dimensão ficou ainda mais latente com o julgamento pelo

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 167-169.

Supremo Tribunal Federal em que flexibilizou a imposição do regime da separação obrigatória para os maiores de 70 (setenta) anos, em atenção aos princípios da dignidade e da autodeterminação das pessoas idosas. A tese de repercussão geral fixada para Tema 1.236 da repercussão geral no julgamento do ARE 1309642/SP, é a seguinte:

Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública.⁴⁹

Ao permitir a escolha de regime de bens diverso daquele estabelecido como impositivo pelo legislador, o Supremo Tribunal Federal permitiu aos maiores de 70 (setenta) anos regular seu regime sucessório, alterando a vocação hereditária, sem que se cogite de cláusula de regulação do regime sucessório, mas apenas ao eleger um regime de bens em que a concorrência seja de sua natureza.

Afinal, quando a lei impunha o regime legal de separação, então obrigatória, estaria imediatamente afastado o regime sucessório concorrencial entre os cônjuges e os descendentes. Atingia assim o legislador infraconstitucional um objetivo de vedar enriquecimento sem causa pela aproximação na fase final da vida de uma pessoa. Poderia, inclusive, haver comunicação dos bens havidos na constância desse casamento com esforço comum, pela incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, mas não sucessão.

Mas, com a possibilidade de eleição de outro regime de bens pelos septuagenários ocorre uma regulação diversa de seu regime sucessório. De se notar que, em recaindo a escolha sobre o regime da comunhão parcial, imediatamente, todo acervo patrimonial particular dos cônjuges passará a ser acervo concorrencial entre o cônjuge supérstite e os descendentes do falecido.

Se há dúvidas quanto à possibilidade de interferência do pacto no regime sucessório, na sua concorrência, na vocação ou no planejamento sucessório, fato é que a escolha do regime de

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo ARE 1309642/SP Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 01/02/2024, DJe de 02/04/2024.

bens, que se faz por meio de pacto antenupcial é, em si mesma, uma interferência no regime sucessório e, em particular, na legítima.

Para além da escolha do regime de bens, o pacto pode incluir disposições expressas acerca da sucessão, agindo diretamente sobre a escolha da vocação ou a exclusão mesmo da sucessão. Hipóteses essas em que a sua validade será objeto de maiores questionamentos, pela divisão entre aqueles que acreditam na possibilidade e os que vêm restrição legal à interferência da liberdade contratual sobre as regras da sucessão.

Nas palavras de Frank:⁵⁰

Ora, se a sucessão legítima é, por expressa disposição legal, influenciada diretamente por escolhas patrimoniais havidas no âmbito do pacto antenupcial, parece correto afirmar que, quando menos, ela não é mais apenas aquela que se defere exclusivamente por força de lei.

Em sentido oposto, ao mencionar os limites da autonomia no pacto antenupcial, assim exemplifica Tartuce:

A título de exemplo da incidência do Art. 1.655 do CC, serão nulas as seguintes cláusulas constantes do pacto antenupcial, por violarem preceitos absolutos de lei, ou normas de ordem pública: (...) - É totalmente nula a cláusula do pacto antenupcial que estabeleça renúncia prévia à herança, por constituir pacto sucessório ou pacta corvina, nos termos do artigo 426 do Código Civil. A renúncia à herança somente pode ocorrer após o falecimento, e desde que preenchidos os requisitos dos arts. 1.806 e seguintes da própria codificação privada.⁵¹

O pacto antenupcial, por ser instrumento jurídico negocial, necessariamente bilateral e anterior ao casamento atrai todos os elementos favoráveis ao seu reconhecimento de validade, e, principalmente, de legitimidade para atuação sobre a legítima. Nasce fruto de acordo de

⁵⁰ FRANK, Felipe. *A validade da cláusula sucessória no pacto antenupcial*. Morrisville: Lulu Press, 2019. p. 09.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.173.

vontades em ambiente principiológico de liberdade, que é a disciplina patrimonial do casamento, que foi expressamente confiada aos nubentes, guardando ao legislador, portanto, função supletiva.

Legítimo instrumento por preceder ao casamento, sendo, portanto, instrumento transparente e condutor de comportamentos, afinal, o afastamento sucessório não decorrerá de ato unilateral e que, muitas vezes só chega ao conhecimento do cônjuge no momento da morte. Ao definir os limites ou mesmo o afastamento dos direitos sucessórios, ambos os cônjuges poderão e deverão conduzir suas vidas, seu tempo e sua construção patrimonial a partir desta perspectiva, o que revela solidariedade e dignidade.

Ausente, ainda, o voto de morte, apontado pela doutrina como motivador do pacto corvina. Ao impedir o contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva o legislador teria buscado evitar que o evento morte fosse desejado, esperado ou buscado pelo sujeito de direito, por ser o termo da eficácia de seu direito. Nas palavras de Coelho e Rosa:

O primeiro deles reside na ideia de que os pactos sucessórios são, em essência, contrários aos bons costumes, dão origem a consequências prejudiciais e despertam sentimentos imorais, como o desejo de morte do autor da herança, podendo chegar ao extremo de uma tentação de atentar contra a sua vida. Repousa a justificativa em tradição romana contrária ao chamado *votum captandare mortis*, ou seja, a possibilidade de especular sobre a morte eventual do autor da herança.⁵²

O que vemos na liberdade de renúncia à concorrência no pacto é exatamente o oposto, daquilo apontado como sendo um risco à disciplina sucessória, pois retira o interesse no evento morte, afinal, deste evento não advirá benefício econômico. Pois é exatamente a morte que atrairia a condição de herdeiro a partícipe em patrimônio que em vida não se comunicaria.

⁵² COELHO, Fernanda Rosa, ROSA, Conrado Paulino da. *Pacta corvina e a impossibilidade de renúncia da herança em pacto antenupcial ou contrato de convivência*. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 253.

Aquele cônjuge cuja participação em bens particulares não ocorrerá no divórcio, tem apenas na morte este acesso ao enriquecimento. Com o pacto antenupcial desapareceria esse interesse macabro atribuído ao corvo. Como bem destacado por Madaleno:

(...) pactos antenupciais de renúncia de herança conjugal não se constituem em avença que atente contra o Direito natural, ou que contenha algo impossível e irrenunciável como sugere o artigo 426 do Código Civil ao negar, sem a correspondente justificativa, que as pessoas estipulem a extensão de seus direitos sucessórios na proporção de seus recíprocos interesses.(...) A possibilidade de renúncia antecipada em pacto sucessório com cláusulas incertas em pacto antenupcial(...), não está definitivamente, entre aquelas proibições sugeridas pela leitura desinteressado do artigo 426 da Código Civil brasileiro.⁵³

Se o desejo de morte está claramente mais presente na impossibilidade do que na possibilidade de que o pacto antenupcial regule efeitos sucessórios, menos receptividade ainda apresenta o ordenamento jurídico atual ao recurso aos bons costumes como impedimento. Além dos bons costumes serem pouco recomendados por sua análise retrospectiva, acerca de condutas passadas capazes de construir um direito dos costumes, não se deve colocar como limites às situações patrimoniais, mas apenas nas relações existenciais, como bem pontua a doutrina:

A primeira delas diz respeito ao campo de incidência dos bons costumes. Enquanto as cláusulas de boa-fé e de função social são instrumentos que incidem sobre a autonomia privada de cunho patrimonial, os bons costumes atuam no campo oposto. Explica-se: os bons costumes devem ser compreendidos como elemento limitador da liberdade de cunho existencial, ou autonomia privada extrapatrimonial.⁵⁴

É nesse sentido que se mostra fundamental a análise do pacto antenupcial em todas as suas dimensões e possibilidades. Não apenas a sua análise estrutural, como negócio jurídico bilateral, mas, e, principalmente em relação aos valores constitucionais inseridos na escolha do regime de bens, em especial, para esse estudo, seus efeitos sucessórios.

⁵³ MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. Revista IBDFAM: família e sucessões v. 27 (mai/jun). Belo Horizonte. IBDFAM. 2018. p. 42-50.

⁵⁴ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p.173-174

CAPÍTULO 2 - PACTO ANTENUPCIAL

2.1 Autonomia privada e liberdade de disposições no pacto antenupcial

O Código Civil inaugura o título II do Livro IV da sua parte especial, dedicado ao direito patrimonial da família, estabelecendo um princípio de liberdade⁵⁵. A liberdade de escolhas existenciais livres de interferências representa a concretização dos princípios da liberdade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, princípios constitucionalmente estabelecidos nos artigos 1º e 5º da Constituição vigente, mas, tão caros ao direito de família, que são reforçados no capítulo VII da Carta Magna, dedicado especialmente às relações familiares.⁵⁶

O artigo 226 da Constituição da República reafirma a liberdade e a privacidade em seus parágrafos 7º e 8º, ao vedar a interferência de pessoas jurídicas de direito público ou privado no livre planejamento familiar e ao estabelecer que proteção da família se concretiza na pessoa de cada um dos indivíduos que a integram, como bem pontuado pela doutrina:

Até a década de 1960, a comunidade familiar ainda permanecia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual agiam seus membros; a partir de então, caracteriza-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: busca-se dar vida ao indivíduo único, cuja ‘verdadeira natureza deve ser respeitada e incentivada.’⁵⁷

55 Art. 1.639. *É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.*

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

(...)

§ 7º *Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

§ 8º *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 2217.

Reforça, ainda o legislador constituinte o princípio da igualdade para além dos homens e mulheres, direito fundamental geral, para a igualdade entre os cônjuges, valor fundante das relações de conjugalidade, pressupondo direitos e deveres iguais no casamento.

Desse arcabouço legal, não se pode conceber nenhuma interpretação da norma infraconstitucional do direito de família que não se submeta ao controle de sua constitucionalidade e cuja interpretação conforme a constituição seja, necessariamente, aquela que concretize sua tábua axiológica e suas expressas disposições.

A incorporação dos valores personalistas à leitura do direito civil afasta a sua aplicação tecnicista e conservadora em favor de um movimento de despatrimonialização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (*rectius*, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação mecânica dos institutos clássicos do direito civil, sob pena de preponderar a racionalidade alegadamente técnica e científica (e supostamente neutra) sobre o princípio da democracia. Daí justamente decorrer a necessidade, urgente e imperiosa, de proceder a um controle de validade dos conceitos tradicionais do direito civil.⁵⁸

A identificação teórica da autonomia privada está diretamente associada ao poder do indivíduo isoladamente ou em uma coletividade, de determinar as consequências de comportamentos juridicamente relevante livremente assumidos. Autonomia é a liberdade de regular por si as próprias ações, ou ainda, de determinar as regras decorrentes daquele comportamento.⁵⁹

O pacto antenupcial é um momento de reconhecida liberdade, portanto de autonomia privada, que precede ao casamento, regulando-se, especialmente, seus aspectos patrimoniais, de modo que, ao pacto deve ser reconhecido o maior espaço possível de disponibilidade, ressalvadas as situações de vulnerabilidade ou vício da vontade.

Se, por um lado, o legislador disciplina os efeitos patrimoniais do casamento, ao estabelecer a necessária existência de um regime de bens e os efeitos patrimoniais inerentes a cada regime, por outro permite um estatuto privado de regulação patrimonial, seja pela viabilidade de escolha do regime, seja pela tangibilidade de seu conteúdo. Haverá

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.5.

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.17.

necessariamente um regime de bens, mas sua escolha é livre. Os regimes de bens preveem seus efeitos sobre o patrimônio de cada cônjuges, mas esses efeitos podem ser regulados no pacto antenupcial.

Esse entendimento reforça a concepção contemporânea, seja do casamento, como instituição que deve se afastar de sua anciã natureza patrimonial e perpétua para se aproximar dos valores existenciais e efêmeros ou líquidos da atualidade, seja da autonomia, como espaço de liberdade nas relações existências.

Natural que se realce o aspecto da liberdade, como corolário da própria dignidade, e a possibilidade de conferir maior liberdade ao pacto antenupcial do que previsto pelo legislador infraconstitucional, de modo a fazer cederem os diques impostos ao livre fluxo das águas da liberdade. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, ampliou a capacidade de livre disposição sobre seu patrimônio ao maior de 70 (setenta) anos, quando de seu casamento.

Em atenção ao princípio da autonomia privada não alterou a regra de imposição do regime da separação legal de bens, mas retirou sua obrigatoriedade, permitindo ao maior de 70 (anos), por meio do pacto antenupcial escolher entre os diversos regimes de bens presentes no ordenamento jurídico, interferindo, portanto, diretamente, também em seu regime sucessório. Esse o conteúdo do ARE 1309642/SP:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Em seguida, foi fixada a seguinte tese: "Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública". Plenário, 1º.2.2024.⁶⁰

Ressalta o Acórdão o caráter supletivo da norma jurídica infraconstitucional nas relações privadas, afastando as presunções ou proteções apriorísticas ao patrimônio dos indivíduos, para transferir a esses a dimensão de sua comunicabilidade ou incomunicabilidade, em vida ou post mortem, ao permitir que interfiram na regra legal e disciplinem seu regime de bens:

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.309.642/ SP Relator Ministro Luis Roberto Barroso, Plenário, julgado em 01/02/2024, DJe de 02/04/2024.

8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente.⁶¹

A dignidade da pessoa humana, base axiológica de todo ordenamento jurídico é diretamente associada à autonomia privada, em especial em sua possibilidade de realizar as escolhas existenciais e patrimoniais e, ainda mais conectado com o tema aqui em análise, com o controle sucessório que se faz por meio do pacto antenupcial, como se depreende do Voto condutor da decisão unânime no ARE 1.309.642/ SP:

Em duas das suas vertentes, viola-se a autonomia individual, por impedir que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam livremente suas escolhas existenciais; e, em segundo lugar, viola o valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros.⁶²

A autonomia privada destaca-se, portanto, como elemento essencial da dignidade humana na construção dos pactos antenupciais, que não devem ser limitados, senão diante da violação de vulnerabilidades ou da própria livre manifestação de vontade, efetivamente identificadas em concreto. Essa noção indissociável entre dignidade e autonomia privada é a base do pensamento constitucional contemporâneo, diretamente inspirada por Immanuel Kant, para quem a pessoa é sempre o fim em si mesmo, jamais objeto ou meio⁶³.

Percorrer e compreender os limites do pacto antenupcial é identificar em concreto a possibilidade de interferência na concorrência entre cônjuge e descendentes. O que se vê em posições da doutrina, que nada obstante a previsão da vedação ao contrato que envolva a herança de pessoa viva, reconhece a pressão em favor da autonomia da vontade e da privacidade na ampliação das disposições do pacto para questões sucessórias. Nas palavras de Dias:

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.309.642/ SP Relator Ministro Luis Roberto Barroso, Plenário, julgado em 01/02/2024, DJe de 02/04/2024.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.309.642/ SP, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, Plenário, julgado em 01/02/2024, DJe de 02/04/2024.

⁶³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: os pensadores Kant (II). Tradução: Paulo Quintela. São Paulo. Abril Cultural. 1980. p. 134-135.

No entanto, nada pode ser estipulado sobre questões sucessórias. Não é possível via pacto antenupcial ou contrato de convivência renunciar à meação, ao direito concorrente ou à herança. A previsão afronta a proibição de dispor sobre herança de pessoa viva (CC, art. 426). Contudo esse ponto vem sendo questionado pela doutrina, que tende a admitir a renúncia ao direito real de habitação e ao direito de concorrência sucessória.⁶⁴

A família e o casamento do século XXI, definitivamente, não vieram retratadas na reforma do Código Civil de 1916. A doutrina já destacava, quando das primeiras análises a cerca do Código de 2002 que este já nascia velho⁶⁵. Afinal, era fruto de um projeto iniciado no final dos anos 1960, quando nem mesmo a lei do divórcio estava ainda em vigor.

Tanto assim, que uma comissão revisora se debruçou sobre o Código vigente para propor uma série de alterações. Com grande destaque para as relações familiares e, em particular para o tema da sucessão das pessoas casadas.

Parecia que o Código Civil de 2002 tinha optado por acolher, para o regime sucessório, as características sociais e jurídicas do casamento do início do século XX e, não o do casamento do século XXI, um casamento fundado em valores patrimoniais e morais, em detrimento de um casamento baseado no afeto e na liberdade.

O casamento estruturado no patrimônio e na sua função econômica foi bem retratado na por Ariès e Duby na História da Vida Privada:

Na primeira metade do século, casar era formar um lar, lançar as bases de uma realidade social nitidamente definida e claramente visível dentro da coletividade. Ainda em 1930, a profissão e a fortuna, bem como as qualidades morais, pareciam mais importantes do que as inclinações estéticas ou psicológicas para decidir sobre uma união. As pessoas se casavam para dar sustento e auxílio mútuo ao longo de uma vida que se anunciava penosa, e ainda mais dura para os solitários, casavam-se para ter filhos, aumentar um patrimônio e deixar-lhes de herança, para que os filhos se realizassem e, com isso, os próprios pais também se realizassem. Como os valores familiares eram centrais nessa sociedade, os indivíduos eram, de fato, julgados em função do êxito de sua família e do papel que desempenhavam nesse êxito.⁶⁶

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16ª ed. São Paulo: Juspodium, 2023. p. 717.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – Tomo II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 04.*

⁶⁶ ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges. *História da vida privada, 5: da Primeira Guerra a nossos dias*. Organização Antoine Prost e Gérard Vincent: tradução denise Bottman. São Paulo, Companhia das letras. 1992. p. 87.

Esse modelo de casamento foi consagrado no casamento do Código Civil de 1916 que previa, ainda, a indissolubilidade do vínculo conjugal e, foi de alguma maneira, ainda amparado pelo Código de 2002, que estabelecia condições para a separação, associadas à culpa e no controle social da família⁶⁷. Separação esta, que condicionava o divórcio, impossível, sem prévia separação, mesmo que de fato.

Verifica-se, assim, que a ordem jurídica edificava as estruturas de controle e perpetuação da cultura familiar. O direito de família era, portanto, o garantidor de manutenção do modelo familiar baseado no patrimonialismo e no patriarcado.

A individualidade contemporânea explora novos valores nas relações subjetivas, valores menos submetidos a interesses sagrados ou mesmo socialmente relevantes, para reclamar a realização existencial da pessoa humana como base de qualquer instituição, inclusive a família.

Esse cenário é muito bem descrito por Giddens:

A transformação da intimidade poderia ser uma influencia subversiva sobre as instituições modernas como um todo. Um mundo social em que a relação emocional substituísse a maximização do crescimento econômico seria muito diferente daquele que conhecemos hoje. As mudanças que atualmente afetam a sexualidade são, na verdade, revolucionárias e muito profundas.⁶⁸

A mudança do eixo central do patrimônio para o afeto, aproxima a família de sua feição predominantemente privada, em oposição a um caráter publicista de controle das relações. Essa transformação da intimidade deveria ser acompanhada de uma maior disponibilidade relacionada aos aspectos patrimoniais da relação conjugal.

67 Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

⁶⁸ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*; trad. Magda Lopes. São Paulo, UNESP. 1983. p.11.

Especialmente no aspecto sucessório, pouco ou nenhum avanço no sentido da família contemporânea foi apresentado pelo Código Civil de 2002, mas ao contrário, uma tutela ainda mais agressiva no sentido da força patrimonial do casamento em desconexão com o novo modelo afetivo do enlace matrimonial.

Ainda mais destacada a desconexão entre regime sucessório e a nova família, quando não se cuida mais de vínculos indissolúveis e, muitas vezes, nem mesmo perenes ou duradouros. As famílias recompostas, ou famílias mosaicas, em que novos casamentos se constroem como uma nova camada afetiva sobre a anteriormente construída.

Esse novo cenário social é muito bem descrito por Bauman ao retratar a fragilidade atual dos laços afetivos. O que não representa uma situação a se lamentar, senão um cenário de liberdade individual que permite a reinvenção da própria existência e da reconstrução do afeto:

A parceria é somente uma coalizão de ‘interesses confluentes’ e, no mundo fluido de EastEnders, as pessoas vêm e vão, as oportunidades batem à porta e desaparecem novamente logo após serem convidados a entrar, as fortunas aumentam e diminuem, e as coligações tendem a ser flutuantes, frágeis e flexíveis. As pessoas procuram parceiros e buscam ‘envolver-se em relacionamentos’ a fim de escapar à aflição da fragilidade, só para descobrir que ela se torna ainda mais aflitiva e dolorosa do que antes. O que se propunha/ansiava/esperava ser um abrigo (talvez o abrigo) contra a fragilidade revela-se sempre como a sua estufa.⁶⁹

As letras de Bauman nos alertam para um espaço de relações em que as escolhas não representam uma adesão a um modelo celestial, sacerdotal ou mesmo jurídico formal. A Constituição de 1988 reconheceu a família sem a necessidade de juras, declarações ou solenidades, apenas com base no afeto e no percurso concretamente revelados na relação subjetiva.

Ainda mais claro no sentido de sua fluidez, o filósofo polonês nos apresenta o percurso e não o fim, como o espaço das novas relações:

Viver juntos pode significar dividir o barco, a ração e o leito da cabine. Pode significar navegar juntos e compartilhar as alegrias e agruras da viagem. Mas

⁶⁹ BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2004. p. 41.

nada tem a ver com a passagem de uma margem à outra, e, portanto, seu propósito não é fazer o papel das sólidas pontes (ausentes).⁷⁰

A decisão conjunta por viver o afeto, a afinidade, compartilhar o tempo, as escolhas, o caminho, deve também abarcar a possibilidade de decidir a destinação do patrimônio existente antes do encontro, daquele construído, ou mesmo recebido ao tempo em que se trilhou junto o espaço existencial.

O direito de família brasileiro consagra a liberdade de disposição quanto ao regime de bens do casal. É livre a decisão quanto à maior ou menor comunicação dos bens de cada sujeito, em razão de estarem casados, de modo que, mesmo que vivam essa grande expedição retratada por Bauman por longos e penosos ou harmoniosos anos, o destino dos bens será fruto dessa escolha racional acerca de seus bens.

De maneira diversa, o regime sucessório é regulado de forma menos livre pelo legislador de 2002, representando uma incoerência com um sistema de liberdade na formação e destinação do patrimônio e, principalmente, deixando de identificar que esses enlaces são de maior fluidez e, não mais aquele casamento indissolúvel.

Múltiplos são os modelos de relações e um ambiente de liberdade individual e autonomia privada reclamam um sistema que além de coerente, seja identificado com seu tempo. Mais uma vez Bauman:

Na semana de 16 de junho de 2002, “Viver” é dedicada aos CSSs – ‘casais semi-separados’, ‘revolucionários do relacionamento’, que ‘romperam a sufocante bolha do casal’ e ‘seguem seus próprios caminhos’. Sua dança a dois é em tempo parcial. Odeiam a ideia de compartilhar o lar e as atividades domésticas, preferindo manter domicílios, contas bancárias e círculos de amizades separados, por estarem juntos quando estão a fim.⁷¹

Surpreende que o mesmo sistema de direito civil permita que um casamento duradouro seja encerrado pelo divórcio sem nenhuma participação patrimonial do cônjuge nos bens do

70 BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2004. p. 47.

71 BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2004. p. 54.

outro em razão de uma escolha feita em pacto antenupcial e, não permita ao casal regular o mesmo afastamento na sucessão, mesmo em encontros tardios ou efêmeros.

2.2 Elementos estruturais do pacto antenupcial

Na definição dos negócios jurídicos, a primeira análise diz respeito a seus aspectos estruturais, diretamente relacionados aos seus requisitos de existência, validade e eficácia em uma perspectiva normativa.

Essa investigação se mostra relevante, na medida em que a sua própria natureza é objeto de questionamento. O pacto antenupcial pode ser considerado contrato ou negócio jurídico autônomo de direito de família, atraindo mais, ou menos diretamente, a vedação do pacto corvina.

O pacto antenupcial é negócio jurídico bilateral celebrado pelos nubentes para regular os efeitos patrimoniais de seu casamento. Nada obstante haja discussão acerca da possibilidade de tratamento de questões extrapatrimoniais, como a parentalidade ou mesmo os deveres do casamento, sua principal ou primeira função é a regulação patrimonial do casamento. É nesse prisma que se mostra relevante para o presente trabalho. É também nesse sentido que o considera o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial:

1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial - regime de bens - do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723).⁷²

Seja por sua localização topográfica no Código Civil, no título do direito patrimonial, seja, por ser o meio único de superação do regime legal supletivo da comunhão parcial, para eleição de regime diverso de bens no casamento, o pacto antenupcial disporá sobre a escolha

⁷² BRASIL. REsp n. 1.922.347/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 1/2/2022.

do regime de bens, podendo eleger algum dos regimes típicos do Código Civil, ou mesmo prever a incidência de regras de mais de um regime para o mesmo pacto.

Nesse aspecto, embora se possa cogitar de um regime próprio daquele casamento, não nos parece haver a possibilidade de um regime para além daqueles tipificados no Código Civil, porquanto sempre que o regime de bens se apresentar lacunoso ou nulo em sua totalidade ou parcialidade, a lei civil manda que se lhe aplique as regras do regime da comunhão parcial.⁷³

Assim, se os nubentes optarem por estabelecer um conjunto de regras próprio, em que não se defina por algum dos regimes tipificados, naturalmente ao seu casamento serão aplicadas as regras da comunhão parcial de bens naquilo que não disciplinaram. Nesse sentido, se pretendem estabelecer a aplicação supletiva de outro regime, que não o legal, deverão elegê-lo, e promover as exceções ou particularidade no pacto.

O pacto antenupcial deve ser celebrado antes do casamento, em acordo de vontades, pela forma escrita, exigindo-se a escritura pública para sua validade. Se, ao testamento foi dada maior variedade de formas possíveis, ao pacto, restringiu-se à escritura pública. Não se trata de rigor excessivo, mas de natural cuidado em razão dos efeitos em relação a terceiros.

Afinal, o pacto antenupcial, para além de regular as relações patrimoniais dentro do casamento, será também instrumento de regulação das relações entre cada um dos cônjuges e terceiros. Haverá transmissão patrimonial independentemente de registro do bem adquirido, por exemplo, quando um dos cônjuges adquire bem durante o casamento, mesmo que apenas em seu nome no regime da comunhão parcial e, dependendo da natureza de eventual obrigação assumida⁷⁴, a meação do outro cônjuge não poderá ser alcançada.

A necessidade de outorga conjugal para a prática de diversos atos ou negócios jurídicos por parte dos cônjuges é outro exemplo do efeito que o regime de bens impõe a terceiros nas suas relações jurídicas e econômicas com pessoas casadas, de modo que o regime de bens adotado interferirá diretamente nos requisitos de validade ou de anulabilidade das relações jurídicas.

⁷³ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

⁷⁴ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

(...)

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

Como todo negócio jurídico, requer agente capaz, de modo que o menor em idade núbil precisará estar representado por seus pais na celebração do pacto, objeto lícito, o que atrai a discussão acerca do alcance ou mesmo da redundância representadas pelo artigo 1.655 do Código Civil, que inquina de nulidade o pacto que contravenha disposição absoluta de lei.⁷⁵ Por fim, forma prescrita ou não defesa em lei, o que, como visto anteriormente, se exige a forma pública.

Assim como o casamento, o pacto antenupcial também pode ser firmado por procurador, desde que tenha poderes especiais e por representação, quando do casamento do incapaz. A alteração introduzida pelo estatuto da pessoa com deficiência – Lei nº 13.146/2015, que garantiu aos deficientes direito existencial fundamental e inafastável ao casamento, reconhecendo que sua ausência de discernimento para os atos da vida civil não, necessariamente, limita sua capacidade afetiva, manifestando sua vontade pessoalmente, ou por representação,⁷⁶ sempre com a supervisão do Ministério Público, a fim de evitar violação ao vulnerável.

A eficácia do pacto antenupcial depende diretamente da celebração do casamento, não produzindo efeitos jurídicos patrimoniais se não sobrevier o casamento, e seus efeitos serão prospectivos ou *ex nunc*. A fundamentação baseada na jurisprudência do STJ, que entende que o objeto tutelado pelo pacto não pode dizer respeito à situação anterior a sua celebração (a eficácia é dali em diante). Assim, o pacto não pode objetivar a retroação de seus efeitos, pois, não teria natureza de regência patrimonial do casamento, senão de ato translativo de direito:

2. Conquanto não seja dotado de efeitos retroativos, "o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial entre os conviventes" (REsp 1.483.863/SP, Quarta Turma, DJe de 22/6/2016).⁷⁷

E os efeitos do pacto perdurarão até o fim da sociedade conjugal. O Superior Tribunal de Justiça atento a valores constitucionais e legais de vedação ao enriquecimento sem causa e

⁷⁵ Art. 1.655. *É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.*

⁷⁶ Art. 1.550. *É anulável o casamento: (...) § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.*

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 2.341.988/TO, relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/10/2023, DJe de 11/10/2023.

de solidariedade material, consolidou o entendimento de que o regime de bens cessa com a separação de fato, sendo desnecessária a formalização da separação (quando da consolidação desse entendimento a separação judicial e extrajudicial ainda integravam o ordenamento jurídico como vias autônomas) ou do divórcio, conforme julgado no AREsp n. 1.760.281/TO:

4. Deve-se aplicar analogicamente a regra do art. 1.576 do CC à separação de fato, a fim de fazer cessar o regime de bens, o dever de fidelidade recíproca e o dever de coabitação. Em virtude disso, o raciocínio a ser empregado nas hipóteses em que encerrada a convivência *more uxório*, mas ainda não decretado o divórcio, é o de que os bens adquiridos durante a separação de fato não são partilháveis com a decretação do divórcio.⁷⁸

Não seria, realmente razoável a formação de patrimônio comum entre pessoas que não viviam mais uma comunhão de vida, caracterizando-se verdadeiro enriquecimento sem causa. Essa eficácia do pacto poderá ser abreviada por acordo entre o casal, considerando o princípio da mutabilidade do regime de bens. Por meio de ação judicial de jurisdição voluntária, de comum acordo e com justo motivo, podem os cônjuges alterar seu regime de bens e, conseqüentemente o conteúdo de seu pacto.

Duas questões merecem atenção, a primeira a necessidade de judicialização, que representa um contrassenso em relação a todo movimento de desjudicialização e de contratualização do direito de família, que já permite o divórcio e o inventário extrajudicial, tendo, inclusive, estendido os seus limites para as hipóteses de filhos menores ou incapazes, pelo Conselho Nacional de Justiça:

Inventários, partilha de bens e divórcios consensuais poderão ser feitos em cartório ainda que envolvam herdeiros com menos de 18 anos de idade ou incapazes. A decisão foi aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nesta terça-feira (20/8).

A medida simplifica a tramitação dos atos, que não dependem mais de homologação judicial, tornando-os mais céleres. A decisão unânime se deu no julgamento do Pedido de Providências 0001596-43.2023.2.00.0000, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), durante a 3.^a Sessão Extraordinária de 2024, relatado pelo corregedor nacional de Justiça, ministro Luis Felipe Salomão.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 1.760.281/TO, relator Ministro Marco Aurélio Bellize, Terceira Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022.

Com a mudança, a única exigência é que haja consenso entre os herdeiros para que o inventário possa ser registrado em cartório. No caso de menores de idade ou de incapazes, a resolução detalha que o procedimento extrajudicial pode ser feito desde que lhes seja garantida a parte ideal de cada bem a que tiver direito.

Nos casos em que houver menor de 18 anos de idade ou incapazes, os cartórios terão de remeter a escritura pública de inventário ao Ministério Público (MP). Caso o MP considere a divisão injusta ou haja impugnação de terceiro, haverá necessidade de submeter a escritura ao Judiciário. Do mesmo modo, sempre que o tabelião tiver dúvida a respeito do cabimento da escritura, deverá também encaminhá-la ao juízo competente.

No caso de divórcio consensual extrajudicial envolvendo casal que tenha filho menor de idade ou incapaz, a parte referente à guarda, à visitação e aos alimentos destes deverá ser solucionada previamente no âmbito judicial.

A possibilidade da solução desses casos por via extrajudicial ajuda a desafogar o Poder Judiciário, que conta, atualmente, com mais de 80 milhões de processos em tramitação. A norma aprovada nesta terça-feira (20/8) altera a Resolução do CNJ 35/2007.⁷⁹

Chama a atenção que o mesmo avanço ainda não tenha sido alcançado pela alteração do regime de bens, por meio de novo pacto antenupcial, mesmo sem a ausência, em tese, de vulnerável ou de incapaz. O formalismo do pacto antenupcial em oposição ao informalismo da escritura de eleição do regime de bens na União Estável, que admite a forma particular, faz com que o Superior Tribunal de Justiça já tenha admitido a eleição de regime de bens prospectivo no curso da união estável, o que se aproxima de uma mudança do regime de bens, no REsp n. 1.597.675/SP:

No caso dos autos, a questão jurídica debatida é similar, pois discute-se a possibilidade de se atribuir eficácia retroativa ao regime de bens da união estável mediante escritura pública.

Tenho que o duto entendimento do Tribunal de origem, no sentido de limitar a eficácia do regime de separação de bens apenas ao período posterior à lavratura da escritura pública de reconhecimento de união estável, encontra-se em perfeita sintonia com os precedentes aludidos desta Terceira Turma, que tutelam, em última análise, o princípio da segurança jurídica.

Com efeito, os efeitos da alteração de um regime de bens previsto em lei devem ser produzidos apenas para o futuro, preservando-se os interesses não apenas dos conviventes, mas também de terceiros, que, mantendo relações

⁷⁹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-autoriza-divorcio-inventario-e-partilha-extrajudicial-mesmo-com-menores-de-idade/> acesso em 26.10.2024.

negociais com o casal, podem ser surpreendidos com uma súbita mudança no regime de bens da união estável.⁸⁰

De forma, ainda mais intensa, o voto vencido ampliava a liberdade e autonomia privada dos companheiros, para permitir-lhes inclusive conferir efeitos *ex tunc* à escritura de eleição de pacto na constância da união estável, apenas preservando os eventuais direitos de terceiros, conforme voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.597.675/SP:

Vale aqui ressaltar, que embora a locução “união estável” guarde “sinonímia legal” com o termo casamento, tanto quanto ocorre com os vocábulos sinônimos, os institutos têm proximidade muito grande, mas não são idênticos, razão pela qual, nem sempre é possível aplicar-se o regramento expresso do casamento, para as uniões estáveis. E isso é tanto mais verdade, quanto o é a capacidade de restringir a autonomia da vontade da regulação do casamento.

É dizer: as regulações restritivas, próprias do casamento, não podem atingir, indistintamente, as uniões estáveis, se não houver fundada razão baseada em princípios jurídicos ou proteção de valores socialmente benquistos.

Assim, não vejo como possível a singela e genérica aplicação do posicionamento do STJ, relativa à impossibilidade de a alteração do regime de bens no matrimônio ter efeitos *ex tunc*, aos contratos que dispõe sobre relações patrimoniais na união estável.

Nestes, a lei não faz restrições, ao revés, dá ampla liberdade de contratação, podendo os companheiros, inclusive, solverem as questões sobre o patrimônio da forma como bem lhes aprouver.⁸¹

O segundo aspecto exigido para alteração do regime de bens é a fundamentação ou apresentação de justo motivo, o que representa grande violação ao princípio da privacidade e da liberdade, afinal, salvo vícios da vontade ou ausência de acordo entre os cônjuges, não há motivos para o Estado interferir ou perquirir as motivações do casal para alterar seu regime de bens, afinal, como previsto na própria lei, os direitos de terceiros estão resguardados e, os efeitos da alteração do regime de bens serão *ex nunc*.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.597.675/SP, relator Ministro Paulo de Tarso de Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 16/11/2016.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.597.675/SP, relator Ministro Paulo de Tarso de Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 16/11/2016.

Além do fato de que o impedimento de alteração do regime de bens poderia ser objeto de ultrapassagem por via oblíqua, como se fazia ao tempo da imutabilidade. O alcance viria pelo divórcio e celebração de novo casamento no novo regime de bens.

Os elementos relacionados ao conteúdo do pacto não integram diretamente seus elementos estruturais, pois sua eventual invalidade não representa a invalidade do próprio pacto, mas apenas da disposição que contrarie expressa previsão de lei, sendo a sua análise de validade e eficácia muito mais pertinentes aos elementos funcionais do que aos elementos propriamente estruturais do pacto antenupcial.

2.3 Elementos funcionais e promocionais do pacto antenupcial

Os elementos funcionais ou promocionais de um instituto jurídico são os que merecem maior atenção. A Constituição da República consagra a funcionalização dos institutos jurídicos, que deixam de se justificar como elementos considerados em si mesmos ou pela existência de regras, mas encontram sua justificativa e suas bases interpretativas e de efetivação nos valores constitucionais. Em brilhante ensaio sobre as novas famílias o Professor Gustavo Tepedino ensina:

A arguta observação indica a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. No caso brasileiro, há de se verificar, com base nos valores constitucionais, os novos contornos do direito de família, definindo-se, a partir daí, a disciplina jurídica das entidades familiares.⁸²

Ao revelar as expressões valorativas do texto constitucional o mesmo autor aproxima a teoria abstrata dos valores constitucionais conformadores das instituições jurídicas de sua concreta previsão no texto da Carta de 1988:

⁸² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.326.

Pode-se afirmar em propósito que a dignidade da pessoa humana alçada pelo art. 1º, da Constituição Federal, a fundamento d república, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.⁸³

A dignidade da pessoa humana e a centralidade do indivíduo em relação às instituições, mantendo sua autonomia, mesmo quando integrante desta instituição, se equilibram, sem negar valores como a liberdade, a solidariedade e a igualdade. Mais que isso, a dignidade da pessoa humana está diretamente ligada à concretização desses princípios, também de matriz constitucional.⁸⁴

A família ao ser informada e inspirada nos valores constitucionais de dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade, se distancia de sua estrutura patrimonial para realçar e se justificar em sua face existencial de realização do indivíduo. A busca da felicidade, a realização pessoal, sem a necessidade de controle de suas finalidades ou sobre sua construção patrimonial. Viver é uma travessia sob controle do indivíduo e partilhada quando essa for sua escolha.

Ter ou não filhos, o controle da sexualidade, partilhar ou não a construção patrimonial, a responsabilidade pelo próprio sustento, casar-se, manter-se casado, são cada vez mais decisões em relação às quais os valores sociais não se podem se sobrepor às decisões de cada casal. Nesse sentido o banimento do crime de adultério, a excepcionalidade dos alimentos entre cônjuges e o reconhecimento do divórcio como direito potestativo e o fim da separação como figura jurídica autônoma, o afastamento da culpa como causa da separação, demonstram de forma clara esse caminho para a proteção do indivíduo, consagrado nos parágrafos 7º e 8º do artigo 226 da Constituição, algo presente, inclusive, na doutrina de Pietro Perlingieri:

Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem e promovem, diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres.

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Processo: Rio de Janeiro. 2017.

A família não é titular de um interesse autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rejeitadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre o interesse familiar superindividual, de tipo público ou corporativo.⁸⁵

Na doutrina pátria, ainda de forma mais clara, Gustavo Tepedino:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.⁸⁶

O pacto antenupcial é o instrumento de regulação dos efeitos patrimoniais do casamento. Ao se casar e até a separação de fato permanecem os cônjuges sob um regime patrimonial de bens, que regulará a titularidade dos bens de cada um e aqueles que serão, por força desse regime eleito, considerados comuns, regulará a administração dos bens durante o casamento e, em especial, os efeitos sucessórios daquele casamento.

Sua função, portanto, está diretamente ligada à construção e destino do patrimônio de cada indivíduo no casamento. Uma pessoa que não integra um vínculo familiar de conjugalidade ou companheirismo tem seu esforço pessoal, seja em seu trabalho, em seus investimentos ou em relação ao cuidado com os bens que foram incorporados ao seu patrimônio, controlados e destinados de acordo com seus desígnios.

Maior fruição ou maior previdência, de acordo com suas aspirações e desejos de vida. Ao se casar, esta realidade patrimonial passa a ter um tratamento para além da apropriação do indivíduo, sendo o regime de bens uma indubitável forma de aquisição e de transmissão da propriedade.

A lei do divórcio inaugura uma visão menos comunicativa das relações patrimoniais entre os cônjuges, alterando o regime legal supletivo, para a comunhão parcial, em que o esforço

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 975.

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326-327.

comum é um pressuposto da solidariedade que gera o enriquecimento conjunto, rompendo com a anterior visão de perpetuidade da relação de casamento e da universal comunhão, em que os bens anteriores e aqueles de origem gratuita também integravam o patrimônio comum.

A norma, desde o Código Civil de 1916, garantiu o espaço de autonomia privada aos cônjuges, permitindo-lhes construir o espaço de formação individual do patrimônio durante o casamento de maneira mais ou menos intensa, de acordo com suas visões individuais, desde que de comum acordo e em documento escrito e público. Não cabe ao estado impor ao casal a sua visão de como deve ser a partilha patrimonial ao longo do casamento, que hoje se encontra limitado na lei, como explica Nevares:

Atualmente, verifica-se um debate na sociedade sobre a centralidade do cônjuge na sucessão hereditária e a impossibilidade de se temperar a sua reserva. Não raro são os casos em que casais, em especial quando em segundas núpcias, pretendem deixar todo o patrimônio apenas para seus filhos exclusivos, porque o consorte é independente financeiramente, sendo esta vontade compartilhada por ambos os partícipes da relação, sendo, ainda, muito comum a frustração diante do fato de que a sucessão do cônjuge acarretará a transferência de patrimônios de família para pessoas diversas, porque herdeiros só do supérstite. A questão se torna ainda mais tormentosa, na medida em que, no Brasil, não é possível que a herança de pessoa viva seja objeto de contrato (CC, art. 426), não havendo qualquer possibilidade de haver previsões válidas sobre a sucessão hereditária futura no pacto antenupcial.⁸⁷

A maior ou menor solidariedade na formação do patrimônio está sob controle dos nubentes, visão que se conecta diretamente com o espaço de liberdade e autonomia privada do direito de família em geral e do casamento, em particular em uma visão em que a pessoa humana ocupa a centralidade na elaboração, aplicação e interpretação das normas no ordenamento jurídico.

O pacto antenupcial em sua função retrata de forma cristalina a noção jurídica de autonomia privada, na origem do pensamento civil constitucional de Pietro Perlingieri:

Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo

⁸⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 451-461.

ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (sobre tal conceito cfr. *Infra*, cap. 5, § 64) como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.⁸⁸

Reconhecer a promoção dos valores constitucionais é reconhecer a mais ampla liberdade de autodeterminação aos indivíduos em suas relações existenciais, em especial, no que diz respeito a seus efeitos patrimoniais.

Entender que o legislador limitou a liberdade do pacto aos efeitos da formação do patrimônio comum ou particular durante a vigência do casamento e com eficácia plena diante do seu rompimento e, que restringiu seu espaço de liberdade para as disposições sucessórias, seja em razão da impossibilidade de celebração de contrato que envolva herança de pessoa viva⁸⁹, seja em razão da qualidade de herdeiro necessário do cônjuge⁹⁰ é limitar sua função e a promoção dos valores constitucionais, em uma leitura que pode ser caracterizada como limitada, diante da visão doutrinária de como deve se guiar o interprete, na lição de Schreiber:

Extraí-se daí o primeiro desafio para o civilista contemporâneo: não se deixar seduzir, em meio à imensidão (às vezes assustadora) do oceano normativo, pelo simplismo da norma mais específica, resolvendo toda uma controvérsia à luz de um único artigo de lei, quando cada conflito deve, ao contrário, ser solucionado ‘à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam’.⁹¹

2.4 Limites e possibilidades do pacto antenupcial

Nada obstante configurar um espaço de liberdade na disciplina patrimonial do casal, a ordem jurídica impõe limites aos nubentes quanto ao conteúdo do pacto antenupcial. Limites, cujo fundamento, imediato, é a lei. Compreender a extensão desses limites tem, necessariamente, como ponto de partida, o reconhecimento de que sua interpretação deve ser

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸⁹ Art. 426. *Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*

⁹⁰ Art. 1.845. *São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: Schreiber, Anderson e KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas. 2016. p. 21.

restritiva, à luz dos princípios e valores constitucionais incidentes sobre os efeitos patrimoniais do casamento.

Os limites são diretamente apresentados pelo legislador, ao impedir contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva, ao impedir que no pacto antenupcial sejam feitas estipulações que contrariem expressa previsão de lei e, ao estabelecer a natureza de herdeiro necessário para o cônjuge. Como explicam Monteiro Filho e Silva:

Os motivos que inspiram a regra proibitiva no direito nacional são aqueles já conhecidos e relatados na experiência do direito alienígena, a saber, a contrariedade aos bons costumes por suscitar o desejo de morte do autor da herança (*votum alicujus mortis*), à ordem pública, por ilidir as disposições legais relativas à ordem de vocação hereditária, e, por fim, por ser contrário à liberdade de testar, cuja característica marcante é a revogabilidade.⁹²

Naturalmente, se o casamento e, em especial, sua projeção patrimonial, representam direito fundamental da personalidade, ligado diretamente aos valores constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da privacidade e da autonomia privada, apenas quando algum valor constitucional estiver em risco se justificará o reconhecimento de limites à disponibilidade no pacto antenupcial.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, enfrentou questionamentos à validade do conteúdo do pacto antenupcial, em especial, quanto à possibilidade de supressão da concorrência entre herdeiros de classes anteriormente distintas, como se vê no REsp n. 954.567/PE:

1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.

2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento.

3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de

⁹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado | vol. 72/2016 | p. 169-194 | Dez / 2016 DTR\2016\24852.

cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento.

4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

5 - Recurso improvido.⁹³

Ainda em 2011 já se percebia a busca pelo afastamento da concorrência conjugal na sucessão em pactos antenupciais, o que, segundo o julgado do Superior Tribunal de Justiça, representava previsão nula, por contrariar disposição absoluta de lei no julgamento do REsp n. 954.567/PE:

Além disso, a pretensão da recorrente de que o pacto antenupcial teria excluído o viúvo da sucessão dos bens próprios da falecida não prospera, porquanto o artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.⁹⁴

Na direção oposta, valorizando a liberdade, mesmo que diante de uma limitação imposta pelo legislador, com fundamento em valores constitucionalmente tutelados, questionou-se essa limitação de disponibilidade, acendendo luz sobre a discussão acerca da possibilidade de disponibilidade sucessória no pacto antenupcial, nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 992.748/MS:

Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes.⁹⁵

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 954.567/PE, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 01/05/2011, DJe de 18/05/2011.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 954.567/PE, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 01/05/2011, DJe de 18/05/2011.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 992.748 MS, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

Essa tensão jurisprudencial, e mesmo doutrinária entre o antigo e o novo regime retoma o balanço a favor das liberdades e oposição à letra fria da lei, quando o Superior Tribunal de Justiça decide no REsp. 1922347/PR por garantir aos maiores de 70 (setenta) anos um amplo espaço de disponibilidade no pacto antenupcial, permitindo que fosse afastada a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal⁹⁶, ou seja, viabilizando uma menor comunicação patrimonial no casamento, se este for o desejo dos nubentes:

1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial - regime de bens - do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723).

2. O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como sói ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta anos (inciso II).

3. "A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace" (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017).

(...)

6. No casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos.

7. A mens legis do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. O que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*

adotando pacto que o torne regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens.

8. Na hipótese, o de cujus e a sua companheira celebraram escritura pública de união estável quando o primeiro contava com 77 anos de idade - com observância, portanto, do regime da separação obrigatória de bens -, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, realizaram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao enlace, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, com o afastamento da incidência da Súmula n. 377 do STF. Portanto, não há falar em meação de bens nem em sucessão da companheira (CC, art. 1.829, I).⁹⁷

Se nesse julgamento o Superior Tribunal de Justiça fundamentou em *ratio legis* protetiva do patrimônio da pessoa idosa no regime da separação obrigatória, fato é que não deixou de fazê-lo ampliando a autonomia privada por meio do pacto antenupcial, inclusive com a possibilidade de aparente redução de um espaço de solidariedade caracterizado pela partilha do patrimônio construído, com esforço comum, na constância do casamento.

Posteriormente, ampliou-se a autonomia privada nas disposições do pacto antenupcial, no julgamento do Supremo Tribunal Federal, que entendeu por afastar a proteção patrimonial cogente ao idoso, maior de 70 (setenta) anos, a quem a lei impõe o regime legal de separação obrigatória de bens, permitindo-lhe um espaço de autonomia privada na escolha do regime de bens, no julgamento do ARE 1309642/SP:

4. O presente recurso discute duas questões: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis. III. A solução do problema 5. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 6. O princípio da dignidade humana é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros. 7. O princípio da igualdade, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1922347 PR 2021/0040322-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/12/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens. 8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente. 9. A possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entende que “[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob minha relatoria, j. em 10.05.2017). 10. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. É possível, todavia, a mudança consensual de regime, nos casos em que validamente admitida (e.g., art. 1.639, § 2º, do Código Civil). 11. No caso concreto, como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável. IV. Dispositivo e tese 12. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de julgamento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.”⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal, entre as diversas linhas de fundamentação, destaca que a violação da autonomia privada, concretizado no espaço de escolhas existenciais livres de interferência, representa violação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao julgar o ARE 1309642/SP:

O princípio da dignidade humana é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente;⁹⁹

Nesse julgado, o destaque é que, para além da liberdade na formação do patrimônio, o Supremo Tribunal Federal acabou por permitir a interferência na sucessão e na vocação hereditária. Nada obstante o julgado não traçar linhas sobre a possibilidade de alterar a vocação hereditária ou de promover contratos cujo objeto seja herança de pessoas viva, é indubitável,

⁹⁸ BRASIL. STF - ARE: 1309642 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2023 PUBLIC 06-03-2023.

⁹⁹ BRASIL. STF - ARE: 1309642 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2023 PUBLIC 06-03-2023.

que ambos os limites impostos pelo legislador foram superados pela Suprema Corte nesse julgamento.

O maior de 70 (setenta) anos não pode, por força de lei, eleger seu regime de bens, sendo-lhe imposto o regime da separação legal obrigatória. No referido regime de bens o cônjuge não concorre com os descendentes na herança do outro cônjuge, quando de sua morte. Essa a previsão legal, no sentido de que, no regime da comunhão universal e, no da aqui tratada, separação obrigatória, o cônjuge não concorre com os descendentes.¹⁰⁰

Assim, sem sombras de dúvidas, permitir ao maior de 70 (setenta) anos a celebração de pacto antenupcial, sê-lhe está permitindo, por meio de contrato alterar a regra legal da sucessão prevista pelo legislador, trazendo para a sucessão em primeiro grau de vocação, quem não seria chamado à sucessão legítima, na presença de descendentes, ao, por exemplo, eleger o regime da comunhão parcial de bens.

Significa dizer que o Supremo Tribunal Federal permitiu, que o septuagenário poderá escolher afastar a concorrência sucessória do seu cônjuge com seus descendentes se mantiver o regime legal de separação de bens, ou se escolher o regime da comunhão universal de bens, ou poderá escolher atrair a concorrência sucessória entre seu cônjuge e seus descendentes, caso escolha o regime da comunhão parcial de bens, por meio de pacto antenupcial.

Importante que o julgado da Corte Suprema não atrai a regra geral da comunhão parcial ao septuagenário, mas apenas lhe permite a escolha de seu regime de bens. Será que essa liberdade de quem casa no regime da separação legal, agora não mais obrigatória, lhe será permitido escolher o regime eletivo para o casamento e manter o regime legal para a sucessão? Algo não respondido no julgamento, mas que faz todo sentido na ótica teleológica e interpretativa das razões e dos valores constitucionais invocados.

Poderia ocorrer essa escolha de duas formas, uma primeira em que o septuagenário e seu cônjuge escolheriam manter o regime legal de separação de bens, como previsto no artigo 1641, II, do Código Civil, mas estabeleceria, em pacto, a participação, em vida em determinados ou indeterminados bens adquiridos na constância do casamento. Assim, quando

¹⁰⁰ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

do falecimento o cônjuge não seria chamado a concorrer por esta na exceção do artigo 1829, I, do Código Civil.

A segunda forma seria estabelecer, por meio do pacto antenupcial, o regime da comunhão parcial de bens, e, inserir uma cláusula de manutenção da regra do regime legal a ele aplicável no que tange à sucessão, de modo a regular os efeitos em vida pela comunhão parcial e, na morte pelo regime legal de separação. Afastando, assim, em ambas as hipóteses a concorrência sucessória de seu cônjuge com os descendentes.

Verifica-se que tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal vêm decidindo cada vez mais no sentido da autonomia privada em relação às escolhas patrimoniais do casamento, como visto nos acórdãos acima citados. Em especial, tem-se como fragilizados os argumentos fundados na proibição da regra infraconstitucional como argumento único para a proibição das disposições sucessórias no pacto antenupcial, afinal, a regra cede aos valores e à mutação constitucional.

Desse modo, Farias e Rosenvald concluem, com base na autonomia privada:

De fato, a função da autonomia privada no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento é servir como 'forma de consagração e concretização da dignidade humana', como afirma Thiago Felipe Vargas Simões. Logo, a possibilidade de um afastamento absoluto de patrimônio, obstando a incidência da súmula afigurasse-nos completamente possível, como mecanismo de autorregulamentação privada.¹⁰¹

Essa autonomia é destacada, pois, ao estabelecer, como imutável, que, no casamento sob o regime da comunhão parcial haverá necessária e inafastável concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes, em especial, quando se trata dos bens particulares, implicará um retorno cogente, por via transversa, ao regime ancião da comunhão universal, que a lei do divórcio reservou para aqueles que celebrem pacto, como bem pontuado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar Recurso Especial:

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 324.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública.¹⁰²

2.5 Efeitos sucessórios do pacto antenupcial

Os efeitos sucessórios do pacto antenupcial são decorrência direta da eleição do regime de bens, afinal, a concorrência sucessória não segue as mesmas regras, nem contempla as mesmas pessoas em todos os regimes de bens. Também diferencia em relação à natureza dos bens sucessíveis, de acordo com o regime de bem eleito pelos nubentes. Verifica-se, assim, que a escolha do regime de bens, que no casamento, se faz por meio do pacto antenupcial, tem direta relação com o regime sucessório do casamento.

Um quadro comparativo lança luz sobre a direta conexão entre o regime de bens e o regime sucessório entre os cônjuges:

Regime de bens	Meação	Cônjuge herda particulares	Cônjuge herda comuns
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, com descendentes	Não
Separação obrigatória	Indefinido	Não	Não
Separação convencional	Não	Sim, com descendentes	Não

A doutrina de Maria Berenice Dias prevê que os nubentes têm liberdade para a escolha do regime de bens, têm liberdade para regular o conteúdo de seu pacto antenupcial, e podem, inclusive, prever um regime próprio daquele casamento¹⁰³:

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 992.748 MS, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16ª ed. São Paulo: Juspodium, 2023. p. 698.

No que tange à opção pelo regime de bens, aqueles previstos no Código Civil não constituem *numerus clausus*, de modo que as partes podem optar por regime de bens já existente ou por algum outro atípico, desde que não contrariem disposição absoluta de lei, conforme art. 1.639, caput, do Código Civil. Tal atipicidade coaduna-se com a comunhão plena de vida que se instaura com o casamento (CC, art. 1.511), a recomendar que a ampla autonomia atribuída às partes para a definição do estatuto patrimonial que regerá as relações entre si e com terceiros – exceto nas hipóteses geradoras do regime da separação obrigatória de bens, conforme art. 1.641 do Código Civil.¹⁰⁴

Além da escolha do regime de bens, no pacto, podem os nubentes estabelecer cláusulas características de regimes de bens diversos, portanto, pode-se cogitar da escolha de um regime de bens para vigor na aquisição e formação do patrimônio e outro para a regulação sucessória.

De modo que sejam aplicadas as regras da separação absoluta ou da comunhão parcial durante o casamento e as regras da comunhão universal ou da separação obrigatória para controle do regime sucessório, tendo como efeito o afastamento da concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes, por expressa previsão legal.

Ao invocar o princípio da igualdade para permitir ao septuagenário escolher entre os regimes da separação legal de bens e aqueles outros disponíveis a todos os nubentes, que não ostentem essa causa de restrição do artigo 1.641, II, do Código Civil, afinal, no silêncio lhe será aplicado o regime da separação legal, e, caso queira eleger quaisquer outros, lhe basta celebrar pacto antenupcial, a Corte Suprema abre um espaço muito rico para que a igualdade seja experimentada na via inversa, permitindo aos que ainda não alcançaram os 70 (setenta) anos, elegerem o regime da separação legal, por, diante de sua visão de liberdade e dignidade, não pretenderem que haja concorrência entre seus descendentes e seu cônjuge.

Esses dois caminhos não encontrariam a barreira de regras que vedam contrato de herança de pessoa viva, nem a alteração da vocação hereditária legal, pois estariam em conformidade com a lei, que prevê regimes sucessórios específicos para os regimes de bens escolhidos, sendo tranquilo na doutrina e na jurisprudência, como bastante demonstrado nos capítulos anteriores, que a autonomia privada deve permitir a máxima liberdade na escolha do regime de bens. O que leva a fugas da sucessão, como a procura obstinada ou quase obcecada pelos planejamentos sucessórios, como esclarece Teixeira:

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES; Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p.101.

Entretanto, o direito sucessório brasileiro está extremamente enrijecido, muito aquém das necessidades das famílias contemporâneas e das funções patrimoniais, que devem ser atendidas à luz dos princípios constitucionais, mas que dispõem de poucas alternativas para exercer a própria autonomia. É exatamente essa falta de autonomia que demonstra a relevância que o planejamento sucessório adquiriu e o motivo pelo qual se tornou tão necessário na atualidade brasileira.¹⁰⁵

Há, ainda o caminho mais direto e, não diretamente amparado pela lei, em sua interpretação literal, mas em total consonância com os valores constitucionais e a concepção contemporânea da família na ordem constitucional. Esse caminho passa pelo reconhecimento da possibilidade de disposições sucessórias no pacto antenupcial. Disposições diretamente relacionadas à autonomia privada. A doutrina de Flavio Tartuce demonstra essa inquietação, pois é difícil para a sociedade compreender que se possa excluir a participação em vida e se imponha a participação na morte, fazendo da morte, e não da vida a esperança de maior participação patrimonial:

O confuso texto do Código Civil e essa última forma de julgar causam enorme perplexidade na sociedade brasileira, diante do argumento de que aquilo que foi convencionado pelas partes em vida deveria também gerar efeitos após a morte, preservando-se a autonomia privada e a vontade individual dos consortes, de nada se comunicar, seja na vida ou na morte. Em verdade, a solução que está na atual codificação privada não faz o menor sentido para a grande maioria da população brasileira, sendo difícil a sua explicação mesmo para os profissionais do âmbito jurídico.¹⁰⁶

Muito embora o testamento seja o instrumento mais direto de regulação da sucessão, por sua natureza unilateral e revogável, e mesmo limitado em seu espaço de disponibilidade, muitas vezes não consegue atender às complexas demandas que surgem no contexto da sucessão hereditária. Os interesses diversos, de cada um daqueles que integram a relação familiar, exigem uma abordagem mais abrangente e integrada.

A necessidade de uma transmissão mais ágil e eficiente da herança também destaca as limitações do testamento. Em muitos casos, a simples vontade expressa em um documento não

¹⁰⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Foco, 2019. p. 463-464.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. *A reforma do código civil e a sucessão legítima*.

é suficiente para resolver conflitos de interesses, o que pode levar a disputas prolongadas e prejudicar tanto os bens da herança quanto as relações familiares.

Em especial, se cogitando da dinâmica contemporânea das famílias recompostas e da maior longevidade e da sexualidade prolongada, o que apresenta a realidade de encontros de pessoas com momentos de vidas em que o patrimônio já foi construído, muitas vezes por ambos, e que não pretendem que os bens de seu patrimônio migrem para o cônjuge ou para sua família.

Um caso bem simbólico chegou ao nosso conhecimento, em que o casamento ocorreu quando ambos os cônjuges eram sexagenários, ambos já aposentados, ambos com bom patrimônio. Um, que vamos chamar de cônjuge A, tinha 3 (três) filhos de seu primeiro enlace, o outro, cônjuge B, 2 (dois) filhos de dois relacionamentos anteriores. Os patrimônios eram equivalentes e giravam em torno de 3 (três) milhões de reais. Propriedade imóvel basicamente, apenas bens particulares, pois anteriores ao casamento.

Após 3 anos de casamento, os cônjuges sofreram um acidente automobilístico que levou à internação de ambos. A situação era bastante grave, com o risco de morte iminente. O fato sucessório se tornou dramático, pois aquele que falecesse primeiro teria o outro como herdeiro, concorrendo com seus descendentes.

Assim, se o cônjuge A falecesse primeiro deixaria como herdeiros seus 3 (três) filhos e o cônjuge B, dividindo-se por 4 a herança, que logo seria transmitida aos herdeiros do cônjuge B, que assim, seria destinatários da totalidade do patrimônio do cônjuge B, mais $\frac{1}{4}$ (um quarto) do patrimônio do cônjuge A.

Se ocorresse o inverso, teríamos o cônjuge A herdando $\frac{1}{3}$ (um terço) dos bens do cônjuge B, que imediatamente iriam para seus herdeiros, que foi o que aconteceu, em um evento fatal que teve a distância de 4 (quatro) horas, entre o falecimento de cônjuge B e do cônjuge A.

O fenômeno sucessório, mesmo com maior distância entre os eventos, terá o mesmo efeito migratório da sucessão de uma família para outra, sem que se possa controlar esse destino patrimonial, o que violaria os princípios que fundamentam a sucessão, a solidariedade familiar e a liberdade.

Nesse sentido a professora Ana Luiza Nevares, ao tratar dessa angústia de controle do evento sucessório, apresenta mecanismos adicionais de planejamento sucessório, como holdings familiares, planos de previdência privada – PGBL e VGBL, seguros de vida, acordos

familiares e até instrumentos como a patilha em vida, que podem facilitar a resolução de conflitos e a transição dos bens de forma mais fluida.¹⁰⁷

Fato é, que não se pode cogitar de mecanismos transversais como única alternativa, para evitar a transmissão do patrimônio de um cônjuge para o outro, quando da morte, mas de se enfrentar diretamente os limites do pacto em relação às disposições sucessórias, sempre atento ao maior espaço de liberdade. Essas questões refletem as complexidades do direito sucessório e a interação entre a vontade dos cônjuges os direitos dos herdeiros e os valores constitucionais envolvidos.

Não se cogita de, como no testamento, se valer de instrumento unilateral, que muitas vezes surpreende os sucessores, mas de instrumento bilateral e consensual de controle da comunicação tanto em vida, como, por que não? *post mortem* entre os cônjuges, de acordo com seus interesses de autodeterminação e os elementos funcionais do pacto antenupcial.

A vedação ao contrato que envolva herança de pessoa viva atrai uma carga moral relevante, de não ser objeto do interesse jurídico ou econômico de um sujeito a morte de outro. Evitar que se cogite de que uma morte seja a condição de enriquecimento ou mesmo de aquisição de direitos de natureza contratual, como esclarecem Holanda e Cunha:

Dessa forma, os pactos sucessórios (*pacta corvina*) são considerados nulos, haja vista a impossibilidade de contratualização de herança de pessoa viva (artigo 426, CC). Sobre o assunto, crucial cindir essa vedação em duas vertentes: a do futuro falecido (vivo, portanto) e a do futuro herdeiro. Na visão desse último, considerando se tratar de uma mera expectativa de recebimento de herança, é acertado o dispositivo legal ao vedar qualquer conjectura de desejo de morte daquele para impor a finalidade aquisitiva de bens (juízo moral latente no direito romano). Em contrapartida, na ótica do futuro morto, há injusta interferência estatal na livre escolha e livre disposição patrimonial referente a um direito próprio, pessoal e individual.¹⁰⁸

Como cogitar de uma regra em que se alcance exatamente o oposto, quando o regime de bens exclui o cônjuge em vida e o beneficia apenas e tão somente na morte do outro? Trata-

¹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza. *A importância do contrato na transmissão hereditária*. In: AGIRE | Direito Privado em Ação, n.º 124, 2024. Disponível em: 26/08/2024.

¹⁰⁸ HOLANDA, Maria Rita de; CUNHA, Juliana Marques. *A autonomia da vontade e os limites ao pacto sucessório*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso 23 out 2024.

se de regra que não promove os valores constitucionais, nem a *ratio legis* da vedação aos contratos de herança de pessoa viva.

Prever a morte como efeito jurídico condicionante de negócios jurídicos não é vedado no ordenamento jurídico, afinal, temos o seguro de vida, o testamento, a partilha em vida, a previdência privada, o usufruto, como alguns exemplos.

Na presente hipótese o voto de morte, ou o desejo da ave de rapina que espreita o moribundo, está completamente invertido, quando a morte é a fonte do direito que em vida se permitiu negar. Não terá direito aos bens particulares ao se divorciar, quando casado no regime da comunhão parcial, mas os receberá se em vez do rompimento em vida, o que acontecer for a morte.

Seria um incentivo à manutenção de casamentos sem que haja mais afeto e solidariedade unindo os cônjuges, em que a vida em comum não seja mais o combustível e a *ratio* da manutenção do vínculo. Aí sim, um desejo corvino de se manter unido, para ter acesso aos bens. Permitir, portanto ao pacto antenupcial dispor acerca dos direitos sucessórios é vedar o que o legislador quis evitar com o *pacto corvina*. Além de não apresentar vantagens ao renunciante, de modo a atrair a proibição do *pacto corvina*¹⁰⁹.

É nesse sentido que parte da doutrina se firmou pela possibilidade de que o pacto antenupcial preveja o afastamento da concorrência entre cônjuges e descendentes, pois não se estaria afastando a sucessão legítima, ainda conferida aos descendentes, de forma que a renúncia do cônjuge não implica ataque à intangibilidade da legítima¹¹⁰.

A intangibilidade da legítima, como sucedâneo do próprio elemento central do direito fundamental constitucional à herança, não se confunde com a vocação hereditária. Retirar da família, ou restringir excessivamente seu acesso, seja limitando demais os herdeiros legítimos, seja por meio de tributação excessiva, a qualificar confisco, sim configuraria violação da legítima. Já, permitir aos cônjuges que exerçam sua plena liberdade de disposições patrimoniais, inclusive para afastamento da concorrência sucessória com os descendentes, ao contrário, mantém a intangibilidade da legítima e consagra os valores constitucionais da família.

¹⁰⁹ MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 90.

¹¹⁰ DELGADO, Mário Luiz. *Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?* Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n.31. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 18-19.

CAPÍTULO 3 - A CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES.

3.1 As hipóteses de concorrência entre o cônjuge e os descendentes

A sucessão legítima, já anteriormente examinada, experimentou uma alteração bastante relevante quando da edição do Código Civil de 2002, em substituição ao diploma de 1916, ao elevar o cônjuge da terceira para a primeira posição na vocação hereditária. Se na ordem jurídica anterior o cônjuge era chamado a suceder apenas na falta de descendentes ou ascendentes, na nova ordem passa a concorrer com os descendentes na primeira classe da vocação hereditária.

O Código Civil de 2002 é fruto de um projeto de 1975, portanto contemporâneo a outro relevante movimento no direito de família e, também das sucessões que foi aquele do divórcio.¹¹¹ Movimento que tem início com uma emenda constitucional que supera a indissolubilidade do vínculo conjugal e permite a promulgação da lei 6.515 de 1977 a Lei do Divórcio. Naturalmente a permissão do divórcio enfrentou grande resistência por parte da sociedade que enxergava nele o fim da família, como bem descrito por Caio Mario:

A luta pelo divórcio no Brasil foi longa e tenaz. Autores e parlamentares divorcistas, salientando-se entre os últimos o senador Nelson Carneiro, durante três décadas apresentaram projetos de lei neste sentido, sempre vencidos pela resistência de opositores sistemáticos, apoiados fortemente pela Igreja Católica, num combate persistente e sem transigência.¹¹²

Naturalmente o tempo mostrou que era apenas o fim de um modelo de família fundado no patrimonialismo e no patriarcado, onde a felicidade e os desejos individuais cediam a uma estrutura de poder e patrimônio. O que se abriu foi a possibilidade de novas famílias, de um sopro de felicidade e liberdade para pessoas que já não estavam mais realizadas existencialmente em seus casamentos, para que pudessem viver sua individualidade,

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Pg.437

¹¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil V*. Rio de Janeiro. Forense, 3ª ed. 1995. p. 157.

consagrada no direito de estar só, ou mesmo e, principalmente, para que pudessem construir novos vínculos de conjugalidade.

A lei do divórcio, para além de permitir o desfazimento do vínculo, alterou também a base patrimonial do casamento, retirando a centralidade do regime da comunhão universal prevista para aqueles que se casavam sem pacto antenupcial, para estabelecer a comunhão parcial de bens como regime legal supletivo. Essa alteração excluiu da comunhão os bens presentes no patrimônio de cada cônjuge e aqueles que sobreviessem ao casamento por doação ou herança.

Esses bens integrantes do acervo patrimonial de cada cônjuge ao se casar e aqueles recebidos por herança ou doação no curso do casamento eram bens que integravam a comunhão no regime da comunhão universal. Essa alteração acabou por gerar uma tentativa de compensação por parte do legislador quando da sucessão. Aqueles bens suprimidos do cônjuge pela substituição da comunhão universal pela comunhão parcial lhe seriam devolvidos quando da sucessão.

Foi nesse sentido que o novo Código Civil estabeleceu que no regime da comunhão parcial de bens haveria uma distinção na vocação hereditária de acordo com a natureza dos bens sucessíveis. Os bens comuns, cuja meação já garantia a metade ao cônjuge, seriam integralmente destinados aos descendentes, ou seja, dos bens comuns o cônjuge receberia sua meação e a outra metade seria destinada aos descendentes.

Já em relação aos bens particulares do *de cujus*, que no sistema anterior também seriam destinados aos descendentes, agora seriam partilhados em sistema concorrencial entre descendentes e cônjuges, devolvendo a este a participação nessa parcela do patrimônio que antes lhe era garantida pelo regime de bens. Reservou, ainda uma quota mínima de 25% sobre esses bens particulares se concorresse com mais de 3 (três) descendentes.

Surpreendentemente, o novo ordenamento acabou por limitar, em vez de ampliar a autonomia dos cônjuges em relação à sua disponibilidade patrimonial. Um novo casamento, uma nova família, ambos fundados em valores de maior liberdade, de igualdade e de afastamento do patrimonialismo e o ordenamento jurídico prega uma peça em seus destinatários, em uma estrutura familiar recomposta, como bem identificado por Nevares:

Com efeito, se pensarmos na família do início da década de 70, seria possível afirmar que havia uma clara e evidente inferioridade feminina na família, em

especial em virtude da ascendência econômica do homem em relação à mulher, pelo exercício profissional. Além disso, o casamento era indissolúvel e o modelo nuclear - pai e mãe casados e filhos - era aquele almejado socialmente. Nessa perspectiva, considerava-se imperiosa a garantia de uma melhor posição sucessória ao cônjuge. A família do século XXI, quando finalmente o Código entrou em vigor, muito difere daquela da década de 70.

Inicialmente, vale mencionar que o divórcio foi previsto em nosso ordenamento 25 anos antes. Nas últimas três décadas (de 1984 a 2014), o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 341,1 mil, com a taxa geral de divórcios passando de 0,44 por mil habitantes na faixa das pessoas com 20 anos ou mais de idade, em 1984, para 2,41 por mil habitantes em 2014).¹¹³

O sistema anterior permitia a escolha de regime de bens de separação absoluta, sem comunicação patrimonial em vida e na sucessão não ocorreria a concorrência do cônjuge com descendentes, de modo que a comunicação patrimonial seria inexistente ou mínima. O novo Código, passa a prever uma participação cogente e indisponível para parte da doutrina do cônjuge no patrimônio particular de seu consorte. Veja que a norma não é garantidora de um princípio de solidariedade por não prever a participação em bens que integrariam possível comunhão ou fruto de esforço comum, mas nos bens particulares de forma geral a abstrata.

Não sem razão a doutrina civilista alertava para o nascimento de um Código velho, um diploma desconectado de seu tempo, olhando para trás e não para a frente, nas letras de Facchin:

De igual modo, a observação dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que valoriza a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade. Para isso o novo Código não nasce pronto; ao contrário, nessa matéria fez rebotar estigmas como a culpa na separação e nos alimentos. Em verdade, uma lei, se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos à luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais.¹¹⁴

¹¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 451-461.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04.

Não surpreende que o atual projeto de revisão do Código Civil de 2002 tenha como um de seus principais pontos de consenso a necessidade de revisão da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, como explica Tartuce:

Uma das mais debatidas propostas constantes do Anteprojeto de Reforma do Código Civil diz respeito à sucessão legítima, em especial à ordem de vocação hereditária, prevista atualmente no art. 1.829 da codificação privada, que tem a seguinte confusa e longa redação:

"Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais¹¹⁵.

O direito sucessório do cônjuge ou companheiro sobrevivente é fruto da comunhão plena de vida estabelecida pelo casamento. Essa instituição, que cria um vínculo familiar e possui status constitucional, impõe aos cônjuges uma série de obrigações e efeitos tanto existenciais quanto patrimoniais.

Do ponto de vista existencial, essa comunhão se expressa em deveres de fidelidade, vida em comum, compartilhamento do domicílio conjugal, assistência mútua (moral e material), sustento e educação dos filhos, embora a decisão de ter ou não filhos seja uma escolha livre do casal. O respeito e a consideração mútuos também são fundamentais. Assim, a comunhão de vida e o afeto estão interligados no casamento. Como afirmam Leal, Correia e Costa Filho, o afeto pode ser visto como uma nova interpretação da ideia de comunhão plena de vida, um critério essencial para identificar relações familiares, especialmente conjugais.¹¹⁶

Esses deveres são elementos que qualificam a relação de conjugalidade, mencionados na legislação como essenciais para a validade do casamento. Podemos imaginar

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. *A reforma do código civil e a sucessão legítima*. Disponível em: flavioartuce.adv.br/artigos. Acesso em 24 out 2024.

¹¹⁶ LEAL, Adisson, CORREIA; Atalá, COSTA FILHO; Venceslau Tavares. *Direito de Família: Problemas e Perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2021. p.27.

os cônjuges conectados por uma linha invisível e intangível que os une, sendo moldada e redefinida diariamente pelas escolhas que fazem em sua convivência. Esses deveres não se configuram em deveres obrigacionais e geradores de direitos subjetivos.

Esse complexo de relações reflete a privacidade do casal, garantindo o livre planejamento familiar e evitando intervenções de entidades públicas ou privadas. A complexidade da comunhão não diminui a autonomia privada, a qual é protegida constitucionalmente, permitindo que cada cônjuge mantenha sua individualidade e faça suas próprias escolhas existenciais, mesmo dentro da união, como corolário da igualdade incorporada pela Constituição da República:

Portanto, outro marco extraordinário da Constituição democrática foi a determinação não apenas da igualdade entre homem e mulher, prevista no art.5º, I da CF, mas especial e especificamente, a igualdade entre os cônjuges prevista neste dispositivo: por força do § 5º do art. 226 da Constituição, homem-esposo-companheiro e mulher-esposa-companheira passaram a ter os mesmos direitos e deveres no interior da família, em virtude da aplicação imediata das disposições constitucionais às relações interprivadas.¹¹⁷

Um complexo multifacetado que representa a privacidade, assegurando o direito ao planejamento familiar livre de interferências de entidades públicas ou privadas. Essa complexidade e comunhão não anulam, mas sim reconfiguram a autonomia privada, igualmente protegida pela Constituição ao valorizar a pessoa de cada cônjuge. Assim, cada indivíduo mantém sua individualidade e o direito de fazer escolhas existenciais e patrimoniais, mesmo ao assumir a união e a comunhão de vida no casamento.

Esse é o contexto em que a concorrência é incorporada ao direito brasileiro, configurando uma verdadeira ação afirmativa em prol da proteção da mulher. Embora se possa criticar essa afirmação devido ao fato de que, ao contrário da legislação de proteção contra a violência doméstica, aqui o legislador não faz distinção entre o cônjuge masculino e o feminino, a estrutura familiar brasileira permite refutar essas críticas, considerando que a igualdade constitucional ainda não se traduziu em igualdade material no âmbito familiar.

É um contexto em que a injustiça econômica e a cultural se encontram, oferecendo um ponto de convergência e uma forma de reparação que, ainda que não solucione

¹¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 2220.

integralmente ambos os aspectos, representa um avanço e um reconhecimento do esforço nesse sentido. Nas palavras de Nancy Fraser:

O remédio para a injustiça econômica alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas.

(...)

O remédio para a injustiça cultural, em contraste, alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas.¹¹⁸

A transformação exige políticas legislativas que compreendam a importância de uma autêntica política de gênero, reconhecendo suas duas dimensões: a econômica, na esfera redistributiva, e a cultural, ligada a valores e ao reconhecimento social. Essas políticas não devem negligenciar o primeiro e, possivelmente, mais sensível espaço de vulnerabilidade para a mulher: a família, como defende Nancy Fraser:

Sob esse aspecto, a injustiça de gênero aparece como uma espécie de injustiça distributiva que clama por compensações redistributivas. De modo muito semelhante à classe, a injustiça de gênero exige a transformação da economia política para que se elimine a estruturação de gênero desta.

(...)

Isso, no entanto, é apenas uma parte da história. Na verdade, o gênero não somente uma diferenciação econômico-política, mas também uma diferenciação de valoração cultural. Como tal, ele também abarca elementos que se assemelham mais sexualidade do que classe, e isso permite enquadrá-lo na problemática do reconhecimento.

(...)

O gênero é, em suma, um modo bivalente de coletividade. Ele contém uma face de economia política, que o insere no âmbito da redistribuição. Mas

¹¹⁸ FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós socialista"*. cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, 2006. p. 232.

também uma face cultural-valorativa, que simultaneamente o insere no âmbito do reconhecimento.¹¹⁹

O avanço na igualdade de gênero dentro da sociedade e na ordem jurídica é um elemento fundamental da revisão da concorrência sucessória, que não mais se justifica, em razão da maior inserção da mulher no mercado de trabalho, e, principalmente, por não mais se reconhecer no casamento o *locus* de proteção patrimonial, mas apenas de realização da mulher.

A subcomissão de Direito das Sucessões – formada pelos Professores Mario Luiz Delgado, Gustavo Tepedino, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Ministro Asfor Rocha – ao texto do anteprojeto na análise das propostas de alteração do Código Civil destacou esse elemento fundamental de gênero e suprimiu, na regulação do casamento, referências a homem e mulher ou marido e mulher, e passou a fazer referência pessoas, em uma acepção civil constitucional isonômica:

Diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, foi preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão legítima, chegando-se à conclusão de que eles não deveriam mais figurar como herdeiros necessários, nem muito menos concorrer com os descendentes e ascendentes do autor da herança. Importante destacar que grande parte das sugestões recebidas nos canais disponibilizados pelo Senado Federal e por outras instituições tiveram por objeto afastar do cônjuge a condição de herdeiro necessário e de herdeiro concorrente¹²⁰.

No mesmo sentido vários direitos com uma maior característica de proteção da vulnerabilidade permanecem no ordenamento jurídico, como a previsão do *usufruto legal e judicial sucessório* em favor do cônjuge em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica, além do já existente direito real de habitação.

A mais recente publicação do censo do IBGE reflete essa mudança no padrão das famílias brasileiras, onde as mulheres passam a ocupar maior espaço como provedoras das famílias, rompendo com a dominação econômica dos homens. As informações divulgadas são

¹¹⁹ FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós socialista”*. cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, 2006. p. 234.

¹²⁰ BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de direito das sucessões da cjcodcivil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/c186eb20-1e41-4e5c-b02c-80cb10d13b26>. Acesso em 24 abr 2024.

provenientes do questionário básico do Censo 2022. Em relação à composição familiar, a partir dos dados dos domicílios, são traçadas características das pessoas responsáveis pelas unidades domésticas, o que diagnosticou um avanço de 38,7% em 2010 para 49,1% em 2022 das unidades em que a mulher é a principal responsável pelo sustento da família.¹²¹

Com a gradativa redução da desigualdade social de gênero e a ruptura de uma sociedade estritamente patriarcal, fortalece-se gradualmente a possibilidade de correspondência equitativa de geração de riqueza por qualquer pessoa e a consagração, cada vez mais, ainda que ainda não tenha sido formalmente alcançada, do dispositivo elencado no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹²²

A própria noção de casamento entre homem e mulher não mais dá conta da representatividade atual da família, a família homoafetiva é uma realidade, uma feliz realidade na sociedade e na ordem jurídica.

3.2 Autonomia privada e solidariedade familiar na sucessão *mortis causa*

A investigação dos valores e princípios constitucionais é fundamento de toda ordem jurídica, impondo-se na elaboração, interpretação e aplicação das leis. Os direitos fundamentais apresentam um núcleo essencial intangível. Há, outro espaço regulável. Em especial, quando há um equilíbrio ou mesmo uma presença conjunta de valores ou princípios constitucionais em uma mesma relação ou situação jurídica subjetiva.

Não trata de uma metodologia interpretativa com a supremacia da objetividade ou literalidade do texto legal, nem uma hermenêutica arbitrária a partir da subjetividade do intérprete, mas de uma linha interpretativa que preserve a força normativa do texto constitucional, mesmo nas relações privadas:

Assim, na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais exsurgidas de um profundo cambio paradigmático, o

¹²¹ Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/> Acesso em 25 out 2024

¹²² HOLANDA, Maria Rita de; CUNHA, Juliana Marques. *A autonomia da vontade e os limites ao pacto sucessório*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso 23 out 2024.

papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendida lato sensu).

(...)

O direito a uma resposta constitucionalmente adequada será, assim, consequência da obediência aos demais princípios, isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto de tratamento equânime, respetivo ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um ‘produto’ filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna).¹²³

Em relação ao direito das sucessões e autonomia privada podemos identificar por exemplo a validade de uma cláusula do contrato social de uma sociedade limitada, que não permita o ingresso dos sucessores do sócio falecido no quadro societário. Há, naturalmente, uma limitação aos direitos dos sucessores, mas não uma limitação ao núcleo intangível do direito sucessório. Esse espaço de intangibilidade é aquele referido ao direito de receber as quotas, ou o valor a elas correspondentes em apuração de haveres.

O exemplo acima demonstra claramente que se preserva o direito à sucessão com a transmissão dos bens e direitos do sócio falecido, mas equilibra e respeita a autonomia negocial empresarial em que os sócios por meio de seu contrato social regulam a entrada de novos sócios.

A autonomia privada na visão de Perlingieri, está diretamente conectada à compreensão da liberdade conferida aos sujeitos para em suas relações jurídicas, transações econômicas ou patrimoniais, reconhecendo a validade e relevância de seus atos jurídicos unilaterais e de cunho não patrimonial. Esse entendimento permite que os indivíduos ou entes possam exercer um autêntico poder de autorregulação sobre suas próprias relações jurídicas, o que enriquece o conceito de autonomia dentro do Direito Privado em geral e das famílias e sucessões em

¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 76-87.

particular, assegurando que a autonomia respeite os princípios fundamentais e o bem-estar coletivo.¹²⁴

A solidariedade como aparente contraponto à autonomia privada conecta o indivíduo à noção de alteridade e à noção de pertencimento social e coletivo. Valor e princípio diretamente ligados à funcionalização dos institutos jurídicos em que os direitos individuais e sua tutela se justificam pelo fim e proveito que realizam dentro da sociedade. É o equilíbrio entre a pessoa isolada e a pessoa inserida no tecido social.

Liberdade e solidariedade se apresentam tão fortemente conectadas que sua base constitucional as une no artigo 3º, I da Constituição da República¹²⁵. Sociedade e indivíduos ao mesmo tempo livres e solidários. A liberdade e a solidariedade concretizados em valores juridicamente tutelados e diretamente conectados com a vida familiar.

A família é a instituição jurídica em que a solidariedade se mostra mais expressiva, por ser uma escolha de compartilhamento de vida, uma escolha de criar um vínculo existencial e afetivo, como a atração e comunhão de vida, direitos, deveres e responsabilidade, tanto existenciais quanto patrimoniais, que pode ser resumida em sua máxima expressão social:

O princípio da solidariedade, ao contrário, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, no contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós¹²⁶.

Pode se cogitar da solidariedade no direito de família no campo existencial, por ser da essência da formação do vínculo familiar o respeito ao outro, na construção de sua personalidade e no pleno desenvolvimento de suas aptidões. O poder dever dos pais em relação aos filhos e os deveres do casamento são demonstrações claras de uma vida com respeito e energia voltados não apenas para a realização de seus próprios desejos ou interesses, mas diretamente à vida em comum ou ao afeto que conecta os sujeitos na família.

¹²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹²⁵ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de; *O princípio da solidariedade*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 247.

Revela-se também um espaço claro de solidariedade patrimonial familiar, no dever de mútua assistência material, no dever recíproco de prover o sustento dos filhos e do lar atribuído aos cônjuges, na existência inafastável de um regime de bens em todo casamento, na previsão de direitos sucessórios entre os cônjuges, além da previsão do direito a alimentos, que significa o dever de sustentar o outro em sua subsistência ou na manutenção de seu padrão social de vida.

O ordenamento jurídico diante da maior autonomia e liberdade dos indivíduos e da maior fluidez dos relacionamentos familiares vem limitando o compromisso de solidariedade familiar, seja ao tempo do relacionamento, de modo que o seu rompimento seja o fim não apenas das conexões existenciais, mas também das patrimoniais, seja em razão da autonomia dada aos cônjuges para dimensionarem o espaço de solidariedade e conexão patrimonial que pretendem estabelecer.

Permitir o divórcio sem que seja necessária uma causa ou justificativa pode ser encarado como uma exacerbação da liberdade individual em detrimento da solidariedade, pois não considera o desejo ou a entrega do outro, mas concretiza também a solidariedade, compreendida como a noção de permitir o pleno desenvolvimento de cada indivíduo e sua busca pela felicidade. De se destacar que o projeto de revisão do Código Civil cogita do divórcio unilateral junto ao registro civil de pessoas naturais, tamanha a fluidez e liberdade que hoje se confere ao vínculo e ao seu desfazimento¹²⁷.

Podemos citar a ampliação da liberdade, já mencionada, para que cônjuges submetidos ao regime da separação legal ou obrigatória, possam ampliar sua conexão patrimonial elegendo regime de bens diverso¹²⁸ – em especial o maior de 70 (setenta) anos, seja para, na mesma hipótese, restringir ainda mais a participação patrimonial, com a previsão de inaplicabilidade da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e evitar qualquer comunicação de bens durante o casamento.¹²⁹

Ainda mais clara a redução dos efeitos diretos da solidariedade nas relações patrimoniais de família é a transformação do dever alimentar entre cônjuges em um fenômeno

¹²⁷ BRASIL. *Parecer n° 1 – subcomissão de direito de família da cjcódcivil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em 24 abr 2024.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1309642 SP, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2023 PUBLIC 06-03-2023

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1922347 PR 2021/0040322-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/12/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022

jurídico excepcional, a ponto do Superior Tribunal de Justiça reafirmar constantemente que alimentos entre cônjuges é exceção no direito brasileiro, como fez no AREsp 2516485/TO.

1. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem entendimento firme no sentido de que o pensionamento entre ex-cônjuges, de caráter excepcional e transitório, deve ser fixado com termo certo, estipulando tempo hábil para que o beneficiário dos alimentos possa se inserir ou recolocar no mercado de trabalho e possa se manter pelos próprios meios, ressalvadas apenas excepcionais hipóteses em que se verifique a incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho do alimentado. Precedentes.¹³⁰

A noção de igualdade entre os cônjuges atrai uma noção de responsabilidade de cada indivíduo por seu sustento, afastando a família contemporânea de necessária formação de espaço patrimonial de garantia.

Na sucessão resta muito clara a visão solidária de participação patrimonial *mortis causa* entre cônjuges, seja pela sua qualidade de herdeiro necessário, seja por sua vocação sucessória super qualificada pela concorrência na primeira classe com os descendentes. O legislador do Código Civil de 2002 se distanciou das noções de autonomia privada e solidariedade constitucionais e da visão contemporânea do vínculo familiar, o que abre natural espaço para discussão acerca da possibilidade de se alterar as previsões sucessórias da lei pela vontade das partes.

Permitir aos cônjuges que elaborem pacto antenupcial suprimindo a concorrência sucessória concretiza, portanto, não apenas a visão de autonomia privada reconhecida e reforçada pela visão de autorregulação de interesses, mas também à visão de solidariedade, pois permite que os casamentos se construam para o pleno desenvolvimento pessoal de cada cônjuges, sem que a formação ou destino patrimonial seja um obstáculo à formação do vínculo familiar.

3.3 Conflito aparente na disciplina patrimonial no rompimento do vínculo em vida e *mortis causa*.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 2516485 TO, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 19/08/2024, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2024.

A disciplina patrimonial do casamento, em vida, tem a sua eficácia a partir da celebração do casamento, momento em que passa a vigorar um regime de bens, até a separação de fato, judicial ou divórcio. A lei estabelece, no artigo 1.576 do Código Civil, como termo final do regime de bens a separação judicial, que, embora não seja mais reconhecida como existente autonomamente em nosso ordenamento jurídico¹³¹, fato é que não pode ser desconsiderada, em razão de que ainda há casais separados judicialmente, sem que tenham se divorciado.

Se pela orientação da Suprema Corte a Emenda Constitucional 66/2010 extirpou a separação judicial e toda sua componente de culpa na dissolução da sociedade conjugal, a leitura deve ser no sentido de assumir o divórcio como momento de fim do regime de bens. No entanto, a separação de fato, como acima já discorrido, em tendo ocorrido, atrairá o fim do regime de bens. Evitando, assim, enriquecimento sem causa.

Todo esse percurso do casamento, de sua celebração ao final, de fato ou formal é regulado pela vontade manifestada pelos nubentes ao se casarem. Na habilitação para o casamento elegem seu regime de bens e esta escolha regerá os efeitos patrimoniais desse casamento. Efeitos que são regulados da forma mais livre pelos nubentes.

É permitido pelo Código Civil aos cônjuges escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver e, inclusive mesclar regimes. Podem, por exemplo, optar pelo regime da separação absoluta de bens, estabelecendo que durante seu casamento, independentemente do tempo de duração, das agruras, alegrias, dificuldades ou belezas que compartilhem e reciprocamente suportem, nada será comunicado do patrimônio constituído por cada cônjuge. Estabelece a ordem jurídica uma distinção entre o espaço de compartilhamento existencial e aquele patrimonial do casal.

Permite, inclusive que o regime de bens seja alterado, se, no curso do casamento parecer aos cônjuges que sua vida patrimonial merece tratamento diverso daquele imaginado no momento do casamento. Mais uma vez exigindo comum acordo entre os cônjuges, além da via judicial e de fundamentação para seu deferimento.

A realidade do ordenamento jurídico retrata o espaço mais abrangente de autonomia privada, não cogitando do tempo de relação, nem da eventual dependência econômica ou

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 1167478/RJ (Tema 1.053), Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 08/11/2023, Plenário, Data de Publicação: DJe 09/11/2023.

vulnerabilidade para restringir o total afastamento patrimonial no regime de bens da separação absoluta no casamento.

Eventual situação de vulnerabilidade ou de dependência econômica é tratada por outro fenômeno ou situação jurídica patrimonial familiar que são os alimentos. Dessa forma, mesmo os alimentos, com sua função promocional da solidariedade, já recebem tratamento de excepcionalidade entre cônjuges pelo Superior Tribunal de Justiça.

Exsurge assim, o aparente conflito no tratamento do regime de bens do casamento em vida, em relação aos efeitos sucessórios do casamento, pois, se no primeiro caso tem-se a mais ampla autonomia privada, no segundo a lei se apresenta ultra restritiva. Não permite contrato que envolva herança de pessoa viva, estabelece o cônjuge como herdeiro necessário, impõe a concorrência do cônjuge com os descendentes e, ao tratar do pacto antenupcial inquina de invalidade qualquer cláusula que contrarie expressa disposição de lei, como chama atenção Tepedino:

O Código Civil de 2002 ampliou significativamente a tutela sucessória do cônjuge, impondo sem ressalvas sua condição de herdeiro necessário e atribuindo-lhe direito de concorrência com os descendentes em algumas hipóteses. A solução se mostra, em certa medida, paradoxal, uma vez que, em matéria de regime de bens, garantiu o legislador ampla flexibilidade aos nubentes.¹³²

Um conflito que não encontra justificativa na ordem jurídica, pois não há razão para que se promova maior participação na morte do cônjuge do que em vida, onde se revela o maior espaço de afeto e solidariedade. Em especial em uma conjuntura familiar renovada e com as famílias recompostas. Essa contradição interna do ordenamento jurídico foi muito bem pontuada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 992.748/MS:

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório? traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida?

¹³² TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.¹³³

Muitas vezes as relações entre o *de cujus* e o cônjuge supérstite se desenrolam em momento de vida em que não ocorre a construção de patrimônio, ou mesmo pode ocorrer da relação ser efêmera, com o casamento durante breve espaço de tempo, gerando uma participação totalmente desproporcional do cônjuge supérstite no patrimônio formado sem sua colaboração.

Essa possível e natural incongruência nos efeitos econômicos do casamento fica muito clara em um cenário cada vez mais evidente de famílias recompostas e oposição ao casamento do tempo projeto do Código Civil vigente, como anotou a doutrina de Nevares:

Novas entidades familiares foram consagradas em nosso ordenamento jurídico, não se podendo afirmar que as únicas formas de família admitidas são aquelas previstas na Constituição da República, diversificando, assim, o rol de pretendentes à sucessão do finado. E mais: a inserção da mulher no espaço público e a sua independência são cada vez mais acentuadas.

(...)

O divórcio é uma das causas da recomposição das famílias, quando as pessoas constituem novos relacionamentos, com filhos anteriores exclusivos ou comuns, não sendo raro que na sucessão hereditária concorram o consorte do falecido e seus descendentes exclusivos, o que evidentemente é um potencial fonte de conflito. Além disso, não são infrequentes os casos em que o consorte sobrevivente teve um relacionamento curto com o autor da herança em comparação com o período no qual este último adquiriu o seu patrimônio objeto da sucessão.¹³⁴

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 992.748/MS, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

¹³⁴ NEVARES, Ana Luíza Maia. *Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 451-461.

Revela-se uma contradição de tratamento do patrimônio conjugal incompatível com a necessária racionalidade e coerência do ordenamento jurídico. Afinal não se pode cogitar que um mesmo instituto – o casamento – possa receber tratamento extremamente livre em relação aos efeitos patrimoniais em vida, conferido à autorregulação de interesses dos nubentes a possibilidade de afastarem-se completamente do patrimônio construído pelo consorte e, ao mesmo tempo atá-los de forma inevitável *post mortem*, exigindo-lhes participação tão intensa quanto a de primeira classe inafastável na vocação hereditária.

Essa contradição revela-se apenas aparente se considerarmos os valores constitucionais envolvidos na elaboração do pacto antenupcial, na escolha do regime de bens e no regime sucessório entre os cônjuges. Os aparentes impedimentos levantados para a regulação dos efeitos patrimoniais sucessórios do casamento devem ser interpretados à luz dos valores constitucionais incidentes sobre suas três dimensões – pacto, regimes de bens e sucessão.

O pacto antenupcial é inspirado pela autonomia privada e pela possibilidade de autorregulação de interesses privados, optando os nubentes por disciplinarem suas relações patrimoniais, em vez de deixarem somente para a lei a regulação de suas relações. Seu limite deve ser apenas a violação recíproca de interesses jurídicos legitimamente tutelados, por meio de vícios da vontade ou de abuso da vulnerabilidade.

O regime de bens é o espaço por excelência da autonomia privada, garantindo-se aos nubentes em relação ao seu patrimônio, a escolha do que melhor lhes aprouver, sem restrição ou limitação à formação, à administração à sucessão recíproca nos bens que integrem o patrimônio do cônjuge.

A sucessão, corolário do direito constitucional da propriedade e à herança reflete a destinação *post mortem* do patrimônio do *de cuius*, cujo controle deve ser diretamente proporcional ao controle que lhe é atribuído na formação do patrimônio comum ou particular durante o casamento, de modo que não se atribua necessário efeito econômico patrimonial a essa relação existencial. Permite-se que o vínculo afetivo opere plenamente sua vocação existencial, sem que necessariamente se lhe confira efeitos patrimoniais.

3.4 Possibilidade de afastamento da concorrência do cônjuge pelo pacto antenupcial.

O afastamento da concorrência do cônjuge pelo pacto antenupcial é um exercício da autonomia privada, consagra a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sem descuidar da solidariedade, por ser negócio jurídico prévio ao casamento e bilateral. Diferentemente do testamento em que unilateralmente o titular do patrimônio dispõe de seus bens e direito em uma visão totalmente individualista seja na decisão seja na destinação, o pacto antenupcial é um instrumento conjunto, elaborado a partir de uma decisão dos nubentes.

Outro aspecto em que se destaca, em concreto sua função promocional das escolhas existenciais livres de interferências e, principalmente, sem descuidar da solidariedade é que é instrumento que antecede ao casamento, permitindo a ambos os cônjuges dimensionarem os efeitos patrimoniais do casamento antes mesmo de se casarem, o que lhes guiará a necessidade de maior dedicação a suas vidas profissionais e à realização de suas autonomias financeiras e patrimoniais, portanto, o casamento não seria fonte de proteção patrimonial, nem tal fato surpreenderia os indivíduos. O seria, se assim lhes parecer mais adequado.

A aplicabilidade da vedação ao pacto corvina à renúncia prévia da herança por meio de pacto antenupcial divide a doutrina, sendo que sua natureza de renúncia abdicativa retiraria o impedimento, como ensina Madaleno:

A renúncia de direitos hereditários futuros não só não afronta o artigo 426 do Código Civil (pacta corvina), como diz notório respeito a um mero benefício vital, passível de plena e prévia abdicção, que, obviamente, em contratos sinalagmáticos precisa ser reciprocamente externada pelo casal, constando como um dos capítulos do pacto antenupcial ou do contrato de convivência, condicionado ao evento futuro da morte de um dos parceiros e da subsistência do relacionamento afetivo por ocasião da morte de um dos consortes e sem precedente separação de fato ou de direito.¹³⁵

Essa construção permissiva se dilata para limitar as disposições que incidam sobre o acervo patrimonial que comporá a herança de uma pessoa viva, não abrangendo, porém, a renúncia ao direito de suceder ou a renúncia ao direito concorrencial pelo cônjuge. A lei não precisa de redundâncias e quando o direito das sucessões quis estabelecer os limites o fez

¹³⁵ MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança em pacto antenupcial*. Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 09-57.

expressamente no 1.793 do Código Civil quanto à cessão de direitos hereditários antes da abertura da sucessão, sem tratar da possibilidade ou impossibilidade de renúncia.¹³⁶

O ordenamento jurídico muito se preocupa com a aquisição e a preservação de direitos e de situações jurídicas de vantagem, mas se descuida de dar a dimensão de verdadeiro direito à renúncia¹³⁷. A renúncia à condição de concorrente na sucessão por parte do cônjuge não pode ser examinada apenas sob a ótica de se deixar de exercer ou preservar um direito, mas de qualificar, e até mesmo viabilizar a formação de um vínculo de afeto, sem deixar que barreiras patrimoniais se coloquem no caminho do afeto.

Essa visão permite ampliar a mera noção jurídica de renúncia ao regime concorrential, para uma noção de construção ou autorregulação do regime de bens e de seus efeitos. Não há direito a herança de pessoa viva, muito menos antes de se casar. Ao modular os efeitos patrimoniais do casamento, seus limites não podem ser a comunicação apenas em vida, mas naturalmente, toda e qualquer comunicação.

O que se cogita não é de contratar acerca da herança de pessoa viva, também não se trata de renunciar à herança de pessoa viva ou à condição de herdeiro necessário, nem mesmo da ordem vocacional, mas da formação de um regime de bens próprio daquele casamento, na dimensão conferida pela autonomia privada, dignidade humana, liberdade e solidariedade do texto constitucional e na liberdade reconhecida como regra geral no Código Civil para que os nubentes estabeleçam em relação aos seus bens o que melhor lhes aprouver.

Uma nova ordem jurídica fundada em valores constitucionais, promocionais da dignidade e centralidade da pessoa humana não pode estar subordinada ou limitada pelas molduras e modelos jurídicos estruturados pelo antigo regime, mas, ao contrário, devem ser compreendidas à luz desses novos valores e dessa nova tábua axiológica.

Prever e disciplinar o regime sucessório conjugal no pacto antenupcial é negócio jurídico em que a liberdade só esbarra nas vulnerabilidades e vícios de vontade e forma concretos. Naturalmente, esbarra também nos princípios incidentes sobre as relações contratuais, que são, ao mesmo tempo, fundamento e instrumento de controle, como por

¹³⁶ DELGADO, Mário Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrential por cônjuges e companheiros*. Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2019. Disponível em: www.conjur.com.br/. Acesso em 12 ago 2023.

¹³⁷ VAZ, Marcella Campinho. *Renúncia de direitos – limites e parâmetros de aplicação no direito civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 20.

exemplo a boa-fé objetiva. Sua aplicação tanto ao direito de família quanto ao direito sucessório já foram objeto de tratamento pela doutrina e jurisprudência.

Schreiber inaugura a visão de que a boa-fé objetiva deve incidir também sobre as relações familiares¹³⁸, tanto mais razão, quando esta relação se instrumentaliza no pacto antenupcial, em sua dimensão contratual e patrimonial, como já realçado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 992.748/MS:

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.¹³⁹

Suas linhas são traçadas pelo legislador para guiar o silêncio, mas não representam amarras para que sejam redesenhadas ou reescritas de acordo com o espaço de autonomia que caracteriza a família contemporânea.

O Superior Tribunal de Justiça manteve ao longo da vigência do Código Civil de 2002 uma leitura restritiva e legalista da autonomia dos cônjuges para regularem os efeitos sucessórios de seu vínculo de conjugalidade, reforçando a antinomia entre regulação em vida ampla e atenta à autonomia privada e à natureza existencial do casamento e a regulação *post mortem* restritiva e patrimonialista, ao julgar o AREsp n. 1.956.316/SP:

1. Nos termos da jurisprudência dominante no âmbito do STJ, "O pacto antenupcial que estabelece o regime de separação total de bens somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial."¹⁴⁰

¹³⁸ SCHREIBER, Anderson. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 437-458.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.748 MS, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 1.956.316/SP, relator Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 20/9/2023.

No caso exposto, mesmo com o regime escolhido sendo o de separação total de bens, o relator aponta que isso não exclui automaticamente o cônjuge sobrevivente da sucessão. Pois o Código Civil estabelece que o cônjuge é herdeiro necessário, salvo nos casos de separação obrigatória de bens conforme as hipóteses do art. 1.641. Sendo assim, mesmo em regimes de separação total de bens convencionados, o cônjuge ou companheiro ainda terá direito à herança, a menos que esteja prevista uma exceção de separação obrigatória. No mesmo sentido a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça¹⁴¹.

Esse distanciamento entre a interpretação restritiva do Superior Tribunal de Justiça, os anseios da sociedade consignados pela doutrina com a dimensão existencial e não patrimonialista da casamento, a contratualização do direito de família e a visão civil constitucional dos valores e princípios incidentes nas relações privadas, levaram à uma necessária revisão das regras do Código Civil acerca do sucessão em geral e, especialmente sobre a concorrência dos cônjuge com os descendentes e a disponibilidade no pacto dos direitos sucessórios decorrentes do casamento.

3.5 As alterações do projeto de revisão do código civil.

Com a finalidade de analisar as necessidades de revisão do direito de família e das sucessões o Senado Federal montou subcomissões para a construção de propostas de revisão do texto do Código Civil. A Subcomissão do direito de família deu atenção especial ao direito patrimonial, propondo uma maior autonomia na elaboração dos pactos patrimoniais do casamento. Essa abordagem valoriza a autonomia privada nas relações familiares, reconhecendo a importância de se oferecer mais liberdade para que as pessoas definam seus próprios caminhos.

A comissão revisora do Código Civil instituída pelo Senado Federal, propõe, ainda, a inclusão do artigo 1653-A no Código Civil, com a seguinte proposta de redação:

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.622.459/MT, relator Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 19/12/2019. REsp n° 1.501.332/SP, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado aos 23/8/2016, DJe de 26/8/2016. AgInt no AREsp n. 1.672.015/RJ, relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado aos 22/3/2021, DJe de 25/3/2021. AgInt no REsp n. 1.887.930/PR, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Terceira Turma, julgado aos 18/5/2021, DJe de 24/5/2021. REsp n. 1.294.404/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 29/10/2015.

Art. 1.653-A. O casamento ou o estabelecimento da união estável imprime eficácia ao pacto previamente celebrado.

§ 1º É lícito conjugar, no pacto, regras provenientes de regimes de bens diversos, segundo o princípio da autonomia privada, desde que não haja prejuízo a terceiros.

§ 2º É válida a inserção de cláusula compromissória em pacto conjugal ou convivencial.

§ 3º É admitido pactuar a alteração automática de regime de bens após o transcurso de um período de tempo prefixado.¹⁴²

Menos inovadora e ampliadora de direitos e mais no sentido de trazer para a norma codificada o que já era reconhecido pela jurisprudência. Não podendo, assim, ser considerada uma revisão que comporte avanços no sentido de atuar sobre os hard cases gerados pelo pacto antenupcial e seus limites. Ao contrário, reproduz a norma publicista de estilo, com a vedação abstrata e geral a cláusulas que contrariem expressa disposição de lei e reforça os limites do pacto antenupcial ao inquirir de nulidade as cláusulas que violem a igualdade entre os cônjuges. Algo também pouco ou nada inovador, por ser um limite já reconhecido por representar violação direta a princípio constitucional.:

Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei ou que limite a igualdade de direitos que deva corresponder a cada cônjuge ou companheiro.¹⁴³

Os efetivos avanços da comissão revisora acontecem efetivamente na subcomissão de contratos e na subcomissão de sucessões, no espaço da liberdade do pacto antenupcial e da disponibilidade dos direitos sucessórios entre os cônjuges. Enfrentam e superam, na legislação, a barreira da vedação à disposição acerca dos direitos sucessórios entre os cônjuges. Nada obstante, como já discorrido, ausente qualquer impedimento expresso na lei à previsão de cláusulas sucessórias no pacto antenupcial, a vedação ao pacto corvina e o artigo que veda

¹⁴² BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de direito de família da cjcód civil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em 24 abr 2024.

¹⁴³ BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de direito de família da cjcód civil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em 24 abr 2024.

cláusulas que contrariam expressa disposição de lei, deixam de ser impedimentos, especialmente, para a tutela patrimonial *post mortem* do casamento por meio de pacto antenupcial.

O atual artigo 426 do Código Civil é profundamente alterado. Em um primeiro momento mantém a regra geral de proibição do contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva, estendendo, ainda mais, em seu parágrafo, a nulidade às cláusulas relacionadas aos novos direitos imateriais e digitais da pessoa viva:

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Parágrafo único. São nulas as cláusulas contratuais que limitem, condicionem ou levem a renúncia de direitos imateriais e autorais referentes à herança digital de pessoa viva, ressalvado o direito de testar e o disposto em leis especiais.¹⁴⁴

Nada obstante a aparente manutenção intocada da vedação geral ao pacto corvina o trabalho da subcomissão aprova a inclusão de um novo artigo no código, de números 426-A, com a finalidade de implementar a adequação da regra geral do pacto corvina à esperada liberdade e autonomia aos pactos sucessórios ou aos aspectos sucessórios do pacto antenupcial. A liberdade passa a ser a regra geral no artigo, liberando os nubentes. Liberdade esta levada ao extremo de permitir a renúncia recíproca à própria condição de herdeiro. Deixa, portanto, pela autonomia privada o cônjuge de ser herdeiro necessário. Concretiza, assim, a máxima noção de fluidez e não patrimonialidade do casamento, com a ampliação para o regime sucessório da, já existente, liberdade do regime de bens durante o casamento.

Em seu parágrafo primeiro relativiza a renúncia à hipótese de concorrência, tanto com ascendentes, quanto com descendentes, o que na prática é uma renúncia à concorrência, mantendo-se o cônjuge na qualidade de herdeiro, na ausência de concorrência, que naturalmente, pode ser uma renúncia mais ampla ou mais restrita, em que se renunciaria exclusivamente à concorrência com descendentes.

O parágrafo segundo estende aos parentes sucessíveis ou mesmo a eventuais legatários a preferência ao cônjuge na sucessão por decisão conjunta no pacto antenupcial. A

¹⁴⁴ BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de contratos da cjcódcivil*. Disponível em: file:///C:/Users/Teletreabalho/Downloads/ARQUIVO_PORTAL_CJCODCIVIL_7939ComissaoESPComissaoCJCODCIVIL20231217.pdf Acesso em 24 abr 2024.

desnecessidade de reciprocidade ou mesmo as diferentes realidades entre o casal, como por exemplo quando há apenas renúncia da concorrência com descendentes e apenas um dos cônjuges tem descendentes, naturalmente levantarão discussões acerca da violação do princípio da igualdade, por estabelecer condições de sucessão diversa entre os cônjuges.

Os parágrafos terceiro e sexto se preocupam com valores como solidariedade e dignidade ao preverem a manutenção do mínimo existencial com a manutenção do direito real de habitação, cuja renúncia também admite, mas não a confunde com a renúncia à condição de herdeiro, e, pela previsão de alimentos compensatórios ao cônjuge em manifesta vulnerabilidade.

Essa última previsão garante espaço de proteção, mas se abre à possibilidade de participação patrimonial, onde os cônjuges não a pretendiam, e cuja baliza ou limite é a herança, se a ela não houvesse renunciado. Novamente o legislador se apega à necessidade de proteção patrimonial pelo casamento, quando dela vem se afastando a jurisprudência e as novas e mais fluidas famílias. Estará em vulnerabilidade quem não mantém sua condição social? Quem não consegue se manter pelo esforço do próprio trabalho? Mesmo em relações breves subsiste o direito de participação do vulnerável no patrimônio do cônjuge? Serão muito os dilemas e que, ao fim e ao cabo, negarão vigência à autorregulação pretendida pelos cônjuges.

Por fim, o parágrafo quarto freia a possibilidade de outras disposições sucessórias, que não as abdicativas previstas no caput e parágrafos do artigo. Também difícil a compreensão da presença do referido limitador, quando o legislador permitiu a máxima renúncia, que seria à própria condição de herdeiro necessário, apenas a esta condição, considerando que mesmo em caso de renúncia o cônjuge mantém sua qualidade de herdeiro na ausência de outros parentes sucessíveis, por expressa previsão do parágrafo quinto. Se o legislador permitiu a própria renúncia, deveria também permitir planejamentos sucessórios que levassem em consideração o tempo e os frutos havidos na relação.

A concretização dos valores e princípios constitucionais nas relações familiares faz com que o afeto seja uma baliza, não apenas para o legislador, ou o julgador, mas também para os cônjuges, no sentido de dimensionarem a participação, seja pelo regime de bens, seja pelo regime sucessório, associada ao tempo juntos, à formação conjunta ou individual de determinado patrimônio, ou mesmo à presença ou não de filhos comuns, como gatilhos ou barreiras no pacto antenupcial. De modo que não fique atados ao *all or nothing* a proposta de revisão amplia as possibilidades de *lege ferenda*:

Art. 426-A. Os cônjuges podem, por meio de pacto antenupcial, e os companheiros, por meio de escritura pública de união estável, renunciar reciprocamente à condição de herdeiro do outro cônjuge ou companheiro

§ 1º A renúncia pode ser condicionada às hipóteses de concorrência com descendentes ou com ascendentes.

§ 2º A renúncia pode ser condicionada, ainda, à sobrevivência ou não de parentes sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1.829, não sendo necessário que a condição seja recíproca.

§ 3º A renúncia não implicará perda do direito real de habitação previsto o no artigo 1.831, salvo expressa previsão dos cônjuges ou companheiros.

§ 4º Quaisquer outras disposições sucessórias que não as previstas nos parágrafos anteriores, sejam unilaterais ou bilaterais, ocorrendo em pacto antenupcial, instrumento público ou particular firmados por cônjuges ou companheiros são nulas.

§ 5º A renúncia será ineficaz se no momento da morte do cônjuge ou companheiro o falecido não deixar parentes sucessíveis, segundo a ordem de vocação hereditária.

§ 6º O juiz poderá fixar prestação compensatória ao consorte supérstite se verificar, no caso concreto, manifesta vulnerabilidade dele.

§ 7º A prestação compensatória não poderá exceder o que lhe seria devido a título de sucessão mortis causa à falta da cláusula de renúncia.¹⁴⁵

Também as reformas propostas pela subcomissão de direito das sucessões foram intensas e inovadoras, ao prever a sucessão contratual pela regulação de sua sucessão ou pela renúncia à sucessão de pessoa viva¹⁴⁶, prevendo em seu parágrafo nono a tipicidade dos contratos sucessórios, limitados às hipóteses legalmente admitidas. Inova a comissão ao introduzir a contratualidade, definitiva e formalmente no sistema sucessório, ao lado da sucessão legítima e da testamentária, conforme Parecer da comissão revisora:

É preciso regular a “sucessão contratual”, como um novo título sucessório, ao lado da sucessão legítima e da sucessão testamentária, especialmente para fins de harmonização sistêmica das regras sucessórias com a disciplina empresarial referente à sucessão do sócio falecido em relação às participações societárias, bem como no que concerne à transmissão causa mortis de bens

¹⁴⁵ BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de contratos da cjcodcivil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/4b74428f-ae8f-4e72-b190-2c3e141fc13f>

¹⁴⁶ Artigo 1790-A. *Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva ou dispõe sobre a sua própria sucessão.*

digitais, frequentemente disciplinada em contratos celebrados entre usuários e empresas de internet.

Urge eliminar o aparente conflito entre as regras que limitam os atos de disposição causa mortis ao negócio jurídico testamentário com o disposto, por exemplo, no artigo 1.028 deste Código, que permite ao contrato social estipular que os sucessores somente ingressarão na sociedade com o consentimento dos demais sócios, ou que determinados herdeiros, ou classe de herdeiros, não serão admitidos na sociedade.¹⁴⁷

Além da sucessão contratual as reformas propõem alteração substancial na vocação hereditária. Em um trabalho bem sistematizado com a comissão contratual que, permitiu a renúncia sucessória do cônjuge, o novo artigo 1.845 do Código Civil virá sem a presença do cônjuge entre os herdeiros necessários, o antes superconjuge que meava e herdava, além de garantir direitos reais sobre bens dos cônjuges, agora pode se ver privado de qualquer participação no patrimônio formado pelo seu cônjuge. Na nova ordem, apenas os descendentes e os ascendentes figurarão como herdeiros necessários., como elucida Tartuce:

Por tudo isso, a Comissão de Juristas concluiu pela necessária extinção da concorrência sucessória do cônjuge ou convivente com os descendentes e ascendentes do falecido, estando ela muito distante de uma segura e justa pacificação das controvérsias.¹⁴⁸

O direito de cônjuges de concorrer com descendentes na sucessão é eliminado no regime de separação de bens. A partir de agora, cônjuges e companheiros passam a ser herdeiros facultativos, o que permite ao falecido, enquanto vivo, dispor em testamento de todos os seus bens para qualquer pessoa, caso não haja herdeiros necessários.

Será possível excluir o cônjuge da sucessão por ato voluntário do testador. Na ausência de testamento o cônjuge sobrevivente terá direitos sucessórios concorrendo com descendentes, exceto no regime de separação de bens. Independentemente do regime, herdarão integralmente na falta de descendentes e ascendentes.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BRASIL. *Parecer nº 1 – subcomissão de direito das sucessões da cjcocivil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/c186eb20-1e41-4e5c-b02c-80cb10d13b26>

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *A reforma do código civil e a sucessão legítima*. Disponível em: flaviotartuce.adv.br/artigos. Acesso em 24 out 2024.

¹⁴⁹ *Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.*

Além de seu afastamento da condição de herdeiro necessário o cônjuge, mesmo sem a renúncia no pacto antenupcial, não concorrerá mais com os descendentes, nem com os ascendentes no regime da separação de bens, de modo que o pacto antenupcial pode ser mais direto ao expressamente prever a renúncia à concorrência, ou fazê-lo tacitamente, ao eleger o regime da separação de bens no pacto antenupcial, pois seus efeitos, antes limitados à incomunicabilidade na formação do patrimônio em vida, agora se estendem para a incomunicabilidade na sucessão, havendo descendentes ou ascendentes.

Ainda na linha da menor comunicação patrimonial pelo casamento o legislador excluiu a participação do cônjuge, quando concorrendo com descendentes ou ascendentes, sobre bens particulares. Assim, concorrerá, nos regimes da comunhão parcial ou da comunhão universal, ou no regime híbrido ou atípico somente nos bens comuns e não nos particulares.

Abre-se uma grande dúvida sobre essa concorrência, regulada pelo parágrafo único do artigo 1.829 do Código Civil combinado com a regra de divisão do artigo 1.832, do mesmo diploma legal, propostos pela comissão. Afinal, nos bens comuns o cônjuge já é meeiro, recebendo, assim, metade do patrimônio comum em razão do regime de bens. Pela redação depreende-se que receberá, além de sua meação, a parte que lhe couber na sucessão sobre a meação do cônjuge falecido.

Muito embora rompa com uma lógica de evitar herança sobre patrimônio que é fruto de meação, a nova ordem não pode ser considerada injusta ou desequilibrada em favor do cônjuge, se e quando se tratar de falecido que disponha apenas de bens integrantes da comunhão, onde, pela lei receberia a metade pelo regime de bens e, ainda, concorreria na outra metade, se colocando, em tese, em situação patrimonial mais confortável do que os descendentes.

Não se mostra injusto pois, que esse desequilíbrio aparente na norma pode ser evitado ou regulado pelos cônjuges no pacto antenupcial, que lhes conferirá ampla liberdade de regular a concorrência em todos os regimes e, até mesmo por meio do testamento, considerando não ser mais o cônjuge herdeiro necessário, na proposta de revisão, cujos artigos passam a receber a seguinte redação:

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente, salvo no regime de separação de bens;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente, salvo no regime de separação de bens;

III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente;

IV - aos colaterais até o quarto grau.

Parágrafo único. A concorrência do cônjuge ou companheiro com descendentes ou ascendentes recairá somente sobre os bens comuns.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I), caberá ao cônjuge ou ao companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por direito próprio.

As propostas de revisão levam ao extremo a liberdade. Para além de permitir o retorno ao sistema de não concorrência com os descendentes, as propostas excluem o cônjuge da condição de herdeiro necessário, podendo ser excluído desde que haja herdeiros legítimos de qualquer classe, reservando, ao final, um espaço de proteção com grau de subjetividade e litigiosidade altíssimos, ao prever a possibilidade de amparo, nos casos de vulnerabilidade e, nos limites da legítima que lhe caberia, em tese.

CONCLUSÃO

Propriedade, herança, casamento, família, uma diversidade de valores constitucionais e interesses jurídicos lançados conjuntamente sobre um mesmo panorama fático valorativo no momento de regular em concreto a sucessão das pessoas casadas e a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do cônjuge falecido.

O direito de herança, reconhecido como direito fundamental na Constituição da República, foi, desde sempre na legislação brasileira, e, assim se mantém, mesmo na atual comissão de reforma do Código Civil, diretamente conectado e vocacionado à família. É a família a destinatária da herança.

Seja por considerar que o patrimônio, muitas das vezes têm origem na família, seja por considerar a existência de um princípio de solidariedade familiar, seja por garantir à família um mínimo existencial, seja por uma noção de reponsabilidade, cuidado e afeto, fato é que parte da herança necessariamente se destina à família.

A família do projeto do Código Civil de 2002, não é a mesma família tutelada pela Constituição da República de 1988. O projeto dos anos 1960 ainda vivia um casamento indissolúvel, ainda vivia uma ordem jurídica patriarcal e patrimonialista, em que o homem era o cabeça do casal, em que à mulher se reservava a vida doméstica.

A Constituição democrática já olhava por cima desse muro. O casamento já não era mais indissolúvel, sua visão sagrada cedeu a uma escolha existencial. Homem e mulher, e, principalmente, marido e mulher vivem em um regime de igualdade de direitos e deveres. A vida e a realização financeira da mulher não estão mais centradas no lar, mas na rua, nas profissões antes masculinas e agora espaço de dignidade e realização existencial da mulher.

O divórcio não precisa mais de motivo, é direito de liberdade, o casamento não é mais eixo central da sociedade patrimonialista, é espaço de amor, e afeto, de realização existencial. Como lidar com um Código que quer manter o regime anterior. Prevendo a exigência de prova da culpa para a separação, quando o divórcio é direito constitucional incondicional, um Código que não aceita o fim do regime de comunhão obrigatória de bens e, o impõe transversalmente, solertemente, pelo regime sucessório?

A única forma é pelo reconhecimento da direta incidência dos valores e princípios constitucionais nas relações privadas, sem a necessidade, ou mesmo a despeito da mediação do legislador infraconstitucional. Dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, liberdade, solidariedade, autonomia privada, livre planejamento familiar. Inúmeros são os princípios inafastáveis na análise e compreensão dos direitos de família e das sucessões.

A Constituição rompe com a exclusividade da família nuclear, fundada no casamento entre o homem e a mulher, abre-se a novos modelos de família, deixa de exigir o casamento para reconhecimento do vínculo familiar, rompe com a necessidade da diversidade de gênero para o casamento, sim, o reconhecimento veio pelos tribunais, mas veio graças à nova Carta que reconheceu princípios de dignidade, igualdade e pluralismo familiar, além da livre orientação sexual e da vedação aos comportamentos discriminatórios, para que fosse possível reconhecer o casamento homoafetivo.

Afasta a possibilidade de direitos ou de deveres desiguais entre os cônjuges, uma conquista do direito das mulheres. O casamento deixa de promover uma *capitis diminutio*, não mais submetendo a mulher ao controle do marido. Atrai uma igualdade no direito ao uso do nome, o direito ao trabalho, às decisões acerca da livre administração de seu patrimônio, à escolha do domicílio do casal e iguala em deveres, responsabilizando o pai pela criação,

educação e cuidado com os filhos, torna o direito recíproco a alimentos e, excepcional entre os cônjuges.

Essa nova e libertadora perspectiva constitucional do casamento é funcionalizada não mais à formação de um vínculo indissolúvel, retrato de divina trindade, o mistério da fé e inevitável unidade do pai todo poderoso, do filho que é filho e é e encarnação do pai e do espírito santo. Um Deus em três pessoas. Um casamento e três pessoas. O filho não é mais, necessariamente fruto do casamento, e a mulher deixa de ser apenas uma inspiração, para se tornar sujeito de direitos.

Um casamento que não será mais eterno, será o casamento do tempo da realização existencial de cada um daqueles que integram esse núcleo, podendo representar uma maior ou menor dimensão temporal ou afetiva na vida das pessoas. Sair do casamento é representativo da mesma liberdade que conduziu à sua entrada. Não há mais interesse social na manutenção do vínculo, o interesse é individual e, fruto da dignidade da pessoa humana.

A felicidade, a promoção do integral desenvolvimento pessoal, a realização existencial, a concretização dos direitos fundamentais da personalidade, esses os fins constitucionalmente abraçados para o casamento. Ter filhos, formar patrimônio não são mais fins do casamento, são escolhas livres de interferência de pessoas de direito público ou privado, cabendo a cada casal decidir acerca de sua concretização, ou não.

A propriedade, portanto, o patrimônio, é fruto da livre iniciativa e do valor social do trabalho, não mais uma construção de apropriação coletiva, pela existência de subordinação, submissão ou responsabilização entre os cônjuges. A liberdade de escolha do regime de bens atrai o debate prévio ao casamento acerca das visões de cada um acerca da formação do patrimônio, de sua administração e de seu destino.

É leal, transparente e de boa-fé, pois é prévio ao casamento. Permite que a escolha existencial de se casar seja medida com seu contraponto patrimonial de segurança, subsistência e fruição. O casamento é cada vez menos um espaço de proteção patrimonial, conferir máxima liberdade patrimonial é permitir maior circulação da riqueza e menos entraves à transmissão da propriedade, o que corresponde à sua função social, constitucionalmente garantida.

A escolha do regime de bens é livre decisão do casal, o princípio da privacidade garante a não interferência do próprio Estado legislador na construção e no planejamento da família. Impor um regime sucessório sobre bens que não integram a comunhão patrimonial por livre

escolha dos cônjuges é subverter o princípio de liberdade, é desconhecer os atuais contornos da solidariedade. Não se trata apenas de questionar a inclusão do cônjuge no programa sucessório legítimo, mas de lhe conferir aquilo que o regime de bens lhe retirou.

Como visto ao longo desse trabalho, nada mais é do que o choque de correntes e visões do direito, que se apresentam em toda transição de épocas e costumes. O que o legislador buscou foi devolver os cônjuges ao regime da comunhão universal, garantindo na sucessão o acesso do cônjuge aos bens particulares que o novo regime legal da comunhão parcial lhe retirou.

O mesmo processo de dualidade e do medo de avançar, novamente se apresenta. A comissão revisora garante liberdade plena de disposição sucessória no casamento. Abraça o casamento novo e livre, fluido e reconstrutor da intimidade e prevê que o pacto antenupcial, ou pactos sucessórios permitam o afastamento sucessório do cônjuge, quando da existência de outros herdeiros legítimos, limitando ao espaço existencial, afetivo e solidário a vida em comum.

A mesma subcomissão cria regra abstrata e geral de chamamento do cônjuge que foi afastado por comum acordo, para a concorrência sucessória, limitada ao quinhão que receberia por lei, sempre que verificar vulnerabilidade. Regressamos à concorrência forçada, à compreensão anciã de responsabilidade recíproca pela subsistência futura, pós casamento. A vontade cede à proteção da vulnerabilidade, abrindo uma longa discussão, sobre o tempo do enlace, a necessidade de subsistência ou manutenção do padrão social, o esforço de cada um e sua responsabilidade por suas ações e omissões.

Não se trata de negar o caráter assistencial, pois solidariedade não se confunde com assistencialismo, o suporte do outro por haver integrado uma comunhão de vida por algum espaço de tempo, mas a nosso sentir é o direito aos alimentos que deve cumprir esse papel assistencial de mitigação das vulnerabilidades. O regime de bens tem um escopo e protege um espaço existencial de trabalho, de construção ou manutenção do patrimônio. Espaço do indivíduo e que será objeto de escolha pelo casal.

Permite-se, assim, que a visão de crescimento e formação comum de patrimônio seja vivida e mesmo fruída *post mortem* por todos aqueles casais que entenderem que assim deva ser sua realidade patrimonial, limitando ao construído em comum e em vida para aqueles que assim desejem e projetem seu futuro. Os alimentos, cada vez mais transitórios e reservados às situações de incapacidade ou vulnerabilidade concreta serão o instrumento de tutela das necessidades dos vulneráveis. O direito de família e das sucessões tem um instrumento para a

proteção e assistência, portanto não deve cair na tentação de manter aberta a porta para a entrada forçada na sucessão de quem dela escolheu não participar.

O pacto antenupcial e mesmo os vindouros pactos sucessórios se revelam mais solidários e democráticos do que o testamento, pois são anteriores ao casamento e bilaterais, permitindo sua discussão, reflexão e preparação para a vida patrimonial futura. São, ainda, mutáveis, se, ao longo da vida, o afeto, a formação do patrimônio ou as escolhas de vida indicarem ser a melhor opção de isonomia substancial ou de proteção de vulnerabilidades circunstanciais.

A legítima é um direito fundamental ligado à herança e à propriedade, até se poderia questionar os destinatários, afinal, seriam os descendentes sempre a melhor escolha, ou a eles não se poderiam aplicar os mesmos conceitos aplicáveis ao cônjuge. Por certo que não, na medida em que a parentalidade na linha ascendente atrai poderes e deveres que o casamento hoje refutou. Não é uma escolha dos pais, nem mesmo dos avós prover o sustendo, guarda, educação, criação, cuidado, proteção e afeto em relação a seus descendentes.

Ao lhes conferir o poder familiar lhes confere um espaço de interferência com impactos profundos na formação e desenvolvimento da personalidade. Na capacitação ou nos limites profissionais, que naturalmente geram deveres também de natureza patrimonial, para além daqueles existenciais. De se notar, ainda, que a origem do patrimônio é muitas vezes na família ascendente de grau superior, tornando natural ou razoável que siga seu curso, retirando uma noção de que o atual titular poderia lhe dar outro destino, dentro de uma noção de solidariedade familiar.

Poderia se debater, o que não foi objeto deste trabalho, mas seria razoável, se, eventualmente essa solidariedade dos ascendentes em relação aos descendentes poderia ser mitigada como o avanço da idade e conseqüente diminuição da responsabilidade e da vulnerabilidade. Avançando-se com o passar dos anos sobre a legítima, que seria de um percentual mais alto na menoridade e se reduziria, paulatinamente, com o avançar da idade e da autonomia dos descendentes.

De toda sorte, a legítima e sua limitação equilibram a proteção da família, sua menor submissão ao proprietário e a discricionariedade na destinação do patrimônio *post mortem*. Garantir o direito de herança e preservar o espaço de construção livre do patrimônio no casamento é um desafio que se mostra atual e presente. Quando dos primeiros estudos para esse

trabalho já se identificava sua necessária investigação, mais do que confirmada pelos trabalhos da comissão revisora do Código Civil.

A concorrência forçada do cônjuge com os descendentes representou espaço inquietante e prejudicial ao vínculo de afeto, trouxe medo de se casar, violou princípios constitucionais e tentou manter uma era já ultrapassada do direito de família. Em bom tempo a subcomissão propõe a sua revisão, mas, como concluímos, a revisão é salutar, mas não necessária, à luz dos valores constitucionais, para o afastamento da concorrência entre cônjuges e descendentes na primeira classe de vocação hereditária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; LIGIERA, Wilson Ricardo. *A dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão*. In: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito e Dignidade da Família do Começo ao fim*. Editor: Almedina, 2012.

BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Parecer nº 1 – subcomissão de direito de família da cjcódcivil. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em 24 abr 2024.

BRASIL. Parecer nº 1 – subcomissão de contratos da cjcódcivil. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/4b74428f-ae8f-4e72-b190-2c3e141fc13f>. Acesso em 24 abr 2024.

BRASIL. Parecer nº 1 – subcomissão de direito das sucessões da cjcódcivil. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/c186eb20-1e41-4e5c-b02c-80cb10d13b26>. Acesso em 24 abr 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito das sucessões*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio; (Coord.): *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

COELHO, Fernanda Rosa, ROSA, Conrado Paulino da. *Pacta corvina e a impossibilidade de renúncia da herança em pacto antenupcial ou contrato de convivência*. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (org.), *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELGADO, Mário Luiz. *Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?* Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n.31. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Foco, 2023.

DELGADO, Mário Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2019. Disponível em: www.conjur.com.br/. Acesso em 12 ago 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16ª ed. São Paulo: Juspodium, 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, 13a ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. *Da “obrigatoriedade” da sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu patrimônio*. Dissertação de Mestrado na área de Especialização em Ciências Jurídico-forenses (2 Ciclo de Estudos em Direito), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

FRANK, Felipe. *A validade da cláusula sucessória no pacto antenupcial*. Morrisville: Lulu Press, 2019.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós socialista”*. cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso* – São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*; trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1983.

GOZZO, Débora. *Direito Fundamental de herança e liberdade de testar*. In: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito e Dignidade da Família do Começo ao fim da Vida*. São Paulo: Almedina, 2012.

GUIDI, Ana Leticia Cechinel. *A Renúncia Antecipada De Herança Concorrente Pelo Cônjuge no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito PPGD, da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Profa. Dra. Dóris Ghilardi Florianópolis, 2021.

HABER NETO, Jorge Rachid. *Pacto Antenupcial*. Indaiatuba: Foco, 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano III, no 12, jan.fev.mar./2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio *Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.21, p.87-109, jul/set 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cônjuge e companheiro são herdeiros necessários?* in TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões problemas e tendências*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco. 2024.

HOLANDA, Maria Rita de; CUNHA, Juliana Marques. A autonomia da vontade e os limites ao pacto sucessório. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso 23 out 2024.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 95. São Paulo: jan. 2000, p. 273. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>>. Acesso em: 12 nov 2023.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: os pensadores Kant (II). Tradução: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEAL, Adisson; CORREIA, Atalá; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Direito de Família: Problemas e Perspectivas*. São Paulo: Ed. Almedina, 2021.

LEITE, Eva Patrícia de oliveira. *Renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro Cônjuge*. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto. Porto, 2020.

LOBO, Paulo. *Conceito de sucessão: os fundamentos dos direitos das sucessões no brasil*. In: TARTUCE, Flavio, HIRONAKA, Giselda, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). Tratado de direito das sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2023.

MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança em pacto antenupcial*. Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27, p. 9-57. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. *Os limites de conteúdo do pacto antenupcial*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-limites-de-conteudo-do-pacto/>>. Data de acesso em 15 abr 2023.

MATOS, Ana Carolina Harmatiuk; Hümmelgen, Isabela. *Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. Arquitetura do Planejamento Sucessório*. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MATOS, Ana Carolina Harmatiuk; CASTRO, Isabella Silveira de. *Repercussões da Separação de Fato no Direito Sucessório Brasileiro*; in NEVARES, Ana Luiza Maia, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). *Direito das Sucessões problemas e tendências*. São Paulo: Ed. Foco, 2022.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. *Contrato paraconjugal – a modulação da conjugalidade por contrato*. Indaiatuba: Foco, 2023.

MEIRELES, Rose melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. *Revista de Direito Privado*, v. 72, São Paulo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Contratos no ambiente familiar*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; *O princípio da solidariedade*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Fundamentos da sucessão legítima*. In: TEPEDINO, Gustavo, FACCHIN, Luiz Edson. *Fundamentos do direito civil: direito de família – 4ª Ed.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A crise da legítima no direito brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia; *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento - Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Luiza. *A importância do contrato na transmissão hereditária*. In: AGIRE *Direito Privado em Ação*, n.º 124, 2024. Disponível em: 26/08/2024.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NINA, Pedro Linhares Della. *A sucessão do descendente: Um cotejo entre Portugal e Brasil*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito. Lisboa, 2019.

OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. *Perspectivas críticas a partir de gênero, autonomia privada e direito sucessório*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões problemas e tendências*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco. 2024.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda; CARVALHO, Bárbara Dias Duarte de. *Possibilidade jurídica de disposições sucessórias no pacto antenupcial e de convivência*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco. 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Minada, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Qualificação e quantificação da legítima: critério para partilha de bens*. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Tomo II, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PEDRO, Rute Teixeira. *Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700. ,n.1, alínea C) do Código Civil: análise do regime introduzido pela lei n.48/2018 de 14 de agosto*. *Revista de Direito da Ordem dos Advogados*.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil V*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLOURDE, J.-C. (1956). *Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du code civil*. Les cahiers de droit, 2(2), 120–136. Disponível em: <https://doi.org/10.7202/1004102ar>. Acesso em: 17 set 2022.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 2016.

PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento – liberdade e limite no direito de testar no código civil de 2002*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. *Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial*. In Revista trimestral de direito civil, v.24 out/dez 2005. Rio de Janeiro. Padma.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Acesso em: 05 out 2022.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

RUSSELL, Bertrand. *Casamento e moral – 1ª Ed*. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil constitucional*. In: Schreber, Anderson e KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas. 2016.

SCHREIBER, Anderson. RIBAS, Felipe *A fuga do Testamento*. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões problemas e tendências*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2024.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão causa mortis*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para a obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil* – 2ª ed. São Paulo: Thomsom Reuters, 2022.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Tradução Clarice Ehlers Peixoto – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SOUSA, Sandrina José Figueira de. *Estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente: algumas reflexões críticas*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Orientador: Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro. Lisboa, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 5: direito de família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio. *A reforma do código civil e a sucessão legítima*. Disponível em: flaviotartuce.adv.br/artigos. Acesso em 24 out 2024.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Foco, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório* –Tomo III, Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório – Tomo II*, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. PEÇANHA, Danielle Tavares. *O direito brasileiro possui instrumentos eficazes para o planejamento sucessório?* In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros – Editorial*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, out/dez 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. v. 17, n. 1, jan./jun. Fortaleza: Pensar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada. Liberdade existencial e direitos fundamentais* – Belo Horizonte: Forum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia. Meireles Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Diálogos sobre o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. SILVA, Rodrigo da Guia. QUINELATO, João. *20 anos de Vigência do Código Civil na Legalidade Constitucional* – Indaiatuba: Foco, 2024.

VAZ, Marcella Campinho. *Renúncia de direitos – limites e parâmetros de aplicação no direito civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2022.