



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Letícia Cechinel Guidi

**A RENÚNCIA ANTECIPADA DE HERANÇA CONCORRENTE PELO CÔNJUGE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Florianópolis
2021

Ana Leticia Cechinel Guidi

**A RENÚNCIA ANTECIPADA DE HERANÇA CONCORRENTE PELO CÔNJUGE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação
em Direito – PPGD, da Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Profa. Dra. Dóris Ghilardi

Florianópolis
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Guidi, Ana Letícia

A renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge
no ordenamento jurídico brasileiro / Ana Letícia Guidi ;
orientadora, Dóris Ghilardi, 2021.

100 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Sucessório. 3. Renúncia
Antecipada. 4. Conjugalidade. 5. Herança concorrente. I.
Ghilardi, Dóris. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Ana Letícia Cechinel Guidi
**A Renúncia Antecipada De Herança Concorrente Pelo Cônjuge no Ordenamento
Jurídico Brasileiro**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Dóris Ghilardi, Dr.(a)
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.(a) Renata Raupp Gomes Dr.(a)
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.(a) Daniela Braga Paiano Dr.(a)
Universidade Estadual de Londrina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof.(a) Dóris Ghilardi, Dr.(a)
Orientador(a)

Florianópolis, 2021.

À minha avó, Letícia, meu grande exemplo de mulher culta e vanguardista; que não teve a oportunidade de ver este trabalho concluído, mas que, com certeza, orgulha-se dele, onde quer que esteja.

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de agradecer! De fechar um (lindo) ciclo e enaltecer àquelas pessoas que estiveram presentes durante essa trajetória. É certo que a escrita da dissertação é um trabalho solitário, porém sorte a minha em ter pessoas que me ajudaram nesse processo intelectual, tornando-o engrandecedor.

Primeiramente, inicio agradecendo à minha orientadora, Dóris. Sempre tão atenciosa, acessível e comprometida com a pesquisa. Abraçou comigo a difícil temática aqui proposta e me deixou muito livre para escrever, fazendo suas contribuições para a melhoria do trabalho. É um prazer tê-la novamente como orientadora.

Agradeço à minha família: meus pais, Suzana e Osvaldo, por sempre me apoiarem nos estudos e por serem a minha base. Ao meu irmão, Bruno, o qual tenho grande admiração e à minha cunhada, Pollianna, que, em meio à produção da dissertação, me deram o meu maior e mais precioso presente: minha afilhada, Maria Luiza.

A todos os meus amigos. Em especial, à minha amiga Juliana, minha confidente, que aturou minhas reclamações e angústias nesse período, compreendeu minhas ausências e sempre se faz presente, mesmo distante. À Laizi, que me deu forças a todo momento, e à Maria Augusta, que também sempre foi muito solidária com o processo e me apoiou. Elas, muitas vezes, acreditaram mais em mim do que eu mesma.

À família que formei em Florianópolis e foram essenciais para manter minha sanidade no cenário de pandemia: à minha mãe de coração, Elisa, que foi meu refúgio, minha companhia diária e me ajudou a desopilar, quando eu precisei. Talvez ela não saiba, mas nossos momentos de descontração foram imprescindíveis para eu recarregar as energias e escrever, principalmente na reta final. À Gisele, por ser tão atenciosa, uma grande incentivadora. Por ter aguentado minhas lamentações e entendido minha ausência. Agradeço também à Patrícia e Carol, pela amizade e por participarem desse momento comigo.

Às minhas colegas do mestrado, que se tornaram amigas, Ariani e Janaína. Elas foram parceiras e contribuíram para que a caminhada do mestrado fosse leve.

Ao pessoal da 12ª Promotoria de Justiça da Capital, o qual eu faço em nome do meu chefe, Andrey, que sempre foi um facilitador para que eu concluísse o mestrado, e à minha amiga e também colega Luiza, que segurou as pontas no gabinete quando precisei me ausentar.

Aos meus amigos do funcional e do beach tennis, atividades que me ajudaram a extravasar e descontar o stress, diariamente.

À minha banca de qualificação, professores Renata e Geyson, os quais fizeram apontamentos que contribuíram para o desenvolvimento do presente trabalho.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a execução deste trabalho.
Sou muito grata a todos vocês!

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a possibilidade de renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, parte-se de duas hipóteses: a primeira de que é possível a renúncia, diante da natureza jurídica da herança concorrente e do fato de que a sua manifestação não causa nenhum sentimento imoral. A segunda hipótese é da impossibilidade da renúncia antecipada, tendo em vista a vedação expressa do artigo 426 do Código Civil. Divide-se o trabalho em duas grandes partes. Na primeira delas, aborda-se a sucessão no Brasil e a sucessão legítima, com ênfase na sucessão concorrente do cônjuge, bem como nos benefícios concedidos a ele, quando do falecimento do seu consorte. Ainda no primeiro capítulo, estuda-se o instituto da renúncia, analisando qual a sua natureza jurídica, à luz da teoria do fato jurídico. Também se discorre sobre o conceito de renúncia e, especificamente, sobre renúncia de herança. Já a segunda parte, inicia-se pela exposição da autonomia privada com a sua aplicação no âmbito das relações familiares. Dentro da temática, analisa-se alguns instrumentos que efetivam a vontade das partes e pode ser manifestada a renúncia, notadamente o pacto antenupcial, o testamento e o contrato sucessório, com suas nuances. Ao final, aborda-se a vedação legal presente no artigo 426 do Código Civil sob a perspectiva de uma análise literal da dicção do artigo. Em um segundo momento, faz-se o estudo por um viés sistemático, a fim de verificar-se se a referida vedação é justificável e legal à luz do ordenamento jurídico e de responder ao problema aqui proposto. Utiliza-se o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica baseada em doutrina, legislação, artigos, revistas jurídicas e precedentes de alguns Tribunais nacionais.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Conjugalidade. Renúncia antecipada. Herança concorrente. Pacto sucessório.

ABSTRACT

This master's thesis aims to analyse the possibility of early renunciation of concurrent heritage by the consort in the Brazilian legal order. Therefore, it starts with two hypotheses: the first one is that it is possible the renunciation, given the legal nature of the concurrent inheritance and by the fact that its manifestation does not cause any immoral feeling. The second hypothesis is the impossibility of early renunciation, in view of the express prohibition of article 426 of the Civil Code. The study is divided into two big parts. The first one approaches the inheritance in Brazil and the legitimate inheritance, emphasizing the concurrent succession of the consort, as well as the benefits granted to them, when the spouse dies. Still in the first chapter, the renunciation is studied, analyzing which is its legal nature, in the light of legal fact theory. It is also discussed about the renunciation concept and, specifically, about the heritage renunciation. In its turn, the second part starts with the exhibition of private autonomy applied in family relationships. Within the theme, analyse some instruments that carry out the will of the parties and the renunciation can be manifested, notably the prenuptial agreement, the testament and the succession pact, with its specificities. In the end, talks about the legal prohibition presents at article 426 of Civil Code, from the perspective of a literal analysis of the article. In a second moment, the study is carried out with a systematic bias, in order to verify if the prohibition is justifiable and legal in light of the legal system and to answer the problem here proposed. The deductive method is used, through bibliographical research, based on doctrine, legislation, articles, legal magazines and precedents from some national courts.

Keywords: Inheritance Law. Conjugal. Early renunciation. Concurrent heritage. Succession pact.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E A RENÚNCIA DE HERANÇA	18
2.1	A SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	18
2.1.1	A sucessão legítima do Código Civil.....	19
2.1.2	A sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes e a sucessão como herdeiro único.....	27
2.1.3	Os benefícios concedidos ao cônjuge.....	36
2.2	O INSTITUTO DA RENÚNCIA E A RENÚNCIA DE HERANÇA	40
2.2.1	O instituto da renúncia e sua classificação jurídica	40
2.2.2	A renúncia de herança.....	45
3	AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E A VEDAÇÃO LEGAL DO PACTO SUCESSÓRIO	53
3.1	AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO	53
3.1.1	O pacto antenupcial: conceito, forma e conteúdo.....	58
3.1.2	Testamento: definição, modalidades e disposições testamentárias	63
3.1.3	Pacto sucessório: classificação e características.....	68
3.2	A VEDAÇÃO LEGAL DO PACTO SUCESSÓRIO PREVISTA NO ARTIGO 426 DO CÓDIGO CIVIL	71
3.2.1	Análise literal do artigo 426 do Código Civil	75
3.2.2	Análise sistemática do artigo 426 do Código Civil.....	79
	CONCLUSÃO.....	91
	REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a análise da renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro.

A sucessão no Brasil é regulada no Livro V do Código Civil de 2002, a partir do artigo 1.784, e divide-se em duas modalidades: a sucessão legítima e a testamentária. Na primeira, a sucessão ocorre por força de disposição legal, na qual são chamados a suceder os denominados herdeiros legítimos. A ordem dessa sucessão é disciplinada pelo artigo 1.829 do diploma civil. Por sua vez, a sucessão testamentária dá-se quando há testamento deixado pelo falecido.

Diante das mudanças que passou o Direito de Famílias e Sucessões, notadamente com a edição da Constituição Federal de 1988, que inseriu uma base axiológica ao ordenamento jurídico, e a posterior promulgação do Código Civil de 2002, o tratamento dado ao cônjuge, no que diz respeito à questão sucessória, também se modificou.

O Código Civil elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário, previu o direito real de habitação, assim como estabeleceu a herança concorrente com os descendentes e ascendentes.

Com vistas à nova concepção de família, garantida pela Constituição Federal, os membros familiares passaram a ter mais autonomia para regular suas relações e determinarem os rumos das suas vidas, com menos ingerência do Estado, no intuito de promoverem o seu desenvolvimento pessoal.

Contudo, atualmente é muito difícil estabelecer o limite do Estado na ingerência sobre a esfera privada da família e de seus componentes. Nessa seara, a influência estatal ainda é grande. Um desses exemplos é a restrição que o cônjuge tem de regular a sua própria sucessão, antes da sua abertura. Será que cabe ao Estado interferir em esfera íntima do casal? Ninguém melhor do que as próprias partes decidirem o que acham que funciona e o que não funciona em seu relacionamento.

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 procurarem uma forma de não comunicar seus patrimônios. Embora exista a possibilidade de escolher o regime de separação de bens quando se casa, por outro lado, os efeitos dessa incomunicabilidade de bens não se estende à sucessão. No que tange ao direito sucessório, não há muita liberdade para os cônjuges regularem suas sucessões recíprocas.

Dessa forma, tendo em vista a autonomia privada dos cônjuges e a herança concorrente, o intuito deste trabalho é analisar a possibilidade de o cônjuge renunciar antecipadamente à sua herança concorrente.

O problema que se pretende responder é se existe a possibilidade de renunciar antecipadamente à herança concorrente pelo cônjuge à luz do ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração que a herança concorrente foi criada com o objetivo de garantir um mínimo existencial ao consorte supérstite. Além disso, a renúncia de herança não causa qualquer sentimento imoral ou prejudicial a terceiros.

Em contrapartida, deve-se considerar, também, a vedação expressa dos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do Código Civil, cuja redação estabelece ser proibida a contratação de herança de pessoa viva, o que pode induzir à conclusão de que qualquer disposição acerca de sucessão futura não é autorizada.

Embora a relevância do assunto tratado neste estudo, visto que os pactos sucessórios têm grande potencial de garantir um planejamento sucessório, evitar conflitos, bem como efetivarem a autonomia privada, pouco se trata disso na doutrina. O referido artigo do Código Civil é herança do seu antecessor (Código Civil de 1916) e foi reproduzido de forma acrítica pelo legislador. Por isso propõe-se a analisá-lo sob um viés mais analítico, baseado em uma leitura civil-constitucional.

O método utilizado é o dedutivo, através de pesquisa bibliográfica baseada em doutrina, legislação, artigos, revistas jurídicas e precedentes de alguns Tribunais nacionais.

Com o intuito de proporcionar uma melhor ideia do trabalho, destaca-se que o mesmo será dividido em duas grandes partes. A primeira delas terá como eixos centrais a questão sucessória do cônjuge e o instituto da renúncia.

O primeiro capítulo, abordará a direito sucessório do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo acerca da sucessão, de modo geral, com as suas mudanças ao longo dos tempos e legislações. Pontuará, também, a questão da sucessão concorrente do cônjuge com os descendentes e ascendentes, prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, assim como quando herda sozinho, hipótese do inciso III, do citado artigo. Além disso, discorrerá sobre os benefícios concedidos ao cônjuge, como o extinto benefício vidual e o direito real de habitação.

Ainda no primeiro capítulo, porém em um segundo momento, tratará do instituto da renúncia, trazendo-se a sua conceituação e classificação, com base na teoria do fato jurídico. Em específico, será analisada a renúncia de herança e quais suas implicações na sucessão.

No segundo e último grande tema, será trabalhado acerca da autonomia privada nas relações familiares e da vedação dos pactos sucessórios. O capítulo iniciará discorrendo sobre a autonomia privada no âmbito familiar, no intuito de verificar em quais instrumentos os cônjuges detêm autonomia para disporem de seu patrimônio e outras questões. Para tanto, serão abordados o pacto antenupcial, o testamento e o pacto sucessório.

Por fim, a última parte do trabalho terá como foco central a vedação expressa dos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do Código Civil. O referido artigo será analisado em sua acepção literal e também por uma leitura sistemática, pautada na perspectiva civil-constitucional. Serão apresentados os quatro principais fundamentos para a existência da regra geral de proibição a fim de constatar se a renúncia esbarra em tais preceitos e, conseqüentemente, é vedada. Também serão apresentados outros fundamentos para que se autorize a renúncia antecipada de herança pelo cônjuge.

2 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E A RENÚNCIA DE HERANÇA

Para estudo do tema ora proposto, faz-se necessário estabelecer algumas premissas a fim de construir o pensamento acerca da renúncia antecipada de herança pelo cônjuge à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

De partida, convém mencionar que o presente trabalho tem como enfoque somente o direito sucessório do cônjuge e não do companheiro. Apesar de a sucessão do cônjuge e do companheiro guardar, cada vez mais, semelhanças, a restrição é necessária. Ainda existem algumas discussões sobre o direito sucessório do companheiro e pelo fato da união estável constituir-se informalmente, apontar a sua diferenciação de tratamento do casamento tornaria o presente trabalho muito extenso e perderia seu foco. Portanto, opta-se por tratar apenas da sucessão do cônjuge.

Sendo assim, este primeiro capítulo discorre sobre o direito sucessório de modo geral, com ênfase no direito sucessório do cônjuge e nos benefícios concedidos a ele, quando da morte do seu consorte. Ainda, aborda-se o instituto da renúncia, com as suas principais características, bem como, especificamente, a renúncia de herança.

2.1 A SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preceitua Itabaiana de Oliveira (1936, p. 48, t. I) que o termo “sucessão” tem um sentido lato e um restrito. No primeiro deles, a sucessão aplica-se a todos os modos derivados de aquisição de propriedade¹. Já na sua acepção restrita, a sucessão implica uma ideia de morte, traduzindo-se em um dos modos de adquirir direitos e de transmitir, total ou parcialmente, a herança. Para o presente estudo, necessária maior explanação acerca do sentido restrito da palavra, cujo teor é o que interessa para o trabalho.

O Código Civil disciplina sobre a sucessão em seu Livro V, a partir do artigo 1.784. É importante consignar que a sucessão pode ser legítima, na qual são chamados a suceder os herdeiros constantes no artigo 1.829 do diploma legal, ou testamentária, que ocorre quando o titular do patrimônio lavra testamento e escolhe seus herdeiros – podendo ser os mesmos do citado artigo ou terceiros.

¹ Por exemplo, o comprador sucede o vendedor, do mesmo modo que o donatário sucede o doador e assim por diante.

O Direito Sucessório, nas suas duas formas (testamentária e legítima) foi defendido por Hugo Grotius, Puffendorf e Wolf, precursores da filosofia do Direito, considerando-se a primeira forma como corolário da liberdade de dispor da propriedade e a segunda, como uma manifestação de vontade presumida do defunto e da copropriedade familiar (ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1936, p. 45, t. I)

Maluf e Maluf (2013, p. 23) designam o termo “sucessão”, no âmbito do direito sucessório, como a transferência da herança ou do legado provenientes da morte de alguém, seja por força da sucessão legítima ou testamentária, detendo um conceito mais limitado do que a expressão em *lato sensu*.

Ressalta-se que as expressões herança e sucessão não são sinônimas. A primeira delas constitui-se no patrimônio do falecido, não se confundindo com o acervo hereditário, o qual pode ser composto apenas de dívidas. Utilizada no sentido subjetivo, a expressão “sucessão” pode ser considerada como sinônimo de herança, representando uma massa de bens e encargos, de direitos e de obrigações que compunham o patrimônio do defunto. Contudo, não são todos os bens, direitos e obrigações que integram a herança, uma vez que alguns direitos são personalíssimos, diretamente ligados à pessoa do seu titular e se extinguem com o seu falecimento. (MADALENO, 2019, p. 257)

De acordo com Madaleno (2019, p. 4), a herança é o patrimônio deixado por uma pessoa que falece, a qual integra o ativo e passivo, mas que, ao final do inventário, restringe-se ao líquido efetivamente transmitido aos herdeiros, depois de pagas as dívidas deixadas pelo falecido. Complementa Itabaiana de Oliveira (1936, p. 57, t. I) que o conceito de herança, objeto próprio da sucessão hereditária está intimamente ligado ao patrimônio das pessoas que morrem.

No presente trabalho, apesar de existir duas formas de suceder, aborda-se, principalmente, a sucessão legítima, visto que a temática circunda o direito sucessório concorrente do cônjuge.

2.1.1 A sucessão legítima do Código Civil

Falar sobre morte e suas implicações ainda é um tabu muito grande. Por conta disso, dificilmente as pessoas se “planejam” para morrer, notadamente no Brasil, onde não se tem o costume de lavrar testamentos. Essa aversão quanto à redação de testamentos é cultural e pode ser justificada como uma forma de evitar maus agouros. Interessante reflexão é feita por Hironaka (2003a, p. 2), a qual menciona que um dos motivos de inexistir testamentos no Brasil

é a qualidade das regras gerais relativas à sucessão cujo teor chama a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* elencaria, caso redigisse um testamento.

A sucessão nem sempre ocorreu como é nos moldes atuais. Ressalta Borda (1994, p. 12) que, no regime soviético, os teóricos da revolução comunista acataram fortemente a “injustiça” do direito sucessório, o qual era limitado em 1918, à sucessão da casa, dos móveis e instrumentos de trabalho, desde que o valor total não excedesse 10.000 rublos e os herdeiros estivessem na posse desses poucos bens. O restante dos bens era administrado pelo Estado em benefício dos herdeiros que não dispunham de meios próprios de sobrevivência. Contudo, ao longo do tempo, esse regime não se sustentou, tendo sido aplicadas medidas para atenuar os efeitos da supressão do direito sucessório.

Itabaiana de Oliveira (1936, p. 42, t. I) retrata que individualizando-se a propriedade e fortalecendo os laços de afeição, a transmissão dos bens de pai para filho, tornou-se um hábito tão comum que certas legislações reconheceram nos filhos um direito à herança dos pais. A propriedade incorporou a ideia de sucessão hereditária como um poderoso fator de perpetuidade da família. Logo, a sucessão é uma consequência necessária à conservação das afeições da família pela perpetuação da personalidade e cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade.

Coulanges (1987, p. 52) explica que na sucessão entre os antigos, como o filho era a continuação do culto do pai, ele também era herdeiro da propriedade:

Assim é que surgiu a regra da hereditariedade; ela não é o resultado de uma simples convenção feita entre os homens; ela deriva de suas crenças, de sua religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de pleno direito. (COULANGES, 1987, p. 52)

A origem do direito sucessório remonta ao Direito romano, no qual seu primitivo regime patriarcal, importava mais a sucessão da chefia doméstica do que dos bens propriamente, que era passada para o filho mais velho. Entre pai e filho não existia doação, legado ou mudança de propriedade, pois ocorria simplesmente a continuação da sua personalidade. (COULANGES, 1987, p. 53)

Segundo Gomes (2019, p. 54) a transmissão da propriedade privada pelo titular, depois da sua morte, mostra-se variável de acordo com o tipo de sociedade e o período histórico, assim como o poder de nomear sucessores por testamento. Da mesma forma, a configuração das

organizações familiares aparece intimamente ligada à noção de propriedade privada e, conseqüentemente, de sucessão *causa mortis* desse patrimônio.

Os povos primitivos não conheciam a sucessão como entende-se atualmente. Na morte do *pater*, o filho era obrigado a manter o culto como continuador do *pater*. Ele herdava os bens não como propriedade individual, mas como administrador dos bens da coletividade familiar (ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1936, p. 118, t. I).

Contudo, embora não existisse a sucessão nos moldes em que se conhece hoje, Nader (2007, p. 21) escreve ser antiga a prática da transmissão de bens, existindo registros em codificações milenares, como o Código de Hammurabi (2000 a.C.), com várias disposições acerca da herança e até deserdação de filhos.

Conforme Coulanges (1987, p. 76), na tradição romana, mais do que a propriedade, o sucessor herdava o culto familiar, cujas atividades eram dirigidas pelo pai de família. O filho não tinha de aceitar ou recusar a herança, uma vez que a continuação da propriedade, como a do culto, era para o filho uma obrigação e um direito. Não havia a possibilidade de escolha.

Em sentido oposto, nos primórdios, no direito germânico a sucessão ocorria de modo diverso. Não havia a figura dos herdeiros necessários, tampouco do testamento, em um primeiro momento. Dessa forma, a sucessão legítima era o único modelo sucessório possível. Só herdavam aqueles que tinham vínculo sanguíneo com o sucedido e caso este quisesse beneficiar terceiros com a sua herança, precisava criar uma relação de parentesco por meio da adoção. (MADALENO, 2019, p. 263)

Em princípio, no direito sucessório alemão, a regra estabelecia que os descendentes eram os primeiros chamados a suceder, seguidos pelos ascendentes e irmãos, surgindo o princípio de que os parentes mais próximos afastavam os mais remotos. Por sua vez, o testamento foi instituído em uma época histórica mais avançada e devido à forte influência do cristianismo, passou a permitir a possibilidade de testar por meio de um comissário, ou seja, uma espécie de representante a fim de fazer valer a vontade do falecido. (MADALENO, 2019, p. 264)

Gomes (2019, p. 55) constata na cultura e na produção do direito português influências dos povos romano e germânico, o que repercutiu no Brasil. Aquele direito português, introduzido pelas Ordenações das Filipinas, juntamente com o direito canônico, eram os responsáveis por regular as relações jurídicas no país. Tal influência pode ser notada especialmente na sucessão legítima e no que se refere à ideia de manutenção de patrimônio

familiar, tendo em vista que para aqueles povos primitivos, a família tinha um significado social e jurídico.

De acordo com Lôbo (2013, p. 39), o Código Civil brasileiro adotou o modelo dos povos germânicos de sucessão, retratado na expressão do Direito francês de *droit de saisine*, cuja posse da herança se transmite aos herdeiros no exato momento em que o autor da herança faleceu, conforme seu artigo 1.784: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. É o chamado princípio da *saisine*. O referido princípio existe porque os bens do falecido não podem ficar por um período sem dono(a), abandonados.

Ressalta-se que, até a partilha, o herdeiro não é proprietário pleno ou possuidor exclusivo de quaisquer bens da herança; ele é condômino e compossuidor, podendo exercer atos possessórios sobre o todo unitário e indivisível, desde que não exclua os mesmos direitos dos outros herdeiros. (JAFET, 2017, p. 686)

Conforme Madaleno (2019, p. 5), com a morte do titular do patrimônio ocorre a sucessão ou transmissão de suas relações jurídicas, as quais continuam existindo por meio de seus sucessores, de forma distinta da sucessão operada nos negócios jurídicos entre vivos. Isso porque, na sucessão *causa mortis*, o falecido transmite o conjunto ou o universo da titularidade de seus direitos e de suas obrigações, enquanto na sucessão particular dos negócios entre vivos, transmite-se somente um determinado bem.

Diante da maior ênfase dada à autonomia privada, notadamente no âmbito familiar, o testamento é o instrumento que privilegia a vontade do testador. Por conta disso, o primeiro ponto a ser analisado quando ocorre a morte de alguém, é verificar a existência de testamento no intuito de que sejam atendidos os desejos do falecido.

Embora haja um direito para todo sujeito de dar um destino aos seus bens quando da sua morte, esse direito não é ilimitado. É preciso atentar-se à parte indisponível da herança, na hipótese de o sucedido ter herdeiros necessários, a qual é denominada “legítima”.

O instituto da legítima surgiu no Direito Romano e foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações das Filipinas (MADALENO, 2019, p. 268). Discute-se, atualmente, a manutenção dos seus termos da forma em que foi originalmente pensada, diante da mudança da realidade social da sua época para os dias de hoje, podendo ser destacados como exemplos os rearranjos familiares, a emancipação da mulher, com sua conseqüente inserção no mercado de trabalho, e a igualdade entre filhos.

Sob a égide do Código Civil de 1916, a garantia de uma reserva legal em favor de certos herdeiros confundia-se com a reprodução da família matrimonializada, chamada “legítima”, a qual era única reconhecida e tutelada legalmente. Em razão disso, existia a reserva legal em favor dos herdeiros necessários com vistas à perpetuação da família legítima. “Nesse contexto jurídico, a limitação da autonomia do titular do patrimônio representava sua impossibilidade de, por ato de vontade, rebelar-se contra o sistema posto, estabelecendo, a seu critério, sua própria sucessão.” (GOMES, 2019, p. 57)

A maioria das sucessões no Brasil se dá pela regra geral, nos termos do artigo 1.788 do Código Civil², a chamada “sucessão legítima”. Falecendo alguém sem deixar testamento, a regra da sucessão é dada pelo artigo 1.829 do Código Civil, o qual estabelece a ordem de vocação hereditária. Na hipótese de disposição do patrimônio em testamento, este deve obedecer aos limites impostos pela legítima se o autor da herança tiver herdeiros necessários³. Por sua vez, os herdeiros necessários são aqueles descritos no artigo 1.845 do Código Civil: ascendentes, descendentes e cônjuge, havendo a divergência se o companheiro também passou a integrar o rol, diante da equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros conferida pelo Supremo Tribunal Federal⁴.

Anota Pontes de Miranda (1968, p. 202, t. LV) que a sucessão legítima tem seu fundamento na existência de vínculo familiar ou, na falta de elementos de família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal.

O fundamento da sucessão é a conjugação harmônica entre a propriedade e a família, égide da sociedade do povo europeu. Com a libertação do viés religioso, foram as razões econômicas e familiares que deram a base do direito sucessório. (SILVA, 2019, p. 168).

A sucessão legítima dá-se em decorrência da lei e quando o falecido não deixa testamento. Preceitua Madaleno (2019, p. 12) que o objetivo do direito hereditário está em proteger a família, preservar suas relações e manter os bens para assegurar, constitucionalmente, a transmissão deles de quem falece aos seus familiares e terceiros, indicados por testamento.

² Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

³ Há possibilidade de exclusão dos herdeiros necessários da sucessão em caso de indignidade (art. 1.814, CC) ou deserdação (art. 1.961, CC).

⁴ Ver Recurso Extraordinário n.º 878.694/MG, julgado em 10 de maio de 2017, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>>.

A transferência dos bens do *de cuius* ocorre pelas duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária. Os modelos não se excluem, podendo ser conjugados harmonicamente, desde que o testamento observe a legítima. Ou seja, é possível que o falecido disponha de uma parte do seu patrimônio em um testamento (estabelecendo terceiro como seu herdeiro ou os próprios herdeiros legítimos) e, quanto ao restante, a regra sucessória aplicável é a da sucessão legítima. Caso o testamento extrapole os limites da legítima, ele é declarado ineficaz com relação à porção excedente, ajustando-o para que observe a legítima.

Ainda, Nader (2007, p. 38) pontua que o testamento pode caducar. Isso ocorre quando, por um fato posterior ao testamento, o instrumento particular perde sua eficácia por diversos motivos, como, por exemplo, pela morte prematura do beneficiário antes da abertura da sucessão. Ou, também, se o herdeiro instituído ou legatário renuncia ao benefício ou pela não ocorrência do fato a que o benefício estava atrelado como condição.

Estabelecidas essas premissas, significa dizer que a sucessão legítima ocorre em segundo plano? De certa forma, sim. Isso porque sempre há a prerrogativa de o titular do patrimônio dispor de seus bens em testamento e, quando isso ocorre, dá-se prioridade às disposições sucessórias consignadas no instrumento particular ou público.

Além do testamento, outro instrumento sucessório que atende à autonomia privada é o codicilo. O codicilo é regulado pelos artigos 1.881 a 1.885 do Código Civil e é utilizado para que o falecido disponha acerca do seu enterro e outras questões de pouco valor. Conforme Tartuce (2014, p. 1424), o codicilo constitui uma disposição testamentária de pequena monta ou extensão. Trata-se de ato de última vontade simplificado, sem que lei exija grandes formalidades devido ao seu objeto ser considerado de menor importância.

Convém mencionar que está em tramitação o Projeto de Lei n. 5820/19, de criação do deputado Elias Vaz, cujo objetivo é dar nova redação ao artigo 1.881, inserindo a possibilidade de confecção do codicilo por meio digital, bem como a inclusão de destinação dos bens digitais. Caso seja aprovado, será possível ser destinado, por meio do codicilo, até 10% do valor do patrimônio do falecido e gravar as disposições de última vontade em sistema digital. A justificativa para a modificação do referido artigo é o advento da internet, dispositivos móveis de acesso à rede mundial de computadores e aplicativos com os mais variados conteúdos, trazendo mais facilidade na confecção do instrumento.

Conforme descrito acima, a ordem da sucessão legítima é dada pelo artigo 1.829 do Código Civil, a qual pressupõe um vínculo de parentesco, conjugal ou convivencial e as classes

mais próximas excluem as mais remotas, observada a concorrência do cônjuge ou companheiro sobrevivente. Em primeiro lugar, são chamados a suceder os descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro, salvo se casado ou unido pelo regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, não haver bens particulares (inciso I). Em seguida, na ausência de descendentes, constam os ascendentes, em concorrência com o cônjuge (independentemente do regime de bens) (inciso II). Na terceira posição, herdam os cônjuges ou convivente (inciso III). Por último, os colaterais (inciso IV).

Tal ordem de preferência foi instituída pelo legislador seguindo a lógica de interpretação dos sentimentos de afeição e de maior aproximação do autor da herança com os seus herdeiros. Presume-se que o falecido prefere beneficiar as pessoas que lhe são mais próximas e de vinculação mais direta, como filhos e parceiros afetivos sobreviventes. (MADALENO, 2019, p. 272)

Nevares (2015, p. 43) explica que para alguns, o fundamento da sucessão legítima é a vontade presumida do falecido, sendo a ordem de vocação hereditária regulada da forma em que faria o disponente. Entretanto, essa teoria encontra-se abandonada, uma vez que pautada somente em premissas individualistas, que compreendem a vontade individual do falecido. Atualmente, grande parte da doutrina fundamenta a sucessão legítima em um conceito superior da família, entendida como instituição de importância social⁵.

Dessa forma, observa-se que o artigo 1.829 do Código Civil destaca quem são os herdeiros legítimos, instituídos por força de lei. Os herdeiros legítimos dividem-se, ainda, entre necessários e facultativos, sendo os primeiros os descendentes, ascendentes e cônjuges, enquanto os colaterais são facultativos. Essa distinção é importante para que seja observada a legítima, cuja reserva é destinada somente aos herdeiros necessários.

Destaca-se a crítica feita por alguns doutrinadores no sentido da neutralidade do Direito Sucessório. Embora o artigo 1.829 do Código Civil liste quem são os herdeiros legítimos, o mesmo não traz qualquer distinção acerca da porção herdada por cada um deles; divide-se tudo igualmente, sem observar a peculiaridade em relação à pessoa do sucessor⁶. O

⁵ MENGONI, Luigi. **Trattato di diritto civile e commerciale**: successioni per causa di morte. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 14, t. 1.; MIRONE, Antonino. **I diritti successori del coniuge**. Napoli: Jovene, 1984, p. 39.

⁶ A Lei n. 10.050/2000 previu o direito real de habitação para o filho órfão portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, no afã de proteger o herdeiro vulnerável, criando-se uma distinção entre os demais herdeiros. Porém, apesar da previsão, esse dispositivo não foi reproduzido no Código Civil de 2002, mantendo-se a neutralidade do Direito Sucessório.

mesmo ocorre com a legítima, visto não haver diferenciação do montante herdado para cada um dos herdeiros necessários.

Otero (2012, p. 22) leciona que os herdeiros legítimos são aqueles listados na vocação hereditária, a qual é a relação preferencial ordenada pela lei, das pessoas chamadas a suceder o finado. Por seu turno, os herdeiros necessários, legitimários ou reservatários são aqueles detentores de uma parcela do patrimônio do defunto, assegurada pela lei. Conclui-se que os herdeiros necessários são considerados concomitantemente herdeiros legítimos, mas nem todo herdeiro legítimo é herdeiro necessário – o que é a situação dos colaterais: herdeiros legítimos e facultativos.

Nevares (2015, p. 20) complementa que a sucessão legítima necessária é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cuius*, visto determinar os herdeiros necessários e a quota necessária, chamada de legítima. Por outro lado, há a quota disponível, a qual o titular pode dispor livremente em testamento.

Os herdeiros necessários só poderão ser excluídos da legítima na hipótese de indignidade e deserdação cujas situações são listadas nos rols taxativos dos artigos 1.814⁷, 1.962⁸ e 1.963.

Do mesmo modo, destaca-se a diferença entre herdeiro e legatário. Herdeiro é quem herda a título universal, podendo ser legítimo ou testamentário. Já o legatário é quem recebe um bem a título singular ou um conjunto de bens que será subtraído da herança para ser-lhe entregue. O legatário não participa do restante da herança.

Outro ponto que deve ser mencionado acerca da sucessão é sobre a capacidade sucessória, a qual não se confunde com a capacidade civil. Toda pessoa física ou jurídica detém essa capacidade para suceder. De acordo com o artigo 1.798 do Código Civil são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁷ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
 II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
 III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

⁸ Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;
 II - injúria grave;
 III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
 IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Madaleno (2019, p. 100) faz a observação de que não existe capacidade sucessória ativa legítima e testamentária de pessoa jurídica, porque a sociedade não morre, porém o ente jurídico pode receber por testamento, ostentando uma capacidade testamentária passiva. Da mesma forma, não existe capacidade testamentária ativa de pessoa física judicialmente interdita por absoluta incapacidade de compreender os atos da vida civil, embora não seja impedida de receber na sucessão testamentária e tampouco está excluída da sucessão legítima pela incapacidade civil.

Alguns direitos não integram a herança devido à sua natureza, como o usufruto, uso, habitação e renda vitalícia, assim como os direitos provenientes de acidente de trabalho. Também não constituem a herança os direitos personalíssimos, como o contrato de prestação de serviço e obras, quando realizados em razão das qualidades pessoais do prestador. Da mesma forma, os bens doados com cláusula de reversão e as indenizações ou prestações derivadas de seguros contratados pelo defunto não são englobados pela herança. (MADALENO, 2019, p. 258)

A sucessão legítima pode ocorrer por direito próprio ou de representação. No primeiro caso, o herdeiro chamado a suceder detém o direito à herança. Já com relação à sucessão por representação, esta ocorre quando, por alguma circunstância, o titular do direito não pode suceder (pré-morto, por exemplo) e então é representado por alguém no seu quinhão.

Feitas as primeiras considerações sobre a sucessão legítima, cabe adentrar no tema para ser analisada, especificamente, a sucessão do cônjuge.

2.1.2 A sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes e a sucessão como herdeiro único

O presente trabalho tem como um dos focos centrais a sucessão do cônjuge. Em razão disso, faz-se necessário verificar a origem da sua sucessão, assim como as hipóteses em que é chamado a suceder, dando ênfase à questão da sucessão concorrente.

Antes da edição da Lei nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907, a ordem de vocação hereditária era regulada pelas Ordenações Filipinas e ocorria da seguinte forma: 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 referida lei, o cônjuge passou a ocupar o terceiro lugar, tendo preferência sobre os colaterais – os quais tiveram uma redução da sucessão, herdando somente até o 6º grau de consanguinidade.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 manteve não só a ordem de vocação hereditária como também outras modificações a respeito da legítima dos herdeiros necessários, introduzidas pela nº 3.725 de 15 de janeiro de 1919.

Porém, Nevares (2015, p. 22) registra que o cônjuge não era herdeiro necessário no Código Civil de 1916; eram somente os descendentes e os ascendentes. 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 defunto, se o regime do casamento não era o de comunhão universal. Na hipótese desse regime, restaria ao consorte o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, desde que fosse o único daquela natureza a inventariar, e somente enquanto perdurasse a viuvez⁹.

No Código Civil de 1916 não havia uma proteção do cônjuge sobrevivente, o qual era tratado como herdeiro facultativo e não estabelecia um mínimo existencial. O Decreto Lei nº 3.200/1941 instituiu o usufruto e o direito à habitação visando garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido. (OTERO, 2013, p. 64)

O código anterior previa a figura do cônjuge como herdeiro na terceira posição da ordem de vocação hereditária. Também estabelecia que se o regime de bens não era o da comunhão universal, o cônjuge supérstite tinha direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, quando o falecido possuía filhos, e à metade, se não tivesse filhos. O cônjuge herdava somente na ausência de descendentes ou ascendentes, segundo artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Além disso, tendo em vista que o cônjuge não era herdeiro necessário, ele somente era chamado a suceder caso não fosse excluído por testamento.

É evidente que o tratamento dado ao cônjuge, à época do Código Civil de 1916 condizia àquela realidade social. A família era constituída pelo casamento, o qual era indissolúvel (até a edição da Lei do Divórcio, em 1977), eminentemente patriarcal e patrimonialista.

A Constituição Federal de 1988 mudou o paradigma de ênfase patrimonialista e patriarcal da família, tendo como pano de fundo uma base axiológica, elevando a dignidade da pessoa humana como corolário. Devido a essas mudanças trazidas pela Lei Maior, as

⁹ Aborda-se, no próximo item, a questão dos benefícios concedidos ao cônjuge de forma mais aprofundada.

legislações esparsas – sendo o Código Civil de 2002 uma delas – também foram editadas já sob uma nova perspectiva, seguindo as matrizes constitucionais.

Com a edição do Código Civil de 2002, o cônjuge foi alçado à qualidade de herdeiro necessário, a partir da concepção instrumental da família, garantida pela Constituição Federal (artigo 1º, inciso III, e artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal). As premissas para a sucessão do cônjuge são a existência de um casamento válido e a não dissolução da sociedade conjugal ao tempo da abertura da sucessão.

Com relação a esse último requisito, na vigência do Código Civil de 1916, havia divergência na doutrina e julgados acerca do alcance da expressão “dissolvida a sociedade conjugal”. O Código Civil de 2002 acabou com a discussão, estabelecendo que fica afastado da sucessão o cônjuge separado de fato do finado há mais de dois anos, embora seja mitigada essa exclusão quando há prova de que a convivência foi impossibilitada sem culpa do sobrevivente¹⁰. (NEVARES, 2015, p. 51)

Gomes (2019, p. 139) aponta que, conforme a justificativa apresentada na exposição de motivos do Código, o cônjuge sobrevivente passa a integrar a categoria de herdeiro necessário e concorre com os descendentes, em algumas situações – a depender do regime matrimonial de bens do casamento com o falecido – e em qualquer hipótese com os ascendentes, devido à alteração do regime legal (supletivo) de comunhão universal para comunhão parcial de bens¹¹.

A colocação do cônjuge como herdeiro necessário coaduna-se com a sua inserção nas duas primeiras classes de vocação sucessória, em concorrência com descendentes e ascendentes. Contudo, é preciso verificar certos pressupostos para a aquisição de fração de herança pelo cônjuge supérstite, como, por exemplo, o regime de bens escolhido. (HIRONAKA, 2003, p. 10)

De acordo com Nevares (2015, p. 90), o Código Civil de 2002 excluiu a figura do usufruto vidual, tendo em vista ser insuficiente para garantir uma proteção ao cônjuge sobrevivente, muitas vezes o mais afetado com a morte do seu parceiro. Instituiu, no lugar, a figura da concorrência.

¹⁰ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

¹¹ Ainda, Gomes (2019, p. 139) complementa que a alteração da regra supletiva do regime da comunhão universal de bens para o da comunhão parcial foi alterada pela Lei do Divórcio 6.515/1977, cuja redação alterou o artigo 258 do Código Civil de 1916.

Antes, 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. Assim, na morte de um dos consortes, o(a) viúvo(a) detinha a meação do patrimônio, o que, de certa forma, era uma garantia de subsistência. Com a alteração do regime supletivo para o de comunhão parcial, podia acontecer de o cônjuge sobrevivente não ter meação – diante das várias possibilidades de adquirir bens particulares –, tampouco direito à sucessão, se existissem descendentes ou ascendentes. Dessa forma, o legislador preocupou-se em promover uma proteção ao cônjuge, colocando-o em posição de concorrência com os descendentes e ascendentes.

A concorrência, portanto, surge para dar proteção ao cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe participação hereditária sobre os bens particulares, com o objetivo de evitar o desamparo do cônjuge sobrevivente após a morte do parceiro. Essa parcela do patrimônio particular do falecido atuaria como garantia de um mínimo existencial do consorte sobrevivente (OTERO, 2013, p. 66)

Atualmente, o artigo 1.829 do Código Civil é o que preceitua a ordem de vocação hereditária. Segundo Itabaiana de Oliveira (1936, p. 155, t. I), a ordem de vocação hereditária passou por diversas fases, desde a legislação dos romanos, uma vez que está intimamente ligada aos laços de família e por ser determinante na sucessão, tendo em vista que uma classe prefere às outras.

Isto é, a sucessão se dá pelas classes, as quais são ligadas pelo vínculo de parentesco ou matrimônio com o *de cuius*. Uma classe prefere à outra. O motivo pelo qual a ordem variou ao longo dos tempos é uma consequência dos vários modos de como os povos têm organizado o instituto familiar.

O artigo 1.829 do CC trata da ordem de vocação hereditária e a figura do cônjuge aparece na concorrência com os descendentes no inciso I e com os ascendentes no inciso II. Importante mencionar que, para o cônjuge participar da sucessão, ele deve ter capacidade sucessória.

Conforme Madaleno (2019, p. 102), o direito sucessório do cônjuge sobrevivente escorado unicamente na solidariedade deve pressupor ao menos a subsistência do casamento. Isso porque, quando há o rompimento da convivência, encerram-se todos os efeitos do matrimônio, desde a comunicação dos bens adquiridos após a ruptura, como em relação ao direito sucessório de um casamento que terminou antes da morte de um dos consortes.

Uma vez reconhecida a legitimidade sucessória do cônjuge, inicia-se a análise da sua sucessão, a começar pelo inciso I do artigo 1.829 do CC, cuja redação é a seguinte:

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

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

Observa-se que o referido artigo estabelece uma outra condição para o cônjuge ser herdeiro: não ser casado no regime da comunhão universal ou separação obrigatória de bens. Além disso, se for casado no regime da comunhão parcial, é preciso que o falecido tenha deixado bens particulares.

No caso de o cônjuge ser casado sob o regime da comunhão universal, ele não concorre com os descendentes, pois detém a meação dos bens do falecido, recebendo os descendentes a outra metade dos bens por herança. Também não concorre quando casado pelo regime da separação obrigatória de bens.

No mesmo sentido, quando casado pelo regime da comunhão parcial de bens, é preciso separar os bens comuns dos particulares. Quanto aos bens comuns, o cônjuge não é herdeiro concorrential, uma vez que lhe é de direito a meação. Porém, o cônjuge sobrevivente herda, em concorrência com os descendentes, referente aos bens particulares.

Com relação à sucessão concorrential do regime de comunhão parcial de bens, Nevares (2015, p. 95) aponta que existe uma controvérsia acerca da porção sucessória do cônjuge: se engloba somente os bens particulares do autor da herança ou também todo o acervo hereditário (meação do finado + bens particulares).

Antes do Código Civil de 2002, o cônjuge era somente destinatário de um benefício vidual, o qual será melhor abordado no tópico seguinte, cujas características são semelhantes ao regime de concorrência adotado pelo atual diploma civil.

Parte da doutrina entende que a sucessão do cônjuge deve incidir apenas sobre os bens particulares, tendo em vista que o objetivo do inciso I foi afastar o cônjuge meeiro da sucessão. Em corrente oposta, há a posição de que a herança é uma universalidade de direito, transmitida como um todo unitário aos sucessores, devendo o legislador determinar de forma expressa a sucessão sobre bens específicos, o que não o fez no inciso I do artigo 1.829. (NEVARES, 2015, p. 95)

No âmbito das Jornadas de Direito Civil, foi aprovado enunciado acatando a posição de que a sucessão ocorre somente quanto aos bens particulares:

Enunciado n. 270: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuisse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Dias (2003, p. 1) manifesta-se contrariamente ao entendimento adotado pelo enunciado. Segundo a autora, ao separar por um ponto e vírgula a disposição sobre o regime de comunhão parcial, há uma quebra com a ideia anterior (da comunhão universal e da separação obrigatória). Sendo assim, não havendo o “salvo se” após o ponto e vírgula, a leitura que deve ser dada ao artigo é no sentido de que o regime da comunhão parcial há a concorrência "se" o autor da herança não houver deixado bens particulares. E complementa:

Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio quando da morte do par. (DIAS, 2003, p. 1)

Com respeito à posição acima apresentada, melhor razão assiste ao entendimento que sustenta que a parcela sucessória do cônjuge, quando herda em concorrência, incide somente sobre os bens particulares, uma vez que o intuito do dispositivo foi justamente garantir um patrimônio mínimo ao consorte sobrevivente que possivelmente não terá direito à meação.

Em que pese não seja um regime muito utilizado, tendo em vista possuir uma formação híbrida e ser considerado de difícil execução por muitos operadores do direito e leigos, convém mencionar a discussão acerca do regime de participação final dos aqüestos. Nessa modalidade, durante a vigência do casamento, ele funciona como se fosse um regime de separação de bens e aproxima-se de um regime de comunhão parcial de bens, quando do divórcio. Por ocasião da dissolução, será verificado e levantado o montante dos aqüestos adquiridos à data do fim do relacionamento.

Por guardar semelhanças com o regime da comunhão parcial, o Enunciado nº 270 das Jornadas de Direito Civil adotou posicionamento de que o cônjuge herda também somente se o falecido deixar bens particulares e esse entendimento é acatado por boa parte da doutrina¹², uma

¹² Cita-se alguns: MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 496; MELLO, Felipe Viana de. **Manual de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 88; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6, p. 152;

vez que a ideia do legislador foi contemplar o cônjuge com o benefício da concorrência que não tivesse direito à meação.

Em sentido contrário, há autores que argumentam que o artigo 1.829, inciso I (Código Civil) foi pontual em estabelecer a concorrência somente sobre os bens particulares nos regimes da comunhão parcial e no da separação convencional de bens, nada se referindo ao regime de participação final dos aquestos. Assim, para essa vertente, o consorte sobrevivente herda sobre todos os bens deixados pelo falecido, sejam eles privados ou comuns¹³.

O Código Civil estabelece hipóteses taxativas, no artigo 1.641, de situações em que o regime de casamento deve ser, obrigatoriamente, o de separação de bens¹⁴. Em tese, tal imposição foi criada para proteger a figura dos cônjuges que se casam sob essas condições, a fim de não haver comunicação entre os seus patrimônios. Foi editada, contudo, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal cuja redação dispõe que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento.

O intuito da referida súmula foi o de corrigir o possível enriquecimento indevido dos varões, em cujos nomes eram habitualmente registrados os bens e as fortunas conquistadas com a paritária contribuição de suas esposas, que terminavam o casamento sem nada receber a título de meação. (MADALENO, 2019, p. 318).

Com a edição do Código Civil de 2002, a doutrina divide-se em sustentar se tal súmula ainda é vigente¹⁵, principalmente diante das divergências no Superior Tribunal de Justiça acerca da comunicação ou não dos bens. Nos Recursos Especiais 1.008.684 e 1.090.722 foi dispensada o esforço comum do cônjuge para fins de ter direito à meação. Já nos Recursos Especiais 1.369.860 e 646.259, exigiu-se a prova do esforço comum na aquisição dos bens, não se

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Orientação). **Direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: RT, 2008. v. 8, p. 111. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211; DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 180.

¹³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 371; OLIVEIRA, J. M. Lopes de. **Direito civil**: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 333; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado**: direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2003. V. XVIII, p. 227.

¹⁴ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁵ A favor da vigência da Súmula 377/STF, tem-se: MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 319. MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 19. Contrários à vigência da súmula: CAHALI, Francisco José; CARDOSO, Fabiana Domingues; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM. 2004, p. 204.

assentando na aplicação da Súmula 377 do STF, mas sim se há ou não necessidade de prova do esforço comum por parte do cônjuge.

Por fim, se o regime do casamento for o da separação de bens, o cônjuge herda integralmente os bens do falecido, concorrendo com os descendentes. Isso porque, neste regime, em regra, os bens amealhados durante o casamento são particulares¹⁶, não havendo meação. Dessa forma, com a morte de um dos consortes, o outro herda integralmente em concorrência com os descendentes, fazendo jus à mesma parcela de cada um dos herdeiros.

A lógica do regime de bens na sucessão é completamente inversa daquela utilizada no divórcio. Enquanto no divórcio não há divisão de bens, se casados pelo regime da separação convencional, por outro lado, na sucessão, são exatamente esses bens que o consorte sobrevivente herda, integralmente.

A respeito do regime de separação de bens, cabe uma observação: grande parte dos casais que escolhem a separação de bens, acredita que o seu patrimônio não irá se comunicar quando ocorrer um possível divórcio, mas também quando do falecimento. Muitos não sabem que a incomunicabilidade do patrimônio, garantida pela separação de bens, diz respeito somente à dissolução em vida, sendo que, em caso de morte, o cônjuge herda em concorrência com os demais herdeiros (descendentes e ascendentes) ou sozinho (inciso III, art. 1.829, CC).

Diante disso, alguns autores¹⁷ defendem a exclusão da concorrência do cônjuge com os descendentes, no regime de separação de bens, a fim de que seja valorizada a vontade dos nubentes quando da celebração do casamento. Reale e Martins-Costa (2005, p. 207) entendem que se os cônjuges escolheram o regime da separação de bens, não haveria razão para determinar a sua comunicação após a morte, devendo o cônjuge ser excluído da sucessão.

Prosseguem os autores dizendo que utilizando-se de uma interpretação sistemática e analógica é possível quebrar as contradições do Código. No viés sistemático, para o efeito de alcançar-se a harmonização entre o que permite o Direito de Família, quando da escolha do regime de bens, e o Direito Sucessório, no que diz respeito aos efeitos *post mortem* do regime escolhido. Na perspectiva analógica, para estender, por analogia, aos casados pelo regime da separação convencional o que foi previsto para a separação obrigatória de bens. (REALE; MARTINS-COSTA, 2005, p. 225)

¹⁶ Ressalta-se que podem se comunicar os bens adquiridos conjuntamente pelo casal, formando um condomínio. Neste caso, o bem compõe o patrimônio de ambos os consortes.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7ª ed. v. 6 São Paulo: Atlas, 2015, p. 333.

A 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, que visava alterar a redação do inciso I do artigo 1.829, do Código Civil, assim como pretendia excluir o cônjuge casado sob esse regime da condição de herdeiro necessário. Todavia, o Projeto foi arquivado na Câmara, sem aprovação.

Emblemático é o julgamento do Recurso Especial n. 992.749/MS de relatoria da ministra Nancy Andrighi. De maneira sucinta, no caso em concreto, a cônjuge sobrevivente, casada sob o regime de separação de bens, pleiteava a sua condição de herdeira do marido, que era impugnada pelos demais herdeiros. Apesar da sentença de primeiro grau e da decisão do TJMS conferirem a qualidade de herdeira da viúva, em observância do artigo 1.829 do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão.

Em seu voto, a ministra Nancy buscou fazer justiça equitativa e dentre os argumentos, consignou que os nubentes firmaram pacto antenupcial estabelecendo a incomunicabilidade dos bens antes e depois do casamento, que a ampla liberdade da escolha do regime de bens não pode ser limitada pelo direito das sucessões e que a qualidade de herdeiro do cônjuge violaria o regime de bens pactuado, caracterizando alteração do regime matrimonial *post mortem*.

Contudo, o entendimento majoritário é no sentido de que deve ser analisado com cautela as argumentações que projetam as consequências do regime de bens para a atribuição dos direitos sucessórios do cônjuge, tendo em vista que ferem a sistemática da tutela sucessória. Na concorrência do inciso I, o legislador afastou a sucessão do cônjuge quando este já se encontra protegido pela meação em razão do regime de bens escolhido. Assim, verifica-se que é a ausência de meação que justifica a sucessão em concorrência com os descendentes. “A inexistência de patrimônio comum decorrente do regime de bens levou o legislador a contemplar o cônjuge sobrevivente na sucessão de seu consorte, aquinhoando-o com uma quota da herança”. (NEVARES, 2015, p. 102)

Nevares (2015, p. 104) ressalta que nos regimes de bens cuja regra é a ausência de patrimônio comum, restará justificada a sucessão hereditária imposta pela lei, para garantir a proteção do supérstite em caso de morte do seu consorte. Ademais, a sucessão hereditária ampara casamentos que permaneceram íntegros até o momento do falecimento de um dos cônjuges, como pode depreender-se do disposto no artigo 1.830 do Código Civil, o qual afasta a sucessão na hipótese de separação de fato há mais de dois anos.

Dispõe o artigo 1.832 do Código Civil que cabe ao cônjuge herdando em concorrência com os descendentes, quinhão igual ao dos que sucederem por direito próprio. Isto é, havendo

descendentes herdando por representação, a parcela do cônjuge será igual àquela que toca à estirpe por inteiro. A quota do cônjuge não poderá ser inferior à quarta parte da herança se o cônjuge for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Já quanto à concorrência do inciso II, na qual o cônjuge herda em concorrência com os ascendentes, não importa o regime de bens adotado, uma vez que o cônjuge herda tanto fração dos bens particulares, quanto dos bens comuns.

De acordo com o artigo 1.837 do Código Civil, caberá ao cônjuge um terço da herança, concorrendo com ascendente de 1º grau. Caberá metade se houver só um ascendente ou se o grau desse for maior.

Por fim, o cônjuge é chamado a suceder exclusivamente no inciso III, do artigo 1.829 do Código Civil, na ausência de descendentes e ascendentes, independentemente do regime de bens. Quando sucede pelo inciso III, verifica-se que a lei não estipula qualquer condição ou requisito para o cônjuge assumir o papel de herdeiro.

Madaleno (2018, p. 52) sustenta que o cônjuge não é herdeiro necessário quando concorre com descendente ou ascendente, mas sim herdeiro eventual, irregular, uma vez que depende do regime de bens e da existência de bens particulares do sucedido. Ainda, a concorrência reflete típico direito vidual e não se confunde com o direito sucessório puro que é reservado ao cônjuge quando herda na terceira posição.

Na mesma toada, Gomes (2019, p. 145) concorda que a posição que o cônjuge ostenta em concorrência não deve ser confundida com a de herdeiro necessário. Pode-se observar o caráter assistencial da concorrência ao condicionar o direito do cônjuge em concorrência com os descendentes a determinados regimes de bens ou mesmo vincular a quantificação de seu quinhão à origem e número de descendentes com os quais concorre. Esse viés assistencial do direito nega feição sucessória ao benefício legal da concorrência, dentre outros motivos, pela regra da intangibilidade da legítima (art. 1.846, CC/02).

2.1.3 Os benefícios concedidos ao cônjuge

O direito sucessório do cônjuge foi criado aos poucos, iniciando-se como o usufruto pelo(a) viúvo(a) de uma parcela dos bens deixado pelo marido. De acordo com Madaleno (2019, p. 280), com o passar do tempo, diante da nítida atenção em proteger os herdeiros consanguíneos em detrimento do cônjuge pelos ordenamentos jurídicos, entendeu-se que o

consorte sobrevivente merecia alguma forma de proteção. Assim, passou a ser desenvolvida a figura do usufruto vidual, correspondente a $\frac{1}{4}$ dos bens do sucedido.

Introduzido pela Lei nº 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), de 27 de agosto de 1962, o parágrafo 1º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, estabelecia que o cônjuge viúvo teria direito, enquanto durasse a viuvez e se não fosse casado pelo regime de bens da comunhão universal, quando houvesse filhos deste ou do casal, da quarta parte dos bens do cônjuge falecido. Se não houvesse filhos, mas existisse ascendentes do *de cuius*, a fração do benefício subiria para a metade dos bens.

Os pressupostos do usufruto eram os mesmos da sucessão, quais sejam: a existência de um casamento válido e a não dissolução da sociedade conjugal à data da morte do cônjuge. Além disso, o regime de casamento não poderia ser o da comunhão universal.

O usufruto vidual foi instituído a fim de proteger, inicialmente, a viúva que fosse pobre ou que ficasse em uma posição social e financeira muito inferior à de seu marido, que assim seria 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, tendo em vista que atuava como uma compensação pelo desequilíbrio financeiro ocasionado pela viuvez. (MADALENO, 2019, p. 280)

No Direito espanhol, por exemplo, o usufruto vidual foi estendido também aos conviventes. O legislador espanhol entendeu que o que era importante para concessão do benefício era a união de duas pessoas, independentemente da origem – se por meio do casamento ou da união estável. Entretanto, o benefício só durava enquanto perdurasse a viuvez. Caso a usufrutuário viúvo contraísse novas núpcias, extinguia-se o usufruto. (MELERO, 2009, p. 117, t. I)

Ressalta-se que o tratamento dado ao cônjuge diferenciava-se entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. Gallardo (2011, p. 61) afirma que neste último, não havia nenhuma previsão de obrigação dos parentes terem de sustentar-se economicamente. O indivíduo era livre para dispor de suas propriedades, com ampla liberdade de testar, embora no direito anglo-saxão existisse uma versão do usufruto vidual, concedida para garantir a sobrevivência da esposa depois do falecimento do marido e do desaparecimento da principal fonte de renda da família.

Nevares (2015, p. 53) aponta que existiam controvérsias quanto à interpretação do benefício. Primeiramente, no que tange à extensão do termo “filhos”, mencionado pelo dispositivo. Para parte da doutrina, a expressão era interpretada de forma extensiva, entendendo

referir-se aos descendentes. Em corrente contrária, alguns afirmavam que o percentual do usufruto ao cônjuge supérstite seria relativo à quarta parte somente no caso de existirem filhos, significando dizer que caso houvesse netos, por exemplo, o percentual seria elevado para a metade.

Também havia divergência no que diz respeito à aplicação do benefício. Havia quem entendesse que a incidência do usufruto vidual deveria ocorrer somente quando o cônjuge ficasse desamparado pela morte do seu consorte. Em posição ainda mais restritiva, estavam aqueles que defendiam que o usufruto vidual incidia apenas nos bens adquiridos na constância do matrimônio, entendendo que de outra forma haveria enriquecimento sem causa do cônjuge sobrevivente, tendo em vista que não concorreu com esforços para a formação do patrimônio anterior ao seu casamento. (NEVARES, 2015, p. 55)

Devido a essas incongruências, foi preciso que o estudo passasse pela natureza jurídica do usufruto para que fosse definido qual tratamento aplicar. Autores como Armando (1972, p. 41) e Madaleno (2019, p. 280) entendem que o usufruto vidual tinha natureza alimentar, o que fundamenta a corrente doutrinária e jurisprudencial que condicionava o benefício à situação patrimonial do cônjuge sobrevivente. Outros entendem o usufruto vidual como um instituto do Direito de Família, sendo uma espécie de usufruto legal, o que representava mais do que um simples direito, porque era inerente a um estado.

Nevares (2015, p. 55) argumenta serem equivocadas essas teorias e afirma que a única condição a qual o usufruto submetia-se era o regime de bens do casamento – que não deveria ser o da comunhão universal de bens. Acrescenta-se a isso o fato de que o benefício estava previsto no Livro referente ao Direito Sucessório, no título da sucessão legítima, não havendo que se falar em ser um instituto familiarista. Ele era, portanto, um direito sucessório concedido na modalidade de usufruto.

No mesmo sentido, Tepedino (1990, p. 53) afirma que o usufruto vidual era diferente das demais modalidades de usufruto *ex lege*. O mesmo beneficiava exclusivamente o beneficiário, o que constituía um direito subjetivo real, inclusive oponível a terceiros e contraposto a obrigações do nu-proprietário, no caso, o herdeiro da propriedade do bem gravado com o usufruto.

Sendo assim, o cônjuge deveria ser considerado herdeiro em usufruto, a depender tão somente do regime de bens. A Lei nº 4.121/62, a qual estabelecia um direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, atendia aos anseios de uma nova família, bem diferente daquela

conhecida pelo Código Civil de 1916, notadamente no que tange à emancipação da mulher e à valorização do elemento afetivo nas relações familiares, cuja consequência é a tutela dos entes familiares prioritariamente nas normas relativas a essa instituição social. (NEVARES, 2015, p. 62)

O benefício do usufruto, previsto no Estatuto da Mulher Casada, inserido no Código Civil de 1916, não foi contemplado no Código Civil de 2002, sendo, entretanto, criada a figura da concorrência sucessória do cônjuge, a qual foi exposta no item anterior.

Outro benefício previsto no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.611, § 2º, era similar ao direito real de habitação. Nesse caso, os pressupostos para concessão do benefício eram, além da existência de um casamento válido e da permanência da sociedade conjugal, o regime de bens do casamento deveria ser o da comunhão universal de bens e o imóvel deveria ser o único a inventariar, o qual serviria como residência da família. Logo, na hipótese de não morarem no único imóvel do acervo, não incidiria o direito real de habitação. Assim como se existirem outros imóveis residenciais, porém alugados, emprestados ou fechados.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 prevê o direito real de habitação, disposto no artigo 1.831 do diploma. Prescreve o artigo 1.831: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Nevares (2015, p. 109) registra que as normas que estabelecem o direito real de habitação têm por finalidade garantir a moradia de seu titular, direito constitucionalmente garantido (artigo 6º, *caput*, Constituição Federal). Assim, tendo em vista a busca pela concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se mitigar a “exigência de existir apenas um imóvel residencial no monte a inventariar quando, em virtude da aplicação do regime de bens e da sucessão no caso concreto, o cônjuge restar desprotegido pela ausência do direito real de habitação”.

O direito real de habitação não exclui a participação que cabe ao cônjuge da herança, é vitalício e extingue-se com a morte do seu titular ou com as novas núpcias (ou constituição de união estável). Da mesma forma, o benefício pode acabar se o cônjuge o renunciar, visto tratar-se de direito sucessório passível de abdicação. (NEVARES, 2015, p. 70)

Gomes (2001a, p. 66) orienta que, ao garantir o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, a lei estabelece um legado *ex lege*. Nessa situação, o cônjuge não se torna herdeiro pela atribuição do direito real de habitação, senão legatário legítimo, com as sequelas próprias

de semelhante condição. De fato, transmite-se ao cônjuge um direito limitado, restringindo-se ao objeto específico da moradia, separado do restante da herança.

2.2 O INSTITUTO DA RENÚNCIA E A RENÚNCIA DE HERANÇA

Para construção do presente estudo, faz-se necessária a abordagem acerca da renúncia, visto ser um dos pilares fundamentais da presente dissertação. Dessa forma, importante consignar o conceito de renúncia e qual sua classificação jurídica, dentre outras questões, como a sua formalidade.

Além disso, estabelecidas as primeiras premissas sobre o instituto da renúncia, passa-se à sua análise dentro do direito sucessório, mais especificamente, à possibilidade de renúncia de herança, bem como os instrumentos que podem ser utilizados para manifestação da renúncia e quais as suas consequências.

2.2.1 O instituto da renúncia e sua classificação jurídica

Inicialmente, registra-se que a renúncia não é muito explorada como instituto pela doutrina e textos jurídicos. Em razão de ser categoria chave desta dissertação, é necessário identificar o seu adequado tratamento dentro da categoria dos atos jurídicos, motivo pelo qual passa-se a uma abordagem da teoria dos fatos jurídicos. De início, a explicação ocorre a partir da classificação do ato jurídico *lato sensu*, tendo em vista que as demais classificações (fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e ato ilícito) não se mostram pertinentes para este trabalho.

O ato jurídico *lato sensu* é aquele em que há a manifestação de vontade humana. De acordo com Mello (2019, p. 208), seguindo a Teoria Ponteaniana, o ato jurídico é o fato jurídico cujo suporte fático prevê, no seu âmago, uma manifestação consciente de vontade, a qual tem por objeto atingir um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.

É preciso consignar que é adotada a classificação de Pontes de Miranda com relação à análise dos atos jurídicos nesta dissertação. Segundo o autor (1968, p. 11, t. III), o ato jurídico *lato sensu* compreende o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. O ato jurídico *stricto sensu* é aquele em que há uma mera realização da vontade do titular, sendo que os efeitos da manifestação de vontade estão predeterminados pela lei. Por outro lado, no negócio jurídico,

há, além da manifestação de vontade, o exercício da autonomia privada para que as partes possam estabelecer os efeitos de determinado negócio contratado.

“Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos”. Neles, há uma vontade exteriorizada, de modo que ficam para trás “os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*, como o nascimento, a morte, a aparição da ilha, a inundação, a frutificação e o incêndio ocasional”. (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 243, t. II). Isto é, o elemento volitivo é imprescindível para a caracterização do ato jurídico *lato sensu*.

Com relação à diferenciação entre as duas espécies de ato jurídico *lato sensu*, Pontes de Miranda (1968, p. 39, t. III), assim expõe:

Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduz a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido. Toda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edição de normas jurídicas pelas pessoas.

Portanto, a diferença entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico é a capacidade de autorregulamentação dos seus interesses. No primeiro, há uma limitação da atuação da vontade, uma vez que os seus efeitos são regulamentados pelo ordenamento. Já no negócio jurídico, é permitida a escolha da estruturação da relação jurídica estabelecida.

O ato jurídico *stricto sensu* está previsto no artigo 185 do Código Civil, o qual dispõe: “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”. Da leitura do artigo, conclui-se que se aplica ao ato jurídico *stricto sensu* as disposições relativas ao negócio jurídico.

Farias e Rosenthal (2019, p. 605) explicam que a regra do art. 185, CC, determina a aplicação da disciplina dos negócios jurídicos, dada maior complexidade e riqueza estrutural, aos atos jurídicos lícitos “no que couber”, deixando antever o respeito às diferenças ontológicas entre tais figuras jurídicas.

Para Mello (2019, p. 228), pode-se citar como alguns exemplos de atos jurídicos *stricto sensu*, o reconhecimento de filiação (paternidade ou maternidade) não resultante de casamento, o perdão, a quitação, a interpelação para constituir o devedor em mora e a confissão, na interrupção da prescrição.

Com relação ao negócio jurídico, Pontes de Miranda (1968, p. 13, t. III) conceitua-o como os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções. Por meio do autorregramento, o sujeito escolhe as relações jurídicas em que há de figurar, bem como os seus efeitos.

Conforme Tartuce (2014, p. 194) é o ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica. Complementa Azevedo (2002, p. 16) que o negócio jurídico é a principal forma de exercício da autonomia privada. Ele é todo fato jurídico munido de declaração de vontade, a partir da qual o ordenamento jurídico atribui efeitos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

A unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico alude a ser uma só a manifestação de vontade, que é o elemento volitivo do negócio jurídico, ou serem duas, ou mais, respectivamente. “A cooperação ou assentimento necessário a que uma só manifestação de vontade entre como negócio jurídico, no mundo jurídico, não a bilateraliza, nem pluraliza”. (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 68, t. III)

Os negócios jurídicos são atos juridicamente relevantes, produzidos de forma voluntária pelo homem, o qual busca diretamente a produção de efeitos não proibidos pelo ordenamento jurídico. A diferença entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico consiste em que, naquele, os efeitos jurídicos são determinados pelo legislador, independentemente da vontade do agente, enquanto nesse o agente é quem estipula os seus efeitos. Nesse caso, a vontade é direcionada para um fim preestabelecido, como ocorre nos exemplos de contrato e testamento. (LEONEL, 2008, p. 112)

Brevemente, anota-se que para ter validade, o negócio jurídico deve obedecer às regras do artigo 104 do Código Civil, quais sejam: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Os negócios jurídicos podem ser divididos em unilaterais e bilaterais ou plurilaterais, a depender da manifestação de vontade. Tartuce (2014, p. 197) esclarece que os negócios jurídicos unilaterais são atos e negócios jurídicos em que a declaração de vontade parte somente de uma pessoa, com um único objetivo. Como, por exemplo, o testamento e a renúncia.

De acordo com Pontes de Miranda (1968, p. 70, t. III), o ato jurídico unilateral deve ter eficácia definida e, em razão disso, a regra não permite condição ou termo. Não há aceitação

ou renúncia da herança a termo, ou sob condição, nem aceitação de função de testamenteiro a termo ou sob condição.

Já os bilaterais ou plurilaterais são aqueles cuja declaração de vontade emana de duas ou mais pessoas, porém dirigidas em sentido contrário, podendo ser simples, quando concederem benefício a uma das partes e encargo à outra (doação e depósito gratuito, por exemplo), e sinalagmáticos, quando conferirem vantagens e ônus a ambos os sujeitos, como locação.

Assim, os negócios jurídicos bilaterais surgem devido a manifestações de vontades distintas, porém coincidentes, recíprocas e de acordo sobre o mesmo objeto. (MELLO, 2019, p. 271).

O que deve ser levado em conta para a classificação do negócio jurídico é quando a entrada da manifestação de vontade de um gera efeito na esfera jurídica de outrem. Como exemplo de negócio jurídico unilateral, tem-se a renúncia da propriedade imóvel, o testamento e a renúncia e a aceitação da herança. “A experiência social sugeriu que se admitissem negócios jurídicos unilaterais, com efeito na esfera jurídica de outrem, se só benéfico para esse: tal o que aconteceu com o testamento [...]”. (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 68, t. III)

Um dos exemplos mais citados pela doutrina de negócio jurídico bilateral são os contratos. Consoante Mello (2019, p. 272), ressalvados os negócios jurídicos plurilaterais (por exemplo, o contrato de sociedade), quase todos os contratos são negócios bilaterais.

Feitas essas considerações, passa-se à análise mais específica do instituto da renúncia.

A renúncia é instituto presente no direito desde os primórdios de Roma, nas Institutas de Gaio e no Digesto e pode ser conceituada, de acordo com Pereira (2009, p. 402), como a abdicação de um direito, feita pelo seu titular, sem transferi-lo a quem quer que seja. Trata-se, portanto, de um abandono voluntário do direito.

No mesmo sentido que Pontes de Miranda que trata a renúncia como negócio unilateral, Gomes (2008, p. 106) afirma que a renúncia é negócio jurídico unilateral, a qual não depende do assentimento de quem quer que seja e não é presumida.

Nos dizeres de Mello (2019, p. 271), a renúncia é um negócio jurídico unilateral, que mesmo que inserida em um negócio jurídico bilateral, não perde a sua identidade de ser unilateral, diante da sua existência autônoma. Isto é, por mais se renuncie dentro de um pacto antenupcial ou escritura pública, por exemplo, a cláusula de renúncia continua sendo um ato unilateral. Essa informação é bastante importante e é retomada no último tópico desta dissertação.

Ainda, para Pontes de Miranda (1968, p. 76, t. III), a renúncia é uma categoria jurídica de direito público e de direito privado. Há elemento abdicativo, renunciativo em diferentes institutos:

O que caracteriza a renúncia é a deização do que é valor para alguém (direito, pretensão, ação, exceção), por manifestação de vontade, que é bastante, em si, para isso, posto que de regra, seja receptícia. E renúncia a deização de direito expectativo; não o fato de se não adquirir direito, pretensão, ou ação, ou exceção, se, com isso, não se extinguiu direito expectativo. [...]

A propósito, cabe discorrer, de maneira sucinta, sobre a diferenciação entre expectativa de direito e direito adquirido. A primeira é um direito que se encontra na iminência de ocorrer, mas que ainda não produz os efeitos de um direito adquirido, pois não foram cumpridos todos os requisitos exigidos por lei. A pessoa tem apenas uma expectativa de que ele ocorra. Sendo assim, embora exista a possibilidade de se concretizar, esta não pode ser dada como certa, pois existem fatores externos a serem observados, cumpridos, para que de fato o direito para nossa existir.

Gusmão (1999, p. 259) afirma que a expectativa de direito é um direito em formação, caracterizando-se pela possibilidade de se tornar um direito. Na expectativa, há circunstâncias que fazem crer ser admissível o nascimento de um direito se ocorrerem determinadas situações.

Já, de acordo com parágrafo 2º, do artigo 6º, do Decreto Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

O direito adquirido considera-se depois que foram preenchidos todos os requisitos para respectiva aquisição, mas que, por discricionariedade, ainda não foi exercido.

Gomes (2018, p. 78) indica ser a renúncia um ato unilateral, que pertence à categoria dos negócios extintivos, apresentando-se normalmente como comportamento abdicativo destinado a extinguir uma relação jurídica pela autoeliminação de um dos seus sujeitos, o ativo.

Portanto, a posição dominante é no sentido de que a renúncia é um negócio jurídico unilateral, uma vez que implica na manifestação de vontade de apenas uma pessoa, cujos efeitos não dependem de uma manifestação de vontade de outra parte, tampouco de uma contraprestação.

Em geral, são renunciáveis os direitos que versem sobre interesse privados. Contudo, devem ser respeitados os interesses de ordem pública, como aqueles de família puros (poder

familiar, alimentos de incapazes e etc), os de proteção aos economicamente fracos ou contratualmente inferiores (garantias asseguradas ao trabalhador, por exemplo).

Hoje entende-se que a renúncia, tecnicamente, é somente abdicativa. Porém, por algum tempo, a doutrina classificava-a como abdicativa ou translativa, sendo essa última dirigida em favor de determinado herdeiro, o que, em verdade, configura-se como uma cessão de direitos hereditários. (MADALENO, 2019, p. 136)

Verifica-se que essa “espécie” de renúncia não é mais aceita por muitos doutrinadores. Pontes de Miranda (1968, p. 76, t. III) leciona que a renúncia é abdicativa e não translativa. Se fosse translativa, estaria confundindo-a com a alienação, a transferência. Quem renuncia só perde, não transmite, ainda quando se trate de renúncia a direito real sobre coisa de outrem, a renúncia não é translativa ou restitutiva, visto que o benefício do proprietário é consequência da renúncia, porém não está diretamente incluso nela.

A corroborar, Pereira (2009, p. 402) leciona ser uma inexatidão técnica classificar a cessão de herança a alguém como renúncia translativa, pois é uma figura que não existe. No mesmo sentido, Beviláqua (1908, p. 374) consigna caracterizar uma típica alienação a renúncia em favor de alguém. Veloso (2008b, p. 65) também critica a classificação da renúncia translativa, pois, segundo ele, tal renúncia não passa de uma cessão de direitos hereditários. Não se renuncia em favor de alguém, a renúncia é sempre abdicativa. Inclusive, por conta disso, não há incidência do imposto de transmissão de propriedade.

Madaleno (2019, p. 139) afirma que quando um herdeiro renuncia à herança, por exemplo, ele o faz porque não quis a herança e dela se exclui. Dessa forma, uma vez que não houve a aceitação, não pode cedê-la em favor de alguém. Essa conduta de aceitar a herança e cedê-la em favor trata-se de uma cessão de direitos e não de uma renúncia. Tanto é verdade que, nesse caso, incidem dois impostos: o primeiro *causa mortis*, proveniente da herança para o herdeiro, e o segundo, *inter vivos*, oriundos da transferência do herdeiro renunciante para o beneficiário por ele indicado.

Assim, realizados os apontamentos acima, é preciso analisar com mais detalhes a renúncia de herança, a qual segue os pressupostos gerais da renúncia.

2.2.2 A renúncia de herança

O Código Civil dispõe acerca da aceitação e renúncia de herança nos artigos 1.804 a 1.813. Falecendo alguém, o patrimônio dessa pessoa passa imediatamente aos seus herdeiros,

devido ao princípio da *saisine*, conforme visto no item acima. Entretanto, embora a transmissão da herança seja automática e não seja necessária qualquer formalidade para aceitá-la, a transmissão pela *saisine* ocorre de forma peremptória. Assim, para que a transmissão seja definitiva, é preciso operar a aceitação, a qual confirma a situação provisória estabelecida abstratamente.

Por outro lado, na hipótese de o herdeiro não querer essa transmissão, é preciso que ele renuncie expressamente à herança, a qual deve constar em instrumento público ou termo judicial¹⁸. Ressalta-se que, independentemente da postura do herdeiro (de aceite ou de renúncia à herança), os seus efeitos são projetados para a data da abertura da sucessão, isto é, para a data da morte do sucedido.

A renúncia à herança é classificada por Madaleno (2019, p. 135) como um negócio jurídico unilateral, voluntário, gratuito, incondicional, indivisível, irrevogável e retroage ao momento da morte do autor da herança, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil. O ato deve ser solene cuja manifestação pode ser dada antes mesmo de ser aberto o inventário judicial ou extrajudicial.

Quando ocorre a renúncia por parte de um dos herdeiros, a sucessão segue como se o renunciante nunca tivesse existido, acrescentando-se a sua porção a dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da classe subsequente¹⁹. “A renúncia à herança, provinda do repúdio, rege-se por princípios próprios: beneficia a quem é chamado junto ou depois do repudiante; ainda quando se insira em negócio jurídico oneroso (se o beneficiado ou outrem indeniza).” (PONTES MIRANDA, 1968, p. 77, t. III)

Borghi (1977, p. 77) também defende que a natureza jurídica da renúncia sucessória é a de negócio jurídico unilateral. Isso porque nela predominam os elementos vontade e objeto, totalmente independentes de anterior ordenamento jurídico, o que caracteriza o negócio jurídico. Corrobora do entendimento Veloso (2008a, p. 60), o qual afirma que a renúncia de herança é negócio jurídico unilateral.

Em sentido oposto, Simão e Tartuce (2013, p. 40) entendem que a renúncia tem natureza jurídica de ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que seus efeitos decorrem apenas da norma jurídica e não da vontade do renunciante.

¹⁸ Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

¹⁹ Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente.

Parecem corroborar esse entendimento, Hironaka (2003b, p. 116), Cahali (2007, p. 70) e Diniz (2014, p. 64), os quais classificam a renúncia sucessória como ato jurídico unilateral. Ressalta-se que os autores não deixam claro quanto à utilização do termo “ato jurídico unilateral”, pois, em verdade, a classificação em “unilateral” e “bilateral”, diz respeito aos negócios jurídicos e não ao ato jurídico *stricto sensu*. Porém, considerando o artigo 185 do CC, é possível que tenham utilizado a expressão ato jurídico unilateral para se referirem ao ato jurídico *stricto sensu*.

A despeito dos dois posicionamentos, parece ser mais plausível a classificação da renúncia como ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que a renúncia exige uma manifestação de vontade que parte do titular do direito, com um único objetivo (abrir mão de um direito), cujos efeitos são pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sem possibilidade de atuação da autonomia privada – tão latente e característica nos negócios jurídicos.

De qualquer modo, independentemente da posição adotada, o que se verifica é que a doutrina divide-se em classificar a renúncia de herança como ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico unilateral, nunca em bilateral. Isto é, a unilateralidade é consenso. Nenhum autor classifica a renúncia como sendo bilateral. Essa fixação é importante para construção do raciocínio do último tópico desta dissertação.

A renúncia será sempre expressa. No silêncio do herdeiro, presume-se que ele aceitou a herança, uma vez que a renúncia é ato solene e deve ser realizada em escritura pública ou por termo nos autos do inventário. É importante ater-se a esses dois instrumentos nos quais a renúncia deve ser manifestada sob pena de o ato ser considerado nulo.

Nas palavras de Itabaiana de Oliveira (1936, p. 96, t. I), a renúncia de herança é o ato pelo qual o herdeiro declara expressamente que não quer aceitá-la, preferindo conservar-se estranho à sucessão. Por ela não ser presumida, é preciso que o herdeiro manifeste a renúncia solenemente, pois a mesma pode acarretar a renúncia de eventuais importantes direitos, talvez até ignorados pelo próprio autor da herança.

A respeito da renúncia, Madaleno (2019, p. 137) esclarece que ela não precisa ser manifestada nos autos do inventário do autor da herança. O artigo 1.806 do Código Civil não faz essa exigência, assim como o artigo 8º da Lei dos Serviços Notariais e Registrais (Lei 8.935/1994) dispõe que é direito das partes interessadas escolher o notário de sua preferência. O que importa é que seja o ato formalizado por termo nos autos, lavrado por um juiz de direito, em qualquer processo referente ao espólio, ou por escritura pública realizada por tabelião de notas.

Para que a renúncia realizada por escritura pública ou termo nos autos surta efeitos, não é necessário que haja prévia homologação judicial; ela se dá pela por consumada com a lavratura solene do ato. O renunciante é considerado como se nunca tivesse existido. É claro que, embora a renúncia não esteja condicionada à homologação judicial, é preciso que cumpra seus requisitos formais e o agente seja capaz, nos termos do artigo 104 do Código Civil.

Quanto ao tempo da renúncia, ela pode ser manifestada a qualquer tempo, após a abertura da sucessão, desde que o herdeiro não tenha aceito-a ou ocorrido a aceitação presumida do artigo 1.807 do Código Civil²⁰.

Conforme anotado acima, havia uma equivocada classificação de renúncia traslativa, a qual, na verdade, tratava-se de cessão de direitos. A cessão de herança é, inclusive, prevista no artigo 1.793 do Código Civil, cujo teor prescreve que “o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.”. Logo, verifica-se ser uma impropriedade jurídica chamar a cessão de direitos de renúncia traslativa.

Esse tipo de renúncia imprópria é comum ocorrer quando os filhos se manifestam pela renúncia da herança em favor da viúva genitora, ou em benefício de outro herdeiro. Contudo, em verdade, esses herdeiros estão aceitando os seus quinhões – o que incide o imposto de transmissão *causa mortis* – e cedem em favor do cônjuge sobrevivente, fazendo incidir o imposto de transmissão *inter vivos*. (MADALENO, 2019, p. 140)

Ressalta-se que, mesmo renunciando à herança, o herdeiro tem de fazer a colação das doações recebidas em vida do autor da herança a fim de igualar os quinhões e observar a legítima. Isso porque o herdeiro renunciou somente à herança e não a(s) doação(ões) (MADALENO, 2019, p. 139). É o que preceitua o artigo 640 do Código de Processo Civil: “o herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que obteve do doador”.

Além disso, a renúncia é sempre incondicional, não estando sujeita a termo ou condição. Da mesma forma, não é permitida a renúncia parcial; não pode o herdeiro aceitar um

²⁰ Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

dos bens da herança, por exemplo, e renunciar aos outros. Caso a renúncia seja manifestada em algumas dessas circunstâncias, ela é tida como não feita²¹.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1968, p. 71, t. III) afirma que a renúncia, em regra, não permite condição ou termo. “Não há aceitação ou renúncia da herança a termo, ou sob condição (art. 1.583), nem aceitação de função de testamenteiro a termo ou sob condição, nem alegação a termo ou sob condição, de compensação, nem revogação a termo ou sob condição, nem eleição a termo ou sob condição.”

Em que pese não seja o objeto do presente trabalho, vale consignar que a renúncia também pode ser aplicada à sucessão testamentária. O herdeiro testamentário ou legatário pode renunciar ao seu quinhão ou ao seu legado. Ademais, parágrafo primeiro do artigo 1.808 do Código Civil faz uma ressalva de que é possível o herdeiro aceitar aos legados que lhe foram destinados e renunciar à herança e vice-versa²².

Na atual conjuntura e sistematização do ordenamento jurídico, pode causar estranheza e parecer inócuo o direito de alguém renunciar à herança. Entretanto, a herança nem sempre foi concebida como um acréscimo patrimonial do herdeiro.

Antes da entrada do Código Civil de 1916, os herdeiros aceitavam a herança em sua totalidade, tanto em relação aos ativos quanto aos passivos. Se o falecido tivesse deixado mais dívidas do que bens, os herdeiros acabavam pessoalmente obrigados por esse débito. Isto é, naquela época, renunciar à herança era uma boa alternativa para livrar-se das obrigações do falecido, caso a herança não as cobrisse (JAFET, 2017, p. 692).

A partir da edição do Código Civil de 1916 o herdeiro deixou de responder à totalidade das dívidas deixada pelo falecido, limitando sua obrigação ao valor recebido por herança. Com essa mudança, o número de renúncias diminuiu, porém ainda se mostra um importante instrumento a ser utilizado pelo herdeiro.

A motivação para o herdeiro renunciar pode ser das mais diversas. Jafet (2017, p. 693) aponta que, em determinados casos, os bens deixados pelo *de cuius* não despertam o interesse do herdeiro em aceitar a herança, tendo em vista que as obrigações advindas da aceitação podem lhe ser muito onerosas (pagamento de legados, cumprimento de encargos e recolhimento de imposto).

²¹ Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.

²² Art. 1.808. §1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.

Também existem as renúncias de cunho moral. Pode o herdeiro não se sentir à vontade e até mesmo digno de receber a herança, a depender da relação que tinha com o falecido. Nos dias de hoje, é comum que a renúncia ocorra por parte do herdeiro em melhores condições financeiras para que o seu quinhão volte ao monte e seja dividido entre aqueles com situação mais delicada. (JAFET, 2017, p. 693)

Vale mencionar que não é preciso expor a motivação no ato de renúncia, sendo essa questão de foro íntimo. Basta que o herdeiro manifeste sua vontade de renunciar em escritura pública ou termo judicial, cuja formalidade é exigida pela lei.

Com relação aos efeitos da renúncia, eles retroagem à data de abertura da sucessão, uma vez que o herdeiro renunciante é tido como se nunca tivesse existido. Preceitua o artigo 1.811 do Código Civil: ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça. Isto é, na renúncia não existe direito de representação.

A renúncia é abdicativa (extintiva), cuja consequência é de que o herdeiro é tido como se nunca existisse e seu quinhão acresce automaticamente aos demais herdeiros:

[...] A abdicação dos direitos hereditários é pura e simples e nela o herdeiro renunciante se autoexclui da participação hereditária enquanto na renúncia translativa feita a um ou a vários coerdeiros, mas excluindo outros dentre aqueles concomitantemente chamados à herança, representa uma doação ou cessão de direitos hereditários antecedida de uma prévia aceitação. (MADALENO, 2019, p. 137)

Assim, a renúncia é ato irrevogável e irretroatável, justamente pelo fato de seus efeitos serem projetados à abertura da sucessão. Por conta disso, é preciso que o herdeiro pense bem se realmente deseja renunciar ao seu quinhão, tendo em vista que não poderá se arrepender da escolha²³.

Apesar de a renúncia ser mera deliberação e manifestação de vontade do herdeiro, a mesma não pode ser utilizada como forma de fraudar credores. A fim de evitar-se possíveis fraudes contra credores, o artigo 1.813 do Código Civil prevê a suspensão temporária dos efeitos da renúncia, na qual o credor aceita a herança em nome do renunciante. Com o pagamento da dívida, opera-se a renúncia sobre o saldo e este retorna ao monte para ser dividido entre os demais coerdeiros.

²³ Art. 1.812. São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.

Madaleno (2019, p. 146) esclarece que a habilitação do credor independe de ajuizamento de ação revocatória ou anulatória, porém se a renúncia do herdeiro não tiver o aceite do seu cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens e não for suprida pelo juiz, torna-se anulável o ato praticado, podendo o consorte prejudicado postular a anulação em até dois anos após o rompimento do casamento²⁴. A referida ação deverá ser proposta também em face dos sucessores que já aceitaram e receberam a herança repudiada.

Nos termos do artigo 80, inciso II, do Código Civil, a herança aberta é considerada bem imóvel. Por essa razão, diante da necessidade de anuência do cônjuge para a disposição de bens imóveis, discute-se se é possível uma pessoa renunciar à herança sem a devida vênua conjugal.

Autores como Rizzardo (2011, p. 73), Wald (2009, p. 40), Leite (2003, p. 132), Pereira (2009, p. 51), Veloso (2002, p. 1.625) e Farias (2007, p. 56) têm posição no sentido de ser inviável a recusa à herança sem o assentimento do cônjuge.

Em corrente contrária e minoritária, Madaleno (2019, p. 149), Diniz (2007, p. 75), Amorim e Oliveira (2009, p. 57), Dias (2011, p. 206), Monteiro (2003, p. 52) e Carvalho (2015, p. 228) entendem não ser necessária a anuência do cônjuge se ele não é meeiro na herança de herdeiro renunciante. Ou seja, só é preciso o aceite do cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, pois é nessa hipótese que se comunicam os direitos hereditários, tendo impacto na meação de ambos os consortes.

Azevedo (2002, p. 355) conclui pela desnecessidade de anuência do cônjuge do renunciante. Segundo o autor, a sucessão não diz respeito somente ao patrimônio; há também um envolvimento de foro íntimo, uma parte afetiva. A qualidade de sucessor acarreta a continuidade entre pessoas. Por conta disso, “o cônjuge não deve anuir porque ele nada tem que ver com o caráter pessoal da sucessão entre o *de cuius* e o herdeiro”.

O antigo 242, inciso IV, do Código Civil de 1916 previa a necessidade de autorização do marido para a mulher casada aceitar ou renunciar à herança. Tal inciso foi suprimido com a edição do Estatuto da Mulher Casada. O artigo 235 do mesmo diploma estabelecia o rol de situações nas quais o marido precisava de outorga marital, sendo que inexistia previsão para a aceitação ou renúncia de herança.

Embora a herança seja tratada como um bem imóvel, o conceito de renúncia diferencia-se substancialmente do de alienação. Dessa forma, se fosse necessário o aceite do

²⁴ Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

cônjuge do renunciante, a legislação faria tal previsão. O entendimento mais acertado é aquele de que dispensa a autorização do cônjuge para que se renuncie à herança. Isso porque cabe ao titular do direito de herança decidir se a aceita ou não. Além disso, conforme exposto acima, o direito sucessório não se restringe a um direito meramente patrimonial, não devendo o cônjuge interferir na esfera íntima do seu consorte. Por fim, deve-se ressaltar que, de acordo com artigo 114 do Código Civil a renúncia é interpretada restritivamente²⁵.

²⁵ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

3 AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E A VEDAÇÃO LEGAL DO PACTO SUCESSÓRIO

O segundo e último capítulo da presente dissertação divide-se em dois temas centrais: o estudo da autonomia privada nas relações familiares e a vedação legal do contrato sucessório, prevista no artigo 426 do Código Civil.

Inicia-se pela exposição da autonomia privada com a sua aplicação no âmbito das relações familiares. Dentro da temática, analisa-se alguns instrumentos que efetivam a vontade das partes e pode ser manifestada a renúncia, notadamente o pacto antenupcial, o testamento e o contrato sucessório, com suas nuances.

Ao final, aborda-se a vedação legal presente no artigo 426 do Código Civil sob a perspectiva de uma análise literal da dicção do artigo. Em um segundo momento, faz-se o estudo por um viés sistemático, a fim de verificar-se se a referida vedação é justificável e legal à luz do ordenamento jurídico e de responder ao problema aqui proposto acerca da possibilidade de renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge.

3.1 AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO

O direito de família brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, vem passando por constantes transformações, privilegiando o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros. Possibilitando novas molduras e arranjos, abre-se a configurações plurais, afetivas e informais, sem ênfase na sexualidade distinta dos sexos para constituição familiar ou prevalência da biologia para fins de parentalidade.

Além disso, o artigo 1.513 do Código Civil consagrou a mínima intervenção no que diz respeito à vida familiar²⁶. Ou seja, nenhum ente público ou particular pode determinar a forma com que cada família irá se comportar. É claro que essa autonomia não é plena; ela encontra limites: “O direito apenas deve reconhecer essa condição, isto é, reconhecer a autonomia privada afetiva que cada ser humano tem para escolher a forma como vai conviver com os outros. Deve impedir, apenas, que nessa escolha e nessa convivência causem-se danos”. (NAMUR, 2014, p. 159)

²⁶ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Atualmente, discute-se, inclusive, qual o papel do legislador no direito de família. Se cabe legislar sobre o conceito de família, ao invés de apenas protegê-la. Se ainda se justifica a manutenção dos deveres do casamento ou da união estável. Se a previsão do regime de separação obrigatória deve contemplar os maiores de 70 anos, entre outras tantas discussões.

No passado, de acordo com Alves (2010, p. 1), a autonomia privada era confundida com o conceito de autonomia da vontade, esta última sendo caracterizada por um egocentrismo, igualdade formal, patrimonialismo e não-intervenção do Estado no âmbito particular, especialmente na economia.

O Código Civil de 1916 tutelava a família muito mais no seu aspecto externo, abordando-a como um instituto jurídico, sem se preocupar com o interesse particular de cada membro. Incidia normas cogentes no Direito de Família, havendo poucas hipóteses de permissão do exercício da autonomia privada pelos membros da família. Tais hipóteses davam-se no âmbito patrimonial, como, por exemplo, a liberdade da escolha do regime de bens – o que reforçava a correspondência da autonomia privada com a autonomia da vontade. (ALVES, 2010, p. 135)

Com a ascensão do Estado Democrático do Direito, a autonomia da vontade foi deixada de lado, uma vez que não correspondia aos interesses da sociedade da época. Foi preciso que o Estado assumisse o papel de regular certas relações e garantisse alguns direitos mínimos aos cidadãos, principalmente aqueles mais vulneráveis.

Nos dias de hoje, vigora o conceito de autonomia privada, o qual pode ser entendido como a autorização concedida pelo Estado para que o indivíduo administre a sua vida da maneira que achar mais conveniente, podendo estipular quais serão os efeitos e consequências jurídicas das suas ações. “Aplicada aos negócios jurídicos, a autonomia privada reflete a liberdade de *negociar*, de escolher o *contratante*, de *determinar o conteúdo do contrato ou do ato* e, em determinadas situações, de *escolher a forma do ato*”. (ALVES, 2010, p. 5)

De acordo com Amaral (2006, p. 345), a autonomia privada define-se como o poder do particular em regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participa, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

No mesmo sentido, Silva (2019, p. 159) descreve a autonomia privada 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 uma consequência do enunciado “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Borges (2007, p. 89) explica que a autonomia, como liberdade, é, em verdade, um conceito histórico. Portanto, sua definição é dada de acordo com determinado contexto da história, nos termos da legislação vigente da época e dos anseios sociais respectivos.

Tendo em vista que a Constituição Federal elegeu a dignidade humana como princípio fundamental, ele garante e privilegia a tutela de qualquer pessoa humana em suas relações. Isto é, havendo um conflito entre uma situação jurídica existencial e outra patrimonial, a primeira prevalece. A proteção das relações existências (dentre elas, as de família) é prioridade para o intérprete. (NAMUR, 2014, p. 83)

Conforme Alves (2010, p. 136), com a edição da Constituição Federal de 1988, a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, fruto do período do Estado Liberal, passando a recair também em relações existenciais.

Leciona Namur:

[...] Muito embora parcela da doutrina afirme uma função social da família, atinente ao papel da família na sociedade, o interesse público em sua manutenção e reprodução, pois seria base da sociedade, esta (a função social) não existe. Quanto aos adultos, a única função social existente na família, ou seja, o único interesse público em regulá-la corresponde à proteção das escolhas individuais (intervindo o aparato jurídico apenas para controlar as expectativas legítimas que uma pessoa criou na outra). Atribuir um caráter emancipatório à família significa valorizar a liberdade dentro do seio familiar. (NAMUR, 2014, p. 85)

Nos dias atuais, diante de tantas mudanças sociais – seja na forma de constituição de família, na igualdade de gêneros e etc – surge cada vez mais o discurso da autonomia privada no âmbito das famílias e, conseqüentemente, uma intervenção menor do Estado nessas relações. É claro que não se está falando em uma ausência de qualquer legislação a respeito, mas sim que o Estado regule somente o que é essencial nesse aspecto.

De acordo com Namur (2014, p. 97) a função social na seara patrimonial diz respeito à intervenção do aparato jurídico para garantir o respeito à dignidade da pessoa nas relações mercantis. Já a função social na esfera existencial, traduz-se em duas formas de atuação do Estado: permitir, possibilitar que as pessoas tenham autonomia para escolher de que maneira querem viver. Isto é, desenvolver e manifestar a sua personalidade dentro de sua intimidade e

privacidade, não intervindo ou condicionando essas escolhas. Pelo contrário, o aparato jurídico deve atuar fornecendo condições básicas de vida para que as escolhas sejam realizadas.

O grande dilema enfrentado é conciliar a liberdade de agir do sujeito (seja na esfera patrimonial ou existencial) com os interesses coletivos. Até onde o indivíduo é livre para fazer o que bem entender? A resposta parece ser que o limite dessa liberdade é quando se atinge o direito do outro e/ou quando ultrapassa o próprio ordenamento jurídico. Até onde o Estado deve interferir na liberdade individual e na constituição da família? Na prática, essas questões não são tão simples.

Alves (2010, p. 9) assevera que havendo conformidade entre a autonomia privada e o ordenamento jurídico, o negócio celebrado entre as partes será aceito e, mais do que isso, tutelado pelo ordenamento, para que os seus efeitos jurídicos pretendidos pelas partes sejam regularmente produzidos.

A baliza entre os princípios da liberdade x solidariedade deve ser feita quando há o conflito de interesses. Namur (2014, p. 98) afirma que a construção de uma sociedade justa e solidária, elegida pela Constituição, faz com que o princípio da solidariedade bata de frente com a autonomia privada.

Por conta disso, relativiza-se a autonomia do indivíduo conforme o interesse social. “O interesse coletivo nos atos de autonomia para constituição da família corresponde justamente à proteção da liberdade individual. A importância para a sociedade está exatamente em garantir que todos possam escolher como se manifestar afetivamente sem interferências”. (NAMUR, 2014, p. 98-99)

O negócio jurídico familiar traduz-se na manifestação da autonomia privada no âmbito familiarista. Ele objetiva a constituição, modificação, extinção e regulamentação de uma relação jurídica familiar. É fácil verificar a presença da autonomia dos cônjuges quando, decididamente, são eles quem, por exemplo, reconhecem se os bens são comuns ou privativos. (MADALENO, 2018, p. 85)

De acordo com Namur (2014, p. 160), a lei que regula as relações familiares deve ser a própria ausência de lei e a convivência assunto exclusivo do casal, sendo eles o seu próprio legislador.

A questão da ponderação entre a autonomia privada e a intervenção mínima do Estado no direito de família pode ser analisada sob dois vieses: o das relações existenciais, que seriam

aquelas ligadas à própria existência do sujeito e às formas de família e o das relações patrimoniais, as quais lidam com as questões familiares no que diz respeito ao patrimônio.

No que toca ao viés existencial, dois tipos de vínculos podem ser destacados. Um deles é a relação que envolve menores de idade, nesse caso, em razão da vulnerabilidade dos sujeitos justifica-se a interferência do Estado. Qualquer ação legislativa ou judicial nesse âmbito deve ter por parâmetro o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O outro vínculo é o que se estabelece entre cônjuges ou companheiros e que requer maior liberdade de atuação, devendo o Estado intervir apenas para assegurar igualdade e a solidariedade entre os membros.

A regulação da família entre os adultos deve ser essencialmente a proteção das expectativas criadas entre familiares. Isto é, são situações jurídicas existenciais. Assim, nesse quesito, o que prevalece é a cláusula geral de liberdade, em que o indivíduo escolhe como vai se comportar. É o casal quem decide quais os rumos da sua vida e quais os seus limites. (NAMUR, 2014, p. 176)

Conforme Namur (2014, p. 180), no que diz respeito aos vínculos familiares patrimoniais, a autonomia privada deveria poder ser exercida com maior amplitude, assemelhando-se às relações contratuais em geral. Se é certo que a família é um ente importante, com características específicas, que deve ter especial proteção do Estado, isso deve-se dar muito mais no âmbito existencial das famílias, nas relações entre pais e filhos, devendo o casal ter liberdade para definir os aspectos patrimoniais.

Vale ressaltar que, a fim de prestigiar uma maior liberdade dos entes familiares, conforme mencionado anteriormente, o artigo 1.513 do Código Civil estabeleceu a mínima intervenção do Estado nas relações familiares, sendo a proteção da dignidade de cada um dos seus integrantes a sua principal missão.

Alves (2010, p. 141) discorre que o Estado não deve intervir no âmago familiar; esse espaço íntimo deve ser reservado “para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros”. Portanto, é indesejada a interferência estatal no âmbito familiar, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos seus membros.

Identifica-se, atualmente, um “Direito de Família Mínimo”²⁷, no qual deve prevalecer, em regra, o exercício da autonomia privada dos integrantes de uma família, pois somente assim

²⁷A expressão “Direito de Família Mínimo” é retirada do Direito Penal, no qual existe fenômeno semelhante, em que o Estado somente deve utilizar o Direito Penal para tutelar os bens mais caros à sociedade e como *extrema* ou

será possível lhes garantir efetivamente os seus direitos fundamentais e desenvolvimento das suas personalidades. (ALVES, 2010, p. 144)

Em razão de regras muito engessadas tanto no direito de família, quanto no direito sucessório, muitos casais na atualidade encontram dificuldades para traçar o seu planejamento patrimonial em conformidade com a sua vontade, mormente em tempos de recasamentos em que os sujeitos buscam por soluções de separação patrimonial, em nítida proteção aos filhos das relações anteriores.

Isto é, a autonomia privada patrimonial na esfera conjugal pode ser exercida de inúmeras formas, seja na escolha e extinção da entidade familiar, assim como a própria opção por determinado regime de bens pelo casal. Sendo assim, desde que não fira direito de terceiros ou dos próprios entes envolvidos, os casais deveriam poder regular sobre as suas sucessões recíprocas, visto que não há qualquer interesse direto do Estado nessas questões, sendo um assunto de foro íntimo.

É claro que o Estado não deve se abster totalmente na regulação da temática de direito de família e sucessões, porém deve atuar em sua faceta de Estado protetor-provedor-assistencialista, garantindo o desenvolvimento integral da família, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal. Por outro lado, o que deve ser rechaçado é a ingerência do Estado quando fere direitos fundamentais dos seus componentes, atuando como Estado protetor-repressor. Como, por exemplo, quando negava a dissolução do vínculo conjugal, no Código Civil de 1916.

De acordo com Pereira (2006, p. 157) o Estado deixou de lado o seu papel protetor-repressor para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja base não é de uma total ingerência, mas, algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família.

Embora seja aplicada ao Direito de família, a autonomia privada nessa esfera não é plena, diante de algumas regras rígidas ainda existentes. Todavia, vale consignar alguns instrumentos relevantes para este trabalho, nos quais podem constar a renúncia de herança, como o pacto antenupcial, o testamento e o pacto sucessório.

3.1.1 O pacto antenupcial: conceito, forma e conteúdo

ultima ratio. Ou seja, quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais, como a família, a coletividade, o Direito Administrativo, o Direito Civil etc. (ALVES, 2010, p. 144)

O pacto antenupcial é um exemplo de instrumento legal que garante aos cônjuges o exercício da autonomia privada, permitindo aos nubentes a escolha do regime de bens que irá regular o casamento deles, além da possibilidade de disposição de outras questões que serão analisadas mais a frente.

Conforme demonstrado no item 2.1.2, o Código Civil de 2002 estabeleceu como regime supletivo de bens o da comunhão parcial. Isto é, não havendo convenção em contrário entre os consortes, o regime que passa a vigorar no casamento é o da comunhão parcial de bens. Porém, caso os cônjuges desejem estipular regime diverso, é preciso que firmem um pacto antenupcial.

Lôbo (2008, p. 307) classifica o pacto antenupcial como um negócio bilateral de direito de família, no qual é estipulado, antes do casamento, o regime de bens do casal, garantindo a sua autonomia. Gomes (2001a, p. 177) acrescenta que a natureza jurídica do pacto, no que diz respeito ao regramento econômico do casamento, é negocial. Contudo não se trata de um negócio de mesma natureza daqueles regulados pelo Livro das Obrigações, visto constituírem negócio jurídico especial do Direito de Família.

Na mesma toada, Farias e Rosenthal (2015, p. 315) lecionam que o pacto antenupcial é um negócio jurídico bilateral, de conteúdo eminentemente patrimonial (salvo outras estipulações nele contidas), acessório e subordinado a uma condição suspensiva (a realização do casamento).

Em arremate, Pontes de Miranda (1968, t. III, p. 229) afirma que o pacto antenupcial possui natureza jurídica de um negócio jurídico especial, uma vez que contempla questões do campo do Direito obrigacional, bem como do Direito de família, podendo regular aspectos patrimoniais ou outros que não possuem relação direta com o patrimônio do casal.

No tocante à forma, a lei exige que o pacto deve ser feito por escritura pública, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 1.653 do Código Civil²⁸. Trata-se de nulidade absoluta, não sendo passível de convalidação e podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício ou suscitada pelo Ministério Público.

Isto é, não tem qualquer valor jurídico a indicação do regime de bens se não for feito por escritura pública. Além disso, para ter validade perante terceiros, é preciso que o pacto seja averbado no Cartório de Imóveis e caso os cônjuges sejam empresários, é preciso também registrar na Junta Comercial, conforme previsão do artigo 37, inciso III, da Lei nº 4.726/65.

²⁸ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Farias e Rosenvald (2015, p. 317) sintetizam:

A validade do pacto depende do atendimento da solenidade exigida por lei (isto é, celebração por escritura pública) e a sua eficácia em relação aos próprios contratantes submete-se à realização posterior do casamento. O registro no cartório de Imóveis é condição sine qua non para a eficácia em relação a terceiros.

Cabe mencionar que a capacidade exigida para firmar pacto antenupcial é a mesma necessária ao casamento. Assim, os menores entre 16 e 18 anos de idade precisam do consentimento dos pais para casar-se e da assistência deles para celebrar um pacto antenupcial válido.

Por deter caráter acessório, a invalidade (nulidade ou anulabilidade) do casamento compromete o pacto antenupcial. Da mesma forma, o pacto será ineficaz se não lhe seguir o casamento, de acordo com artigo 1.653 do Código Civil. Ressalta-se que não há prazo para que o matrimônio seja celebrado.

Considerando que é ato solene, o pacto antenupcial pode ser celebrado por procurador, constituído com poderes específicos, através de escritura pública. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 317)

Tendo em vista ser um instrumento que prevê situações de planejamento dos cônjuges de seus projetos de vida de modo conjunto, a confecção do pacto antenupcial requer além da capacidade de negociação, honestidade, clareza e diálogo, pois incidem variáveis psicológicas capazes de interferir nesse processo de negociação. (FERREIRA, 2016, p. 55)

Quanto ao conteúdo do pacto, apesar de servir principalmente para definir questões patrimoniais, nada impede que o mesmo discipline sobre outros assuntos conjugais. Farias e Rosenvald (2015, p. 315) afirmam que, além do regime de bens, é possível que preveja doações entre os cônjuges, compra e venda, promessa de contrato e etc. Também, com esteio na autonomia privada, podem estabelecer cláusulas diversas, disciplinando questões privadas, desde que não afronte direitos e garantias fundamentais.

Com relação às questões patrimoniais, os nubentes possuem liberdade para dispor sobre os bens do casal, não estando limitados apenas aos modelos legais. Podem ir além dos regimes-tipos definidos pelo Código Civil, conjugando-os e até mesmo estabelecendo um regime particular, desde que não contrarie disposições de lei, seja ilícito ou que não atenda à boa fé. (CARDOSO, 2009, p. 158)

Figueiredo (2012, p. 119) faz menção que é possível, ainda, os cônjuges definirem quais bens incomunicáveis, pelo regime legal escolhido, serão comunicáveis. Podem, também,

estipular cláusula de doação de bens de um para o outro, salvo quando tratar-se de regime de separação obrigatória de bens e sempre respeitando o limite da legítima.

É claro que, embora pautado na autonomia privada, o pacto antenupcial possui limites, não podendo prever cláusulas que violem a comunhão plena de vida ou os direitos e garantias individuais (constitucionalmente assegurados). Diante disso, existe discussão a respeito da possibilidade de inclusão de cláusulas dispensando deveres conjugais.

Farias e Rosenvald (2015, p. 316) defendem que qualquer cláusula referente às formas de vida conjugal, como, por exemplo, sobre fidelidade e coabitação, será válida, a depender da liberdade na manifestação de vontade e da seriedade dos propósitos, salvo se afrontar a dignidade de qualquer um dos consortes. “Se o casal pretende dispensar, reciprocamente, a fidelidade ou coabitação é prerrogativa privada, até porque se quiserem assim proceder, não será a lei que obstará”.

A corroborar, Tepedino (2008, p. 215) sustenta ser possível estabelecer cláusulas no tocante à fidelidade e coabitação, desde que não afrontem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia.

Em atenção à discussão acerca da possibilidade de estipulação de cláusula com conteúdo existencial, foi aprovado o Enunciado nº 635 de Direito Civil, o qual dispõe: “Art. 1.655: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.”.

A justificativa do referido Enunciado é a de que não há, no ordenamento jurídico, óbice para que o pacto antenupcial trate de questões extrapatrimoniais. Pelo contrário, a lei assegura às partes o livre planejamento familiar (art. 226, § 7º, Constituição Federal e art. 1.565, § 2º, Código Civil) e veda que qualquer pessoa, de direito público ou privado, interfira na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513, Código Civil).

Os pactos antenupciais também podem dispor acerca de questões existenciais, contudo, apenas diante de um juízo de merecimento de tutela, tendo como limite a principiologia constitucional. Nesse sentido, os pactos não podem ser utilizados para colocar uma das partes em situação de desigualdade ou dependência, restringir sua liberdade, violar a dignidade humana ou a solidariedade familiar; sendo esses limites que se impõem a qualquer pacto realizado na seara do direito de família.

Embora seja papel do Estado intervir para continuar a garantir a supressão, tanto quanto for possível, de vulnerabilidades no âmbito da família, é preciso também que alguns

assuntos sejam regulados pelos próprios partícipes da relação, levando-se em conta a necessidade de tutelar a pessoa de cada membro da família.

Tem-se por não escritas as cláusulas prejudiciais aos direitos recíprocos dos consortes, como a dispensa de mútua assistência ou a renúncia ao direito de pleitear a dissolução do casamento, ou as convenções nocivas aos filhos, uma vez que violam direitos fundamentais. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 316)

Outra temática que levanta discussão é sobre a possibilidade de estipular indenização a ser paga por um dos cônjuges ao outro, na hipótese de dissolução nupcial ou em caso de infidelidade.

Alguns autores como Farias e Rosenvald (2015, p. 317) mostram-se favoráveis à validade de tais cláusulas, tendo em vista que o pacto nupcial é negócio jurídico e submete-se à autonomia privada, não havendo impedimento desse tipo de contratação. Embora exista julgado permitindo a cláusula ressarcitória²⁹, essa questão ainda é muito incipiente e suscita divergências tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Outro ponto interessante que o pacto pode versar é sobre negócio jurídico processual, instituto criado no Código de Processo Civil de 2015. Tais cláusulas podem prever, desde logo, como se dará o processo em caso de divórcio ou alguma outra demanda entre os cônjuges. Preceitua o artigo 190 do CPC:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) aprovou o Enunciado n° 492³⁰, o qual permite, expressamente, a possibilidade de pacto antenupcial e contrato de convivência conterem negócios processuais.

Embora seja um instrumento passível de gerar benefícios aos nubentes, a confecção de pacto antenupcial não é muito comum na cultura brasileira. Porém, essa não é uma realidade somente no Brasil, mas também de outros países. A título de exemplificação, a norte americana Mahar (2003, p. 1) analisa quais são os fatores prováveis para que não existam muitos pactos

²⁹ TJRS. Agravo de Instrumento n. 700469907792. 8ª Câmara Cível. Relatoria: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22/03/2012.

³⁰ Enunciado 492, FPPC: (art. 190) O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais. (Grupo: Negócios processuais)

antenupciais. Para tanto, descreve que, historicamente, as Cortes americanas não costumavam honrar qualquer contrato que alocasse ativos em caso de divórcio. Somente em 1970 a Suprema Corte da Flórida, no caso *Posner vs. Posner*, reconheceu como exequível o pacto antenupcial.

Outra possível explicação para a falta de pactos antenupciais é que as leis referentes ao divórcio já suprem as necessidades dos nubentes, motivo pelo qual não precisam fazer um pacto que altere as regras já postas pelo Estado. Porém, diante das diversidades dos arranjos familiares é difícil que o regime geral vá atender às preferências de todos os casais. Além disso, mesmo que as partes acreditem que as leis são suficientes para a sua realidade, não há garantia de que no caso de divórcio a lei não tenha mudado. (MAHAR, 2003, p. 3)

O pacto pode trazer benefícios que são ignorados pelos nubentes como a redução dos custos do divórcio, bem como a diminuição do gasto emocional, uma vez que permite que o casal planeje as regras de dissolução quando estão abertos ao diálogo. O pacto também pode afetar no comportamento dos cônjuges durante o matrimônio, diminuindo a probabilidade de divórcio.

De fato, o pacto antenupcial apresenta-se como instrumento de exercício da autonomia privada do casal. Quanto ao seu limite, embora não haja uma vedação expressa, não é unânime o entendimento de que o pacto pode dispor sobre questões extrapatrimoniais, o que é equivocado. Observados os requisitos do pacto (art. 1.653, CC), do negócio jurídico (art. 104, CC) e desde que a disposição não seja contrária à lei, deve-se privilegiar a vontade do casal.

3.1.2 Testamento: definição, modalidades e disposições testamentárias

Além do pacto antenupcial, outro instrumento que efetiva a vontade do sujeito, dessa vez no âmbito sucessório, é o testamento. Conforme brevemente exposto no item 2.1.1, a sucessão pode ocorrer de duas formas: a legítima e a testamentária. Nesta última, é preciso que haja um testamento lavrado pelo titular do patrimônio.

A sucessão testamentária prefere à legítima justamente porque, havendo documento no qual o indivíduo manifesta o seu desejo, a prioridade é fazer valer suas disposições, efetivando o exercício da sua autonomia privada.

O documento que inaugura a sucessão testamentária é o testamento, previsto nos artigos 1.857 e seguintes do Código Civil.

Nas palavras de Itabaiana de Oliveira (1936, p. 49, t. II), testamento é o ato revogável pelo qual alguém dispõe no todo ou em parte, em conformidade com a lei, do seu patrimônio,

para depois da sua morte. Este ato é personalíssimo, unilateral e gratuito, podendo ser praticado somente pelo próprio testador e não pode mandatários.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1968, p. 59, t. LVI,) conceitua o testamento como um ato que a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Os efeitos da vontade declarada, enquanto era vivo o testador, dependem da sua morte. Se não fosse ato revogável, não seria ato de última vontade, mas de vontade que se fixou em certo momento.

Tartuce e Simão (2013, p. 297) classificam o testamento como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, em que o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois da sua morte.

O testamento é o instrumento de comunicação entre a pessoa que morreu e as que ficaram. Apesar de ser intrinsecamente ligado ao direito de propriedade, ele pode conter disposições sobre bens extremamente valiosos ou de valor pessoal e apenas simbólico. Pode também sequer tratar de uma questão patrimonial, como no caso da declaração de reconhecimento de paternidade. (ANDRADE, 2019, p. 75)

No Brasil, não se tem muito o costume de lavrar testamento. Um dos motivos é a falta de patrimônio para dispor. Outro fato é o “medo” da morte, o que acarreta na fuga dos instrumentos de planejamento sucessório. Uma terceira razão para não existirem muitos testamentos é o fato de que as pessoas concordam com a ordem de vocação hereditária, prevista em lei, não havendo necessidade de dispor de modo diverso. (TARTUCE, 2014, p. 1.407)

Primeiramente, é necessário pontuar que, para confeccionar o testamento, o sujeito precisa ter capacidade. Nos termos do artigo 1.860 do CC, não podem testar os incapazes e aqueles que não possuem pleno discernimento. Por outro lado, os maiores de 16 têm permissão para lavrar testamento (art. 1.860, parágrafo único, CC).

A revogabilidade é uma das características do testamento. Isso porque o testador pode mudá-lo a qualquer tempo (art. 1.858, CC), o qual só produzirá efeitos após a morte do testador. Para revogar o testamento, basta que o testador confeccione outro, mais recente. Pontes de Miranda (1968, p. 1.410, t. LVI,) afirma que qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos.

Contudo, de acordo com o artigo 1.610³¹ do CC, mesmo o testamento sendo revogável, a cláusula que reconhece filhos é irrevogável.

³¹ Art. 1.610. O reconhecimento [dos filhos] não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Cabe mencionar que a legítima dos herdeiros não pode ser incluída em testamento (art. 1.857, §1º, CC). Além disso, caso haja cláusula que extrapole os limites impostos pela legítima, a mesma será reduzida a fim de se observar a porção hereditária (art. 1.967, CC).

Existem três espécies de testamento previstas no artigo 1.862, do CC: o público, o cerrado e o particular. Ressalta-se que, diante do cenário atual de pandemia, surge uma outra figura testamentária a fim de fazer jus à vontade do indivíduo, que é o testamento vital. Este documento não trata de questões patrimoniais e sim constitui um conjunto de instruções e vontades apresentadas por uma pessoa, especificando que tratamento deseja receber no caso de enfermidade para a qual a medicina atual não dispõe de cura ou tratamento que possibilite ao paciente uma vida saudável física e mentalmente. É utilizado na hipótese de uma pessoa não se encontrar capaz de prestar consentimento informado de forma autônoma. O testamento vital é feito pelo próprio indivíduo enquanto se encontra são e pode ser usado para guiar o tratamento de um paciente desde que respeite a ética médica.

Por sua vez, o testamento público é lavrado por tabelião ou por seu substituto legal, de acordo com as declarações do testador. É requisito dessa modalidade a presença de duas testemunhas que acompanhem o ato e assinem o documento (art. 1.864, CC).

O testamento público é o que traz maior segurança, pois redigido por tabelião de notas ou seu substituto. Ocorrendo o falecimento do testador, qualquer interessado, exibindo o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que ordene o cumprimento do testamento (art. 736 CPC).

Vale ressaltar que, embora o termo empregado seja testamento “público”, ele não deve ficar exposto e disponível para consulta. Veloso (2008a, p. 2.054) leciona que se deve evitar que terceiros tenham acesso livre ao testamento, uma vez que ele, apesar de válido, só terá eficácia após a morte do testador³².

Já o testamento cerrado é aquele escrito pelo testador ou por outra pessoa, a seu mando, aprovado pelo tabelião. De acordo com Tartuce (2014, p. 1.416), é chamado de testamento místico, pois não se sabe o seu conteúdo, que é mantido em segredo, até o testador falecer. A desvantagem de não se conhecer o teor do documento é de que, caso a integralidade for atingida de alguma forma (ex: enchente, chuva e etc), o testamento pode não gerar efeitos.

³² Sobre o assunto, está em tramitação Projeto de Lei nº 699/2011, o qual visa incluir um parágrafo segundo no artigo 1.864 do Código Civil com a seguinte redação: “a certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento desde ou por ordem judicial.”

Para que seja aprovado, é necessário que o testador entregue o testamento ao tabelião também na presença de duas testemunhas e, posteriormente, lavre o auto de aprovação (art. 1.868, CC). Com auto de aprovação redigido, o tabelião deve cerrar o documento aprovado e entregá-lo ao testador.

O artigo 735 do Código de Processo Civil preceitua que, ao receber o testamento cerrado, o juiz deve verificar se está intacto e mandará o escrivão lê-lo na presença de quem o entregou. Não constatando nenhum vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, ouvido o Ministério Público, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir as disposições de última vontade.

Por fim, o testamento particular pode ser escrito de próprio punho e fica condicionada a sua validade ser lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. Também pode ser redigido por processo mecânico, observando as mesmas formalidades (art. 1.876, CC). O artigo 737 do CPC³³ dispõe sobre o procedimento de abertura do testamento particular.

Vale mencionar que a presença de testemunhas é dispensada em casos excepcionais, podendo o documento ser confirmado pelo juiz (art. 1.879, CC). Trata-se de um testamento de emergência, constituindo uma maneira simplificada do testamento particular. Diniz (2010, p. 1.324) exemplifica algumas situações que permitem essa espécie: a) situação anormal: incêndio, sequestro, desastre, internação em UTI, revolução, calamidade pública; b) situação em que é impossível a intervenção de testemunhas para o ato.

Além das modalidades de testamentos ordinários, citadas acima, existem os testamentos especiais, permitidos a certas e determinadas pessoas que são os testamentos marítimo, aeronáutico e militar, previstos no rol taxativo do artigo 1.886 do Código Civil. Tais instrumentos são mais simples e podem ser redigidos somente pelos cidadãos que se encontrarem nas situações excepcionais reguladas pelos artigos seguintes.

Seguindo o Código Civil de 1916, o diploma civil de 2002 vedou a instituição de testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo (artigo 1.863, CC). O

³³ Art. 737. A publicação do testamento particular poderá ser requerida, depois da morte do testador, pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo testamentário, bem como pelo terceiro detentor do testamento, se impossibilitado de entregá-lo a algum dos outros legítimos para requerê-la.

§ 1º Serão intimados os herdeiros que não tiverem requerido a publicação do testamento.

§ 2º Verificando a presença dos requisitos da lei, ouvido o Ministério Público, o juiz confirmará o testamento.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao codicilo e aos testamentos marítimo, aeronáutico, militar e nuncupativo.

§ 4º Observar-se-á, no cumprimento do testamento, o disposto nos parágrafos do art. 735.

testamento conjuntivo é gênero e é aquele no qual duas ou mais pessoas, mediante um único instrumento, fazem disposições de última vontade acerca de seus bens. O testamento simultâneo é feito por dois testadores que beneficiam terceiro no mesmo negócio. Já o recíproco é confeccionado por duas pessoas que se beneficiam reciprocamente, no mesmo ato. Por último, o testamento correspectivo diz respeito a dois testadores fazendo em um mesmo instrumento, disposições de retribuição um ao outro, na mesma proporção. (TARTUCE, 2014, p. 1.413)

Itabaiana de Oliveira (1936, p. 18, t. II) explica que a proibição desses instrumentos se deu porque as liberalidades mútuas assumiam o caráter de pactos mistos irrevogáveis, o que era incompatível com o princípio da revogabilidade do testamento.

Quanto ao conteúdo do testamento, ele pode ser amplo; não necessariamente dispõe apenas de questões patrimoniais. Itabaiana de Oliveira (1936, p. 50, t. II) ressalta que o testamento pode conter declarações acessórias como o reconhecimento de filhos e nomeação de tutor para filhos ou netos.

As disposições testamentárias estão disciplinadas nos artigos 1.897 a 1.911 do Código Civil. O ato de disposição pode ser puro ou simples, sem qualquer elemento accidental. Pode, também, ser condicional, cuja eficácia depende de evento futuro e incerto. Pode, ainda, estar relacionado a modo ou encargo, que é um ônus introduzido no ato de liberalidade. Por último, há a possibilidade de relacionar o testamento a determinado motivo (art. 1.897, CC).

O artigo 1.900 do CC trata das nulidades das disposições, quais sejam:

Art. 1.900. É nula a disposição:

- I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória³⁴ de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;
- II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
- III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
- IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
- V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Em contrapartida, o artigo 1.901, CC, preceitua acerca das permissibilidades das disposições testamentárias. É permitida a disposição em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado (inciso I). Observa-se, portanto, que é possível que o beneficiado pelo testamento seja

³⁴ Condição captatória é aquela em que a vontade do morto não é manifestada de forma livre, quer seja porque houve dolo quer porque houve pacto sucessório. (SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões.** 6ª ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2013. v. 6, p. 332)

determinável, desde que haja uma especificação mínima. O que a norma veda é a indeterminação subjetiva absoluta.

Autoriza-se, também, a disposição testamentária em remuneração de serviços prestados ao testador por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado (inciso II).

Sendo o testamento um instrumento de planejamento sucessório e tendo em vista que nele podem ser previstas diversas cláusulas, tanto de cunho patrimonial, quanto existencial, questiona-se se seria possível um cônjuge excluir o outro de sua sucessão. Essa questão será enfrentada no último tópico da presente dissertação.

Diferentemente do artigo 1.901 que trata das nulidades, o artigo 1.909 do CC indica que são anuláveis as disposições que incorrem em erro, dolo ou coação. O prazo para ação de anulação é decadencial de quatro anos, a contar de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

Importante mencionar sobre as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. A primeira delas proíbe a alienação do bem clausulado por venda, doação, dação em pagamento, transação, hipoteca, penhor, entre outros. Já a cláusula de incomunicabilidade, afasta a comunicação do bem, em qualquer regime adotado, mesmo na comunhão universal. Por último, a cláusula de impenhorabilidade garante que o bem não seja penhorado, constricto para a garantia de uma execução.

Tartuce (2014, p. 1.429) discorre que as referidas cláusulas podem ser temporárias ou vitalícias. Se forem vitalícias, entende-se que a morte do beneficiado extingue a eficácia da disposição. Com o falecimento do herdeiro necessário que recebeu bens clausulados em testamento, transmite-se aos seus herdeiros os bens livres e desembaraçados³⁵.

3.1.3 Pacto sucessório: classificação e características

O terceiro documento analisado por este trabalho cujo conteúdo é expresso por meio da autonomia privada das partes é o pacto sucessório. Convém mencionar que, neste trabalho, os termos “pactos sucessórios” e “contratos sucessórios” serão utilizados como sinônimos.

Madaleno (2018, p. 66) descreve que os pactos sucessórios são definidos, *lato sensu*, como qualquer convenção que tem por objeto a herança de pessoa viva. Também são

³⁵ STJ. REsp 80.480/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 13/05/1996, DJ 24/06/1996.

conhecidos como *pacta corvina*, pactos sobre sucessão futura ou contratos de herança. Os pactos são irrevogáveis acerca de sucessão não aberta.

Segundo Cruz (1965, p. 94) o termo “pacto sucessório”, em sentido restrito, é utilizado para designar a convenção ou contrato que tenha por objeto de um ou ambos os contratantes. Em sentido amplo, a expressão compreende todos os contratos sobre herança de pessoa viva.

A principal distinção entre o pacto sucessório e o testamento é que este último é revogável. Ao contrário, tendo em vista ser um contrato, o pacto sucessório só admite revogação por convenção das partes. (SILVA, 2019, p. 20)

Contudo, destaca-se que o pacto sucessório não se trata de um testamento irrevogável, mas sim uma disposição por causa de morte que produz um vínculo obrigatório e atual, entre os contratantes. A essência dessa vinculação consiste em que o instituidor fica privado de suas faculdades *mortis causa*, porém pode dispor de seus bens enquanto vivo, sempre que seus atos não prejudiquem as legítimas expectativas criadas pelo herdeiro ou legatário. (MADALENO, 2018, p. 79)

O conteúdo do pacto pode ser o mais diverso, tendo como característica referir-se à sucessão não aberta. Tradicionalmente, eles dividem-se em pactos institutivos (*de succedendo*), renunciativos (*de non succedendo*) e dispositivos (*hereditate tertii*).

Silva (2019, p. 112) explica que o pacto institutivo, positivo ou de atribuição é aquele no qual atribui-se a herança ou legado a alguém. O disponente institui um beneficiário como herdeiro de uma universalidade ou porção da sucessão ou lhe atribui, em caráter irrevogável, um legado.

Intrinsicamente, os pactos aquisitivos 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; criam apenas uma expectativa jurídica em favor do beneficiário, semelhante à expectativa de um herdeiro legitimário. Logo, o instituidor não perde o seu direito, mas sofre algumas limitações no seu exercício a fim de resguardar as expectativas do instituído. (CRUZ, 1965, p. 95)

Já o pacto negativo, abdicativo ou renunciativo, principal objeto deste trabalho, se refere à renúncia à futura herança. O herdeiro presuntivo renuncia o seu direito de tomar posse à sucessão de quem a sucessão se trata. Diferentemente do pacto positivo, nesse caso, em vez de criar um direito de sucessão, o pacto suprime-o. (SILVA, 2019, p. 113)

Da mesma forma que o positivo, o pacto renunciativo apresenta a mesma natureza mista. Não cria, nem extingue, tampouco transfere de imediato qualquer direito. “Pode, quando

muito, extinguir uma expectativa juridicamente protegida, como, por exemplo, na renúncia à legítima, feita pelo herdeiro legitimário, ou na renúncia a uma instituição contratual, feita pelo instituído”. (CRUZ, 1965, p. 95)

Cruz (1965, p. 96) faz o alerta de que é necessária a intervenção daquele cuja sucessão se trata para caracterizar o pacto renunciativo. A ausência dessa intervenção desqualifica a bilateralidade do ato jurídico, tornando-o unilateral e revogável. Caso não ocorra a intervenção, haverá pacto relativo à sucessão de terceiro e não pacto renunciativo.

Conforme Silva (2019, p. 146), o pacto renunciativo pode, ainda, se dar a título gratuito ou oneroso. No primeiro caso, a renúncia à sucessão não aberta ocorre pela própria vontade do renunciante, como, por exemplo, quando os cônjuges renunciavam reciprocamente à herança em pacto antenupcial. Já por ato oneroso, seria quando o renunciante recebe uma contrapartida da renúncia, algum valor em dinheiro, bens ou direitos.

Por sua vez, o pacto dispositivo dispõe acerca dos efeitos da participação na herança de terceiro. Nessa hipótese, duas pessoas estabelecem disposições regulando a sucessão de um terceiro. Seriam os atos bilaterais *inter vivos* efetuados entre dois interessados sobre a sucessão de uma pessoa viva, que não intervém no negócio. (SILVA, 2019, p. 113)

Leciona Cruz (1965, p. 96) que essa modalidade de pacto, quando na sua acepção típica (convenção sobre a sucessão de um terceiro), sequer pode ser considerada como um pacto sucessório *stricto sensu*, visto não regular a sucessão de um dos contratantes. Porém, o mais comum é que os pactos *de hereditate tertii* misturem-se com o pacto aquisitivo e renunciativo. É o que sucede sempre que nele intervém e dá o seu consentimento a pessoa cuja sucessão o contrato incide.

Por sua vez, Itabaiana de Oliveira (1936, p. 66, t. I), faz referência, ainda, de uma quarta categoria de pacto sucessório, a qual é designada pacto de *mutua successione*, em que há uma instituição mútua de herdeiro.

De acordo com Silva (2019, p. 77), a principal classificação dos pactos sucessórios é dada pelos romanistas e tem como referência os seus efeitos. Da mesma forma, é possível estabelecer uma classificação conforme os centros de interesse de atingidos por força do pacto, como faz a doutrina germânica. Os pactos sucessórios unilaterais são aqueles que apenas uma das partes do contrato promove disposições de cunho sucessório, tais como instituição de herdeiro, de legado ou de encargo testamentário, e a outra parte somente colabora com a produção dos seus efeitos.

As principais características do pacto sucessório são que o objeto do contrato consista na totalidade ou em parte em uma sucessão futura (não aberta) ou, em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre essa herança. Ou, ainda, em caso de herança de terceiro, é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação. (SILVA, 2019, p. 79)

Cruz (1965, p. 97) relata que, inicialmente, o direito romano foi muito hostil com a figura dos pactos sucessórios. Condenava, casuisticamente, as modalidades possíveis de pactos, à medida em que a prática ia criando-os. Invocava fundamentos diversos para justificar as condenações, a depender do caso concreto. Contudo, da mesma forma, foi casuisticamente admitindo algumas modalidades de pactos na época pós-clássica e justiniana.

Quanto à forma do pacto sucessório, observa-se que essa questão não é muito enfrentada na doutrina. O que parece é que o pacto sucessório não exige, necessariamente, um instrumento formal com essa denominação, pois o pacto sucessório pode ser inserido em pacto antenupcial. Isto é, não precisa de um papel contendo cláusulas sobre herança de pessoa viva para que seja caracterizado o pacto sucessório. Basta que seja inserida uma disposição a respeito de sucessão não aberta que isso já se traduz em um pacto sucessório.

Para o direito, pouco importa a denominação do instrumento utilizado; o que importa é o conteúdo da relação jurídica definido nas cláusulas contratuais. Como, por exemplo, um contrato de namoro preventivo não evita a constituição de união estável, se o conteúdo nele inserido diga respeito à união estável. (BORTOLATTO; GHILARDI, 2020, p. 12)

No mesmo sentido, Madaleno (2018, p. 91) discorre que a renúncia dos cônjuges pode ser consignada em escrituras especialmente lavradas e que só produzem efeitos se, ao tempo da abertura da sucessão, ainda persista a existência do casamento.

Embora seja um instrumento que efetiva a autonomia privada e pode servir de aliado no planejamento sucessório, considerando as suas características de poder instituir herdeiros e, até mesmo, de renunciar à herança, atualmente, em tese, é vedada a instituição de pactos sucessórios, conforme será visto no tópico a seguir.

3.2 A VEDAÇÃO LEGAL DO PACTO SUCESSÓRIO PREVISTA NO ARTIGO 426 DO CÓDIGO CIVIL

A codificação brasileira não prevê a possibilidade de sucessão contratual, isto é, aquela pela qual alguém vem a suceder devido à existência de um contrato. Não é possível criar a

condição de herdeiro em negócios jurídicos bilaterais por conta da vedação do artigo 426 do Código Civil. Por outro lado, tal regra não abrange as convenções particulares cujo objeto é a cessão de direitos hereditários, em se tratando de sucessão já aberta. (SILVA, 2019, p. 166)

O artigo 426 do Código Civil estabelece: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Tal disposição já existia no artigo 1.089 do Código Civil de 1916 e foi reproduzida pelo Código de 2002, sem a devida reflexão a respeito.

A teor do artigo 426 do Código Civil, é proibido contratar herança de pessoa viva. Por outro lado, é admitida a partilha amigável, de acordo com os artigos 2.014 a 2.018 do mesmo diploma legal, aceitando a partilha por ascendente por ato *inter vivos* feito por doação ou testamento.

Na doação, o doador está partilhando seus bens entre seus herdeiros e se a doação abarcar todo o seu patrimônio, reservando-se pelo menos renda suficiente para a sua subsistência com o usufruto vitalício, dispensa-se os herdeiros do inventário. Se a doação não englobar todo o acervo, será preciso abrir inventário. (MADALENO, 2019, p. 150)

Aberta a sucessão, conforme tratado no capítulo anterior, o herdeiro tem a opção de aceitar ou renunciar à herança. Especificamente quanto à renúncia, de acordo com a legislação vigente, ela só pode ser manifestada após a abertura da sucessão, uma vez que é vedado o pacto sucessório sobre uma herança que ainda não existe, senão na expectativa de quem também ainda não detém a qualidade de herdeiro.

Cruz (1965, p. 105) discorre que a regra geral de proibição dos pactos sucessórios advém do direito romano, embasada na Constituição *de Quaestione*, do imperador Justiniano. Embora tal Carta Magna desautorizasse somente os pactos de natureza *hereditate tertii*, ela foi tomada pelos romanistas como uma proibição genérica a todos os pactos sucessórios. Destacase, todavia, que a proibição era a regra, mas comportava exceções, como, por exemplo, na hipótese de pacto dispositivo em que o *de cuius* dava o seu consentimento e preservava-o até a sua morte.

Santos (1951, p. 192), comentando o artigo 1.089 do diploma civil de 1916, diz ser absoluta a proibição dos pactos sucessórios em razão dos princípios que a fundamenta e também devido à vedação da pactuação do princípio de que ninguém pode dispor de bens e direitos que não estão ainda em seu patrimônio. O autor prossegue dizendo que quanto aos pactos antenupciais, são inadmissíveis cláusulas sucessórias, ressalvadas duas situações citadas por Clóvis Beviláqua: a) ser lícito aos cônjuges regularem as suas sucessões recíprocas (arts. 156,

257 e 314 do Código Civil de 1916); b) de poderem os pais, por atos *inter vivos*, partilharem seus bens com seus filhos.

A bibliografia e estudos referentes ao tema são escassos no país. Será que nos tempos atuais ainda se justifica a proibição?

Monteiro Filho e Silva (2016, p. 170) explicam que o principal motivo para existir a vedação é que negociar herança de pessoa viva causa um sentimento imoral daquele futuro beneficiado com a morte do titular do patrimônio. A denominação para esses tipos de contratos, chamados de “*pacta corvina*”, vem justamente por analogia à figura da ave corvo, cuja alimentação se dá por animais mortos, comparando esse hábito alimentar com o objeto do contrato (herança de pessoa viva).

No mesmo sentido, Silva (2019, p. 111) afirma que o fundamento precípua para repugnar os pactos sucessórios é o fato de que esses negócios supostamente despertam sentimentos odiosos consistentes no desejo de morte de cuja sucessão se trata, pois a pessoa beneficiada pelo contrato seria alimentada pela ânsia de morte da outra.

Porém outros argumentos também são citados. A afronta à ordem pública disposta pelo direito das sucessões, uma vez que o titular do patrimônio poderia burlar a lei, atribuindo a outras pessoas a sua herança. (SILVA, 2019, p. 112)

Além disso, um terceiro argumento apontado que impulsionou a proibição do pacto sucessório é que ele restringe a liberdade de testar. Isso porque as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade até o momento da morte do disponente. Por fim, o potencial de gerar situações lesivas para os herdeiros também é apontado como uma das razões de proibição dos pactos. (SILVA, 2019, p. 112)

Contudo, Silva (2019, p. 21) ressalta que a origem da vedação legal se deu na época em que a autonomia era vista com distorção das situações reais em que os sujeitos estavam envolvidos, muitas vezes marcadas por constrangimentos materiais ou sociais que maculavam a sua liberdade real.

Em síntese, existem, basicamente, quatro argumentos para que se proíba as pactos sucessórios: 1) a instituição desse instrumento fere os bons princípios, uma vez que instiga a esperança na morte daquele a quem o pacto refere-se; 2) o pacto sucessório fere a ordem pública, tendo em vista que estipula uma sucessão com base nele, violando a regra dual de sucessão (legítima e testamentária); 3) o pacto sucessório viola a liberdade de testar, pois são irrevogáveis, enquanto que as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade do ato até o momento da morte do autor da herança; 4) por fim, esse negócio

jurídico teria o potencial de criar situações jurídicas lesivas ao herdeiro presuntivo, o qual não teria condições de avaliar e precificar o seu direito.

Cardoso (2011, p. 183) defende a impossibilidade de constar em pacto antenupcial qualquer cláusula que verse sobre a herança dos cônjuges. Comenta não ser possível tanto na modalidade dispositiva – que atribui uma herança futura ao parceiro supérstite sobre os bens particulares do falecido –, quanto na hipótese de renúncia – cujo conteúdo é a abdicação antecipada da herança quando da morte do consorte.

Atualmente, é preciso fazer uma releitura do artigo 426 do Código Civil, tendo em vista que o contexto social no qual foi inserido não é mais a realidade dos dias de hoje. O Direito de Família e Sucessões passou por grandes mudanças nos últimos anos, podendo ser destacado, por exemplo, a possibilidade de divórcio extrajudicial, a filiação socioafetiva e a equiparação do companheiro com o cônjuge na sucessão legítima.

Os pactos sucessórios se apresentam como uma saída à neutralidade da lei sucessória para que a sucessão atenda à realidade da família. Nas palavras de Monteiro Filho e Silva (2016, p. 3), os contratos sucessórios são qualquer convenção cujo conteúdo seja a herança de pessoa viva. São negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis sobre uma sucessão não aberta.

Conforme visto acima, existem três modalidades de contratos sucessórios. O exemplo mais comum de pacto renunciativo é o objeto de estudo deste trabalho: quando os cônjuges renunciam reciprocamente à sucessão do outro, normalmente em pacto antenupcial.

Em que pese seja vedado no Brasil, alguns países como a França e Alemanha permitem o pacto sucessório. Em outros, como na Argentina e na Itália, o pacto é aceito na hipótese do seu objetivo ser a garantia da unidade produtiva (SILVA, 2019, p. 178).

Lopéz (2011, p. 27) explica o sistema sucessório aragonês afirmando que nesse aspecto há bastante diferença do direito civil espanhol, havendo maior liberdade para que cada pessoa possa dispor da sua sucessão – desde que não contradiga à Constituição Espanhola, que não seja de impossível cumprimento e que não fira nenhuma outra norma imperativa aragonesa. Em Aragão, são permitidos os pactos sucessórios, os quais se diferenciam do testamento na medida em que esses são revogáveis e aqueles não.

De acordo com Madaleno (2018, p. 69), o Direito brasileiro, seguindo o antigo direito francês, abarcou sem ressalvas, a orientação legal de proibição dos pactos sucessórios, sem qualquer critério crítico ou reflexão a respeito. Da mesma forma, vedou a renúncia da herança antes da morte do titular da sucessão, bem como qualquer promessa de renúncia.

No intuito de atingir o propósito deste trabalho, é necessário fazer diferentes análises acerca do artigo 426 do Código Civil para verificar se, diante das interpretações literal e sistemática, é possível concluir pela possibilidade de renúncia antecipada de herança pelo cônjuge.

3.2.1 Análise literal do artigo 426 do Código Civil

Sem maiores dispêndios argumentativos, primeiramente, é preciso pontuar no que consiste a interpretação literal, também chamada de gramatical. Conforme Albuquerque (1997, p. 150), a interpretação literal limita-se em fixar o sentido do texto legal, sanando eventual obscuridade com o significado literal das palavras. “[...] preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma.”

Assim, entende-se que a interpretação literal é mais rasa. Serve para criar o primeiro contato com o texto, porém não para extrair o verdadeiro sentido que a norma pode trazer.

Dessa forma, observa-se que a maioria dos operadores do direito utiliza dessa interpretação para ler o artigo 426 do Código Civil. De fato, em uma análise perfunctória, o sentido extraído da norma é de que não se pode contratar herança de pessoa viva e ponto.

À luz da interpretação literal, faz-se necessário buscar o significado gramatical da palavra “contratar”. O verbo define-se como “fazer contrato; combinar, ajustar, convencionar; tratar; assalariar: contratar um operário”³⁶.

Em um primeiro momento, com base na interpretação literal, pode-se afirmar que qualquer forma de contratação de herança é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a teor do artigo 426, CC. Esta é, inclusive, a posição majoritária da doutrina.

A respeito do assunto, Itabaiana de Oliveira (1963, p. 67, t. I) discorrendo acerca do artigo 1.089 do Código Civil de 1916, diz ser proibido contratar herança de pessoa viva, diante da clara vedação legal. Assim, nem mesmo nas convenções antenupciais pode-se estipular sobre a sucessão recíproca dos contratantes, uma vez que o código considera como não escrita convenção ou cláusula que contrarie disposição absoluta de lei.

Nas palavras de Cahali e Hironaka (2007, p. 89), só se admite renúncia quando aberta a sucessão, uma vez que é quando nasce o direito hereditário. A abdicação antecipada ou

³⁶ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/contratar/>. Acesso em: 04/06/2021.

promessa de renúncia, ainda que formal, realizadas antes do falecimento, não tem validade jurídica, até porque implicaria em ilegal pacto sucessório.

Na mesma toada, Rosenvald (2008, p. 416) leciona que é inválido o contrato de herança de pessoa viva. O pacto sucessório, constitui-se em um contrato e é um negócio jurídico bilateral, efetivado com a integração do consentimento dos herdeiros e/ou legatários. Assim, sobejaria desnaturada revogabilidade das disposições de última vontade, pois ao contratante seria vedada a rescisão unilateral do pacto, privando uma pessoa de regular a sua própria sucessão.

A vedação da sucessão contratual também é de ordem moral. A formalização de um contrato de tal natureza é conhecida como “pacto corvina”, pois gera clima de expectativa de óbito entre os herdeiros, que como corvos aguardam por esse momento. É flagrante a nulidade do ato pela ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC). (ROSENVALD, 2008, p. 417)

Quanto à possibilidade de renunciar antecipadamente em pacto antenupcial, Pacheco (1980, p. 105) afirma que se considera como não escrita qualquer convenção que altere a ordem legal das sucessões, ainda que formalizada por pacto antenupcial. Tal afirmação mostra-se ainda mais importante depois da edição do Código Civil de 2002 cuja redação criou a figura da sucessão concorrente do cônjuge. Além disso, o pacto antenupcial não consegue afastar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, a depender do regime de bens do matrimônio.

Além da doutrina, verifica-se que a tendência dos precedentes³⁷ do Superior Tribunal de Justiça também é no sentido de não permitir a contratação de herança de pessoa viva. Extrai-se alguns exemplos, como o Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.341.825/SC, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 15/12/2016. No caso em concreto, o processo versava sobre uma cessão de direitos feita por herdeiros, cujo negócio jurídico em questão não dizia respeito a adiantamento de legítima e sim sobre transação envolvendo herança de pessoa viva.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou a nulidade do negócio entendendo que “não se encontra qualquer prova relativa a qualquer adiantamento à legítima”, não havendo dúvida “de que houve transação envolvendo herança de pessoa viva, tanto é assim que assinam,

³⁷ Registra-se que a consulta dos julgados se deu pelo sítio do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo que o parâmetro utilizado, na área de busca de jurisprudência, foram as palavras-chaves “renúncia” “herança” “pessoa” “viva”. Não foi colocada uma limitação temporal. Destaca-se que o objetivo do presente trabalho não é fazer uma análise jurisprudencial e sim somente trazer os precedentes como exemplos para demonstrar a posição majoritária de cada um dos Tribunais. Por conta disso, foram escolhidos alguns precedentes para ilustrar a questão.

também, no referido documento os presumíveis autores da futura herança". O STJ manteve a decisão e consignou:

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)

A corroborar, tem-se o Recurso Especial n. 1.591.224/MA, julgado em 26/04/2016, cujo relator foi o Ministro João Otávio de Noronha. No caso em tela, a controvérsia dizia respeito à legitimidade para ajuizar ação de inventário, visto que uma das herdeiras havia renunciado antecipadamente à herança *sub judice*. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão de primeiro grau afirmando que o ato de renúncia da herança foi inválido, pois, nos termos do art. 426 do Código Civil, a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato. Além disso, constou que o ato da renúncia de herança exige que o herdeiro já seja proprietário e possuidor dos bens do espólio, fato que só ocorre com o falecimento do autor da herança³⁸.

No mesmo sentido observa-se o Recurso Especial n. 1.196.992/MS, relatado pela Ministra Nancy Andrichi, em 06/08/2013, em que, embora não fosse o objeto principal da ação, ficou assentado que a renúncia da herança pressupõe a abertura da sucessão e só pode ser realizada por aqueles que ostentam a condição de herdeiro³⁹.

O entendimento pela proibição de contratação de herança de pessoa viva também é seguido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A título de ilustração, colhe-se a Apelação Cível n. 0303456-94.2015.8.24.0039, julgada em 02/07/2020. Na hipótese, o magistrado de primeiro grau reconheceu, de ofício, a nulidade da transação em questão, visto envolver herança de pessoa viva, o que afronta o artigo 426 do Código Civil.

O desembargador relator Raulino Jacó Brüning ratificou a decisão, expressando ser possível o reconhecimento de ofício da nulidade de pacto sucessório, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, “e, ademais, o *pacta corvina* encerra prática manifestamente vedada pelo ordenamento jurídico civil”. Asseverou:

Sobre o *pacta corvina*, colhe-se da doutrina:

³⁸ REsp 1591224/MA, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 29/04/2016.

³⁹ REsp n. 1.196.992/MS, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013 DJe 22.8.2013.

O dispositivo está conforme a maior parte das legislações, desde o direito romano, ainda que lá houvesse a exceção quando a convenção fosse relativa à herança de terceira pessoa.

Essa restrição tradicional no direito tem cunho eminentemente moral e uma visão atinente aos incríveis crimes que visam ao benefício na sucessão.

Para que se tenha objeto lícito há que se admitir que seja moral, ou seja, não atente contra a moral.

Ora, estipular contratualmente sobre a herança de pessoa viva é estipular pretendendo que o mais cedo possível ocorra a morte do que deixará a herança.

Já no Código de 1916 via-se a justificativa para a impossibilidade da vedação, conforme se vê de Clóvis Beviláqua: "realmente a sucessão pactícia oferece grandes inconvenientes: a) Determina o surto de sentimentos imorais, porque toma por base de suas combinações a morte da pessoa, de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (de sucedendo), sejam renunciativos (de non sucedendo). [...] b) Contraria o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do disponente" (Código Civil brasileiro comentado, v. 4) (LOTUFO, R. Código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2016)

Na mesma esteira, pode-se destacar a Apelação Cível n. 0300695-81.2016.8.24.0063, cujo julgamento deu-se 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 pontuou 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.

Além disso, entendeu que não pode a autora alegar a proteção de bem imóvel pelo fato 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, a proteção de bem a ser partilhado por ocasião da abertura de sucessão pressupõe, antes de mais nada, a existência de herança, o que não se verificou nos autos.

Por fim, declarou que, além de não ser legítima a proporção de embargos de terceiro, ausente a pretensão também de interesse de agir, haja vista a impossibilidade de que a pretensão da autora se baseie em proteção de bem que pode vir a fazer parte de futura herança.

Portanto, utilizando-se da interpretação literal, a qual é utilizada por grande parte da doutrina e pelos precedentes, não parece ser autorizado ao cônjuge renunciar antecipadamente à herança, visto que o artigo 426 do Código Civil proíbe, expressamente, qualquer tipo de ajuste referente à herança de pessoa viva. Contudo, com o devido respeito, esse não parece ser o posicionamento mais acertado. Tendo em vista que a hermenêutica jurídica permite outros tipos de interpretação sobre a norma, cabe analisar o dispositivo sob um outro viés, mais adequado à realidade social, conforme o tópico a seguir.

3.2.2 Análise sistemática do artigo 426 do Código Civil

No intuito de analisar o artigo 426 do Código Civil de uma outra maneira. De partida, cumpre discorrer a respeito da interpretação sistemática. Maximiliano (2011, p. 104) leciona a respeito:

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido.

Nas palavras de Silva (2019, p. 112), a abordagem atomística, não generalizante, das diferentes manifestações de um contrato sobre sucessão futura, faz-se útil para compreender a sua dinâmica, função e motivos justificadores da proibição.

Existem cerca de quatro fundamentos para a proibição dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico. Todavia, fazendo uma análise mais apurada, tendo como pano de fundo o intuito da vedação, a realidade atual da sociedade, bem como das demais legislações, será que não cabe uma interpretação diversa do artigo 426 do Código Civil?

Segundo Cruz (1965, p. 107), a maior impotência dos romanistas era justamente proibir, de forma generalizada, os pactos sucessórios renunciativos. As razões invocadas para justificar a nulidade de tais contratos eram fracas. Por conta disso, os jurisconsultos da época acabaram por procurar expedientes capazes de validar as renúncias contratuais, em vez de refutá-las.

Um desses expedientes era o de exigir que a declaração do renunciante fosse acompanhada de um juramento, diante do respeito que se tinha pelo juramento nessa época. Assim, ele era uma maneira fácil de conferir validade a um acordo que se considerava, em princípio, proibido. Outro expediente era o de o pacto ser efetuado entre o renunciante e o beneficiário, intervindo o titular da sucessão apenas para dar seu consentimento. Neste último caso, o pacto deixava de ter o caráter renunciativo para ser um pacto dispositivo. (CRUZ, 1965, p. 107)

É comum observar autores refutando, de plano, a instituição de pactos sucessórios sem a devida reflexão e crítica sobre o artigo 426 do CC. Silva (2019, p. 80) afirma que a aceitação acrítica pela comunidade jurídica, a repetição das fórmulas e lições e o apego moral de um dos seus fundamentos talvez sejam as razões pelas quais o referido artigo ainda se mantenha

incólume durante um século no ordenamento jurídico brasileiro. E faz os seguintes questionamentos:

Subsiste a necessidade de proibição dos pactos sucessórios? Quais os interesses protegidos pela regra proibitiva? É realmente um problema a validade de negócio jurídico cujo exercício ou aquisição da vantagem por ele prevista dependa da morte do estipulante? Em que medida esses interesses podem ser confrontados por outros de superior hierarquia axiológica? Haveria utilidade social na permissão, ainda que setorizada, dos pactos sucessórios? Todas essas perguntas se mostram óbvias quando se leva em consideração outros ramos do direito que foram alvo de grande intervenção da Carta Magna de 1988, e até mesmo dentro do próprio Direito Civil, principalmente em relação aos direitos de cunho existencial. (SILVA, 2019, p. 81)

De fato, essas questões merecem ser levantadas a fim de que se estude o artigo 426 do CC sob um novo paradigma. Conforme visto no item 3.2, existem quatro principais fundamentos que desautorizam a confecção de pactos sucessórios. Entretanto, os argumentos de proibição da renúncia não se sustentam quando analisados sob a perspectiva da interpretação sistemática.

Simão (2017, p. 1) também considera que a restrição do referido artigo precisa ser repensada para fins de direito de família. Isso porque, no Brasil, a morte ou divórcio não alteram a situação patrimonial dos cônjuges. O regime de bens adotado produz efeitos tanto na partilha de bens entre os cônjuges (divórcio), quanto entre o sobrevivente e os herdeiros (morte).

Lôbo (2017, p. 69) entende que a constitucionalização do direito civil representa hoje muito mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de mudança de paradigmas por que passou o direito civil na transição entre Estado liberal para Estado social. Dessa forma, a mudança da realidade social, a qual teve reflexos em normas constitucionais, deve orientar a realização do direito civil, impondo ao intérprete a conformação do direito codificado às normas constitucionais fundamentais.

A partir da edição da Constituição Federal de 1988 percebe-se que, antes de tutelar o “ter”, é preciso tutelar o “ser”. A pessoa humana deve ser tutelada nas faculdades inseparáveis da natureza humana, as quais formam a razão e base de sua existência e do desenvolvimento de sua atividade, para atingir fins essenciais da vida. (NEVARES, 2015, p. 17)

Na contramão de outros diplomas legais, como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que seguiram a mudança de perspectiva civil-constitucional, o Código Civil insistiu em repetir a dogmática ultrapassada do seu antecessor. Ele nasce velho “principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa

experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais do que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. (TEPEDINO, 2001, p. 2)

No intuito de o projeto constitucional ser concretizado, Perlingieri apud Nevares (2015, p. 18) sugere um programa de investigação, que se propõe à atuação de objetivos qualificados:

Individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.

Sendo assim, fica evidente que o artigo 426 do Código Civil merece ser interpretado à luz de uma dogmática civil-constitucional que dê interpretação diversa da literal. Esse tipo de interpretação não é novidade, sendo que, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já decidiu contra expressa disposição legal do artigo 1.723 do Código Civil quando reconheceu a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento em conjunto da ADI n. 4277 e da ADPF n. 13.

No referido julgamento, o ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723, do CC que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O relator argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Concluiu que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Embora não digam respeito ao mesmo instituto, visto que os alimentos são verbas decorrentes do Direito de família e a herança alude ao Direito sucessório, cabe fazer uma analogia entre ambos. O artigo 404 do Código Civil de 1916 ditava que a regra geral era a irrenunciabilidade dos alimentos. Em complemento, a Súmula n. 379 do Supremo Tribunal Federal estipulou a impossibilidade de renúncia de alimentos entre cônjuges, com a seguinte dicção: “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

Em que pese a existência dos referidos dispositivos, a doutrina e jurisprudência⁴⁰, desde o advento da Constituição Federal, posicionaram-se no sentido de que a irrenunciabilidade dos alimentos era somente no que tange às relações de parentesco, uma vez que tais relações não podem ser desconstituídas, diferentemente do casamento. (ALVES, 2010, p. 207)

No mesmo sentido, leciona Madaleno (2007, p. 174) que, de acordo com doutrina e jurisprudência, antes da edição do Código Civil de 2002, aceitava-se a renúncia abdicativa do direito alimentar, pois manter o crédito alimentício representaria manter o vínculo e deste, o direito de revisar a quantificação da pensão para majorar ou reduzir o seu valor. Assim, mantinha-se o elo dos alimentos, o cônjuge nada renunciava, não interessando ao alimentante viver nesta insegurança, sempre sujeito a enfrentar futura demanda alimentar.

Entretanto, na contramão da doutrina e jurisprudência, o Código Civil de 2002 reproduziu o entendimento do seu antecessor e estampou, no seu artigo 1.707, a regra de irrenunciabilidade dos alimentos, sem distinguir a qual espécie de alimentos se refere, o que faz com que a regra englobe os alimentos entre cônjuges.

Negar aos cônjuges, pessoas maiores e capazes, de renunciarem o direito recíproco a alimentos, fere a autonomia privada das partes, demonstrando uma ingerência excessiva do Estado nessas relações⁴¹.

Com razão, expõe Alves (2010, p. 210):

Ora, não permitir que pessoas maiores e capazes decidam se abrem mão do direito a alimentos que titularizam ou não significa, sem sombra de dúvidas, desrespeito ao exercício da sua liberdade, do seu poder de autodeterminação. Se o próprio consorte alega que não necessita dos alimentos após a separação judicial, provavelmente em virtude de possuir condições financeiras para arcar com o seu próprio sustento, por que motivo o Estado haveria de interferir no âmago familiar, contrariando a vontade dos seus componentes, infantilizando-os?

Diante disso, novamente a doutrina⁴² e precedentes têm entendimento de que é possível a renúncia de alimentos entre cônjuges, o que demonstra que é possível uma interpretação diversa do sentido literal do artigo.

⁴⁰ Vide alguns julgados do STJ: REsp. n. 70630/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior; REsp. n. 578511/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini.

⁴¹ Convém mencionar que, a respeito do assunto, foi criado o Projeto de Lei n. 504/07, cujo objetivo visava alteração da redação do artigo 1.707 para que o credor pudesse renunciar aos alimentos, salvo quando a obrigação decorresse de relação de parentesco. Entretanto, o Projeto foi arquivado.

⁴² COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A separação judicial e a renúncia a alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 61-73. MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 179-180.

De acordo com Silva (2019, p. 180) o planejamento sucessório é um instrumento que tem sido bastante utilizado para garantir uma transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte. Além disso, é preciso destacar que não há incompatibilidade entre a proteção da família e a contratualização do direito sucessório. Muito pelo contrário. A autonomia privada no planejamento sucessório “visa precipuamente corrigir as eventuais distorções causadas pelas anacrônicas regras do direito sucessório, mesmo respeitando os limites legais, entre os quais a intangibilidade da legítima”.

A título de ilustração e fortalecimento dos argumentos aqui trazidos, sem a pretensão de fazer um estudo comparado, alguns países permitem a instituição de pactos sucessórios.

A Argentina permite pacto sobre herança futura quando envolver uma unidade produtiva, empresária ou civil, ou ainda direitos de participação sobre sociedades de qualquer tipo. O pacto, nessa hipótese, será o de manter a integralidade da gestão empresarial e prevenir conflitos (MADALENO, 2018, p. 77). No mesmo sentido, a Itália criou a figura do *patto di famiglia*, o qual transfere, no todo ou em parte, a um ou mais dos seus descendentes, a sua empresa ou participação societária, com intervenção do cônjuge⁴³. (SILVA, 2019, p. 53).

Por sua vez, a França, a partir da edição da *Loi du 23 juin 2006*, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2007, autoriza a renúncia antecipada de herança a favor de uma ou mais pessoas, herdeiras ou não, a qual pode abranger a totalidade ou parte da herança ou bem determinado⁴⁴.

Os países de influência germânica como Alemanha⁴⁵, Áustria⁴⁶, Suíça⁴⁷ e Liechtenstein⁴⁸ permitem os pactos sucessórios. Na Alemanha, por exemplo, os pactos são

⁴³ Art. 768-bis do *Codice Civile*: *È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti*. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/04/08/della-divisione>. Acesso em: 12/06/2021.

⁴⁴ *Article 929, Code Civil: Tout héritier réservataire présumé peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.*

La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé. L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118022/#LEGISCTA000006118022. Acesso em: 12/06/2021.

⁴⁵ Arts. 2274 a 3302 do *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁴⁶ Art. 1.249 e seguintes do *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*.

⁴⁷ Arts. 468, 481, 494 e seguintes, 512 a 516, do Código Civil Suíço.

⁴⁸ Arts. 533, 602 a 602-e, do ABGB do Principado de Liechtenstein.

autorizados há bastante tempo, nos quais o autor da herança pode instituir um herdeiro ou estabelecer um legado pela via contratual. Uma característica peculiar é a revogação de um testamento anteriormente firmado e a ineficácia de posteriores no que for contrário aos termos do contrato de herança. (SILVA, 2019, p. 56)

Grande inovação extrai-se da mudança legislativa realizada pela Lei portuguesa n.º 48, de 14 de agosto de 2018, a qual acrescentou alíneas nos artigos 1700⁴⁹ e 2168⁵⁰ do Código Civil de Portugal e aditou o artigo 1707-A, com o objetivo de permitir o casamento sem que os cônjuges se tornem herdeiros entre si, desde que optem pelo regime da separação de bens e assinem uma convenção antenupcial em que o casal declare que renuncia à herança reciprocamente. Convém citar parte do referido artigo:

Artigo 1707.º-A

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.

[...]

Feita esta breve incursão no direito estrangeiro, cabe analisar o direito nacional.

Itabaiana de Oliveira (1936, p. 66) relata que as Ordenações Filipinas vedavam os pactos sucessórios. Porém, alguns civilistas abriam uma exceção à essa proibição quando a convenção sucessória era estipulada em pacto antenupcial, uma vez que versava sobre sucessão recíproca dos contratantes⁵¹. Entretanto, essa mesma exceção era refutada por outros civilistas⁵².

⁴⁹ Artigo 1700.º

(Disposições por morte consideradas lícitas)

1. A convenção antenupcial pode conter:

[...]

c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário 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.

⁵⁰ Artigo 2168.º

[...]

2 - Não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse.

⁵¹ Teixeira de Freitas. Consolidação, art. 354 e nota 13; João Monteiro. Aplicações do direito, pags. 19-20.

⁵² Lafayette. Direito de família, nota IV ao § 54.

De acordo com Cruz (1956, p. 108), no começo do século XVI, a aceitação generalizada dos pactos sucessórios nos contratos antenupciais já tinha adquirido bastante força. Os pactos antenupciais eram documentos aptos à disposição acerca da sucessão no intuito de manter a integridade da família e a conservação das fortunas através das gerações. Por conta disso, foi deixada de lado a hostilidade romanista aos pactos sucessórios.

Portugal, a partir do século XVIII, passou a aceitar a liberdade das cláusulas pactuadas nas convenções matrimoniais. Dentre às formas de pactos sucessórios estipuladas em pacto antenupcial, existiam os pactos sucessórios com vistas a evitar a participação conjugal nas sucessões recíprocas. Todavia, com a mudança do Código Civil português, em 1867, o qual seguiu os moldes do Código Napoleônico, os pactos sucessórios passaram a ser proibidos. (CRUZ, 1965, p. 118)

A incongruência sistêmica dos motivos pelos quais os pactos sucessórios são proibidos se agravam com a evolução do direito e da sociedade, a qual expandiu a regulação do fato jurídico *stricto sensu* morte para o contexto de diversas manifestações da autonomia privada. A proibição genérica de todos os tipos de pactos sucessórios abarca, inclusive, situações jurídicas em que, objetivamente, não se prejudica a liberdade de testar, como ocorre com os pactos renunciativos. (SILVA, 2019, p. 154)

Sendo assim, cumpre refutar os quatro principais fundamentos para proibição dos pactos sucessórios.

O primeiro deles diz respeito ao suposto sentimento imoral criado no beneficiário do pacto, o qual desejaria a morte do titular do patrimônio para que se concretizasse as disposições do pacto. Contudo, no tocante aos pactos renunciativos, objeto deste trabalho, tal sentimento não se verifica. Havendo uma renúncia antecipada de herança, não há nenhum ganho ao renunciante. Muito pelo contrário, o que o renunciante mais vai desejar é que seu parceiro viva muito! Pois quando falecer, sabe que não terá direito à sua herança. Logo, com relação ao pacto sucessório renunciativo, verifica-se que o argumento de desejo de morte do titular do patrimônio não se aplica.

Desde os primórdios, Justiniano entendeu que a convenção sobre a sucessão de um terceiro deixa de ser imoral e de representar um perigo à vida do titular do patrimônio se este der o seu expresso consentimento e se preservar esse consentimento até a morte. (CRUZ, 1965, p. 101)

No mesmo sentido, Madaleno (2018, p. 72) sustenta não haver nada de odioso ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem de eventuais heranças conjugais. Isso porque

o próprio regime da separação de bens tem o objetivo de afastar a comunhão e possui efeito muito mais imediato, porquanto incidente sobre a meação dos bens construídos na constância do casamento, representando a renúncia de herança somente uma extensão dessa incontroversa vontade de separar os bens particulares do casal.

Outra razão – e a principal delas no que tange aos pactos renunciativos – para a proibição é a de que a instituição de pactos sucessórios fere a ordem pública e quebra o sistema dual sucessório. Entretanto, na hipótese de pacto sucessório de caráter renunciativo, não há que se falar em tal afronta, pois não há mudança nas regras sucessórias.

O que ocorre é apenas uma renúncia por parte de um dos cônjuges, o que não cria um novo sistema sucessório, interferindo na sucessão legítima ou testamentária. A única consequência é a retirada do cônjuge como herdeiro nas hipóteses de herança concorrente (incisos I e II do artigo 1.829, CC), o que não muda a ordem de vocação hereditária; os demais herdeiros (descendentes ou ascendentes) permanecerão fazendo jus ao seu quinhão hereditário.

Além disso, vale mencionar que os pactos renunciativos não são estabelecidos por vontade daquele cuja sucessão se trata e, então, não atribuem, imediatamente, a condição sucessória do beneficiado. Não há uma transferência da condição de herdeiro por força desse negócio jurídico. Portanto, não ofende o artigo 1.786 do Código Civil. (SILVA, 2019, p. 147)

O terceiro motivo da vedação é que permitir o pacto sucessório ofende a liberdade de testar, visto ser disposição irrevogável. O argumento também não se sustenta. Da mesma forma que ocorre com um contrato, o pacto sucessório pode ser alterado, por convenção das partes. É claro que o que não pode ocorrer é, depois de pactuado e ocorrida a morte, o cônjuge supérstite venha a questioná-lo, uma vez que é vedado o comportamento contraditório.

Por óbvio que se a contratação ocorreu sob algum vício de consentimento (dolo, coação) ou com o objetivo de fraudar credores, ela deve ser declarada nula. Contudo, caso o negócio tenha sido realizado dentro das normas, não pode o cônjuge, após a morte do seu consorte, simplesmente “mudar de ideia”.

Por fim, o último argumento da vedação dos pactos sucessórios é o de que herdeiros legítimos podem ser lesados com a instituição de outros. De fato, isso realmente pode ocorrer nos pactos sucessórios institutivos, porém o mesmo não ocorre nos pactos renunciativos, visto que não é instituído qualquer herdeiro. Sendo assim, em verdade, a renúncia do cônjuge favorece os demais herdeiros legítimos, pois sua quota hereditária volta para o monte para ser dividido entre os demais herdeiros.

Portanto, verifica-se que os fundamentos para vedação do pacto sucessório renunciativo não se sustentam, se analisados sob uma perspectiva crítica. Além de refutar os quatro argumentos, é preciso analisar a questão da possibilidade de interpretação distinta do que consta no artigo 426 do CC, sob outros argumentos.

De acordo com o que foi discorrido ao longo da primeira parte desse trabalho, a sucessão em concorrência do cônjuge surgiu para substituir o antigo usufruto viual e garantir um mínimo existencial do sobrevivente que poderia ver-se sem meação – a depender do regime de bens do seu casamento – com a morte do seu consorte.

Dessa forma, verifica-se que, quando herda em concorrência com os descendentes, o cônjuge trata-se de um herdeiro irregular, pois herda a título universal. Ele fica condicionado a assumir a posição de herdeiro a depender do regime de bens escolhido.

Quando herda em concorrência, o cônjuge é herdeiro irregular, pois a concorrência trata-se de um benefício viual de conteúdo assistencial e, devido a isso, é um direito disponível ao qual o cônjuge pode renunciar em escrituras especialmente lavradas e que só produzem efeito ao tempo da abertura da sucessão, caso ainda persista a vida matrimonial. O mesmo não ocorre na hipótese em que o cônjuge herda sozinho (inciso III). (MADALENO, 2018, p. 91)

Nos dizeres de Madaleno (2018, p. 74), estender o regime da separação para adiante da meação e conceber a renúncia de herança em pacto sucessório, externada essa renúncia antecipadamente, nada apresenta de odioso ou imoral, assim como não é odioso e imoral renunciar à meação. Também não restringe a liberdade de testar, visto que, aliás, aumenta essa liberdade, pois permite ao testador afastar herdeiro concorrencial de um planejamento sucessório.

Além disso, vale ressaltar que existe no ordenamento jurídico outras formas válidas de contratação de herança de pessoa viva como os contratos constitutivos de sociedades empresárias, quando elas possuem estatutos ou atos de constituição que preveem os direitos decorrentes do falecimento dos sócios e proíbem o ingresso do cônjuge sobrevivente ou outro herdeiro do quadro societário.

Os pactos matrimoniais são projetados para momentos de crise e de rompimento conjugal, os quais podem ocorrer em vida ou em morte, mas que não mais se justifica o legislador brasileiro ficar preso ao Código Civil de Napoleão, editado em 1804, que proíbe genericamente a contratação de herança de pessoa viva. Até porque, quando ocorre a renúncia em pacto antenupcial, o cônjuge não torce pela morte do seu consorte, uma vez que não ganha nenhum benefício econômico com a sua viuvez. (MADALENO, 2018, p. 77)

Conclui Madaleno (2018, p. 87) que a renúncia de direitos hereditários concorrenciais futuros pelo cônjuge não afronta o artigo 426 do Código Civil, uma vez que diz respeito a “um mero benefício vidual, passível de plena e prévia abdicação, que, obviamente, em contratos sinalagmáticos precisa ser reciprocamente externada pelo casal, constando como um dos capítulos do pacto antenupcial.”

Um outro fundamento para permitir a renúncia sem que afronte o artigo 426 do Código Civil é que, em verdade, 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 concorrente na sucessão e não a herança.

Também a favor da possibilidade de renúncia antecipada, porém pautado em outro fundamento, Delgado (2019, p. 2), entende que a interpretação do artigo 426 do CC tem sido utilizada de forma extensiva, abrangendo situações não previstas em seu conteúdo restritivo, limitado aos pactos dispositivos, mas não abrangente dos pactos renunciativo e aquisitivo. O que a lei veda é contratar a herança de pessoa viva, sem participação dessa pessoa.

Delgado (2019, p. 3) continua aduzindo que, diferentemente do que se pode pensar, o Código Civil permite a renúncia de direitos futuros. Quando o Código quis proibir a renúncia a direito futuro, ele o fez expressamente, como a hipótese de proibição do doador de renunciar antecipadamente ao direito (futuro) de revogar a doação por ingratidão, prevista no artigo 556, do Código Civil⁵³.

Da mesma forma, o legislador deixou expresso, no artigo 424 do CC, que são nulas as cláusulas de renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, em contrato de adesão.

E complementa:

Em muitas situações além dessas, é verdade, há vedações à renúncia de direito futuro, mas o fato é que a regra é a sua renunciabilidade, assim como a possibilidade de renúncia à expectativa de um direito. Quando o legislador quis proibir os pactos dispositivos ou de *hereditate tertii* ele também o fez expressamente. Assim é que o artigo 1.793 proíbe a cessão de direitos hereditários antes da abertura da sucessão. Mas não há nenhuma disposição que proíba, por exemplo, a renúncia a direitos hereditários antes da abertura da sucessão. (DELGADO, 2019, p. 4)

Ainda, é de se destacar que a doutrina classifica a renúncia como ato jurídico *stricto sensu* ou como negócio jurídico unilateral. Independentemente de qual linha se deseja seguir,

⁵³ Art. 556. Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário.

nenhum delas trata a renúncia como contratação. Há consenso entre os autores sobre a unilateralidade da renúncia. Logo, renúncia de herança não fere o disposto no artigo 426 do CC pois não há nenhum tipo de contratação quando se renuncia. Ademais, embora a renúncia possivelmente conste em um instrumento negocial, como o pacto antenupcial, por exemplo, ela não perde a sua característica de ser unilateral.

Neste sentido, Mello (2019, p. 271) adotando a posição de que a renúncia de herança é negócio jurídico unilateral, afirma que, em razão da sua natureza autônoma, o negócio jurídico unilateral pode ser incluído em negócio jurídico bilateral, porém não perde sua identidade própria, pois “mesmo embutida em negócio jurídico bilateral, a renúncia não se bilateriza, mas continua negócio jurídico que é”.

Aqui cabe uma reflexão sobre em qual instrumento deve ser manifestada a renúncia. De fato, o pacto antenupcial parece ser um documento válido e eficaz para que a renúncia seja expressa. Nessa hipótese, os cônjuges convencionam, antes mesmo do casamento, a renúncia de suas heranças recíprocas. Nada impede, porém, que, se no decorrer do matrimônio, os cônjuges decidam pela renúncia antecipada de herança, esse ato seja manifestado em qualquer outro documento particular. Isso porque, conforme exposto acima, pouco importa o nome do documento em que é manifestado o pacto sucessório, o que interessa é o seu conteúdo versar sobre sucessão não aberta entre os cônjuges.

Por outro lado, com relação ao testamento, não parece fazer muito sentido o cônjuge renunciar à herança concorrente do seu consorte nesse instrumento, pois seu testamento só será aberto quando da sua morte e, falecendo, já não tem mais direito à essa herança. Desse modo, a única forma possível de se abrir mão de direito sucessório pelo cônjuge através de testamento, seria no caso de um excluindo o outro.

Entretanto, essa disposição testamentária não deve ser considerada válida, uma vez que seria uma contratação de herança de terceiro (pacto sucessório dispositivo), o qual, dadas as suas características, mesmo em uma interpretação sistemática, afronta o artigo 426 do Código Civil. Conforme exposto acima, o pacto dispositivo, diz respeito à uma contratação de herança de terceiro. Logo, tendo em vista o seu conteúdo, essa modalidade de pacto é vedada e não comporta fundamentos, ao menos por ora, de aceitação.

Sendo assim, utilizando-se da interpretação sistemática e analisando o ordenamento jurídico como um todo, verifica-se que é permitida a renúncia antecipada a direitos futuros (expectativa de direito), bem como existe dispositivo que permite, de certa forma, uma contratação de herança de pessoa viva, como a hipótese de cláusula em contrato de sociedade.

Ademais, tendo em vista a incidência da autonomia privada no âmbito familiar, seja nas relações patrimoniais ou existenciais, aliada à capacidade e maioria dos cônjuges, é autorizado aos consortes regularem, por meio de instrumento particular, os rumos da vida conjugal.

Soma-se tudo isso ao fato de que a herança concorrente foi criada com nítido caráter assistencial, em substituição ao usufruto viual, a fim de garantir um mínimo existencial para um dos consortes, na ocasião de falecimento do seu parceiro, conclui-se ser possível a renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge.

É preciso desapegar do pensamento ultrapassado de vedação e analisar os pactos sucessórios com um olhar mais crítico. Os pactos sucessórios, além de valorizarem a autonomia privada, garantem segurança jurídica e evitam conflitos futuros. Um dos exemplos é justamente a hipótese de regular a sucessão recíproca entre cônjuges.

Tamanha é a importância da reinterpretação do artigo que, inclusive, Simão (2017, p. 1) sugere o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 426, CC, qual seja: “Parágrafo único: Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado.”.

Isto é, embora a sugestão não resolva o problema enfrentado nesta dissertação, demonstra que o artigo precisa passar por uma alteração. É lógico que o artigo 426, CC, tem causado vários entraves também no que diz respeito ao planejamento sucessório dos cônjuges. Por conta disso, deve ser dada maior atenção à questão.

CONCLUSÃO

O Direito Sucessório, de modo geral, passou por diversas mudanças no decorrer dos anos, adaptando-se à realidade da sociedade de sua época. Especificamente, a sucessão do cônjuge seguiu esses passos. Grande marco para a mudança de paradigma foi a edição do Constituição Federal, a qual inseriu uma base principiológica, servindo de parâmetro para a promulgação de outras legislações.

Na mesma lógica, o Código Civil de 2002 também sofreu uma mudança de concepção, saindo do modelo patriarcal, patrimonialista e liberal do seu antecessor. O Direito de Família passou por diversas mudanças, podendo-se destacar a pluralidade familiar e a igualdade entre cônjuges.

Na mesma toada, a sucessão sofreu alterações, notadamente a sucessão do cônjuge. No Código Civil de 2002, o cônjuge foi alçado à condição de herdeiro necessário e o direito ao usufruto vidual foi extinto para dar lugar à sucessão concorrente. Com isso, o cônjuge passou a ostentar posição de concorrência – a depender do regime de bens adotado – com os descendentes e também com os ascendentes – independentemente do regime de bens do casamento.

A figura da concorrência surgiu em substituição ao direito de usufruto vidual e detém, nitidamente, caráter assistencial. Foi criada para garantir que o cônjuge não ficasse desamparado na hipótese de falecimento do seu consorte e inexistir direito à meação. Dessa forma, verificou-se que, quando herda em posição de concorrência, o cônjuge é herdeiro irregular, sendo a concorrência um benefício vidual.

Embora o artigo 1.513 do Código Civil tenha estabelecido o mínimo de intervenção estatal e de particulares na vida da família, o Estado ainda detém certa ingerência sobre essa seara, a qual pode ser indesejada.

Um desses exemplos é a proibição dos cônjuges de regularem as suas sucessões. Assim, procurou-se estudar se o cônjuge poderia renunciar a sua herança concorrente, antes mesmo do falecimento do seu consorte.

Ao longo da pesquisa, observou-se que o tema é bastante controvertido. Na verdade, a grande maioria dos doutrinadores e da jurisprudência adota firme posicionamento contrário à renúncia de herança, embasados no artigo 426 do Código Civil, o qual proíbe a contratação de herança de pessoa viva. Essa constatação, de plano, de que é vedada a contratação de herança de pessoa viva parte de uma interpretação literal do referido artigo.

Contudo, com devido respeito a esse entendimento, constatou-se que o referido artigo é reproduzido em livros e decisões sem uma análise mais aprofundada, principalmente no que toca aos motivos que ensejaram a edição da norma em comento.

No presente trabalho, foram apontados os quatro principais fundamentos para proibição de contratação de herança de pessoa viva, quais sejam: a) de cunho moral, no sentido de que negociar herança de pessoa viva é imoral e ensejaria um sentimento de ânsia na morte do titular do patrimônio; b) a pactuação de herança contraria a ordem dual sucessória, a qual é dada pela sucessão legítima ou testamentária; c) a confecção de contrato sucessório pode ser prejudicial aos herdeiros presuntivos; d) os pactos sucessórios ferem a liberdade de testar, pois tratam-se de convenções irrevogáveis.

No decorrer do trabalho, foram refutados todos esses quatro argumentos e demonstrado que a renúncia de herança não sustenta nenhum deles, sob uma perspectiva sistemática, pautada em uma leitura civil-constitucional.

Além disso, foram abordados três outros argumentos para que se permita a renúncia de herança pelo cônjuge: o primeiro deles diz respeito à própria condição de concorrência, na qual o cônjuge é herdeiro irregular e, devido ao caráter assistencial da concorrência, pode renunciar a esse benefício. Em verdade, não se renuncia à herança propriamente dita e sim à posição jurídica de concorrência, que é uma expectativa de direito.

Outro motivo para que seja possível a renúncia é com relação à própria natureza jurídica do instituto. Conforme largamente exposto, o artigo 426 do Código Civil dispõe ser vedada a “contratação” de herança de pessoa viva. Entretanto, tendo em vista que a renúncia é ato jurídico *stricto sensu* (ou negócio jurídico unilateral, a depender da posição adotada), não haveria óbice em renunciar previamente à herança pelo cônjuge, pois a regra geral de restrição não se aplica à renúncia.

Por fim, como terceiro argumento, observou-se que o ordenamento jurídico já permite a contratação de pessoa viva em outros dispositivos, como a exclusão de entrada do cônjuge em sociedade, quando do falecimento de seu consorte. Ademais, o ordenamento também permite uma interpretação diferente daquilo que está expresso em lei, sob uma leitura sistemática do sistema, quando a previsão legal não mais se coaduna com os valores civis constitucionais pretendidos pela sociedade.

Inclusive, há precedente de interpretação diversa do contido em lei pelo Supremo Tribunal Federal como no caso do julgamento em conjunto da n° ADI 4.277 e da ADPF n° 132, em que foi reconhecido que constitui união estável a união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo o artigo guereado (art. 1.723, CC) dispor expressamente “homem e mulher”.

Assim, conclui-se que é possível a renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge, quando analisada por uma interpretação sistemática, à luz do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **O órgão jurisdicional e a sua função**. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões. Teoria e prática. 22ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

_____. **Estudos e pareceres de direito privado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARMANDO, J. Netto. Usufruto legal do cônjuge viúvo: interpretação do § 1º do art. 1.611 do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 463, ano 61, jan. 1972.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1908.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Institui o Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.341.825/SC**. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM PROCESSO DE INVENTÁRIO. TRANSAÇÃO SOBRE HERANÇA FUTURA. NULIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não configura ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973 o fato de o Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte recorrente, suficiente para decidir integralmente a controvérsia. 2. 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. 3. A reforma do julgado demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. 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. 5. Agravo interno não provido. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 15 de dez. de 2016. Data de publicação: Diário de Justiça do dia 10 de fev. de 2017.

_____. **Recurso Especial n. 992.749/MS**. Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. - O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o

regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. - Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. - No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.. - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. - Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 01 de dez. de 2009. Data de publicação: Diário de Justiça do dia 05 de fev. de 2010.

Recurso Especial n. 1.591.224/MA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. LISTISPENDÊNCIA. RENÚNCIA AO DIREITO DE HERANÇA ANTES DA TRANSMISSÃO DA HERANÇA. NULIDADE. 1. "No tocante ao processo de inventário, o Código de Processo Civil dispõe que deve pedir a abertura quem estiver na posse e administração do espólio (art. 987), acrescentando que possuem legitimidade concorrente as

peças indicadas no art. 988 do CPC, podendo, ainda, o juízo determiná-lo de ofício caso nenhum dos legitimados o faça (art. 989)". A Lei n. 13.105/2015 - novo Código de Processo Civil -, com relação ao tema, trouxe apenas alterações redacionais e adequações terminológicas, uma vez que incluiu o companheiro entre aqueles que têm legitimidade para requerer a abertura do inventário, também alterando síndico para administrador judicial, de forma que o entendimento sobre a questão não sofreu alteração. 2. Em face da universalidade do direito de herança, não é possível o ajuizamento de mais de um inventário relativo ao mesmo acervo. Desse modo, constatando-se a existência de dois processos idênticos em que figuram iguais herdeiros e bens do mesmo de cujus, verificada está a ocorrência de litispendência. 3. Recurso especial conhecido e desprovido. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Data do julgamento: 26 de abr. de 2016. Data de publicação: Diário de Justiça do dia 29 de abr. de 2016.

Recurso Especial n. 1.196.992/MS. SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. MEAÇÃO. ATO DE DISPOSIÇÃO EM FAVOR DOS HERDEIROS. DOAÇÃO. ATO INTER VIVOS. FORMA. ESCRITURA PÚBLICA. 1. Discussão relativa à necessidade de lavratura de escritura pública para prática de ato de disposição da meação da viúva em favor dos herdeiros. 2. O ato para dispor da meação não se equipara à cessão de direitos hereditários, prevista no art. 1.793 do Código Civil, porque esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. 3. Embora o art. 1.806 do Código Civil admita que a renúncia à herança possa ser efetivada por instrumento público ou termo judicial, a meação não se confunde com a herança. 4. A renúncia da herança pressupõe a abertura da sucessão e só pode ser realizada por aqueles que ostentam a condição de herdeiro. 5. O ato de disposição patrimonial representado pela cessão gratuita da meação em favor dos herdeiros configura uma verdadeira doação, a qual, nos termos do art. 541 do Código Civil, far-se-á por Escritura Pública ou instrumento particular, sendo que, na hipótese, deve ser adotado o instrumento público, por conta do disposto no art. 108 do Código Civil. 6. Recurso especial desprovido. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 06 de ago. de 2013. Data de publicação: Diário de Justiça do dia 22 de ago. de 2013.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: sucesiones.** 7ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994. T. I.

BORGES, Janice Silveira. Princípio da liberdade. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil.** São Paulo: IOB, 2007, p. 81-107p.

BORGHI, Hélio. **Da renúncia e da ausência no direito sucessório.** São Paulo: Leud, 1977.

BORTOLATTO, Ariani Folharini. GHILARDI, Dóris. Existir, valer, ser eficaz: o que a teoria dos fatos jurídicos diz sobre o “contrato de namoro”? **Estudos avançados de direito de família e sucessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2020. 1-18p.

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

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** 2009. 304p. Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2011.

CARVALHO, Luiz Paul Vieira de. **Direito das sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 60, 1965, p. 96. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>>. Acesso em: 16 de jun. 2021.

DELGADO, Mário Luiz. **Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Ponto e vírgula**. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>. Acesso em: 2 de fev. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das sucessões**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7ª ed., v. 6, São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. O pacto antenupcial no Brasil à luz do direito e economia. **Revista IOB de Direito de Família**: São Paulo, v. 17, n. 97, ago./set. 2016, 48-67p.

FIGUEIREDO, Antônio Borges de. Conteúdo do pacto antenupcial. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 13, n. 70, fev/mar 2012, 116-123p.

GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio Histórico-Comparado De La Libertad De Testar En Inglaterra y Aragón. **Revista de derecho civil aragonês**, 2011. 45-92p. Disponível em: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/32/29/02barrio.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.

_____. **Sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001b.

_____. **Sucessões**, aumentada por Mario Roberto Carvalho de Faria. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Renata Raupp. **A função social da legítima no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do Companheiro e do Cônjuge, na Sucessão dos Descendentes?** 2003. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/129.pdf. Acesso em: 03 de mar. 2020.

_____. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 20

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: 1936. T I.

_____. **Tratado de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: 1936. T II.

JAFET, Danilo Haddad. Aceitação e renúncia de herança: relevância e questões controvertidas. **Revista Faculdade Direito Revista da Faculdade de Direito**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 112, 2017. 685-700p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. Planos de Existência, Validade, Eficácia e a Questão da “Querela Nullitatis”. **Revista Justitia**. São Paulo, n. 65, jul/dez 2008. 107-143p.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÓPEZ, Maria del Carmen Bayod. **Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil aragones**. 2011. Disponível em: <https://estatuto.aragon.es/sites/default/files/CUADERNO-FORAL-Bayod.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

MADALENO, Rolf. Renúncia antecipada de herança em pacto antenupcial. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, n. 27, ago. 2018.

_____. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAHAR, Heather. **Why there are so few prenuptial agreements?** Harvard Law School. Cambridge, 2003. Disponível em: www.pdf.semanticscholar.org. Acesso em: 20 de mai. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELERO, Martín Garrido. **Derecho de sucesiones**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2009, t. I.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. v. 72/2016. 2016. 169-194p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

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. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. 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.

PACHECO, José da Silva. **Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil.** Teoria geral do direito civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Franciso. **Tratado de direito privado: parte especial.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. T. II.

_____. **Tratado de direito privado: fatos jurídicos.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. T. III.

_____. **Tratado de direito privado: Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. T. LV.

_____. **Tratado de direito privado: Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. T. LVI.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (Parecer oferecido aos doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira). **Revista Trimestral de Direito Civil.** São Paulo, n. 24, v. 6. 205-228p. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado,** Doutrina e Jurisprudência. 2ª ed. rev.e atu. São Paulo: Manole, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0300695-81.2016.8.24.0063.** APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. IRRESIGNAÇÃO. PARTE QUE É FILHA E SUPOSTA FUTURA HERDEIRA DE IMÓVEL OBJETO DE DISCUSSÃO EM AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA NA QUAL SEU GENITOR É UMA DAS PARTES. AUTORA QUE NÃO PREENCHE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 674 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DE HERANÇA DE PESSOA VIVA. ADEMAIS, NÃO COMPROVAÇÃO DE CONSTRICÇÃO JUDICIAL OU DE IMINENTE ATO CONSTRITIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Relator: André Carvalho. Data de julgamento: 12 de abr. de 2018.

_____. **Apelação Cível n. 0303456-94.2015.8.24.0039.** APELAÇÃO CÍVEL. DEMANDAS CONEXAS DE RESCISÃO CONTRATUAL E DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. DECISUM DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO. RECURSO DO RÉU. [...] 4. TESE DE SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. TOGADO SINGULAR QUE RECONHECEU, EX OFFICIO, A NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO, SOB O FUNDAMENTO DE CINGIR-SE À HERANÇA DE PESSOA VIVA. POSSIBILIDADE. BROCARDOS IURA NOVIT CURIA E MIHIM FACTUM

DABO TIBI IUS QUE MITIGAM A ADSTRIÇÃO JUDICIAL. NULIDADE ABSOLUTA DO CONTRATO PASSÍVEL DE SER PROCLAMADA DE OFÍCIO, POR ENCERRAR MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. 5. MÉRITO. 5.1. SUSTENTADA COMPRA E VENDA DE BEM FUTURO NA MODALIDADE ALEATÓRIO. ÁLEA, NO ENTANTO, NÃO VERIFICADA. EVENTO "MORTE" QUE NÃO IMPORTA EM INCERTEZA. FENÔMENO INEXORÁVEL. 5.2. ALIENAÇÃO DE COISA FUTURA, ADEMAIS, QUE PRESSUPÕE A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE O BEM. 5.3. ALEGADA CLÁUSULA CONDICIONAL SUSPENSIVA. INSUBSISTÊNCIA. CONDIÇÃO, NO CASO CONCRETO QUE NÃO RESULTA EM INCERTEZA. 5.4. CONTRATO REALIZADO SOBRE PATRIMÔNIO DE TERCEIRO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DISPÕE SOBRE A COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, ACASO VENHA A APELADA A RECEBER-LHE A TRANSFERÊNCIA DA COISA. DEMANDANTE QUE NEGOCIA O IMÓVEL APENAS 16 DIAS APÓS A AQUISIÇÃO DO BEM POR SUA GENITORA, QUE JÁ CONTAVA IDADE AVANÇADA. INTENÇÃO DAS PARTES. PACTA CORVINA, NO CASO CONCRETO, BEM DELINEADO. NEGÓCIO JURÍDICO NULO, POR SER EXPRESSAMENTE VEDADO PELA LEI. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 426, 166, VII E 168 DO CÓDIGO REALE. 5.5. PROPALADA CONVALIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO NULO QUE NÃO SE CONVALESCE COM O DECURSO DO TEMPO OU CONFIRMAÇÃO DAS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL. NULIFICAÇÃO CONFIRMADA. 6. EFEITOS JURÍDICOS. RETORNO AO STAUUS QUO ANTE. 6.1. SENTENÇA QUE SILENCIOU A RESPEITO DA DEVOLUÇÃO DO AUTOMÓVEL DADO AOS DEMANDANTES A TÍTULO DE ARRAS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUTORES QUE NÃO PODEM BENEFICIAR-SE DA PRÓPRIA TORPEZA. DEVER DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA EQUIVALENTE DO VEÍCULO À ÉPOCA DA AVENÇA, ATUALIZADA MONETARIAMENTE A PARTIR DO DESEMBOLSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO, DE OFÍCIO, POR SER DECORRÊNCIA LÓGICA DA NULIFICAÇÃO DO ATO. EXEGESE DO ART. 182 DO CÓDIGO CIVIL. 7. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS. EXEGESE DO ART. 85, §§1º, 8 E 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 8. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA, CONTUDO, MODIFICADA EM PARTE, EX OFFICIO. Relator: Raulino Jacó Brüning. Data do julgamento: 02 de jul. de 2020.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, v. XV.

SIMÃO, José Fernando. **Repensando a noção de pacto sucessório: de 'lege ferenda': divórcio e morte precisam produzir efeitos idênticos?**. Jornal Carta Forense, 02 fev. 2017.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 6ª ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2013. v. 6.

SILVA, Rafael Cândido da Silva. **Pactos sucessórios e contratos de herança**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e solidariedade**: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBDFAM, 2008.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2001, v. 7. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

_____. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. Renúncia de herança não é cessão. **O Liberal de Belém do Pará**. 19 jan. 2008b.

_____. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.