

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Caio Cesar Prado Gomes

**CLÁUSULAS SUCESSÓRIAS NO PACTO ANTENUPCIAL: EXERCÍCIO DA
AUTONOMIA PRIVADA NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL DO FUTURO
CASAL**

Florianópolis

2022

Caio Cesar Prado Gomes

**CLÁUSULAS SUCESSÓRIAS NO PACTO ANTENUPCIAL: EXERCÍCIO DA
AUTONOMIA PRIVADA NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL DO FUTURO
CASAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2022

Este trabalho é dedicado a mim, pela persistência em concluir ciclos durante a minha vida. Hoje se encerra mais um e estou pronto para os próximos que vierem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, por todos os esforços e incentivos para que eu percorresse o caminho até aqui.

Aos meus professores, desde o ensino básico, por me capacitarem para a vida e também para que eu ingressasse na vida acadêmica.

Aos mestres que me guiaram durante a graduação, pelos ensinamentos e por fomentarem minhas aspirações para a vida profissional.

À Profa. Dra. Renata Raupp Gomes, pela atenção, colaboração e pelos preciosos comentários feitos a este trabalho.

Aos amigos, que tornaram a jornada mais prazerosa no decorrer dos semestres.

À UFSC, por me acolher e me proporcionar um universo acadêmico e um ensino de qualidade.

À minha noiva Jordana, por todo o apoio e por acreditar em mim sempre.

A todos, meu muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho visa a refletir sobre a proibição da estipulação de cláusulas sucessórias, em especial, no pacto antenupcial. A pesquisa propõe abordar se a atual proibição de pacto sucessório, fundamentada pelo artigo 426 do Código Civil, possa estar interferindo na autonomia privada dos indivíduos, e, inclusive, na tomada de decisão destes com relação à formalização de relacionamentos amorosos. O estudo abordará se os motivos pelos quais a prática da cláusula sucessória é proibida a justificam, e se devem ser estendidos inclusive para as cláusulas que versem sobre renúncia antecipada abdicativa. Para tanto, será feita uma pesquisa bibliográfica baseada em doutrina, legislação, artigos e precedentes de alguns Tribunais nacionais, além de trazer alguns exemplos de ordenamentos estrangeiros acerca do tema. Por fim, pretende-se verificar se a lei deve ser alterada, a fim de viabilizar um importante instrumento que é o planejamento sucessório, que tem como principal objetivo proporcionar uma transição pacífica e fiel à última vontade de seu autor.

Palavras-chave: Pacto antenupcial; Pacto sucessório; Autonomia privada; Renúncia; Planejamento sucessório.

ABSTRACT

The present work aims to reflect on the prohibition of the stipulation of succession clauses, in particular, in the prenuptial agreement. The research proposes to address whether the current prohibition of succession agreements, based on article 426 of the Civil Code, may be interfering in the private autonomy of individuals, and even in their decision-making regarding the formalization of romantic relationships. The study will address whether the reasons why the practice of the succession clause is prohibited justify it, and whether they should be extended even to clauses that deal with early abdicative waiver. To this end, a bibliographic research will be carried out based on doctrine, legislation, articles and precedents of some national Courts, in addition to bringing some examples of foreign legal system on the subject. Finally, it is intended to verify if the law should be amended, in order to make possible an important instrument that is succession planning, which has as its main objective to provide a peaceful and faithful transition to the last will of its author.

Keywords: Prenuptial agreement; Succession pact; Private autonomy; Renounce; Succession planning.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CPC - Código de Processo Civil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões

PGBL - Plano gerador de benefício livre

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

VGBL – Vida gerador de benefício livre

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO SUCESSÓRIO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	11
2.1 O PLANEJAMENTO PATRIMONIAL COMO UM IMPORTANTE INSTRUMENTO SUCESSÓRIO	15
2.2 INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.....	19
2.2.1 Regime de bens	19
2.2.2 Testamento	21
2.2.3. Partilha em vida.....	21
2.2.4 Doações	22
2.2.5 Estipulação em favor de terceiros	22
3 A POSIÇÃO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.....	23
3.1 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E USUFRUTO VIDUAL	26
3.2 DIFERENÇA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO ATUALMENTE?	28
4 O PACTO ANTENUPCIAL E SUA RELEVÂNCIA NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES	31
4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SUA REPERCUSSÃO NOS PACTOS ANTENUPCIAIS	35
4.2 PACTO SUCESSÓRIO E A PROIBIÇÃO DO ART. 426 DO CÓDIGO CIVIL	37
4.3 O DIREITO À HERANÇA E A LIBERDADE DE RENÚNCIA	41
4.4 A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA PRÉVIA NO PACTO ANTENUPCIAL	44
4.5 EXEMPLOS DE ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS QUE PERMITEM A PACTUAÇÃO SUCESSÓRIA.....	49
4.6 LIBERDADE DE TESTAR	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS:	58

1 INTRODUÇÃO

É sabido que os arranjos familiares e conjugais geram efeitos nas esferas pessoais, sociais e patrimoniais. Ao longo da história, os ordenamentos jurídicos passaram a tutelar os interesses patrimoniais dos nubentes e, assim, foram surgindo os regramentos a respeito da comunicação dos bens dos cônjuges em vida e também em morte.

Desde o primeiro Código Civil brasileiro, se pretendeu regular o acervo patrimonial dos nubentes, limitando-a a poucas escolhas no que concerne ao regime de bens que, em um primeiro momento era até inalterável. Essas regulamentações, além de proteger os interesses dos cônjuges, têm por objetivo também proteger o interesse de seus descendentes e terceiros.

Contudo, essa liberdade de escolha de regimes e de consequências jurídicas do modo como lhes aprouver ou mesmo o exercício de suas autonomias patrimoniais não se realiza plenamente quando se analisa pelo prisma do Direito Sucessório. Os nubentes esbarram no impedimento legal de pactuar sobre futura sucessão patrimonial em eventual morte de um deles. O impedimento decorre da proibição dos chamados pactos sucessórios, pejorativamente também conhecidos como *pacta corvina*, que tratam de herança de pessoa viva. Dentre os fundamentos que se utilizam para justificar sua vedação estão a ofensa aos bons costumes, a possível violação da ordem vocacional e a importunação à liberdade de testar.

Além da proibição de dispor sobre seus bens após a morte em pacto antenupcial, estende-se também aos nubentes a proibição de renunciar a herança futura e a renunciar direito concorrential com descendentes e ascendentes do cônjuge falecido.

Ocorre que essa situação impacta diretamente a tomada de decisão pela formalização dos relacionamentos contemporâneos. Por vezes os cônjuges são surpreendidos negativamente com a resposta do cartório de que não há possibilidade de exclusão do cônjuge na sucessão. Isso porque geralmente temem pela segurança do patrimônio de seus descendentes de relacionamentos anteriores e gostariam que esse patrimônio fosse assegurado integralmente a eles. Essa proibição fere diretamente a liberdade existencial do indivíduo, que às vezes deixa de se relacionar na sua esfera amorosa, em razão da proteção de seu patrimônio para os seus herdeiros necessários.

Ademais, cumpre questionar por que o ordenamento brasileiro permite uma maior liberdade aos nubentes para regradar a dissolução de bens sem comunicabilidade de um cônjuge na esfera patrimonial do outro quando em vida, e proíbe que ocorra o mesmo na morte?

É possível que o pacto antenupcial sirva de instrumento do planejamento sucessório considerando a existência da vedação legal denominada *pacta corvina*? Ou então é necessário

demandar uma alteração legislativa que permita as hipóteses de exclusão ou renúncia do cônjuge sobrevivente da linha sucessória do outro?

O objetivo geral do trabalho é refletir sobre a vedação de cláusula sucessória no pacto antenupcial, que poderia ser utilizada como importante ferramenta do planejamento sucessório a fim de evitar futuros conflitos entre herdeiros, e que pode estar interferindo na liberdade individual das pessoas, bem como ocasionando, por consequência, o afastamento de relacionamentos na esfera amorosa e inutilizando instrumentos importantes nas relações jurídicas.

O método de abordagem será o dedutivo e o procedimento será feito através de revisão bibliográfica e análise da legislação pertinente ao tema.

No primeiro capítulo, serão tecidos alguns comentários acerca do Direito Sucessório em si, e como se dão as espécies de sucessão. Nesse mesmo capítulo, será tratado o planejamento sucessório, importante instrumento para uma transição pacífica dos bens do autor da herança.

Em seguida, será trazida a evolução da posição do cônjuge e companheiro no Direito Sucessório, passando pelas mudanças ocorridas no direito de usufruto viual e direito real de habitação, bem como a distinção que o direito fazia em prejuízo dos companheiros com relação aos cônjuges.

No último capítulo, serão abordados aspectos do pacto antenupcial, e, em seguida, tecidos alguns comentários sobre o princípio da autonomia privada e a proibição do pacto sucessório, principal tema neste trabalho ainda combatido por alguns juristas. Serão discutidas, neste capítulo derradeiro, algumas considerações a respeito da herança e também da renúncia à herança, em especial a recíproca, e serão trazidos alguns exemplos de legislações estrangeiras.

Por fim, pretende-se abordar a liberdade de testar como uma solução para um eventual arrependimento posterior, caso o ordenamento brasileiro passe a admitir, em algum momento, a possibilidade trazida no trabalho referente à estipulação de cláusula sucessória em pacto antenupcial que permita a renúncia antecipada, considerando o seu caráter de irrevogabilidade e oportunizando ao cônjuge a liberdade de incluir um ao outro posteriormente em seu testamento nos limites da sua quota disponível.

2 DIREITO SUCESSÓRIO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito das Sucessões é responsável por regular a sucessão pelo evento morte. A partir da morte, ocorre a transmissão da titularidade das relações patrimoniais ativas e passivas aos herdeiros legítimos e testamentários.

Segundo Paulo Lôbo (2016), para a sucessão hereditária são necessários dois requisitos: o falecimento da pessoa física (de *cujus*); e a sobrevivência do beneficiário, herdeiro ou legatário. “O direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários dele.” (LÔBO, 2016, p. 12)

De acordo com Lôbo (2013), o Código Civil brasileiro adotou o modelo dos povos germânicos de sucessão, retratado na expressão do Direito francês de *droit de saisine*, que corresponde ao princípio de *saisine* cuja posse da herança se transmite aos herdeiros no exato momento em que o autor da herança falece. O referido princípio existe porque os bens do falecido não podem ficar por um período sem dono.

Ressalta-se que, até ocorrer a partilha, o herdeiro não é possuidor exclusivo de quaisquer bens da herança. Ele será condômino e compossuidor, podendo exercer atos possessórios sobre o todo unitário e indivisível, desde que não exclua os mesmos direitos dos outros herdeiros, consoante aduz Danilo Jafet (*apud* GUIDI, 2021)

Consoante Paulo Nader (2016), as coisas que antes pertenciam ao de *cujus* (autor da herança) não se tornam *res nullius* (coisa sem dono), já são transmitidas aos sucessores imediatamente após o óbito. Se a sucessão for legítima ou *ab intestato* (sem testamento), o patrimônio se transfere a membros da família, de acordo com o critério legal; se testamentária, às pessoas indicadas no ato de última vontade.

Nader (2016) acrescenta que os princípios que regem o Direito das Sucessões são de ordem pública, inderrogáveis por ato de vontade, como o relativo à escala da sucessão, tecnicamente denominada ordem da vocação hereditária, e a proibição de acordo sobre herança de pessoa viva (*pacta corvina*).

O autor explica que a chamada sucessão contratual, ou pacto sucessório, não existe em nosso ordenamento. Consiste em contrato que versa sobre patrimônio de um titular para depois de sua morte. Tal contrato é considerado contrário à ordem moral, e não possui validade em nosso Direito Civil, como veremos adiante.

Como mencionado, a sucessão hereditária pode ser dividida em legítima ou legal (arts. 1.829 a 1.856 do CC) e testamentária (arts. 1.857 a 1.990 do CC).

Os herdeiros legítimos estão previstos no art. 1.829 do Código Civil, que trata da ordem de vocação hereditária, que indica a classe em que os herdeiros serão chamados a suceder, devendo ser esgotados todos os chamados de uma classe para passar à classe seguinte.

Conforme art. 1829:

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;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais. (BRASIL, 2002, art. 1.829)

A sucessão testamentária ocorre quando a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, denominado testamento. Há, portanto, uma preservação da autonomia privada do testador, mas que deve respeitar determinados parâmetros normativos de ordem pública. Porém, o testamento não é um instrumento comumente utilizado na cultura brasileira. Embora possua uma extensa regulamentação em nosso ordenamento, a aplicação prática é pequena. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020)

Já a sucessão legal ou legítima é regrada pela própria lei. O Código Civil prescreve a ordem de chamamento dos sucessores, também denominada ordem de vocação legal. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020)

Dessa forma, se o autor da herança morre sem fazer testamento (*ab intestato*), ou nos casos em que o testamento é inválido (nulo ou anulável), a lei atuará supletivamente. A situação também ocorre nos casos em que há testamento válido mas que não verse sobre a totalidade dos bens disponíveis. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020)

Vale ressaltar que a sucessão hereditária também comporta uma outra classificação, sendo ela subdividida em sucessão hereditária universal (arts. 1.829 a 1.856 do CC) e sucessão hereditária singular (arts. 1.912 a 1.940 do CC).

Nader (2016), indica que a sucessão legítima se faz sempre a título universal. Os herdeiros participam da totalidade do ativo e passivo, exceto com relação aos legados. Já a testamentária pode ocorrer a título universal ou singular.

O sucessor legatário é aquele a quem é estipulado em testamento certo e determinado bem ou benefício, ou mais de um. Nesse sentido, pode-se dizer que todo legatário é

testamentário, porém o contrário não é verdade, pois os sucessores testamentários podem receber herança a título universal. (VENOSA, 2017)

Nada impede que toda a herança seja legada pelo testador, para vários legatários, desde que não existam herdeiros necessários. Se houver, só poderá dispor de no máximo metade do patrimônio. Os legatários podem, inclusive, tratar-se de herdeiro legítimo, o qual receberá tanto pela sucessão legítima como pela sucessão testamentária, sendo duplamente beneficiado. (MADALENO, 2020)

Convém também subdividir, ainda, a sucessão legítima em necessária (ou legitimária) e facultativa. Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão por ato de vontade do autor da herança, salvo as hipóteses de deserdação ou indignidade. São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge. Na sucessão facultativa, os herdeiros legítimos, porém não necessários, colaterais até o 4º grau, podem ser afastados pela simples vontade do autor da herança de contemplar pessoa(s) diversa(s), desde que manifestada formalmente em testamento. Assim, herdamos somente na ausência de herdeiros necessários e se não houver terceiros contemplados com a totalidade do patrimônio.

Como citado, os herdeiros necessários só podem ser afastados da sucessão nas hipóteses de indignidade e deserdação. Não se verificando uma dessas hipóteses, o titular da capacidade sucessória terá direito à sua parte na herança ou legado, a menos que renuncie expressamente.

O autor Fabio Ulhoa Coelho (2020) discorre sobre as causas que configuram a indignidade.

As causas que configuram a indignidade são três: a) autoria, coautoria ou participação em homicídio doloso, ou tentativa, praticado contra o autor da sucessão, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) acusação caluniosa em juízo sacada contra o autor da sucessão, seu cônjuge ou companheiro, bem como crime contra a honra deles; c) prática de atos violentos ou fraudulentos com o objetivo de obstar ou inibir o autor da herança de dispor livremente de seus bens por testamento ou outro ato de última vontade (CC, art. 1.814). Desse modo, o sobrinho que atenta dolosamente contra a vida da companheira do tio, difama-o ou rasga o testamento particular por ele feito é indigno de sucedê-lo. (COELHO, 2020, p. 150)

Quanto às causas que ensejam a deserdação, o mesmo autor aponta que estas são mais extensas. A princípio, é possível em qualquer dos casos de conduta indigna citada, bem como nos casos de ofensa física, injúria grave e desamparo nas graves enfermidades ou alienação mental com relação ao autor da herança. Também são causas para a deserdação as relações sexuais entre o descendente ou ascendente com o cônjuge do autor. A deserdação, deve ser feita por testamento, porém, não basta a vontade do testador, é necessária a ocorrência de

uma das causas que a autorizam. Deve ser declarado no testamento o fato que a motivou (CC, art. 1.964). Seus herdeiros terão de apresentar as provas para que possam ter sucesso na ação judicial visando à declaração da exclusão. Do contrário, o demandado participa da sucessão normalmente. (COELHO, 2020)

Coelho (2020) acrescenta ainda que, por terem natureza de pena, tanto a indignidade quanto a deserdação não podem ser impostas sem o devido processo legal. Portanto, devem ser objeto de declaração judicial. Ademais, como a pena não pode ultrapassar a pessoa do agente culpado, os descendentes do excluído por indignidade ou deserdação não são prejudicados e participam da sucessão como se o indigno ou o deserddado estivesse morto.

O sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil de 1916 era baseado no parentesco consanguíneo, privilegiando-se a família patriarcal, constituída exclusivamente pelo matrimônio sob a autoridade marital. Eram preteridos os direitos sucessórios do cônjuge supérstite, que só participava da sucessão na ausência de descendentes e ascendentes, sob a justificativa de que estaria assim evitando “o perigo da transferência da riqueza da família de um cônjuge para a família do outro, em virtude de segundo matrimônio do cônjuge supérstite.” (Marini, 1985, p. 42 *apud* TEPEDINO, NEVARES; MEIRELES, 2021, p. 28)

O Código Civil de 2002, porém, incluiu o cônjuge na categoria de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e ascendentes, ampliando-se os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, limitados em passado recente ao usufruto vidual e ao direito real de habitação, conferidos pela Lei 4.121/62.

Diante dessas variáveis que circundam o Direito Sucessório, considerando inclusive sua evolução, é de fundamental importância que um planejamento seja feito para evitar conflitos posteriores e também para dar a maior fidelidade à intenção da pessoa após seu falecimento.

Embora a morte seja um evento natural, o assunto ainda é bastante evitado no âmbito familiar, configurando um grande tabu a ser superado. Mostra-se importantíssima a abordagem desse assunto com naturalidade, uma vez que a única certeza é de que ocorrerá com todos. Posto isso, o planejamento sucessório, como será tratado adiante, é um excelente conjunto de instrumentos para a realização da sucessão idealizada pelo autor da herança em vida, viabilizando uma transmissão hereditária mais pacífica e fiel à vontade do autor.

2.1 O PLANEJAMENTO PATRIMONIAL COMO UM IMPORTANTE INSTRUMENTO SUCESSÓRIO

O planejamento sucessório compreende um conjunto de projeções realizadas em vida, visando uma pacífica transição da titularidade da herança. Sobre o seu conceito, Daniele Teixeira (2018, p. 35, *apud* HINORAKA; TARTUCE, 2019, p. 88), define o planejamento sucessório como “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.

Por várias vezes, a transição da herança acaba gerando muitos conflitos entre os sucessores. Para Tepedino, Nevares e Meireles (2021), o objetivo do planejamento sucessório é evitar conflitos, assegurar que os atos de última vontade da pessoa sejam executados após o seu falecimento, como a continuidade de empresas e negócios, bem como a melhor distribuição da herança entre os sucessores.

Segundo Guidi (2021), considerando as mudanças sociais, a possibilidade de recasamentos e eventual existência de filhos anteriores a esse outro matrimônio, é cada vez mais comum os cônjuges buscarem uma forma de não comunicabilidade de seus patrimônios. Embora haja a possibilidade de escolher o regime de separação de bens quando se casa, essa incomunicabilidade não se estende à sucessão. Há, portanto, uma maior restrição à liberdade de escolha no que tange ao direito sucessório.

Notadamente, a morte é vista como um assunto delicado, e conversar sobre esse tema gera desconfortos, como se estivesse antecipando o evento ou atraindo mau agouro, porém a morte é um evento natural, uma das poucas, se não a única, certezas das nossas vidas. Stolze e Pamplona Filho (2020, p. 288) explicam que “a morte, em princípio, não é considerada condição: o indivíduo nasce e tem a certeza de que um dia irá morrer, mesmo que não saiba quando (acontecimento *certus an e incertus* quando). Trata-se de um termo com data incerta.”

De acordo com Coelho (2020), no passado, era muito mais comum as pessoas fazerem uma declaração de última vontade, estabelecendo quem deveria ficar com seu patrimônio. Hoje em dia, a sucessão testamentária tem sido exceção, pois, na maioria das vezes, herdam os sucessores legítimos.

Importante ressaltar, como asseveram Lucachinski e de Lima Fante (2019), que o planejamento sucessório promove celeridade da sucessão. Assim, quando ocorre o falecimento sem um planejamento prévio, o patrimônio sujeita-se a longas discussões judiciais, que proporcionam morosidade, onerosidade e desgaste pessoal.

De acordo com Guidi (2021), há muitas regras que engessam o direito de família, e ainda mais o direito sucessório, e isso dificulta com que muitos casais possam realizar seus planejamentos patrimoniais em conformidade com a sua vontade. Ao olhar da autora, não há motivos para restrições à autonomia do casal, desde que não fira direitos de terceiros ou das próprias partes envolvidas, haja vista que não há qualquer interesse direto do Estado nessas questões de foro íntimo.

Segundo Rolf Madaleno,

o planejamento sucessório ainda é um sistema complexo e caro, do efetivo conhecimento de poucos, e que envolve estatutos sociais, empresas holdings, acordos de quotistas e de acionistas regrado o exercício do direito de voto, ou o controle e gestão familiar, o direito de preferência na alienação de quotas e de ações para familiares e terceiros, além da instituição e da mudança do regime de bens, testamentos, fideicomissos e doações com cláusula de reversão, usufruto, gravames, planos de previdência privada, bem de família, partilha em vida e contratos de casamento ou de união estável, e têm servido como idôneo instrumento para atender às expectativas materiais que contrastam com a legislação civil, principalmente porque não admite pactos conjugais e contratos sucessórios de renúncia de herança concorrencial de parte do cônjuge, notoriamente em regime convencional de separação de bens. Como menciona Daniele Chaves Teixeira, o planejamento sucessório envolve várias áreas do Direito Civil, como o Direito das Sucessões, o Direito de Família, o Direito dos Contratos, o Direito Empresarial, o Direito Tributário e outras áreas afins, como o Direito Processual, o Direito Administrativo e até mesmo o Direito Internacional Privado, quando se trata de sucessão de bens localizados no exterior, servindo estas diferentes ciências para harmonizar e planificar a transferência do patrimônio pessoal de uma forma racional e segura, respeitada a legislação em vigor. (MADALENO, 2020, p. 46)

Madaleno (2020) acrescenta que o planejamento sucessório é um importante instrumento de proteção do patrimônio familiar perante novos membros da família e também serve para aqueles que possuem empresa e querem preservá-la da regra sucessória.

O autor também esclarece que não se deve confundir a meação com a herança, uma vez que a primeira tem sua origem no Direito de Família, a depender do regime de bens dos cônjuges ou conviventes, e se instala perante a dissolução em vida ou em morte, e não integra o acervo hereditário.

Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, deve-se separar do patrimônio comum o que pertence ao cônjuge sobrevivente. Separada a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva comporá a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso. (VENOSA, 2017)

Como meação não se confunde com herança, se o cônjuge sobrevivente desejar transmiti-la a herdeiros, tal atribuição constituirá negócio jurídico entre vivos, pois não existe renúncia à meação.

Vale ressaltar, que, dependendo do regime patrimonial adotado pelos cônjuges, a concorrência sucessória pode existir ou não, e quando existe, pode alcançar maior ou menor parte da herança, de acordo com a natureza da descendência deixada pelo falecido.

Com respeito à natureza da descendência, citam-se quatro hipóteses:

1ª) Quando o falecido deixa até três descendentes, o cônjuge concorre por cabeça (CC, art. 1.832, primeira parte). Isso significa que receberá porção igual às dos descendentes. Se o falecido deixou um filho apenas, o cônjuge herda metade; se deixou dois, herda um terço; quando são três os descendentes, o percentual da herança do cônjuge é um quarto. Sendo o número de descendentes igual ou inferior a três, é irrelevante se a descendência é comum, exclusiva ou híbrida. Em qualquer caso, a concorrência será por cabeça. 2ª) Se a descendência do falecido é integrada apenas por filhos exclusivos dele, o cônjuge continua herdando por cabeça, qualquer que seja o número de descendentes. Isto é, se o cônjuge não é ascendente de nenhum dos descendentes do de cujus, receberá invariavelmente porção igual à deles. Se forem quatro os filhos, o cônjuge herdará um quinto; se forem cinco, sua parte na herança será de um sexto, e assim por diante. 3ª) Na situação em que o cônjuge concorre apenas com filhos comuns, ou seja, descendentes dele e do falecido, a lei lhe assegura o direito a uma porção mínima da herança, correspondente a um quarto (CC, art. 1.832, *in fine*). Desse modo, sendo quatro ou mais os filhos comuns, ao cônjuge é destinada a quarta parte da herança e os três quartos restantes são divididos entre os descendentes, em porções iguais. Assim, se eram cinco os filhos do casal, 25% da herança cabe ao cônjuge e 15% a cada descendente. 4ª) Finalmente, se a concorrência se estabelece entre o cônjuge e descendentes comuns e exclusivos do falecido, a inexistência de preceito legal específico desperta, na tecnologia jurídica, a dúvida acerca do critério a adotar. Se incidir a primeira parte do art. 1.832 do CC, a repartição da herança faz-se por cabeça, sem reserva da quarta parte ao cônjuge; mas se aplicada a parte final do mesmo dispositivo, a destinação dos bens deve atender, inicialmente, à porção mínima do cônjuge. A solução para a dúvida suscitada pela inexistência de previsão específica da concorrência no caso de descendência híbrida aponta para a regência do tema pela primeira parte do art. 1.832 do CC. Isto é, o cônjuge só tem a garantia da porção mínima de um quarto da herança ao concorrer exclusivamente com seus próprios descendentes. Quando ele não for ascendente da totalidade dos seus concorrentes, não tem aplicação a parte final do dispositivo (COELHO, 2020, p. 164).

Já na concorrência do cônjuge com os ascendentes do falecido, é irrelevante o regime de bens escolhido. Em qualquer deles será idêntico o direito sucessório do viúvo ou viúva. Distinguem-se, nessa concorrência, apenas duas situações. Se o concurso ocorre entre cônjuge sobrevivente e dois ascendentes de primeiro grau do falecido, o cônjuge terá direito a um terço da herança. Se a concorrência ocorre com um só ascendente de primeiro grau ou com ascendentes de grau superior, o cônjuge terá direito à metade da herança. (COELHO, 2020)

Rolf Madaleno (2020) aduz que a concorrência sucessória do consorte sobrevivente tem viés humanitário, porque evita que o viúvo ou a viúva, passe de um bem-estar para a mendicância, sendo difícil acreditar, conforme afirma Alfonso Murillo Villar (2018, p. 501), “que o defunto quisesse que seus bens passassem a outras mãos e que seu cônjuge supérstite caísse em estado de indigência.” (*apud* MADALENO, 2020, p. 551)

Madaleno (2020) acrescenta que a intangibilidade da legítima protege os herdeiros necessários contra eventual arbítrio do testador. Também está presente no Direito das Obrigações, quando trata da doação inoficiosa do art. 549 do Código Civil, e considera nula a doação do montante que excede a parte disponível do patrimônio.

De acordo com Lôbo (2016, p. 75), a metade legítima e a metade disponível são invariáveis. No entanto, “se o de *cujus* tiver feito doações em vida a descendentes ou ao outro cônjuge, os respectivos valores são acrescidos ao da metade do patrimônio, compondo o valor final da legítima”.

Portanto, o cálculo da legítima não se trata da exata metade do patrimônio deixado pelo de *cujus*, mas sim da metade de todo seu patrimônio líquido. Em primeiro lugar, devem ser satisfeitas as obrigações passivas deixadas pelo morto, inclusive as despesas com seu funeral. Tem-se, então, o patrimônio líquido. Deste se apura o valor da metade. E por fim, acrescentam-se à essa metade, os valores das liberalidades feitas em vida a seus descendentes ou ao outro cônjuge, que não tenham sido expressamente dispensadas de serem levados à herança. Essa soma será o valor final da legítima dos herdeiros necessários ou, também chamada, a parte indisponível. (LÔBO, 2016)

Quanto à parte disponível, o autor explica que o art. 1.849 do Código Civil alterou a denominação “metade disponível”, como constava na legislação anterior, para “parte disponível”, haja vista a parte disponível pode não corresponder à exata metade dos bens da herança, a exemplo de quando há bens sujeitos à colação, conforme visto acima.

Frisa-se, portanto, que a existência da figura de herdeiros necessários é também uma limitação à liberdade do doador e do testador, pois as doações serão consideradas futuramente para a composição da legítima de todos os herdeiros.

Segundo Hironaka e Tartuce (2019), é preciso a observância de duas regras determinantes que permitem a efetivação do planejamento sucessório. A primeira delas é referente à proteção da quota dos herdeiros necessários, denominada legítima (art. 1.846 do Código Civil de 2002). E a segunda é a vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*, retirada do art. 426 do Código Civil em vigor, segundo o qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Caso ocorra, enseja nulidade absoluta virtual, conforme previsto na segunda parte do art. 166, inc. VII, do Código Civil, já que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção.

Sobre essa segunda regra, a título de exemplo, cita-se acórdão recorrido que manteve a nulidade de cessão de direitos hereditários na qual cessionários dispuseram de direitos a serem futuramente herdados, justificando as razões pelas quais entendeu que o negócio jurídico em

questão não dizia respeito a adiantamento de legítima, e sim de vedada transação envolvendo herança de pessoa viva. [...] Embora seja admitida a cessão de direitos hereditários, esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. A disposição de herança, se na forma de cessão de direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva. (STJ, 4ª T. Ag. Int. no REsp nº 1.341.825/SC. Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.12.2016.)

O planejamento sucessório pode ser realizado por meio de vários instrumentos, os quais serão abordados no tópico adiante.

2.2 INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Neste capítulo serão traçadas linhas gerais sobre alguns dos instrumentos mais utilizados nos planejamentos sucessórios. Não há pretensão de esgotar as possibilidades e tampouco aprofundar a discussão sobre cada um deles, apenas para elucidar como pode ser composto um planejamento sucessório.

2.2.1 Regime de bens

Consoante Gustavo Tepedino, Naves e Meireles (2021), a primeira forma de planejar a sucessão hereditária é a escolha do regime de bens do casamento ou da união estável. Conforme o regime de bens, haverá ou não partilha de patrimônio entre o casal no momento da dissolução por vida ou por morte. Há, por exemplo, concorrência do cônjuge e do companheiro com os descendentes a depender do regime de bens vigente. Deve-se considerar que é possível a alteração de regime durante a vigência do casamento, por meio de procedimento judicial (CC, art. 1.639, § 2º e CPC, art. 734).

Para Zanella (2019), o regime de bens é um instituto jurídico desenvolvido pelo legislador para regulamentar o direito patrimonial dos cônjuges quanto à posse dos bens individuais e comuns do casal, bem como regradar a disposição de patrimônio futuro, e seus efeitos sucessórios e quanto à terceiros.

Vale ressaltar que o regime de bens também é um instituto jurídico regido por princípios. Atualmente, são consagrados três princípios quanto ao regime matrimonial, sendo eles: o da variedade de regimes, o da liberdade convencional e o da mutabilidade controlada.

O princípio da variedade de regimes consiste em disponibilizar opções para que os nubentes possam escolher a que lhes aprouver. A Lei não impõe um regime patrimonial específico, porém o Código Civil oferece quatro espécies para livre escolha: a comunhão parcial (art. 1.658), a comunhão universal de bens (art. 1.667), a separação total de bens (art. 1.687 e 1.688) e a participação final nos aquestos (art. 1.672). Cabe ressaltar, porém, que, na ausência de pactuação sobre o regime, vigorará o regime legal da comunhão parcial. Um quinto regime, o da separação obrigatória, é aplicado aos casos previstos no artigo 1.641 do CC: quando não observadas as causas suspensivas do artigo 1.523 do CC; um dos nubentes tiver mais de 70 anos; ou quando se depende de suprimento judicial para contrair matrimônio. (SOUZA, 2021)

Consoante Cardoso (2009), caso os nubentes pretendam regramento diverso daqueles legalmente fixados, ou ainda um que misture as regras existentes na legislação, poderão compor um regime personalizado às suas necessidades e pretensões. Essa liberdade de convenção denomina-se liberdade convencional. Há, porém, um limite a essa livre escolha, que é o respeito às leis, aos bons costumes, às regras de ordem pública, bem como à natureza e os preceitos do casamento.

O terceiro princípio é o da mutabilidade controlada dos regimes patrimoniais, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio a partir do Código Civil de 2002. Anteriormente vigorava o princípio da irrevogabilidade dos regimes matrimoniais, pois a lei vedava a alteração do regramento patrimonial após a celebração do casamento. Com o novo regramento, ocorreu a possibilidade de pleitear a troca de regime pela via judicial.

A escolha do regime de bens gera efeitos desde a data do casamento ou configuração da união estável, nos termos do § 1º do artigo 1.639 e 1725, ambos do Código Civil de 2002. Além disso, tendo em vista a indissociabilidade dos efeitos patrimoniais acerca da relação conjugal, cabe ao Código Civil tutelar o aspecto econômico das relações familiares para proteger não somente o interesse dos cônjuges, mas, também, de seus descendentes e terceiros (FARIAS; ROSENVALD, 2015, *apud* ZANELLA, 2019).

Segundo Hironaka e Tartuce (2019), a escolha por um ou outro regime de bens ganhou notável importância sucessória a partir do Código Civil de 2002, em razão da possibilidade de concorrência sucessória dos cônjuges com os descendentes e ascendentes do falecido. A questão foi bastante discutida em virtude do entendimento de que a escolha do regime de bens geraria efeitos não só em vida, mas também após a morte.

O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro julgado relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendia que, para o cônjuge casado mediante separação de bens, além de não ter

direito à meação, tampouco teria à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Esse entendimento, porém, foi superado pelo próprio STJ, que consolidou posição totalmente contrária em sua Segunda Seção. Nos termos do acórdão de superação e pacificação a respeito do tema:

quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador, que pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez, estabelecendo um sistema para a partilha dos bens por causa *mortis* e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. (STJ, REsp nº 1.382.170/SP. Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.4.2015)

Segundo Rolf Madaleno (2018), o regime de bens permite aos cônjuges a estipulação das regras econômicas da relação, e proporciona transparência ao modo que cada um contribuirá quanto às relações econômicas e patrimoniais do casal.

2.2.2 Testamento

Rolf Madaleno acrescenta que, no Brasil, o instrumento por excelência para o planejamento sucessório é o testamento. Nele, são contidas disposições de natureza patrimonial ou pessoal do testador, servindo-lhe para diversos objetivos que tenham em comum a produção de efeitos causa mortis. Destaca-se a previsão do art. 2.014 do Código Civil, que autoriza o testador a indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

2.2.3. Partilha em vida

Conforme o artigo 2.018 do Código Civil, é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários. Trata-se de mais um importante instrumento para o planejamento sucessório, quando o titular do patrimônio já tem definida qual será a destinação de seus bens. (Tepedino, Nevares e Meireles, 2021)

A partilha em vida pressupõe a doação dos bens do seu titular em vida, em favor de todos ou alguns herdeiros legitimados, restando apenas recursos suficientes para a manutenção do titular (CC, art. 548). A partilha em vida deve englobar todos os bens do titular e não

apenas bens específicos, respeitando-se a legítima dos herdeiros necessários e a impossibilidade de renúncia prévia à herança. Tepedino, Nevares e Meireles (2021) esclarecem que a partilha em vida é considerada uma exceção aos pactos sucessórios. Porém, deve respeitar as regras de sucessão de bens, respeitando as quotas correspondentes a cada um dos herdeiros legítimos.

2.2.4 Doações

Outro instrumento de planejamento sucessório é a doação. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge ou companheiro a outro, configura adiantamento do que lhes cabe por herança, portanto estão sujeitas à colação, salvo se o donatário expressamente dispensar de tal obrigação no ato da liberalidade ou em testamento posterior, nesse caso integraria sua parte disponível. (TEPEDINO, NEVARES; MEIRELES, 2021)

2.2.5 Estipulação em favor de terceiros

Há também as estipulações em favor de terceiros, através das quais o estipulante contrata com o promitente benefício em favor de um terceiro. São os casos dos seguros de vida e de investimentos que integram o sistema de previdência privada (VGBl e PGBL). Tepedino, Nevares e Meireles (2021) explicam que os capitais gerados por conta de tais estipulações são pagos independentemente do inventário e garantem aos sucessores recursos financeiros para pagar as despesas derivadas da morte do titular do patrimônio, e também as relacionadas com o processo de inventário e impostos incidentes sobre os bens deixados.

Os autores apontam que esse instrumento gera muitas críticas com relação à desigualdade referente à legítima dos herdeiros necessários, uma vez que, por meio dos seguros de vida ou de acidentes pessoais, o ascendente pode destinar mais recursos a determinado descendente em detrimento de outro. O Código Civil assegura, em seu artigo 794, que os seguros de vida ou de acidentes pessoais não são considerados herança e, em virtude disso, na ocorrência de sinistro, o capital segurado é pago independentemente de inventário. Portanto, o valor do seguro não está sujeito à colação. Porém, há autores que defendem que o valor das prestações pagas para a contratação do seguro deve ser colacionado, haja vista ter saído do patrimônio do de cujus.

Como visto, o planejamento sucessório é uma importante ferramenta para que o autor da herança transmita seu patrimônio de uma forma ordenada e pacífica. Vale dizer, que o planejamento sucessório, além de estar fundado no princípio da autonomia privada do autor, também deverá estar alinhado às imposições legais. Portanto, deve acompanhar as inovações legislativas. E quanto às inovações acerca do direito sucessório nas últimas décadas, deve-se conferir destaque principalmente à posição do cônjuge e companheiro na sucessão legítima, como veremos adiante.

3 A POSIÇÃO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Segundo Coelho (2020), no direito brasileiro, a valorização do cônjuge na ordem de vocação hereditária teve a seguinte trajetória: até 1907, sob a vigência das Ordenações Filipinas, o cônjuge sucedia em quarto lugar, depois dos parentes colaterais até o décimo grau, ou seja, após tios-bisavôs, sobrinhos-bisnetos e primos longínquos. Naquele ano, com a Lei Feliciano Pena, o cônjuge passou a ter preferência sobre os colaterais; o Código Beviláqua, em 1916, manteve o cônjuge na terceira classe, atrás dos filhos e, não os havendo, dos pais do falecido. Sob a vigência dessa lei, o cônjuge era herdeiro legítimo, mas não necessário, podia ser excluído da sucessão, bastando que o testador dispusesse de seu patrimônio sem o contemplar; o Código Reale, por sua vez, promoveu-o à primeira e segunda classe de sucessores, em concorrência respectivamente com os descendentes e ascendentes.

A promoção do cônjuge sobrevivente a herdeiro legítimo e até mesmo a herdeiro necessário foi uma das principais mudanças no direito sucessório ao longo do tempo. A família matrimonial deixou de ser concebida como instituição de procriação e transferência de patrimônio, para se converter em parceria de duas pessoas iguais, que se amam e garantem a cada uma o autodesenvolvimento e a segurança. (Castelein, 2009, *apud* LÔBO, 2016).

Foi superado o modelo da preferência do parentesco derivado da consanguinidade (relação vertical) em detrimento do cônjuge (relação horizontal). A ideia, inspirada no Código Civil francês de 1804, centrada na relação vertical, era a de que o patrimônio não poderia ser transferido a um estranho em relação à família de sangue, exceto se não houvesse parente consanguíneo sobrevivente. (LÔBO, 2016)

Paulo Lôbo (2016) acrescenta ainda que a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários despertou reação contrária por boa parte da doutrina, fundamentada sobretudo na longa tradição do direito brasileiro de conter os herdeiros necessários nos descendentes e

ascendentes sucessíveis; na redução do espaço de autonomia para testar que seria ocasionada; e na inexistência de parentesco entre os cônjuges.

Com efeito, essa transmissão de patrimônio preferencial em razão do sangue já não se sustenta, pois não é plausível que parentes distantes, inclusive até desconhecidos do autor da herança, prevaleçam sobre o seu companheiro de afeto e comunhão de vida.

Para Renata Raupp Gomes (2019), o regime da comunhão universal de bens e a sucessão necessária em favor de descendentes e ascendentes eram compatíveis sob a égide do Código de 1916, tendo em vista que o cônjuge sobrevivente normalmente tinha direito à metade de todo o patrimônio, de titularidade do casal. considerando que à época o casamento era indissolúvel, e o regime legal era o da comunhão universal. No entanto, essa proteção sucessória ao cônjuge foi prejudicada com a superveniência da possibilidade do divórcio e da alteração do regime legal de bens.

Com essas mudanças, sobreveio muita preocupação com o desamparo que o cônjuge teria com a morte de seu consorte, já que o regime de comunhão parcial de bens permite grande margem de patrimônio particular, não comunicável no casamento. (GOMES, 2019)

Anderson Carlos de Souza (2021, p. 39) aduz que, na vigência do Código de 1916, “não poderia o cônjuge sobrevivente dispor via pacto antenupcial de bens aos quais sequer teria direito frente a descendentes e ascendentes em eventual futura sucessão”. No código de 2002, porém, mesmo a separação convencional de bens estabelecida em pacto antenupcial não afastaria o cônjuge sobrevivente da sucessão do falecido. Pelo contrário, justamente por não ter meação, o sobrevivente concorre com os descendentes, de acordo com o inciso I do art. 1829.

Portanto, o cônjuge é afastado da sucessão a depender do regime de bens, caso já possua proteção patrimonial por força da meação. Também, o cônjuge não herdará juntamente com os descendentes se o regime de bens do casamento for o da separação obrigatória. Ressalta-se que nestes casos o legislador entendeu necessário afastar qualquer comunhão entre os cônjuges, inclusive na sucessão em concorrência com os descendentes. Porém, o legislador não teve o mesmo entendimento para os casos de separação convencional de bens,. (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021)

Tepedino, Nevares e Meireles (2021) destacam que foi a partir do Código Civil de 2002 que nasceu a frase que o cônjuge, em concorrência com os descendentes, quando meeiro, não é herdeiro. O autor afirma que a inexistência de patrimônio comum decorrente do regime de bens levou o legislador a elevar o cônjuge sobrevivente na sucessão de seu consorte.

Segundo Raquel Borges Alves Toscano (2020), ao não excluir o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens da ordem vocacional sucessória, como nos casos da separação obrigatória, gerou-se grande indignação aos usuários que procuram o cartório para instrumentalizar documento que afaste a participação dos cônjuges no caso de dissolução por morte, de maneira recíproca, justificando que já não há comunicabilidade patrimonial na vigência do casamento conforme regime de bens escolhido.

O posicionamento majoritário, cuja interpretação foi extraída do conteúdo do REsp 992.749/2009, 3ª Turma, STJ, se inclinou a adotar a tese de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens não concorre à herança com os descendentes do falecido, tendo em vista que o casal, no exercício da autonomia da vontade, escolheu um regime em que os bens não se comunicavam em vida, e tal escolha deveria prevalecer também após a morte de qualquer deles. (TOSCANO, 2020)

Porém, conforme o advogado Luiz Paulo Vieira de Carvalho, ex-diretor do IBDFAM/RJ, este tribunal mudou o posicionamento anterior, declarando ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em qualquer hipótese.

A partir do entendimento doutrinário majoritário estampado no Enunciado n. 270 da III Jornada de Direito Civil, levando-se em conta que o direito à herança é garantido constitucionalmente (art. 5º XXX da CRFB), bem como o comando do art. 1.845 do Código Civil, a afirmar ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, uma vez que os efeitos patrimoniais do casamento se extinguem com a morte de qualquer dos nubentes (art.1.571, I e § parágrafo único), como também o fato de o legislador não excluir da concorrência sucessória o casado pelo regime da separação convencional absoluta (nos termos do retrocitado art.1.829, I do CCB), tendo tal norma caráter imperativo, portanto, de ordem pública, o mesmo Egrégio Tribunal, nos moldes dos REsp's 1.472.945 e 1.430.763/2014, consolidados pelo REsp 1382180/2015, julgado pela Segunda Seção, mudou o posicionamento anterior, declarando ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em qualquer hipótese, até porque a escolha do regime de bens em vida através de pacto antenupcial não pode ultrapassar os limites da morte, entendimento corroborado pelo Enunciado Programático N o 15/2015 aprovado no último congresso nacional do IBDFAM. (TOSCANO, 2020, p. 25)

Vale salientar que a sucessão do cônjuge sobrevivente depende da ocorrência de dois requisitos: cônjuge sobrevivente não deve ter se separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos do de cujus, salvo se provado que a convivência se tornou impossível, sem culpa do sobrevivente (artigo 1.830 CC); e o regime de bens vigente deve permitir a comunicabilidade por decorrência da sucessão. (TOSCANO, 2020)

Consoante Guidi (2021), a lógica do regime de bens na sucessão é inversa à utilizada no divórcio. Enquanto no divórcio não há divisão de bens se casados pelo regime da separação convencional, na sucessão são exatamente esses bens que o consorte sobrevivente herdará integralmente. Cabe uma observação no sentido em que, por desconhecimento,

grande parte dos casais que optam pela separação de bens acredita que o seu patrimônio não se comunicará tanto no divórcio quanto na morte.

Alguns autores, segundo Reale e Martins-Costa (2005, *apud* GUIDI, 2021), defendem a exclusão da concorrência do cônjuge com os descendentes quando o regime for de separação de bens, a fim de valorizar a vontade dos nubentes quando da celebração do casamento. Essa questão da sucessão concorrencial do cônjuge casado pelo regime de separação de bens é tão discutida que, inclusive, havia o Projeto de Lei n. 1792/2007, de autoria do Deputado Max Roseanmann, com a proposta de alterar a redação do inciso I do artigo 1.829, do Código Civil, a fim de excluir o cônjuge casado sob esse regime da condição de herdeiro necessário. Entretanto, o projeto foi arquivado na Câmara, sem aprovação.

Sob o prisma dos direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e também aos companheiros, em alguns casos, vale ressaltar a evolução dos direitos de habitação e usufruto vidual.

3.1 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E USUFRUTO VIDUAL

Até a edição da Lei nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907, a ordem de vocação hereditária era regulada pelas Ordenações Filipinas da seguinte maneira: a) descendentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais, até o 10º grau de consanguinidade; d) cônjuge sobrevivente; e) fisco. Após a edição da supracitada lei, o cônjuge ocupou o terceiro lugar, tendo preferência sobre os colaterais, os quais tiveram uma redução da sucessão, passando a herdar somente até o 6º grau de consanguinidade. (GUIDI, 2021)

Pelo Código Civil de 1916, pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente teria direito real de habitação sobre o domicílio conjugal se o imóvel fosse o único com destinação residencial (CC/1916, art. 1.611, § 2º), pelo período em que vivesse ou não constituísse nova união ou casamento. Nos demais regimes de bens, o cônjuge sobrevivente teria direito ao usufruto vidual (CC/1916, art. 1.611, § 1º). Se o consorte falecido tivesse descendentes, o usufruto correspondia à quarta parte da herança e, na falta destes, se houvesse apenas herdeiros ascendentes, o usufruto era sobre a metade dos bens deixados pelo falecido. Essa regulamentação sobre o direito ao usufruto vidual foi criada pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), conforme explica Rolf Madaleno (2020).

O usufruto vidual foi instituído para proteger a viúva que fosse pobre ou que estivesse em uma posição social e financeira muito inferior à de seu marido, para que assim fosse

destinatária da quarta vidual com o objetivo de ter meios econômicos suficientes para se sustentar. Tal figura assemelha-se aos alimentos compensatórios do direito de família, já que atuava como uma compensação pelo desequilíbrio financeiro ocasionado pela viuvez. (MADALENO, 2020)

Nevares (2015) aduz que ao cônjuge era assegurado o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e da metade, se não houvesse filhos, porém existissem ascendentes vivos do de cujus, se o regime do casamento não era o de comunhão universal. Caso configurada essa hipótese, restaria ao consorte o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência familiar, sendo este o único daquela natureza a inventariar, e somente enquanto durasse a viuvez.

No Código Civil de 1916 não havia uma proteção do cônjuge sobrevivente, pois era tratado como herdeiro facultativo. O Decreto Lei nº 3.200/1941 instituiu o usufruto e o direito à habitação visando a garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o anterior à morte do marido. (OTERO, 2013)

O tratamento dado ao cônjuge no Código Civil de 1916 condizia com aquela realidade social. A família constituía-se pelo casamento, o qual era indissolúvel (até a edição da Lei do Divórcio, em 1977), e caracterizava-se por ser patriarcal e patrimonialista. Como a regra geral do casamento era o regime comunhão universal, ressalvadas as hipóteses de incomunicabilidade dos bens, todo o patrimônio do casal comunicava-se. Com isso, na morte de um dos consortes, o cônjuge sobrevivente possuiria a meação do patrimônio, o que lhe garantia, de certa forma, sua subsistência. Porém, com a alteração do regime supletivo para o de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente poderia não ter meação e tampouco direito à sucessão, se existissem descendentes ou ascendentes. Assim, o legislador preocupou-se em promover uma proteção ao cônjuge, colocando-o em posição de concorrência com os descendentes e ascendentes. (GUIDI, 2021)

A concorrência, portanto, surgiu com o objetivo de evitar o desamparo do cônjuge sobrevivente após a morte do parceiro, garantindo-lhe participação hereditária sobre os bens particulares, atuando como garantia de um mínimo existencial do consorte sobrevivente (OTERO, 2013).

O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, previa regra similar. Em seu artigo 17, trazia o dispositivo que “cabia à brasileira, casada com estrangeiro sob regime que excluísse a comunhão universal, por morte do marido, o usufruto vitalício da quarta parte dos bens deste, se houvesse filhos brasileiros

do casal ou do marido, e de metade, se não os houvesse.” (TEPEDINO, NEVARES; MEIRELES, 2021, p. 144)

Conforme o Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite casado não tem mais direito ao usufruto hereditário da quarta parte dos bens do consorte falecido, como previa o § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, porém o art. 1.831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente, em qualquer regime de bens, o direito real de habitação, quando se tratar de imóvel destinado à residência da família, caso verificado ser este o único daquela natureza a inventariar, independente de qualquer ato de registro. (MADALENO, 2020)

Por fim, registra-se três notáveis alterações que diferenciam o Código Civil de 2002 do revogado Código Civil de 1916, que devem ser destacadas: a) o desaparecimento do direito ao usufruto hereditário do cônjuge sobrevivente; b) a inclusão do cônjuge ou companheiro sobrevivente como herdeiros necessários e destinatários da legítima; c) a concessão do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro em caráter vitalício, em qualquer regime de bens. (MADALENO, 2020)

3.2 DIFERENÇA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO ATUALMENTE

Com relação aos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, a evolução foi ainda mais recente. Com fins de proteção da entidade familiar configurada pela união estável, o direito a alimentos e ao usufruto legal já era regulamentado pela Lei 8.971/94. Com a Lei 9.278/96, foi estabelecido para o companheiro sobrevivente o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse ou até que constituísse nova união ou casamento. (TOSCANO, 2020)

O Código Civil de 2002 trouxe mudanças quanto aos aspectos patrimoniais e pessoais da união estável, em especial no artigo 1.790 e seus incisos, ao indicar ordem de vocação hereditária, permitindo a participação dos companheiros na sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Entretanto, o artigo 1.790 acabou por trazer uma distinção entre casamento e união estável, propiciando uma proteção menor ao companheiro em relação ao cônjuge, restando em flagrante desacordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos. (TOSCANO, 2020)

Conforme explica Toscano (2020), esta controvérsia jurídico-constitucional foi enfrentada e sanada pela Suprema Corte brasileira, ao reconhecer a repercussão geral ao tema, no RE 878.694 e RE 646.721. O STF indicou que a ordem de vocação sucessória aplicada à

união estável se aplica a mesma ao do casamento, sob qualquer regime de bens. Ademais, o companheiro, sob entendimento majoritário da doutrina, equipara-se ao cônjuge sobrevivente e integra o rol dos herdeiros legítimos, nos termos do artigo 1.845.

Em 10.05.2017, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002”.

A ementa recebeu a seguinte redação:

Direito Constitucional e civil. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis números 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferior aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF - RE: 646721 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/5/2017, Tribunal Pleno)

Rolf Madaleno (2020) aduz que, antes da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, as pessoas optavam pela união estável em detrimento do casamento, em virtude do companheiro sobrevivente não ser considerado um herdeiro necessário, podendo ser afastado da herança por testamento que beneficiasse terceiro com a totalidade de seus bens.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2020), o Código Civil fez clara distinção entre as famílias constituídas pelo casamento e pela união estável, discriminando ao conferir mais vantagens ora ao cônjuge, ora ao convivente, e, que certamente precisavam ser corrigidas pela técnica jurídica.

O art. 1.845 do Código Civil estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, e não incluiu portanto a figura do companheiro. Segundo Madaleno (2020), a comunidade jurídica sempre estranhou a omissão do companheiro da

união estável no rol de herdeiros necessários, embora a Constituição de 1988 conferisse às duas instituições o *status* de entidades familiares.

No tema 809 do Recurso Extraordinário 878.694/MG, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e no tema 498 da repercussão geral do Recurso Extraordinário 646.721/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o acórdão lavrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso pontuou, em síntese, que: “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada pela união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”.

Vale ressaltar que o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) opôs embargos de declaração ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, observando que a Corte Suprema havia se omitido acerca dos efeitos de vários dispositivos do direito sucessório, em especial ao do art. 1.845 do Código Civil, para se pronunciar se também o companheiro sobrevivente deve ser considerado como herdeiro necessário. Os embargos foram rejeitados em razão do objeto da repercussão geral não abranger o art. 1.845 do Código Civil, não tendo havido discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários e, portanto, não subsistiria omissão a ser sanada.

Embora os Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG nada esclareçam sobre a inclusão ou não do convivente sobrevivente no rol dos herdeiros necessários, Gustavo Cerqueira (2018, *apud* MADALENO, 2020) assevera que, diante do silêncio do STF acerca da condição do convivente sobrevivente de herdeiro necessário, a doutrina já se divide (i) entre os que entendem que a equalização de direitos no plano sucessório é total, abrangendo a ascensão do companheiro ao rol de herdeiros necessários (majoritários), e (ii) os que entendem que a decisão atingiu apenas o art. 1.790 do Código Civil, e, portanto, mais conservadores quanto ao alcance do acórdão do STF mesmo no âmbito sucessório (minoritários).

Dentre os defensores da corrente minoritária, estão alguns juristas como Mário Luiz Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira e Regina Beatriz Tavares, sob o principal argumento de que no julgamento dos embargos declaratórios no Recurso Extraordinário 878.694/MG, a Suprema Corte foi expressa e categórica ao dizer que a repercussão geral reconhecida no acórdão embargado dizia respeito somente à aplicabilidade do art. 1.829 do CC, não existindo qualquer omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos.

Conforme voto do ministro Luis Roberto Barroso

não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do CC, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada. (STF – RE: 878.694/MG – MINAS GERAIS, Relator: Min. LUIS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 26/10/2018, Tribunal Pleno)

Nesse sentido, a corrente doutrinária minoritária defende que até que a Suprema Corte volte a se manifestar sobre o tema, a qualidade de herdeiro necessário, no nosso ordenamento jurídico, permanece restrita aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge, haja vista o rol do art. 1.845 ser taxativo, não comportando, portanto, interpretação ampliada.

Contudo, embora o Supremo não tenha adotado um posicionamento específico sobre o tema, nota-se que os ministros que votaram pela inconstitucionalidade do art. 1.790 entendem o companheiro como herdeiro necessário de forma implícita, assim como a doutrina majoritária, apoiada por renomados doutrinadores como Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Flávio Tartuce.

Diante disso, embora não seja pacífico o entendimento sobre a equiparação do companheiro no rol de herdeiros necessários estipulados no art. 1.845 do Código Civil, o presente trabalho adota a posição defendida pela doutrina majoritária, referente à equiparação dada ao companheiro, alçando-o à condição de herdeiro necessário a partir da decisão do STF, sob o argumento de que de acordo com a referida decisão, qualquer distinção de efeitos entre o casamento e a união estável é discriminatória, e, portanto, inconstitucional.

Dada essa contextualização sobre a atual posição acerca dos direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, passamos a verificar adiante um instrumento que pactua as regras a que se submeterão os nubentes, o pacto antenupcial.

4 O PACTO ANTENUPCIAL E SUA RELEVÂNCIA NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES

A fim de possibilitar que os consortes exerçam a autonomia privada a eles garantida, o legislador brasileiro também estabeleceu o instrumento do pacto antenupcial, por meio do qual podem os noivos não apenas eleger o regime de bens que lhes é mais adequado, diverso do legal de comunhão parcial, como mesclar as regras das modalidades disponíveis, ou mesmo, criar as suas próprias.

Portanto, é imperioso que, em momento anterior à celebração do casamento, sejam estabelecidas pelos consortes as questões inerentes aos bens e a responsabilidade de cada um na administração destes. (DIAS, 2017)

A adoção do regime que não o legal se faz através de um contrato, denominado “pacto antenupcial”. Quanto à natureza jurídica do pacto antenupcial, Stolze e Pamplona Filho (2020, p. 1.892) explicam que “trata-se de um negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhes aprouver, segundo o princípio da autonomia privada”.

Assim, se os noivos quiserem se casar em regime diverso do da comunhão parcial de bens, devem celebrar o pacto antenupcial (CC, art. 1.640, parágrafo único). Esse instrumento também é exigido na hipótese do casamento no regime de separação obrigatória. (COELHO, 2020)

É possível ainda conjugar regras de regimes distintos, de forma a adotar um estatuto patrimonial híbrido. Contudo, esse regime conjugado exige maior atenção por parte do julgador, tendo em vista que o tipo de regime de bens adotado interfere no direito sucessório do Cônjuge em concorrência com os descendentes. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020)

Segundo Chaves de Farias e Rosenvald (2018, p. 354 *apud* ZANELLA, 2019, p. 38), a pactuação pré-nupcial é considerada um “[...] negócio jurídico de conteúdo patrimonial, através do qual se estipulam, além de acordo de gestão patrimonial, outras cláusulas de cunho econômico, regulamentando a circulação de riquezas entre o casal e deles em face de terceiros”.

Nesse diapasão, assemelha-se Paulo Lôbo (2011, p. 334):

O pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral [...] mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto do regime do regime de comunhão parcial. A autonomia diz respeito não apenas à escolha do regime distinto, dentre os previstos na lei (comunhão universal, separação absoluta ou participação final nos aquestos), mas o modo como serão reguladas suas relações patrimoniais, após o casamento [...]. (*apud* ZANELLA, 2019, p. 38)

Débora Gozzo (1992 *apud* ZANELLA, 2019), esclarece as características determinantes para o pacto antenupcial ser considerado um negócio jurídico de direito de família: é um ato jurídico (*lato sensu*) pessoal; só os nubentes podem ser partes; é formal, sendo indispensável a escritura pública; é nominado, ou seja, previsto em lei; e é legítimo (típico), pois os nubentes têm a sua autonomia limitada pela lei e não podem, pactuar efeitos diversos daqueles previstos pela norma jurídica.

Para Arnaldo Rizzardo (2005, p. 421), o objeto do pacto antenupcial deve estar de acordo com as seguintes condições:

- a) Que se projete de acordo com a moral, não ofendendo os costumes, os sentimentos de fidelidade conjugal, a educação, a decência, a honestidade.
- b) Que não atinja a ordem pública, como a família, a educação, o patrimônio, os direitos fundamentais garantidos por lei, a filiação, o matrimônio [...].
- d) Que se afigure possível, ou exista no mundo fático, e apresente viabilidade de ser negociado, o que não acontece quando se transaciona algo fora do comércio [...].
- e) Que seja determinado ou determinável, isto é, que possa ser identificado, localizado, percebido, medido, aferido. Inviável é a aquisição de um bem que se confunde com outros, ou se torne impossível a sua descrição e individualização. (apud ZANELLA, 2019, p. 57)

Dentre as novidades legislativas trazidas pelo Código Civil de 2002 referentes ao pacto antenupcial, destaca-se a possibilidade da alteração do regime de bens, de acordo com o artigo 1.639, § 2º, do referido diploma, segundo o qual “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. (BRASIL, 2002, art. 1.639)

Essa inovação legislativa buscou superar a imutabilidade do regime de bens presente no CC de 1916. A maioria dos nubentes sente-se constrangida a discutir questões de cunho patrimonial antes do casamento, e que por essa razão acabam adotando o regime legal. Portanto, é de extrema relevância a possibilidade de que possam, no decurso do tempo, corrigir os rumos prematuramente escolhidos pelos nubentes (MADALENO, 2020)

Contudo, Coelho (2020) explica que essa mutabilidade é controlada, e somente admitida em duas hipóteses: a primeira se refere ao estrangeiro casado que se naturaliza brasileiro. Nesse caso, havendo concordância expressa do cônjuge, é possível requerer ao juiz que determine a averbação da adoção do regime de comunhão parcial no Registro Civil (LINDB, art. 7.º, § 5.º). Entretanto, essa hipótese se sujeita a duas restrições: é acessível apenas aos brasileiros naturalizados que já eram casados antes da naturalização; e o novo regime não pode ser outro senão o da comunhão parcial. A segunda hipótese é estendida a quaisquer casados, bem como a mutação pode se dar de qualquer regime para qualquer outro. Nesse caso, para a mudança são precisos quatro requisitos: a) concordância dos cônjuges; b) autorização judicial; c) motivação pertinente e comprovada; d) preservação dos direitos de terceiros (CC, art. 1.639, § 2.º).

Importante salientar que o pacto antenupcial é um excelente instrumento de prevenção de conflitos entre os cônjuges, seja na constância do casamento, ou no momento de eventual dissolução.

Segundo Madaleno (2018), o pacto antenupcial e o contrato de convivência servem para antecipar os efeitos da ruptura conjugal, a fim de evitar as incertezas futuras relativas aos

direitos dos companheiros. Nesse sentido, é controverso que seja dada ampla margem de liberdade às partes para regular suas relações patrimoniais na eventual dissolução em vida, mas que na dissolução por morte haja uma distinta limitação da autonomia privada. O autor destaca que não há fundamento constitucional que ampare a limitação da autonomia patrimonial dos cônjuges e companheiros na contratação do que lhes aprouver, quanto à comunicação ou não de seus bens e à transmissão ou não desses bens em razão de sua morte. Pelo contrário, a Constituição enseja a plena autonomia do casal para livremente dispor sobre as regras patrimoniais que incidirão durante o casamento e na hipótese de sucessão, desde que resguardada a legítima dos demais herdeiros necessários.

De acordo com o artigo 426 do Código Civil, “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Assim, também estaria vetada a possibilidade de se pactuar em pacto antenupcial as tratativas sobre a herança dos cônjuges, seja no sentido de compor quinhões ou destinar bens a título de herança, reciprocamente entre os nubentes ou para terceiros, para eventual exclusão recíproca, ou de terceiros na sucessão de quaisquer dos nubentes. (CAHALI; HIRONAKA, 2007)

Acerca do tema, Francisco Cahali e Giselda Hironaka (2007, p. 38), pontuam que “a proibição ao chamado *pacta corvina* encontra fundamento no fato de que apenas com o falecimento se transmite o acervo hereditário. Até então, o patrimônio é de livre disposição pelo seu titular.”

José Fernando Simão (2017), citado por Hironaka e Tartuce (2019), sugere a inclusão de normativa que preveja que, por meio de pacto antenupcial, os nubentes possam estabelecer que, em eventual dissolução do casamento por morte, a partilha seja feita por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, mesmo que divergente daquele convencionado. Tal regra permitiria aos nubentes uma dupla faculdade: adotar um regime restritivo como forma de proteção de eventual divórcio, e, garantir uma proteção ao cônjuge sobrevivente, que, em caso de morte do seu consorte, passaria a ter direito à meação.

Sugerindo também uma solução à questão, Rolf Madaleno (2020) indica que, mesmo vigente, não se aplica o art. 426 do CC/2002 à renúncia prévia da herança por cônjuge ou companheiro, especialmente por meio de pacto antenupcial ou por contrato de convivência, em razão de dois motivos. Primeiro porque é renúncia abdicativa e não aquisitiva, que motivou os romanos a estabelecerem a proibição do *pacta corvina*. E segundo porque “o herdeiro concorrente é herdeiro irregular e credor de um benefício *ex lege*, e não de uma herança universal, a que o cônjuge ou o convivente sobrevividos só têm direito quando vocacionados em terceiro lugar, nos termos do art. 1.829 do Código Civil”.

Cabe também salientar que a proibição de que os nubentes possam pactuar cláusula sucessória em pacto antenupcial é, ao menos, contraditória ao artigo 1.639, do Diploma Civil, pois fere a liberdade de deliberarem como lhes aprouver, como diz o referido artigo. Constitui, portanto, afronte ao princípio da autonomia privada, o qual será abordado a seguir.

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SUA REPERCUSSÃO NOS PACTOS ANTENUPCIAIS

Como visto, o Código Civil concede aos nubentes, de acordo com o artigo 1.639, a possibilidade de estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, oportunizando eleger uma das modalidades pré-definidas pelo legislador ou ainda criar regulamentos mistos. Essa liberdade que o Estado dá aos nubentes advém da autonomia privada. Maria Helena Diniz (2019, p. 41, *apud* ZANELLA, 2019, p. 53), conceitua a autonomia privada como “[...] poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

No entanto, antes de discutir sobre eventual obstáculo à autonomia privada, é necessário distinguir essa da autonomia da vontade.

Ainda sobre os conceitos de autonomia e de vontade, segundo definição do Dicionário Michaelis (2021), autonomia se refere à capacidade de se autogovernar, de se dirigir-se por suas próprias leis ou vontade própria. Já a vontade é a faculdade de querer, de optar e de fazer ou deixar de fazer determinados atos livremente, sem qualquer tipo de interferência.

Segundo Souza (2021), a autonomia da vontade se refere à externalização consciente da busca do resultado desejado pela prática de um ato, sendo a vontade seu elemento fundamental e sua autonomia representada pela liberdade de provocar efeitos em busca de um resultado desejado.

Quando os efeitos pretendidos são escolhidos pelas pessoas, porém tutelados pelo Estado, temos então a autonomia privada. Trata-se de poder de autorregulação ou autodeterminação. (SOUZA, 2021)

Importante frisar que esses institutos, embora muitas vezes confundidos, possuem conotações distintas. A autonomia da vontade expressa um forte senso de subjetividade, externando a vontade individual, ainda que influencie as relações jurídicas. Por outro lado, a autonomia privada expressa a vontade particular de forma objetiva, preocupando-se com o interesse individual que é capaz de gerar efeitos jurídicos, verificando-se somente quando há contraposição da vontade com a norma, e nela é prevista sua relevância social e jurídica.

Assim, se a vontade dá significado próprio ao interesse do sujeito, a norma representa a preocupação com os interesses da sociedade como um todo. (AMARAL NETO, 1989, *apud* SOUZA, 2021)

Com a ascensão do Estado Democrático de Direito, a autonomia da vontade não correspondia mais aos interesses da sociedade da época. Foi preciso que o Estado regulasse certas relações e garantisse alguns direitos mínimos aos cidadãos, principalmente aos mais vulneráveis. (GUIDI, 2021)

De acordo com Silva (2019, p. 159) a autonomia privada pode ser descrita como “uma manifestação da liberdade jurídica tutelada pelo ordenamento constitucional aos particulares, garantindo a eles o direito de agirem livremente, regulando seus interesses, desde que não contrariem o Direito”.

A autonomia privada é prevista como direito fundamental do indivíduo pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), conforme prescreve o Art. 5º, II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como visto, há liberdade de agir, porém esta é condicionada às limitações normativas.

Renata Raupp Gomes (2019) esclarece que, no Código Civil, em seu artigo 2.018, é admitida ao autor da herança, no exercício de sua autonomia privada, a possibilidade de destinar como bem entender a parte disponível de seu patrimônio, seja por partilha em vida ou por testamento, desde que respeitadas as legítimas.

Segundo Stolze e Pamplona Filho (2020), o sentido de admitir a produção de efeitos *post mortem* em relação a determinado patrimônio está embasado no respeito à manifestação da declaração de vontade do seu titular originário, para quando este não estiver mais presente.

A impossibilidade de disposição desse direito sucessório por parte dos cônjuges e companheiros em contrato escrito ou pacto antenupcial demonstra uma inconstitucionalidade discutível. Segundo GOMES,

está-se diante de intervenção estatal que afronta gravemente – e sem justificativa constitucional bastante – a autonomia patrimonial do casal, cujas consequências podem transcender aos aspectos econômico-patrimoniais chegando a significar uma ingerência na autonomia existencial de escolher formar ou não uma relação conjugal estável. (GOMES, 2019, p. 148-149)

Há, no entanto, modos de ampliar a autonomia do sucedido sem ferir os princípios constitucionais que a limita. Uma possibilidade seria a admissão de pactos sucessórios, conforme aduz Gomes (2019).

A autora esclarece que, para isso, é necessário superar a visão comum de que negociar herança de pessoa viva é sinal de mau agouro ou de sentimentos negativos em relação à pessoa de cuja sucessão se dispõe. Uma das possibilidades, por exemplo, seria admitir a renúncia antecipada da sucessão pelo herdeiro necessário, aumentando, por consequência, a quota disponível do titular do patrimônio.

4.2 PACTO SUCESSÓRIO E A PROIBIÇÃO DO ART. 426 DO CÓDIGO CIVIL

O pacto sucessório, também denominado *pacta corvina*, é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o artigo 426, do Código Civil, que determina que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Tal vedação é fundamentada na contrariedade do pacto sucessório com as disposições de última vontade, que são passíveis de revogação até a data do falecimento. Além disso, contraria também os bons costumes, visto que desperta sentimentos imorais, como o desejo da morte de outrem, e ensejaria inclusive um indivíduo a cometer crime para se beneficiar da herança. (TEIXEIRA, 2019, *apud* ZANELLA, 2019).

Ademais, consoante Cardoso (2009), poderia ensejar a alteração da ordem de vocação hereditária estipulada no artigo 1.829, CC, e, portanto, contrariando disposição legal.

Se contido no pacto antenupcial, também violaria o artigo 1.863 do Códex Civil, que regulamenta a proibição do testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. (CARDOSO, 2009).

Conforme leciona Rafael Candido da Silva (2019), é rara na doutrina nacional a produção científica acerca dos pactos sucessórios. Em geral, a doutrina se restringe a reproduzir sobre a vedação absoluta a contratos sucessórios, sob o principal fundamento de que despertam sentimentos odiosos e imorais.

A denominação *pacta corvina* advém da palavra corvo, espécie de ave de plumagem negra encontrada na grande maioria dos países. O corvo é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto, necrófago. A analogia colocada se refere justamente aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo pela morte do outro, à espera da herança, assim como os corvos aguardam pela morte de suas vítimas para terem sua refeição. (SIMÃO, 2005, *apud* LUCACHINSKI; DE LIMA FANTE, 2019)

Assim, a doutrina majoritária considera inválidas cláusulas de natureza sucessória no pacto antenupcial, proibindo qualquer menção a direito hereditário, seja quanto à renúncia a direito concorrential ou sobre disposição acerca do patrimônio em face ao falecimento de um dos cônjuges (DIAS, 2017)

Nesse sentido, cita-se como exemplo jurisprudencial o acórdão de Recurso Especial nº 1.341.825/SC, de autoria do Superior Tribunal de Justiça.

Não existe herança de pessoa viva. Tanto que é vedado pela lei o *pacta corvina* (art. 426, Código Civil) [...] A propósito, já decidiu esta Câmara: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO Interdição Legatários que pretendem intervir no feito, para salvaguardar direitos previstos em testamento. Questão que envolve discussão de herança de pessoa viva. Impossibilidade Existência de mera expectativa de direitos - Decisão mantida Recurso não provido.' (AI 0069761-70.2013.8.26.0000, 5ª Câm. Direito Privado, rel. Des. Moreira Viegas, j. 04 5ª Acórdão recorrido que manteve a nulidade de cessão de direitos hereditários em que os cessionários dispuseram de direitos a serem futuramente herdados, expondo motivadamente as razões pelas quais entendeu que o negócio jurídico em questão não dizia respeito a adiantamento de legítima, e sim de vedada transação envolvendo herança de pessoa viva. [...]. Embora se admita a cessão de direitos hereditários, esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. A disposição de herança, seja sob a forma de cessão dos direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva. (STJ, 4ª T. Ag. Int. no REsp nº 1.341.825/SC. Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.12.2016.)

Conforme leciona Silva (2019), embora os pactos sucessórios possuam diversos fins, eles acabam esbarrando no óbice legal que desautoriza sua prática reputando-se nulo o negócio jurídico.

No Direito Romano, segundo Silvio Venosa (2017), condenava-se tanto o contrato que tinha por objeto a própria herança como aquele que objetivava a herança de terceiro. A previsão de norma expressa em nosso ordenamento decorre de que o antigo direito germânico não proibia o pacto sucessório. Enquanto o Direito Romano se baseava no poder irrestrito do *pater familias*, o direito germânico considerava o interesse coletivo, não individualístico, próprio do direito latino, e permitia o pacto na ausência de herdeiro de sangue.

O autor acrescenta que, como na maioria das legislações de inspiração romana, o testamento é sempre ato da última vontade do *de cuius*, e sempre revogável, foi mantida então a tradição da proibição. (VENOSA, 2017)

Itabaiana de Oliveira (1936) *apud* MADALENO (2020), leciona que os pactos sucessórios são vedados no ordenamento brasileiro desde as velhas Ordenações do Reino, independente se aquisitivos, renunciativos ou dispositivos, justificando que seria impossível renunciar a um direito ainda não existente, e baseados na suposta ofensa à moral e aos bons costumes.

Entretanto, há de salientar que existem exceções de contratos relacionados à morte, que não foram impedidos de acordo com o art. 426 do Código Civil, a exemplo da doação de bens em vida com reserva de usufruto (CC, art. 2.018), os contratos societários contemplando a substituição ou proibição da substituição do sócio falecido por seus herdeiros, o testamento, a partilha em vida, o seguro de vida, previdência privada etc. (MADALENO, 2020).

Para Silva (2019), essas exceções contidas no ordenamento pátrio demonstram que as amarras morais que atualmente vedam os pactos sucessórios estão desaparecendo.

Há de se ressaltar que ninguém pode dispor da herança de um terceiro enquanto este esteja vivo. Entretanto, não há de ser confundido ou receber o mesmo tratamento legal, quando se tratar de disposição sobre o próprio patrimônio para depois da morte, de abdicação do direito de receber uma herança ou de concorrer com outros herdeiros em uma sucessão futura, conforme preceitua Delgado e Marinho Júnior (2019, p.11).

Fabiana Domingues Cardoso (2009) ensina que a legislação vigente afasta a possibilidade de estipular em pacto antenupcial qualquer acordo sobre a herança, seja ele aquisitivo, dispositivo, ou renunciativo, ainda que recíproco. A lei brasileira só admite a renúncia a uma herança aberta, tão logo se produza a morte do autor, e proíbe a renúncia antecipada de um direito sucessório.

Caso constem no pacto cláusulas que disponham sobre herança recíproca e futura sucessão, serão nulas, e, no máximo, caracterizarão doação entre os cônjuges, como ato *inter vivos*, ou em sentido de cláusula testamentária, e não como pacto sucessório. (CAHALI; HIRONAKA, 2007)

Guidi (2021) assevera que o conteúdo do pacto pode ser o mais diverso, tendo como característica a referência à sucessão não aberta. Tradicionalmente, são divididos em pactos institutivos (*de sucedendo*), renunciativos (*de non succedendo*) e dispositivos (*hereditate tertii*).

Silva (2019) explica que o pacto institutivo, positivo ou de atribuição é aquele em que atribui-se a herança ou legado a um beneficiário como herdeiro de uma universalidade ou porção da sucessão. Possuem natureza jurídica mista: são contratos bilaterais *inter vivos* e, em princípio, irrevogáveis. Como são atos de direito hereditário ou sucessório, não transferem imediatamente um direito, apenas criam uma expectativa jurídica em favor do beneficiário, semelhante à expectativa de um herdeiro legitimário.

Já o pacto negativo, abdicativo ou renunciativo, objeto deste trabalho, se refere à renúncia à futura herança. O herdeiro presuntivo renuncia o seu direito de tomar posse à

sucessão ainda não aberta. Diferentemente do pacto positivo, esse pacto não cria um direito de sucessão, mas sim o suprime. (SILVA, 2019)

Por fim, o pacto dispositivo abarca os efeitos da participação na herança de terceiro. Nessa situação, duas pessoas estabelecem disposições regulando a sucessão de um terceiro. Seria o caso dos atos bilaterais *inter vivos* efetuados entre dois interessados sobre a sucessão de uma pessoa viva, que não intervém no negócio. (SILVA, 2019)

Conforme leciona Cruz (1965, *apud* GUIDI, 2021) essa modalidade de pacto sequer pode ser considerada como um pacto sucessório *stricto sensu*, haja vista não regular a sucessão de um dos contratantes.

Quanto à forma dos pactos sucessórios, não há, necessariamente, um instrumento formal específico, podendo inclusive ser inserido em pacto antenupcial. Basta que haja disposição que verse sobre sucessão não aberta para configurar um pacto sucessório. Ou seja, pouco importa a denominação do instrumento utilizado, o que importa é o conteúdo definido nas cláusulas contratuais. (GUIDI, 2021)

Conforme abordado, demonstrou-se que a lei brasileira é bastante resistente ainda quanto à possibilidade de estipular pacto sucessório. O que mais chama a atenção é que a lei enrijece inclusive para aqueles que querem renunciar a um direito de herança.

De acordo com Madaleno (2018), o Direito brasileiro, seguindo o antigo direito francês, assumiu sem ressalvas, a proibição dos pactos sucessórios, sem qualquer critério crítico ou reflexão a respeito. Do mesmo jeito, vedou a renúncia antecipada da herança.

Nesse sentido, é possível observar na jurisprudência diversos exemplos em que a possibilidade de pacto sucessório é rechaçada.

Embora se admita a cessão de direitos hereditários, esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. A disposição de herança, seja sob a forma de cessão dos direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva, como no caso dos autos, em que os cessionários dispuseram de direitos a serem futuramente herdados. (AgInt no REsp 1341825/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

Nesse diapasão, pode-se destacar a Apelação Cível n. 0300695-81.2016.8.24.0063/TJ-SC, cujo julgamento ocorreu em 12/04/2018. A autora opôs embargos de terceiro para desconstituir meação de imóvel pertencente ao seu pai vivo. Em seu voto, o desembargador André Carvalho destacou que o ordenamento jurídico pátrio rechaça a possibilidade de disposição de herança de pessoa viva, nos termos do art. 426 do Código Civil, porquanto a

transmissão dos bens somente ocorre quando da abertura da sucessão, ou seja, quando do falecimento do autor da herança, nos termos do art. 1.784 do Código Civil.

Entendeu, ainda, que a autora não pode alegar a proteção de bem imóvel em razão de que constará futuramente em seu patrimônio, porquanto seria dispor de bem de que não tem posse ou qualquer direito real, e tampouco integra espólio a ser partilhado entre herdeiros. Ou seja, para a proteção de bem a ser partilhado na ocorrência de abertura de sucessão é necessária previamente a existência de herança, o que não se verificou nos autos.

Nesse sentido, ao fazer uso da interpretação literal, a qual parece ser adotada por grande parte da doutrina e pela jurisprudência, não é autorizado ao cônjuge renunciar antecipadamente à herança, haja vista a proibição expressa quanto à disposição que verse sobre herança de pessoa viva, contida no artigo 426 do Código Civil. Todavia, cabe analisar o dispositivo sob um outro viés, mais adequado à realidade social, notadamente sob a perspectiva de uma crescente reivindicação de autonomia privada, conforme o tópico a seguir, a fim de verificar se esse entendimento seria o mais acertado.

4.3 O DIREITO À HERANÇA E A LIBERDADE DE RENÚNCIA

O direito à herança é algo que motiva a sociedade à formação de riquezas, acúmulo de patrimônio, com objetivo de repassar, em geral, a sua própria família todo esse patrimônio acumulado após sua morte. Por consequência, esse processo estimula o trabalho e o progresso econômico do país.

Rolf Madaleno (2020) destaca que, sem isso, certamente o interesse pela produção individual seria prejudicado, uma vez que não teria porque acumular patrimônio se este não fosse repassado a sua família ou a quem bem entender, vertendo seu patrimônio para o Estado.

Segundo Guidi (2021), o instituto da renúncia está presente no direito desde os primórdios de Roma, nas Institutas de Gaio e no Digesto, e pode ser conceituada como a abdicação de um direito, feita pelo seu titular, sem transferi-lo a quem quer que seja. Ou seja, um abandono voluntário do direito.

Madaleno (2020) explica que a renúncia é compreendida hoje somente como abdicativa. Mas, por algum tempo, a doutrina admitia o conceito de renúncia translativa, sendo essa dirigida em favor de determinado herdeiro, o que, em verdade, configura-se como uma cessão de direitos hereditários.

Importante destacar, a propósito, que a herança é um direito e não uma obrigação, sendo, por isso mesmo, passível de aceitação ou renúncia.

Conforme Paulo Lôbo (2016), a previsão legal da aceitação colide com o princípio da *saisine* plena, que confere transmissão imediata dos bens deixados pelo de cujus desde sua morte. Contudo, a aceitação se submete ao princípio constitucional da liberdade ou de autodeterminação, haja vista ninguém é obrigado a receber herança, se não for de seu desejo. Dessa forma, a autodeterminação do herdeiro ou do legatário pode ser no sentido de confirmar ou de rejeitar a herança, não podendo ocorrer anteriormente à morte do autor da herança. A aceitação prévia é juridicamente inexistente.

O autor Flávio Tartuce (2021, p. 2.526) assevera que “a aceitação da herança é o ato do herdeiro que confirma a transmissão da herança. Não se trata do ato que gera a transmissão da herança em si, o que ocorre, por força do art. 1.784 do CC/2002 e da *saisine*, com abertura da sucessão, que se dá pela morte do falecido”.

Consoante Caio Mário da Silva Pereira (2017), a aceitação se manifesta na livre vontade de receber o herdeiro a herança que lhe é deferida. Aos herdeiros ou legatários, é dada a possibilidade de manifestarem a intenção de receber os bens, assumindo a sua administração, e cumprindo os encargos na forma do testamento ou da lei. Admite-se que seja expressa ou tácita, e até presumida. Trata-se de um negócio jurídico unilateral, externado pela emissão de vontade do herdeiro, e como ato negocial produz o efeito jurídico da aquisição hereditária.

Contrariamente à aceitação, a renúncia da herança requer que o ato seja expresso ou explícito, inclusive formal, assumindo instrumento público ou termo nos autos (Código Civil de 2002, art. 1.806). O termo não se restringe aos autos do inventário, estendendo-se também aos de qualquer ação em que se litigue sobre a herança. (PEREIRA, 2017)

Importante salientar que, após formalizada a renúncia, os bens passam aos herdeiros da outra classe, através do direito de acrescer, independentemente de sua anuência ou aceitação, e assim por diante nas classes subsequentes. Na falta de herdeiro a quem a herança se devolva, os bens arrecadam-se como vagos, e vão para o Erário Público. (PEREIRA, 2017)

Pereira (2017) teça ainda algumas considerações a respeito do renunciante. De início, cabe destacar que o renunciante é tratado como se nunca fosse herdeiro, não é computado para cálculo da quota disponível do autor da herança; em segundo, se o renunciante falecer, os seus herdeiros não herdam por estirpe. Mas, se for o único da sua classe, ou se os demais desta renunciarem também, seus filhos poderão ser chamados a suceder, no caso por direito próprio e por cabeça (art.1.811); em seguida, cabe esclarecer que aquele que renuncia à

herança não está impedido de aceitar legado, ou vice-versa, em razão das distintas causas aquisitivas (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 1º), bem como a renúncia pode se referir apenas à herança testamentária, sem prejuízo da aceitação do quinhão atribuído por lei, ou vice-versa (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 2º); e por fim, não se confunde repúdio com exclusão, o renunciante não é privado da administração e usufruto dos bens que por força dela venham a ser recebidos por seus filhos menores.

Nesse mesmo rumo, Stolze e Pamplona Filho (2020) explicam que ao renunciar a uma herança, o sucessor é excluído da sucessão como se nunca tivesse participado. Isso por manifestação da sua própria vontade, razão extraída do próprio sentido do princípio da autonomia privada, fazendo com o que o montante que a si seria transferido retorne ao montemor.

Nesse sentido, ensina ORLANDO GOMES (2004, p. 25)

Renúncia é o negócio jurídico unilateral pelo qual o herdeiro declara não aceitar a herança. A renúncia não depende do assentimento de quem quer que seja. Não se presume. Há de resultar de expressa declaração. Tal como a aceitação, é negócio puro, não prevalecendo se feita sob condição ou a termo. Inadmissível, também, a renúncia parcial. A renúncia é negócio formal. Deve constar, necessariamente, de escritura pública ou termo judicial. A forma, sendo da substância do ato, sua inobservância importa nulidade. O termo lavra-se nos próprios autos do inventário. Não pode ser feita antes da abertura da sucessão, pois implicaria pacto sucessório, legalmente proibido. Deve manifestar-se antes da aceitação, isto é, da prática de qualquer ato que a induza. (*apud* STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 2.891)

Não é necessário justificar motivo de renúncia à herança ou ao legado. E o ato é também gratuito, não podendo, por conseguinte, haver renúncia a título oneroso, por ausência de correspectivo, lembra Paulo Lôbo (2016).

A renúncia é também irrevogável e de efeito imediato, não cabendo arrependimento posterior. Contudo é invocável sua invalidade, pelas mesmas causas que invalidam as manifestações de vontade. Aceitação e renúncia se excluem reciprocamente. Ou seja, na escolha de uma, a outra é automaticamente rejeitada. Também não pode ser subordinada a qualquer condição ou termo, e não se admite renúncia parcial. (LÔBO, 2016)

Assim como na aceitação, admite-se que a renúncia seja declarada inexistente, inválida ou ineficaz. Inexistente se o renunciante não é herdeiro ou legatário do de cujus. Nula se feita em descumprimento da forma essencial, ou que tenha por objeto herança de pessoa viva, ou infrinja vedação legal. Anulável se feita por relativamente incapaz sem assistência do representante legal, ou com vício da manifestação de vontade. E ineficaz se o renunciante já tinha aceitado a herança ou a ela já tinha renunciado. É necessário que a renúncia seja

existente, válida e eficaz. Caso seja decretada sua nulidade ou invalidade, os atos até então praticados pelo renunciante serão atingidos pela eficácia retroativa da sentença transitada em julgado. Responderá o renunciante como simples gestor de negócios alheios. (LÔBO, 2016)

Madaleno (2020) esclarece que o herdeiro renunciante não estará obrigado a colacionar bens que lhe forem doados em vida, pois o art. 2.002 do Código Civil ordena unicamente que os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum igualem as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. Entretanto, o renunciante, como mencionado, deixa de ser herdeiro, ou melhor, recebe o *status* de nunca ter sido herdeiro, não havendo como lhe impor a obrigação de colacionar aquilo que antecipadamente recebeu como herança. Restringe-se somente a repor o que exceder o montante disponível do autor da herança.

A incoerência dos motivos pelos quais os pactos sucessórios são proibidos se agrava com a evolução do direito e da sociedade. A proibição genérica de todos os tipos de pactos sucessórios é um obstáculo, inclusive, para as situações jurídicas em que, claramente, não se prejudica a liberdade de testar, como ocorre nos pactos renunciativos. Possibilidade esta, que poderia ser prevista desde o pacto antenupcial, como forma de planejamento sucessório para os nubentes, conforme veremos a seguir.

4.4 A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA PRÉVIA NO PACTO ANTENUPCIAL

Assim como é massivo o entendimento doutrinário sobre a proibição de estipular sobre herança de pessoa viva, também é massiva a interpretação sobre a vedação de estipulação de renúncia à herança no pacto antenupcial. Dessa forma, os nubentes não podem repudiar o patrimônio a ser herdado do seu futuro cônjuge nesse instrumento que serve justamente para regular as relações patrimoniais do casal. Para esclarecimentos, renúncia se dá quando não se aceita algo que já possui. Repúdio ocorre ao rejeitar algo futuro, que ainda não é seu.

Considerando que o planejamento sucessório é, em tese, um conjunto de projeções realizadas em vida, a serem cumpridas pós falecimento de seu idealizador, objetivando uma transação pacífica de seu patrimônio aos seus herdeiros, é contraditória a proibição de que se estipule no próprio acordo pacto antenupcial algo que venha a facilitar a partilha e benéfico aos herdeiros, especialmente nos casos de renúncia à herança.

É certo que a escolha do regime de bens infere inevitavelmente na deliberação acerca da sucessão do cônjuge que venha primeiro a falecer, independentemente de haver ou não

cláusula sucessória. O artigo 1.829, do Código Civil, impõe aos nubentes, de certa maneira que estipulem um pacto sucessório. Inclusive a redação do art. 1639 do CC, permite que os nubentes possam estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver, inclusive permitindo a mescla de regimes. (SOUZA, 2021)

Grande parte da doutrina entende que, se o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, não poderia haver cláusula de renúncia sucessória, no pacto antenupcial, justamente pela vedação trazida pelo artigo 426 do Código Civil. Em sentido contrário, a título de exemplo, os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens têm seu acervo patrimonial preservado diante da meação (dissolução em vida), mas isso não ocorre no evento sucessório, no caso da dissolução por morte.

Essa situação impacta diretamente a tomada de decisão pela formalização dos relacionamentos contemporâneos. Pois, se há a possibilidade de se regradar a dissolução de bens sem que haja comunhão ou participação de um cônjuge na esfera patrimonial do outro quando em vida, por que não poderia ocorrer o mesmo na morte?

Neste caso, o que se observa, pelo atual entendimento jurisprudencial e doutrinário, é que se impõe a comunicação de patrimônio, mesmo contra a expressa intenção das partes. (RAAD, 2018, *apud* SOUZA, 2021)

Muitas das decisões que são tomadas nesse sentido de excluir o cônjuge da esfera patrimonial do outro são fundamentadas na proteção do patrimônio em razão de terceiros, filhos, netos, familiares etc. Aplica-se, por exemplo, a hipótese vedada em que as partes convencionam, em pacto antenupcial ou em contrato de união estável, que nenhum dos pactuantes concorrerá com os descendentes ou ascendentes do outro, afastando, assim, a regra de concorrência dos incisos I e II do art. 1.829 do Código Civil, e que, após aberta a sucessão pela morte de qualquer um deles, a integralidade do seu patrimônio será revertida exclusivamente aos seus respectivos descendentes ou ascendentes. (GONÇALVES, 2021)

Deve-se considerar que o desejo do cônjuge em caso de dissolução por vida ou por morte seria o mesmo: proteger o patrimônio para seus entes queridos. E, com esse impedimento, por muitas vezes é evitado o relacionamento para não haver interferência no patrimônio de sua família.

Renata Raupp Gomes (2019) esclarece que, muitas vezes, o argumento defendido é que o que se pretende evitar com a incomunicabilidade dos bens é uma eventual partilha do patrimônio em caso de dissolução em vida, e, que essa hipótese não se sustentaria em caso de dissolução por morte de um deles. Porém, a possibilidade de pactuar sobre a partilha por morte de um dos cônjuges é perfeitamente cabível durante a disposição do pacto antenupcial.

Inclusive, no direito português é admissível até pactuar regimes distintos no acordo antenupcial, que vigorarão em caso de dissolução por vida e em caso de dissolução por morte.

Por sua vez, Mário Luiz Delgado e Jânio Urbano Marinho Júnior enfatizam:

Admitir a renúncia à herança em pacto antenupcial ou em contrato de convivência insere-se no âmbito de uma tendência mundial de se flexibilizar a proibição de pactos sobre herança futura. Sob essa perspectiva, deve ser admitida, por não se enquadrar na dicção restritiva do art. 426, a renúncia dos direitos concorrenciais dos cônjuges ou companheiros, em pacto antenupcial ou convivencial, cuja hipótese não se confunde com a situação de ser chamado sozinho à sucessão, como herdeiro único e universal, e que não implica, dessa maneira, violação ao princípio da intangibilidade da legítima, constituindo-se, assim, em direito validamente renunciável. (DELGADO; MARINHO JÚNIOR, 2019, p. 13)

Rolf Madaleno (2020) esclarece que, por vezes, o ordenamento jurídico adota conclusões precipitadas, visto que nada se apresenta como odioso ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem de eventuais heranças conjugais. Primeiro, porque a escolha pelo regime da separação de bens já tem por si só o propósito de afastar a comunhão de bens do casamento. Em eventual direito sucessório, essa condição suspensiva que difere para um futuro incerto, apenas se concretizaria com o evento morte. E, em segundo, a renúncia antecipada à herança de cônjuge ou convivente não representa torcer pela morte do outro. Muito pelo contrário, representa torcer por sua vida, já que a morte do cônjuge ou companheiro não traria nenhum benefício ao sobrevivente.

Sob o prisma da prevalência da autonomia privada, e, a respeito da questionada excessiva intervenção estatal na seara conjugal e afetiva, destaca-se o acórdão de autoria da Ministra Nancy Andriahi, oriundo do REsp nº 992.749-MS, e que afastou da sucessão o cônjuge sobrevivente casado pelo regime convencional da separação de bens, julgando ser preciso interpretar o inc. I do art. 1.829 do Código Civil em harmonia com os demais dispositivos de lei, respeitando-se os valores jurídicos da dignidade humana e da livre manifestação de vontade, uma vez que “não se pode ter após a morte o que não se queria em vida” (REsp 992.749/MS, STJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andriahi, julgado em 01.12.2009).

Em seu voto, a ministra Nancy argumentou que os nubentes firmaram pacto antenupcial estabelecendo a incomunicabilidade dos bens para durante e depois do casamento, e que a liberdade da escolha do regime de bens não pode ser limitada pelo direito das sucessões, sendo que a qualidade de herdeiro do cônjuge violaria o regime de bens pactuado, caracterizando alteração de regime matrimonial *post mortem*.

Depreende-se desse julgamento ser a única lógica advinda de duas pessoas que optam por se casar pelo regime da absoluta separação de bens, que não queriam que seus bens se misturassem meando, tampouco que se misturassem herdando, estendendo seus efeitos jurídicos para depois da morte, em respeito a uma decisão pactuada pelos próprios contraentes. (MADALENO, 2020)

Entretanto, o entendimento majoritário é de que devem ser analisadas com cautela as argumentações que projetam as consequências do regime de bens para a atribuição dos direitos sucessórios do cônjuge, uma vez que ferem a sistemática da tutela sucessória. Na concorrência do inciso I, o legislador afastou a sucessão do cônjuge quando este já é amparado pela meação em razão do regime de bens escolhido. Assim, a ausência de meação justifica a sucessão em concorrência com os descendentes. Nesse sentido, é possível dizer que a inexistência de patrimônio comum decorrente do regime de bens motivou o legislador a contemplar o cônjuge sobrevivente na sucessão de seu consorte. (NEVARES, 2015)

Gomes (2019) explica que o direito das pessoas com vínculo de conjugalidade não corresponde à herança necessária, mas sim a direito de natureza familiarista e assistencial, sendo, então, lícito aos nubentes a sua disposição em pacto, sem incidir na proibição do art. artigo 426 do CCB/02. Por ser direito assistencial, e, em razão da conjugalidade refletir um vínculo adquirido de forma voluntária e consensual, pressupondo-se capacidade e igualdade das partes contraentes, entende-se possível a pactuação de renúncia da concorrência sucessória com os descendentes e ascendentes, sem configurar ofensa à intangibilidade da legítima.

Toscano (2020) aduz que a proibição é motivada ao menos por duas normas de ordem pública dispostas no Código Civil Brasileiro: a desconsideração do cônjuge como herdeiro necessário, e, como tal, sucessível nas hipóteses permitidas pelo regime de bens adotado; e a vedação de contratação sobre herança de pessoa viva. A autora acredita que, sem a superação destes pontos pela maioria da doutrina, não há possibilidade de renúncia à sucessão, por qualquer instrumento que seja. Segundo a autora, o Estado deveria intervir apenas para proteger o cônjuge ou companheiro supérstite em hipótese de vulnerabilidade patrimonial.

Para Rolf Madaleno (2012, apud TOSCANO, 2020), a renúncia à herança por pacto sucessório não estimularia a atentar contra a vida do seu cônjuge, e ainda aumentaria a disponibilidade testamentaria ao se retirar um herdeiro forçoso.

Segundo Delgado e Marinho Júnior (2019), a vedação não pode abranger a possibilidade de renúncia à herança, haja vista esta consistir em uma manifestação de vontade,

livre e espontânea, de dispor de um direito próprio, e não há qualquer restrição à renúncia de direitos na disposição de vedação de *pacta corvina*.

Toscano (2020) conclui que a disposição do artigo 426, CC, é clara ao vedar a pactuação referente à herança, e não à sucessão. E ressalta que se tratam de institutos diferentes, sendo a sucessão o direito pelo qual a herança é transmitida a alguém, enquanto a herança se trata do acervo de bens transmitidos pelo evento morte. Assim, a vedação que alcança a herança, não necessariamente alcança o direito sucessório em si.

Além disso, conforme preceitua Madaleno (2020), admitir a renúncia da herança em pacto antenupcial nada tem de odioso ou imoral, assim como não é igualmente odioso e imoral renunciar à meação que está muito mais próxima e presente, e que, na maioria dos casos, é construída em conjunto com o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Um outro fundamento para permitir a renúncia sem ofender o artigo 426 do Código Civil é que, o que se renuncia antecipadamente não é à herança propriamente dita e sim a uma posição jurídica de concorrência. Ou seja, o cônjuge renuncia antecipadamente à sua posição de concorrência na sucessão e não a herança. (GUIDI, 2021)

Sobre o instrumento no qual deve ser manifestada a renúncia, Guidi (2021) ressalta que o pacto antenupcial parece ser um documento válido e eficaz para que a renúncia seja expressa. Nesse caso, os cônjuges convencionam a renúncia reciprocamente antes mesmo do casamento. No entanto, nada impede que, no decorrer do matrimônio, os cônjuges possam decidir pela renúncia antecipada de herança em qualquer outro documento particular. Isso, porque, conforme exposto acima, não importa o documento em que é manifestado o pacto sucessório, mas sim o seu conteúdo.

Por outro lado, o testamento não seria o instrumento mais adequado para expressar a renúncia, uma vez que só é aberto na morte de seu autor, e nesse caso já não teria direito à herança. Única forma possível seria no caso de um excluindo o outro em seu testamento, porém, essa disposição testamentária seria inválida, uma vez que abordaria contratação de herança de terceiro (pacto sucessório dispositivo), e por consequência, afronta o artigo 426 do Código Civil. (GUIDI, 2021)

A exemplo de uma situação em que a proibição da pactuação sucessória interfere na esfera pessoal e amorosa das pessoas, é um caso em que uma pessoa com um robusto patrimônio e já com idade avançada, deseja ter uma relação afetiva. Os filhos e os sócios dessa pessoa, preocupados com os potenciais prejuízos em caso de eventual morte, posicionam-se contrários à união. Essa pessoa, também preocupada com a situação, sabendo que mesmo casando em regime de separação convencional de bens o cônjuge ainda terá

participação na sucessão, mesmo que este já tenha se manifestado contrário a qualquer interesse em seu patrimônio, se verá diante de um impasse que poderia ser facilmente solucionado se houvesse a possibilidade de renúncia entre os cônjuges.

Fica a reflexão de que tal proibição esteja inutilizando instrumentos importantes ao planejamento sucessório, a exemplo do pacto antenupcial, na medida em que a renúncia à herança e ao direito concorrencial não representam prejuízos aos bens jurídicos tutelados pela proibição da *pacta corvina*, visto que se trata de renúncia abdicativa e não aquisitiva, como temiam os romanos com a *pacta corvina*. (LUCACHINSKI; DE LIMA FANTE, 2019)

Por fim, essa proibição representa um sério obstáculo para as pessoas que pretendem antecipar a divisão patrimonial de seus bens evitando conflitos futuros e, conseqüentemente, tem até interferido nas tomadas de decisões na esfera amorosa das pessoas.

4.5 EXEMPLOS DE ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS QUE PERMITEM A PACTUAÇÃO SUCESSÓRIA

Alguns países permitem estipulações quanto à sucessão do casal no pacto antenupcial, inclusive não vedam o testamento conjunto, permitindo ao casal maior liberalidade quanto à futura herança.

O direito comparado demonstra uma tendência das hipóteses excepcionadas pelas legislações nos países onde tradicionalmente vigeu a proibição absoluta dos pactos sucessórios. Como exemplo, temos a França, principalmente após a reforma de seu Código Civil em 2006.

Pretto (2015) *apud* Gomes (2019), destaca que o sistema jurídico francês, um dos grandes influenciadores do brasileiro, dentre outras alterações sucessórias, passou a admitir a renúncia antecipada da legítima, ou seja, antes da abertura da sucessão, além da supressão da reserva legal em favor dos ascendentes. Também inovou em admitir que a legítima possa ser indenizada, desde que o herdeiro necessário prejudicado receba valor correspondente ao tanto da legítima invadida pela liberalidade.

Outros ordenamentos, como o alemão e o suíço, se apresentam permissivos aos pactos sucessórios desde a estruturação de seus códigos nacionais, de acordo com Lucachinski e de Lima Fante (2019).

A Alemanha, além de permitir o pacto sobre a herança, permite aos nubentes que escolham uma espécie de regime de bens para vigorar durante o casamento com eventual

dissolução por divórcio e também podem optar por outro regime se a dissolução ocorrer pelo falecimento de um dos cônjuges. (VENOSA, 2017)

Isso se verifica em razão da previsão de uma reserva da quarta parte dos direitos hereditários ao cônjuge supérstite, a depender do regime, além de haver benefícios fiscais na sucessão causa mortis para os casais optarem por tal espécie de regime de bens na abertura da sucessão de um dos cônjuges. (SANTONJA, 2005, *apud* CARDOSO, 2009)

Além disso, de acordo com Pretto (2015) *apud* Gomes (2019), a legislação alemã permite a renúncia dos herdeiros necessários por pacto sucessório, desde que formalizado por instrumento público.

Nesse diapasão, a legislação italiana passou a admitir os pactos de família relativos à organização da sucessão empresarial, permitindo que o empresário transfira suas ações para um ou mais descendentes mediante pacto, desde que compensando a legítima dos que não forem contemplados com a transmissão. (GOMES, 2019)

A Argentina, por sua vez, permite pacto sobre herança futura quando envolve uma unidade produtiva, empresária ou civil, ou então direitos de participação sobre sociedades de qualquer tipo, com o intuito de manter a integralidade da gestão empresarial e prevenir conflitos. (MADALENO, 2018)

Já a Áustria, de acordo com Fabiana Domingues Cardoso (2009), possui regra que permite o pacto sucessório na convenção do regime patrimonial do casamento. Parte da sucessão futura, na proporção máxima de três quartos, poderá ser prometida ao consorte, bem como os cônjuges poderão dispor de seus patrimônios da forma como convier. São exigidos os mesmos requisitos referentes ao testamento, incluindo-se a forma escrita perante notário para torná-la válida e ainda, não poderá ser revogado o documento, salvo por disposição legal. O direito austríaco permite ainda a inclusão de cláusula de viuvez, distinta do pacto sucessório. Ocorre perante a morte do marido, e a esposa tem direito a usufruir de alguns bens reservados e destinados para a sua subsistência, enquanto não contrair novas núpcias.

Em Portugal, destaca-se a autonomia da vontade dos contraentes quanto ao pacto antenupcial, como dispõem o art. 1.700 do Código Civil Português, que elenca as disposições que a convenção antenupcial pode conter, a exemplos da instituição de herdeiro ou nomeação de legatário e a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo ou legatário. (MADALENO, 2019, *apud* LUCACHINSKI; DE LIMA FANTE, 2019)

Dispõe o artigo 1700º do Código Civil Português em vigor, que dispõe sobre as convenções antenupciais lícitas:

1. A convenção antenupcial pode conter:

a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;

b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.

c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge.

[...] 3. A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação”.

Complementa essa regra a do artigo 1707º-A, que trata do “Regime da renúncia à condição de herdeiro”:

“1. A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca.

2. A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte. (PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL, 2013).

Gomes (2019) ressalta ainda que o Código Civil Português, no artigo 1.719, prevê ainda a possibilidade dos contraentes, nos casos de dissolução por morte e com filhos em comum, convencionarem que a partilha dos bens seja pelo regime da comunhão geral, independente do regime adotado. Esse dispositivo não prejudica os direitos de terceiro na liquidação do passivo.

Toscano (2020) aduz que, questionando a extensão da proteção a que se deve atribuir ao cônjuge supérstite, é que originou-se a edição da Lei 48/2018, que trouxe a possibilidade de renúncia recíproca dos cônjuges, no instrumento do pacto antenupcial, estabelecendo a real incomunicabilidade na sucessão.

Diante da questão, a autora explica que possibilitar a renúncia unilateral de um dos nubentes seria indicar cláusula nula, nos termos do artigo 294 do Código Civil Português, em razão da violação do princípio da igualdade dos cônjuges. Sobretudo, a opção por recorrer a um pacto sucessório renunciativo, confere liberdade aos cônjuges e homenageia a autonomia da vontade. (TOSCANO, 2020)

Esses poucos exemplos trazidos neste trabalho demonstram uma tendência da legislação estrangeira, em especial a europeia, de uma modernização nas relações familiares e sucessórias, a fim de proporcionar uma maior autonomia patrimonial aos nubentes.

O Brasil, porém, ainda com bastante resistência, inspirado pelo Direito Romano, segue proibindo os pactos sucessórios, arguindo o despertar de sentimentos imorais relacionados à morte. (MADALENO, 2018)

Segundo Rolf Madaleno (2020), desde 1964, em conferência proferida por Guilherme Braga da Cruz da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a despeito dos pactos sucessórios na história do direito português, advertia o conferencista que o Direito Romano

era abertamente hostil aos pactos sucessórios, embora não houvesse nenhum conceito ou classificação referente aos pactos sucessórios, limitando-se a condenar quaisquer modalidades possíveis de pactos que fossem surgindo em diferentes hipóteses prática, sobre o argumento de haver um sentimento repulsivo de desejo de morte do autor da herança.

Gomes (2019) assevera que inexistente fundamento jurídico válido para a legislação brasileira permitir ampla liberdade para dispor acerca dos bens do matrimônio em uma eventual dissolução por vida, ao passo em que é vedada a autorregulação em eventual dissolução por morte. Nota-se um profundo descompasso entre as consequências no direito de família do pacto antenupcial e no direito sucessório.

Não se ignora o óbice representado pelo artigo 426 em relação a pactuar herança de pessoa viva, no entanto o que se propõe é superar ou admitir algumas exceções legais, para conferir maior coerência ao ordenamento jurídico. Há de se observar que, na vigência do Diploma Civil de 1916, de onde teve origem a regra, o cônjuge sobrevivente não era herdeiro necessário, muito menos concorria com os descendentes na sucessão do falecido. Nesse caso, a escolha do regime de bens e a matéria pactuada pelo casal previamente repercutia de forma idêntica em caso de dissolução por vida ou por morte, de modo que não se obsta, de fato, a vedação de cláusula sucessória recíproca no pacto antenupcial, salienta Renata Raupp Gomes (2019).

Entretanto, atualmente essa limitação não é mais coerente com o ordenamento jurídico infraconstitucional ou compatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que o regime de bens não regula somente a meação, como anteriormente, mas determina indiretamente direito sucessório. Nesse sentido, não se pode proibir o casal de ajustar regras patrimoniais que incidirão em eventual dissolução por morte, de modo a ferir a autonomia privada deles. (GOMES, 2019)

A exemplo das inovações ocorridas em Portugal, o Brasil poderia cogitar a estipulação de regimes de bens distintos, um a vigorar durante a constância do casamento e eventual dissolução por vida, e outro a vigorar quanto ao direito sucessório em eventual dissolução por morte de um dos cônjuges. Ou então ampliar o alcance do pacto antenupcial para viabilizar renúncia recíproca da concorrência com os descendentes e ascendentes ou, ainda, da posição de herdeiro necessário. Destaca-se que essa ampliação da margem de liberdade dos cônjuges e companheiros no ajuste de suas vidas financeiras e patrimoniais torna muito mais satisfatória a relação conjugal na contemporaneidade, pautada pelos princípios da isonomia, responsabilidade, solidariedade e democracia. (GOMES, 2019)

No Brasil, pode-se citar um exemplo de movimento de avanço legislativo, considerando um anteprojeto de reforma do Direito das Sucessões, proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões – IBDFAM, com intuito de corrigir discriminações presentes na legislação vigente. Dentre as inovações trazidas no projeto, estão a ampliação do poder de decisão do autor da herança em casos como em que cônjuges e companheiros deixem de ser herdeiros necessários. Foi proposta também uma ampliação da autonomia privada do dono do patrimônio, além de facilitar e conferir maior segurança jurídica ao planejamento sucessório. (DELGADO; MARINHO JÚNIOR, 2019)

A lei portuguesa nº 48/2018, como visto, prevê a possibilidade de renúncia sucessória recíproca do cônjuge em pacto antenupcial, sob quaisquer dos regimes da separação de bens, a convencional ou a obrigatória. Por dotar de alta similaridade com ordenamento jurídico brasileiro, seria completamente possível adotar a mesma medida para ajustar a necessidade brasileira, pela qual demanda os usuários pela incomunicabilidade na constância do casamento e incluindo-a na sucessão. (TOSCANO, 2020)

Entende-se que, para essa possibilidade ser aceita, precisa haver alteração legislativa. Inclusive estendendo-se a hipótese de pactuação durante a constância do casamento, haja vista o ordenamento brasileiro admitir a alteração judicial do regime de bens posterior ao matrimônio. (TOSCANO, 2020)

Sem essas hipóteses viabilizadas por lei, os cônjuges e companheiros acabam sendo obrigados a elaborar um testamento, no intuito de afastar parcialmente o outro da sua esfera patrimonial sucessória, respeitando-se no mínimo a legítima, por expressa imposição legal.

A possibilidade dada com o testamento, no sentido de afastar o cônjuge da parte disponível, vale também para fazer o contrário na hipótese de vir a ser admitida a renúncia antecipada no pacto antenupcial e ao longo do casamento um ou ambos os cônjuges queiram contemplar o sobrevivente com parte de seus bens hereditários. No próximo tópico esse tema será abordado.

4.6 LIBERDADE DE TESTAR

O testamento, além de, atualmente, ser a opção para o afastamento parcial de um cônjuge ou companheiro na sucessão, também seria a opção de inclusão de um cônjuge ou companheiro na sucessão em eventual incomunicabilidade que tenham pactuado, caso ocorra a alteração em lei em favor da possibilidade da renúncia antecipada.

O que se pretende esclarecer com esse argumento é que, caso aprovada alteração em lei, e, permitida a cláusula sucessória no pacto antenupcial e acordada neste o afastamento da sucessão de um cônjuge no falecimento do outro, ainda sim seria possível reverter a situação e contemplar o cônjuge no direito sucessório por meio de testamento. Ou seja, mesmo diante da irrevogabilidade da renúncia, os cônjuges podem ainda contemplar um ao outro com seu patrimônio por meio de testamento, permitindo assim uma maior autonomia de seu patrimônio, sem estar obrigado por imposição legal. Nesse caso, a disposição em testamento deve apenas respeitar o limite da legítima, proporcionando ao mesmo tempo a proteção dos interesses do autor da herança com relação a seus entes queridos que estarão abarcados pela legítima, e dando a ele liberdade de incluir posteriormente seu cônjuge nos limites de sua quota disponível.

Vale dizer, consoante Flávio Tartuce, (2017), que o testamento representa, no Direito das Sucessões, a principal forma de exercício da autonomia privada. A palavra vem de *testatiomentis*, que significa a atestação da vontade, ou seja, aquilo que o autor da herança tem em mente. Além de ser o ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal.

O titular de um patrimônio pode dispor sobre a destinação de seus bens *mortis causa*, respeitada a parte indisponível, assegurada aos herdeiros necessários. O testamento pode contemplar tanto estranhos quanto os próprios herdeiros e, entre estes, tanto os necessários quanto os colaterais. (NADER, 2016)

Pereira (2017) aduz que o art. 1.788, do Código Civil de 2002, permite liberdade ao testador para dispor sobre parte de seus bens, aplicando-se à parte remanescente as regras da sucessão legítima. Ou seja, na falta de testamento, serão chamados a suceder os herdeiros na ordem prevista em lei. Se anulado o testamento, dar-se-á a sucessão como se nunca tivesse havido declaração de última vontade. Quanto aos bens não compreendidos no testamento, também serão chamados a suceder os herdeiros legítimos. E, por fim, se ultrapassada a parte disponível da herança, também sucederão os herdeiros legítimos no que exceder.

Na ausência de herdeiros necessários, será plena a liberdade de testar, podendo o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais (art.1.850). A limitação que se dá em relação à metade do patrimônio, também chamada metade indisponível, ocorre somente quando houver herdeiros necessários, conforme art. 1.789 do Código Civil.

Complementando a respeito do testamento, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2021) teça algumas das principais características do referido instrumento:

a) É um ato personalíssimo, privativo do autor da herança. Não se admite a sua feitura por procurador, nem mesmo com poderes especiais. Assim dispõe o art. 1.858 do Código Civil: “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”. Nessa linha, prescreve o art. 3.619 do Código Civil argentino: “As disposições testamentárias devem ser a expressão direta da vontade do testador. Não pode este delegá-las nem conferir poder a outro para testar, nem deixar qualquer de suas disposições ao arbítrio de um terceiro”.

b) Constitui negócio jurídico unilateral, isto é, aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador (declaração não receptícia de vontade), e presta-se à produção de diversos efeitos por ele desejados e tutelados na ordem jurídica. Com efeito, a só vontade, pessoalmente manifestada, do testador é suficiente à formação do testamento. Não tem o beneficiário de intervir para a sua perfeição e validade. Posteriormente, depois da morte do testador, quando aberta a sucessão, é que se manifesta a aceitação deste (CC, arts. 1.804 e 1.923), a qual não é elemento ou condição essencial do ato. É proibido (CC, art. 1.863) o testamento conjuntivo (de mão comum ou mancomunado), feito por duas ou mais pessoas, seja simultâneo (disposição conjunta em favor de terceira pessoa), recíproco (instituinto benefícios mútuos) ou correspectivo (disposições em retribuição de outras correspondentes). Justifica-se a proibição porque tais disposições constituem espécies de pacto sucessório e contrariam uma característica essencial do testamento, que é a revogabilidade. Nada impede que o casal, desejando testar simultaneamente, compareça ao Cartório de Notas e ali cada qual faça o seu testamento, em cédulas testamentárias distintas. É vedada somente a feitura conjunta por marido e mulher, no mesmo instrumento. Elaborando-os separadamente, ainda que na mesma ocasião e perante o mesmo tabelião, podem deixar os bens um para o outro. Nesse caso, os testamentos não são considerados conjuntivos, pois cada qual conserva a sua autonomia.

c) É solene: só terá validade se forem observadas todas as formalidades essenciais prescritas na lei (*ad solemnitatem*). Não podem elas ser postergadas, sob pena de nulidade do ato. Excetua-se o testamento nuncupativo (de viva voz), admissível somente como espécie de testamento militar (CC, art. 1.896). A excessiva formalidade do testamento visa assegurar a sua autenticidade e a liberdade do testador, bem como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando. Tem a jurisprudência, todavia, amenizado a rigidez formal quando a vontade do testador se mostra bem patenteada no instrumento. Nessa linha decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Testamento. Descumprimento de formalidade. Circunstância que deve ser acentuada ou minorada de molde a assegurar a vontade do testador e proteger o direito de seus herdeiros, sobretudo os filhos”.

d) É um ato gratuito, pois não visa à obtenção de vantagens para o testador. A imposição de encargo ao beneficiário não lhe retira tal característica. A gratuidade é, efetivamente, da essência do ato, que não comporta correspectivo. E a liberalidade existe, ainda nos legados com encargo.

e) É essencialmente revogável (CC, art. 1.969), sendo inválida a cláusula que proíbe a sua revogação. A revogabilidade é da essência do testamento, não estando o testador obrigado a declinar os motivos de sua ação. Pode o testador, pois, usar do direito de revogá-lo, total ou parcialmente, quantas vezes quiser (v. art. 1.858 do CC, retrotranscrito). Há, no entanto, uma exceção ao princípio da revogabilidade do ato de última vontade: por força do art. 1.609, III, do mesmo diploma, o testamento é irrevogável na parte em que, eventualmente, o testador tenha reconhecido um filho havido fora do matrimônio. A vontade que se respeita é a última. Por isso, se o indivíduo falece com diversos testamentos sucessivos, vale o último, a menos que se destine a completar o anterior, concorrendo para constituir a vontade do testador. De regra, porém, consideram-se revogados os que precederam o derradeiro.

f) É, também, ato causa mortis: produz efeitos somente após a morte do testador. Desse modo, até o falecimento dos disponentes fica sem objeto o ato em que a pessoa dispõe do patrimônio para depois do próprio óbito. A abertura da sucessão é requisito primordial para se cumprirem os fatos jurídicos nele previstos. Chama-se causa mortis exatamente porque é pressuposto necessário, para que tenha eficiência, a morte do prolator. (GONÇALVES, 2021, p. 90-91)

Assim, esse instrumento permite aos cônjuges, testar posteriormente em favor do outro caso desejem, limitados à parte disponível da herança. Novamente, mais um motivo, portanto, para dar fim à vedação da cláusula da renúncia recíproca no acordo antenupcial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que o direito não para, está sempre em mutação. Com isso, muitas vezes a solução antes adotada para um momento, pode não ser mais adequada para um momento posterior.

Com o advento do Código Civil de 2002, e a elevação do cônjuge, e, posteriormente o companheiro, conforme entendimento adotado nesse trabalho, à categoria de herdeiro necessário e a sua posição em concorrência com os descendentes e ascendentes no direito sucessório, consoante artigo 1.829, fez com que surtisse um efeito na esfera pessoal das pessoas que pretendem se unir.

Esse efeito, de caráter patrimonial, atinge àqueles que pretendem a incomunicabilidade de seus bens com seu parceiro. Em geral, porque visam proteger seu patrimônio para futuros herdeiros.

Nada há de imoral nesse intuito, uma vez que o regime de separação convencional de bens tem o mesmo objetivo, sendo o único diferencial entre as circunstâncias o momento em que ocorre a dissolução conjugal, ou seja, se a dissolução ocorre em vida ou pela morte.

Porém, o Direito Sucessório possui essa limitação por imposição da lei, sob o argumento de que não se pode pactuar sobre herança de pessoa viva, consagrado no artigo 426, do Código Civil.

A pactuação sobre herança de pessoa viva, ou também chamada *pacta corvina*, é vista como algo imoral, porque se subentende estar o contratante torcendo pela morte do autor da herança ajustada.

Ocorre que esse impedimento recai inclusive sobre acordo abdicativo, em que se repudia a herança futura. E ainda assim, é proibido sob o mesmo argumento.

Essa ilógica proibição fere a liberdade existencial das pessoas e é uma ofensa contra a sua autonomia privada. Como consequência, muitos casais deixam de formalizar ou mesmo iniciar uma relação ao saber de tal impedimento e de todas as suas consequências patrimoniais, destacadamente sucessórias.

Vale dizer, que, em sede de Direito de Família, os regramentos sobre o pacto antenupcial conferem aos nubentes uma maior liberdade para acordarem como lhes aprouver,

permitindo a eles a escolha de regime de bens que irá vigorar, inclusive mesclando regras ou então editando suas próprias regras. É claramente contraditória à restrição que é imposta no âmbito do Direito das Sucessões.

Infelizmente, a maioria da Doutrina e da Jurisprudência ainda resiste à evolução do direito nessa questão. Seguem ainda enviesados pela suposta ofensa aos bons costumes e à moral que as cláusulas sucessórias carregam.

Verificou-se, que para aplicação de uma solução para o caso, é preciso alteração da lei, ao menos permitindo a prática da renúncia recíproca acordada no pacto antenupcial, a exemplo do que foi feito em Portugal com a edição da lei n° 48/2018.

Acrescenta-se, pela atual regra no ordenamento brasileiro, que não seríamos restritos às tratativas sucessórias somente no pacto antenupcial, haja vista ser permitida a mutação de regimes via judicial na constância do casamento.

Por fim, foi estudada uma opção à pessoa que se arrepende de acordar sobre renúncia à herança de seu cônjuge. Caso não mude o regime durante a constância do casamento, e, considerando-se a característica de irrevogabilidade da renúncia, seria possível que o autor testasse a favor de seu cônjuge ou companheiro, nesse caso limitados à quota disponível.

Por derradeiro, ressalta-se que a imposição desse impedimento pela lei está, além de afastando casais, interferindo em um importante instrumento que é o planejamento sucessório, que visa proporcionar uma transição pacífica e fiel à última vontade de seu autor.

REFERÊNCIAS:

BRAGA, Sérgio Pereira; CARDIN, Valéria Silva Galdino; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **XXV CONGRESSO DO CONPEDI/UNICURITIBA**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

BRASIL. Casa Civil. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, v. 5 : família, sucessões**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JUNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? **Revista IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES**, Belo Horizonte, v. 31, n. 8, p.09-21, 2019. Bimestral.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. VII: Direito das sucessões**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GOMES, Renata Raupp. **A função social da legítima no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.

GUIDI, Ana Letícia Cechinel. **A renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro**, 2021. 103 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/229363>. Acesso em: 23 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

_____. Direito Constitucional à herança, *saisine* e a liberdade de testar. In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Araxá. **Anais eletrônicos**. 2013. 35-46p.

LUCACHINSKI, Jéssica; DE LIMA FANTE, Cilmara Corrêa. O pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório face a vedação do *pacta corvina*. **Academia de Direito**, v. 1, p. 323-341, 2019.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. **Revista IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES**, Belo Horizonte, v. 27, n. 8, p.09-58, maio 2018. Bimestral.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

OTERO, Marcelo Truzzi. Os artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório. In: **IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Araxá. Anais eletrônicos. 2013. 61-76p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança: Estudo sobre a autonomia privada e a sucessão causa mortis**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SOUZA, Anderson Carlos de. **A Herança Necessária do Cônjuge e do Convivente sob a Óptica da Autonomia Privada: O Pacto Antenupcial como Possibilidade Conciliadora**, 2021. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/223504>. Acesso em: 02 nov. 2021.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 21, n.

02, p.87-109, 2019. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. DOI:
<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2019.03.005>.

TEPEDINO, Gustavo.; NEVARES, Ana Luiza Maia.; MEIRELES, Rose Melo Vencelau.
Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TOSCANO, Raquel Borges Alves. **Da Possibilidade de Renúncia Recíproca dos Cônjuges da Condição de Herdeiro no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2020. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** sucessões.17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZANELLA, Alessandra Tayná Rizzotto. **Limites e possibilidades na contratação do pacto antenupcial,** 2019. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/197766>. Acesso em: 20 set. 2020.