



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Carolina Velmovitsky

Proposta de releitura da sucessão hereditária do cônjuge

Rio de Janeiro

2020

Ana Carolina Velmovitsky

Proposta de reeleitura da sucessão hereditária do cônjuge

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Dra. Heloisa Helena Gomes Barboza

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V443 Velmovitsky, Ana Carolina.
Proposta de releitura da sucessão hereditária do cônjuge / Ana Carolina
Velmovitsky. - 2020.

151 f.

Orientadora: Prof.^a Dra. Heloisa Helena Gomes Barboza.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Herança e sucessão - Teses. 2. Regime de bens - Teses. 3. Direito de
família - Teses. I. Barboza, Heloisa Helena Gomes. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.65

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ana Carolina Velmovitsky

Proposta de releitura da sucessão hereditária do cônjuge

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 20 de março de 2020.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Heloisa Helena Gomes Barboza
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Ana Luiza Maia Nevares
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação certamente não poderia ter sido concluída sem a ajuda e o incentivo de algumas pessoas fundamentais. Por isso, agradeço a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste árduo trabalho. Àqueles que não tiverem sido mencionados nominalmente, desculpo-me pela terrível omissão.

Em primeiro lugar, agradeço à professora Heloisa Helena Gomes Barboza pela valiosa orientação, dedicação e generosidade. Sua gentileza, sabedoria e experiência foram fundamentais para o resultado deste trabalho. Ser sua aluna e orientanda foi um privilégio inestimável.

Agradeço, também, aos professores do mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em especial, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes, Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, pelas discussões e ensinamentos jurídicos. À professora Aline, por quem tenho grande admiração, agradeço por ter podido compartilhar parte das minhas angústias, bem como pelas provocações e enriquecedoras lições ensinadas em sala de aula e por ocasião da qualificação do projeto de dissertação. Sou igualmente grata à professora Ana Luiza Maia Nevaes por sua generosidade e por ser o marco teórico deste trabalho. Agradeço, ainda, à Elisa Cruz pelas valiosas observações e sugestões.

Aos amigos e colegas da pós-graduação da UERJ, agradeço pelas interessantes discussões e agradável convivência, em especial, a Maria Carolina Bichara, Isabella Olivieri e Bernardo Salgado. Agradeço, ainda, a todos os meus amigos e amigas, que me apoiaram durante todo esse período.

À minha família, em especial, minhas tias Marise e Riva, meus primos Marcela, Renata, Carlos Eduardo e Guilherme, meus sogros, Luciane e Luiz, meus cunhados, Illan, Bernard, Bettina e Ricardo, meus avós “emprestados”, Anna, Lea, Marcos e Moises, agradeço pelo carinho e apoio incondicional. Aos meus avós, Lea, Salomão e Paulo, agradeço por serem grandes exemplos.

Agradeço, ainda, aos meus irmãos, Alex e Rachel, por serem meus companheiros de vida e por estarem presentes em todos os momentos.

Aos meus pais, Arnon e Lenise, devo tudo o que sou e que busco ser. Embora tão diferentes, o amor e a dedicação pelos filhos sempre foram um ponto de encontro. Mãe e pai,

obrigada por não medirem esforços para me fazer feliz e realizada, vocês são os meus maiores exemplos e incentivadores. Sinto-me privilegiada por ter pais tão comprometidos e amorosos.

Patrick, as poucas palavras que cabem em um parágrafo não são capazes de traduzir a minha gratidão por você. Sem o seu olhar admirado e encorajador, nada seria possível. Aos seus olhos, sou uma versão tão melhor que, com eles, aprendi a ser menos crítica e mais otimista. Muito obrigada por ser o meu companheiro incansável. Este trabalho — e qualquer sucesso que eventualmente o suceda — é dedicado a você e à família que construiremos juntos.

Por fim, agradeço à minha avó Etilia por ser, mesmo após a sua partida, a minha grande inspiração, maior conselheira e a base da nossa família. Não há um único dia em que não sinto saudade do seu sorriso.

RESUMO

VELMOVITSKY, Ana Carolina. *Proposta de releitura da sucessão hereditária do cônjuge*. 2020. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O legislador do Código Civil (CC) de 2002 elevou o cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário (art. 1845 do CC), concorrendo com os descendentes, em função do regime de bens, nos termos do art. 1.829. Contudo, com a inserção das mulheres no mercado de trabalho e a facilitação do divórcio, a realidade das famílias brasileiras de hoje já não é a mesma do momento em que o CC foi elaborado, sendo cada vez mais comum o fenômeno da recomposição das famílias pela união de casais que possuem filhos de relacionamentos anteriores. Nessas famílias, não é raro que, na sucessão legítima de um dos cônjuges, tenham que ser conjugados diversos interesses que não caminham numa mesma direção, a saber, aquele do cônjuge do *de cuius*, o de seus filhos em comum e o dos filhos exclusivos do consorte sobrevivente. Por outro lado, a proibição de realização de pacto sucessório, conforme art. 426 do CC, dificulta a possibilidade de planejamento sucessório, que pode contemplar os interesses das famílias recompostas. A rigidez do Direito das Sucessões aliada à superproteção conferida ao cônjuge pelo CC promove a transmissão forçada de patrimônio do *de cuius* ao cônjuge supérstite em detrimento dos descendentes, especialmente nos regimes de separação convencional e comunhão parcial de bens. Partindo-se dessas constatações, a dissertação investiga criticamente situações em que há a transmissão forçada de patrimônio entre cônjuges, bem como analisa a quota legítima e o pacto sucessório em perspectiva funcional, buscando possíveis soluções para tornar o regime sucessório do cônjuge mais flexível e compatível com os interesses merecedores de tutela e necessidades concretas existentes nas entidades familiares.

Palavras-chave: Famílias recompostas. Sucessão forçada. Sucessão do cônjuge. Autonomia privada. Pactos sucessórios.

ABSTRACT

VELMOVITSKY, Ana Carolina. *Proposal for a re-reading of the spouse's hereditary succession*. 2020. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

The legislator of the Civil Code (CC) of 2002 raised the surviving spouse to the category of necessary heir (art. 1845 of the CC), competing with the descendants, according to their matrimonial regime, as prescribed at art. 1,829. However, with the inclusion of women in the labor market and the allowance of divorce, the reality of today's Brazilian families is no longer the same as when the CC was drafted, being increasingly common the phenomenon of the blended families, by the union of couples who have children from previous relationships. In these families, it is not unusual that the lawful succession of one of the spouses has to combine different interests that do not move in the same direction, namely the interests of the surviving spouse, of their children in common with the deceased spouse and of children from other relationships. The new succession situation of the spouse prevents him or her from being removed from the succession. On the other hand, prohibiting the implementation of succession agreements, according to art. 426 of the CC, hinders the possibility of succession planning, which may contemplate the interests of the blended families. The rigidity of inheritance law combined with the overprotection conferred on the surviving spouse by the CC promotes the forced transmission of patrimony from the *de cuius* to the surviving spouse, in detriment of descendants, especially in the regimes of property separation and partial communion of goods. Based on these findings, the project critically investigates some situations in which there is a forced transmission of patrimony, as well as analyzes succession law institutes in a functional perspective, looking for possible solutions to make the spouse's succession regime more flexible and compatible with legitimate interests and concrete needs existing in family entities.

Keywords: Blended families. Forced succession. Spouse succession. Private autonomy. Succession agreements.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art	Artigo
AGINT	Agravo Interno
AGRG	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CR	Constituição da República
CPC	Código de Processo Civil
EDcl	Embargos de Declaração
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MC	Medida Cautelar
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	TUTELA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	14
1.1	Evolução da proteção sucessória do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro	14
1.2	Direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 2002.....	27
1.3	Necessidade de revisão da tutela sucessória do cônjuge.....	41
2	LEGÍTIMA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	50
2.1	Princípio da intangibilidade da legítima	50
2.2	Legítima em perspectiva funcional	59
2.3	Cônjuge como herdeiro necessário: problemas e críticas	71
3	AUTONOMIA DO CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	90
3.1	Limitação da autonomia em matéria sucessória: vedação ao pacto sucessório	90
3.2	Perfil funcional do pacto sucessório: flexibilização da proibição para admitir pacto renunciativo entre cônjuges.....	107
3.3	Inovações da legislação estrangeira: possíveis soluções	125
	CONCLUSÃO.....	134
	REFERÊNCIAS.....	140

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho, realizado com base em pesquisa bibliográfica e nas premissas do direito civil-constitucional, é analisar a sucessão hereditária do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar como a rigidez do Direito das Sucessões e a proteção exacerbada do consorte sobrevivente estão em descompasso com as necessidades das famílias plurais, promovendo, em muitas situações, transmissão forçada do patrimônio em detrimento dos descendentes do *de cujus*. Busca-se, ao final, soluções que concedam maior autonomia ao autor da herança, a fim tornar o regime sucessório do cônjuge mais flexível e compatível com os interesses merecedores de tutela existentes em cada entidade familiar.

Não será objeto deste estudo o regime sucessório do(a) companheiro(a), diante da incerteza quanto à sua condição de herdeiro necessário, após o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, que equiparou a tutela sucessória do(a) companheiro(a) à do cônjuge¹.

Com efeito, o Código Civil de 2002 conferiu superproteção ao cônjuge sobrevivente ao elevá-lo à categoria de herdeiro necessário (CC, art. 1.845), concorrendo com os descendentes, salvo se casado pelo regime da comunhão universal de bens, da separação obrigatória ou da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não tiver deixado bens particulares (CC, art. 1.829, I); bem como com os ascendentes (CC, art. 1.829, II).

Além da participação na herança, o legislador lhe assegurou o direito real de habitação, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, e o tornou vitalício, não mais prevendo expressamente a sua extinção nas hipóteses de novas núpcias ou união estável do consorte sobrevivente (CC, art. 1.831).

Nesse contexto, o ponto de maior perplexidade está no fato de que, ao colocar o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, o legislador subtraiu da liberdade

¹ Embora os argumentos utilizados no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG levem à conclusão de que o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, o STF não se manifestou expressamente sobre o assunto. Em 26 de outubro de 2018, ao julgar os embargos de declaração opostos pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que tinha por objeto a aplicabilidade do artigo 1.845 do Código Civil às uniões estáveis, o Tribunal Pleno do STF decidiu que “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 878.694 ED/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, julgado em 26/10/2019).

testamentária o poder de o testador afastá-lo de sua sucessão, uma vez que ele faz jus à fração da quota legítima.

Some-se a isso a má sistematização do artigo 1.829, I, do Código Civil que, na tentativa de graduar o regime sucessório do cônjuge sobrevivente, utilizou o critério abstrato do regime de bens², permitindo que o consorte supérstite concorra com os descendentes quanto aos bens particulares. Com isso, subverteu a lógica do resultado prático do regime de bens, gerando diversas discussões doutrinárias e oscilações jurisprudenciais.

Em outras palavras, o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional ou da comunhão parcial de bens herda parte do patrimônio composto por bens considerados particulares do cônjuge, como os adquiridos antes do casamento, recebidos por doação ou herança; ou seja, bens que são legalmente excluídos da comunhão (CC, art. 1.659) e que, na maioria das vezes, constituem patrimônio familiar, construído ao longo de anos e transmitido por gerações, quando não oriundos de uniões anteriores.

Como se não bastasse, de forma totalmente acrítica e desarrazoada, o legislador reproduziu a regra proibitiva genérica aos pactos sucessórios, ao prever, no artigo 426 do Código Civil, que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato. Assim, ainda que não haja vulnerabilidade e que ambos os cônjuges concordem com a exclusão recíproca na sucessão de seu par, o negócio jurídico estará sujeito à invalidação.

Portanto, com a rigidez do regime sucessório atual, não há meios de afastar o consorte supérstite da sucessão hereditária ou de celebrar um negócio jurídico para o mesmo fim, de modo a evitar que parte dos bens particulares sejam transmitidos para ele em detrimento de outros interesses existentes no âmbito familiar, tais como a proteção de vulneráveis, preservação da atividade produtiva e prevenção de conflitos.

Importante notar que o Código Civil de 2002 é fruto de um projeto de 1975, por conseguinte anterior à Lei do Divórcio de 1977, tendo sido concebido sob uma visão unitária da família, ou seja, priorizou o casamento indissolúvel como forma de constituir entidade familiar.

A partir da perspectiva de um casamento duradouro e indissolúvel, de uma realidade em que a mulher casada era inicialmente tida como relativamente incapaz, afastada do mercado de trabalho, e diante da alteração do regime legal supletivo para o da comunhão parcial de bens, compreende-se o intuito do legislador em tentar evitar que a viúva nada

² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p.156.

herdasse nos casos em que o *de cuius* deixasse apenas bens particulares. Para protegê-la, suprimiu o direito de usufruto vidual e tornou o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes nos bens particulares do autor da herança.

No entanto, a realidade das famílias de hoje já não é a mesma do momento em que o atual regime sucessório do cônjuge foi criado. Aliás, de lá para cá, diversas foram as mudanças que ocorreram no Direito Civil Brasileiro, principalmente a partir da incidência direta dos valores constitucionais nas relações privadas³. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi inaugurada nova ordem jurídica, fundada em valores existenciais, de cunho não patrimonial, que promoveram verdadeira despatrimonialização do Direito Civil.

O princípio da dignidade da pessoa humana, alçado ao vértice do ordenamento, trouxe “promessas de espalhar por todo ordenamento jurídico ventos de personalização, dignificação e solidariedade”⁴. Vários institutos do Direito Civil foram reformulados e funcionalizados à luz da nova tábua axiológica. Dentre eles, a família passou a ser concebida em perspectiva plural, igualitária e democrática, voltada para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros.

Não obstante a inserção de novos valores na ordem jurídica e as mudanças enfrentadas pela família — uma das bases da sucessão hereditária —, o Direito Sucessório permaneceu estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana. Ainda apegado a estruturas próprias de um sistema individualista e patrimonialista, o sistema sucessório brasileiro não passou pelo processo de funcionalização e socialização.

Portanto, torna-se necessária a revisão do sistema sucessório como um todo e da sucessão do cônjuge em particular, em perspectiva funcional, a fim de torná-los mais consentâneos com a sociedade contemporânea, as necessidades concretas e interesses mercedores de tutela existentes nas diferentes formações familiares.

O Código Civil não observou o reconhecimento da concepção plural das entidades familiares, consagrada na Constituição da República, a igualdade entre os cônjuges e a inserção da mulher no mercado de trabalho, com economia própria, e, por isso, é eivado de desajustes em relação a tais perspectivas, principalmente no que tange à sucessão hereditária

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Prefácio.

do cônjuge.

O regime sucessório do cônjuge, nos moldes em que se encontra hoje, gera situações inusitadas de transmissão patrimonial forçada em detrimento dos descendentes. Assim, em vez de o patrimônio particular ir para os descendentes daquele que o construiu, parte desses bens — que muitas vezes são compostos por bens familiares — são herdados pelo cônjuge e, com a sua morte, serão transferidos para seus parentes, que, não raro, sequer possuem vínculo com o autor da herança, em detrimento dos filhos do *de cuius*.

Diante das novas concepções de família, mostra-se necessário refletir sobre o papel do cônjuge na estrutura familiar, em especial na família recomposta. Analisar se o cônjuge ainda deve ser considerado elemento estável e essencial nas famílias plurais, a ensejar a sua permanência no rol de herdeiros necessário e, conseqüentemente, titular de um quinhão da legítima. Questiona-se a pertinência da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente nos bens particulares, especialmente no caso de adoção do regime de separação convencional e comunhão parcial de bens.

Para além disso, a diversidade dos arranjos familiares, reconhecida constitucionalmente, põe em questão a tutela sucessória do cônjuge e o próprio conteúdo do princípio da solidariedade familiar, utilizado como fundamento da quota legítima, que atingem diretamente a liberdade dos cônjuges para estipularem as regras sucessórias que melhor se adequem à estrutura familiar escolhida.

Nesse contexto, examina-se, também, os fundamentos da regra proibitiva genérica dos pactos sucessórios e a pertinência de sua manutenção, especialmente quanto aos pactos renunciativos celebrados no âmbito das relações de conjugalidade.

Nessa linha, o presente trabalho dedica-se, em um primeiro momento, ao estudo da evolução do direito sucessório do cônjuge e das novas estruturas familiares no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de identificar os motivos que levaram o legislador a garantir um regime sucessório tão protetivo para o cônjuge sobrevivente, em descompasso com a sociedade contemporânea. Em seguida, analisam-se a disciplina jurídica da sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002, as divergências doutrinárias e oscilações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Discute-se, ainda, a atual situação sucessória do cônjuge, diante da necessidade de garantir maior autonomia para que o casal possa planejar a própria sucessão.

No segundo capítulo, examina-se o princípio da intangibilidade da legítima e os entraves que a sua rigidez impõe ao planejamento sucessório. Apresenta-se, nesse ponto, uma releitura do instituto da legítima em perspectiva funcional, em sintonia com as

premissas do direito civil-constitucional, a fim de atender às necessidades concretas dos membros da família. Busca-se, ao final, demonstrar como o regime sucessório do cônjuge sobrevivente promove a transmissão forçada de patrimônio, em detrimento de outros interesses merecedores de tutela existentes na família, o que põe em questão a própria condição de herdeiro necessário e os critérios utilizados para regular a sua sucessão.

O último capítulo destina-se ao estudo da origem e fundamentos da regra proibitiva genérica aos pactos sucessórios, a fim de avaliar, em um cotejo crítico, a pertinência de sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro. Põe-se em discussão a possibilidade de flexibilização da regra proibitiva, o que permitiria uma maior compatibilidade com a axiologia constitucional, especialmente diante da reformulação qualitativa dos atos de autonomia privada e dos novos contornos das relações familiares. Por fim, serão apresentadas algumas soluções adotadas em ordenamentos estrangeiros, no sentido de admitir pactos renunciativos entre cônjuges que tenham filhos de outras relações, a fim de extrair das tendências modernas soluções compatíveis com a ordem jurídica brasileira.

1 TUTELA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A liberdade pode aniquilar a própria liberdade.⁵

Luiz Edson Fachin

1.1 Evolução da proteção sucessória do cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro

O reconhecimento da historicidade e relatividade dos institutos jurídicos, bem como a valorização de suas funções, como premissas da metodologia civil-constitucional, exige uma contextualização histórica, a fim de melhor compreender as radicais transformações semânticas pelas quais passaram⁶.

Considerando que a família — ao lado da propriedade — é um dos pilares do direito sucessório⁷, mostra-se indispensável um estudo conjunto da evolução dos dois institutos, não apenas para melhor compreender o regramento atual da sucessão hereditária, mas também para definir os seus rumos.

Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, a concepção de família já passava por significativa alteração; a grande família patriarcal, aos poucos, cedia espaço para a família nuclear, constituída a partir de vínculos de afetividade, principalmente

⁵ FACHIN, Luiz Edson. A morte sob o contrato de casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família: pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 12.

⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17-18. No mesmo sentido, Pietro Perlingieri: “O estudo do direito, e em particular do direito civil, não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a compreender o papel e o significado da juridicidade na unidade e complexidade do fenômeno social.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170).

⁷ Quanto à relação entre o Direito das Sucessões e o Direito de Família, Ana Luiza Maia Nevares explica: “O direito das sucessões está estritamente atrelado ao direito de família, na medida em que o conceito de família, em determinada sociedade, é que fornece os critérios para a escolha dos herdeiros na sucessão legal, necessária ou não. Basta analisar a estrutura familiar da sociedade em análise, para extrair a razão da exclusão de uns e inclusão de outros na ordem de vocação hereditária, e, também, do rol de herdeiros necessários”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil: volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 621). No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua afirma que a ordem de vocação hereditária tanto tem variado no trânsito dos séculos, porque “os povos têm tido modos diferentes de conceber e de organizar a família” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p.88).

composta por pai, mãe e filhos⁸. Influenciada por essa nova percepção da família, a doutrina iniciou um movimento em busca de maior proteção sucessória para o cônjuge sobrevivente.

Os primeiros sinais de avanço se deram com a promulgação do Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, chamado de “Lei Feliciano Pena”, que, em seu artigo 1º, situou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, em detrimento dos parentes colaterais, desde que não desquitado⁹.

O referido decreto alterou substancialmente a lógica reproduzida nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 95), Manuelinas (Livro IV, Título 69) e Filipinas, em que o cônjuge só era chamado a suceder após os parentes colaterais até o décimo grau, se vivesse com o *de cujus* ao tempo de sua morte (Livro IV, Título 94, das Ordenações Filipinas)¹⁰.

Embora tenha representado um avanço na proteção sucessória do cônjuge, muitos doutrinadores mostraram-se insatisfeitos com o decreto por considerar que o legislador poderia ter sido mais generoso com o consorte sobrevivente. Já neste momento, verificava-se um movimento da doutrina em busca de tutela mais protetiva para o cônjuge supérstite. Conforme relatos de Silvio Rodrigues:

Não são poucos os que acham que a lei devia ser mais generosa para com o cônjuge na sucessão de seu consorte. Tal tendência, que entre nós se revelou na Lei Feliciano Pena — Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907 —, que colocou o cônjuge sobrevivente adiante dos colaterais, na ordem de vocação hereditária, persiste e se manifesta sob muitos aspectos. Ela se manifesta na doutrina, onde muitos escritores reclamam o chamamento de cônjuge antes dos ascendentes, na ordem de vocação hereditária, ou apregoam mister de se colocar o consorte sobrevivente entre os herdeiros necessários.¹¹

⁸ Clóvis Beviláqua defende: “Entre marido e mulher não existe parentesco, que sirva de base a um direito hereditário recíproco. Um élo mais forte, porém, os une em sociedade tão íntima, pela comunhão de affectos, de interesses de esforços, de preocupações, em vista da próle engendrada por ambos, que se não pode recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório, somente equiparável ao dos filhos e ao dos pais.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p.143).

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 82.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Tomo LV*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 238.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, volume VII. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 82. No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro critica: “O Decreto nº 1.839, de 31-12-1907, art. 1º, inovando o direito anterior, deu precedência ao cônjuge sobrevivente, desde que não desquitado. Preferível teria sido, sem dúvida, que o legislador tivesse ido além, colocando-o antes mesmo dos próprios ascendentes. Não o fez, todavia, por pura timidez. Mas, incontestavelmente, grande passo foi dado, coibindo-se destarte inúmeras injustiças.” (MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., nota 9, p. 80).

Seguindo essa tendência, em 1899, Clóvis Beviláqua defendeu, no projeto do Código Civil de 1916, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes, e foi além ao propor a sua inclusão no rol de herdeiros necessários¹².

Não obstante as críticas formuladas pela doutrina e a proposta apresentada por Clóvis Beviláqua, o Código Civil de 1916 manteve o cônjuge no terceiro nível da ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes e ascendentes, desde que não desquitado do autor da herança (CC/16, art. 1.603). Não havendo herdeiros das classes anteriores, o consorte supérstite herdava a totalidade dos bens, na qualidade de herdeiro único, independentemente do regime matrimonial de bens.

Também não vingou a proposta de Clóvis Beviláqua para incluir o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários. Neste ponto, o legislador de 1916 optou por manter o consorte supérstite como herdeiro não necessário, permitindo a sua exclusão da herança, bastando, para tanto, que o testador dispusesse de seu patrimônio sem o contemplar (CC/16, art. 1.725)^{13 14}.

Elaborado sob a dogmática patrimonialista e individualista — ideais consagrados pelo Estado Liberal —, o Código Civil de 1916 adotou uma visão unitária da família, admitindo apenas o ato solene do casamento monogâmico como forma de constituição da sociedade familiar (CC/16, art.229)¹⁵. A racionalidade que permeava o Código Civil

¹² Segundo Clóvis Beviláqua: “Se o esposo sobrevivo não tem prole commum com o premorto, partilhará o espolio com os ascendentes do hereditando, ou o recolherá em sua totalidade, não existindo os alluditos ascendentes. [...] Na hypothese de ter sido o regimen matrimonial o da separação absoluta ou com a clausula da dotalisação, concede-se ao cônjuge uma porção hereditária igual a ele um filho” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906. p. 154.)

¹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 84-85.

¹⁴ Em que pese o Código Civil de 1916 não tenha garantido maior proteção sucessória ao cônjuge sobrevivente — tão almejada pela doutrina —, após a sua promulgação, foram elaboradas algumas leis especiais que visavam beneficiar o consorte supérstite em situações específicas. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que beneficiou a mulher brasileira, casada com estrangeiro, por outro regime que não o da comunhão total de bens, concedendo-lhe usufruto vitalício de parte dos bens deixados por seu marido. Com o mesmo intuito, o artigo 3º da Lei nº 883, de 19 de abril de 1941, previa que o consorte supérstite que concorresse com o filho adúlterino de seu cônjuge teria o direito à metade dos bens da herança se o *de cuius* não tivesse deixado testamento.

¹⁵ De acordo com as lições de Maria Celina Bodin de Moraes: “No modelo tradicional, a relação conjugal indissolúvel era o que fundava a família, portanto, era considerada o seu núcleo central, o eixo de estabilidade em relação ao qual os membros orbitavam. A liberdade estava ausente; basta lembrar que os homens casados não podiam, nem se quisessem, reconhecer a filiação fora do casamento – regra absoluta que foi sendo aos poucos relativizada, até sua completa eliminação pelo constituinte de 1988”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família, de novo: Estruturas e função das famílias contemporâneas*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013. p. 502”).

anterior, enraizado nos ideais iluministas e preceitos religiosos, buscava, a todo custo, a proteção e manutenção do patrimônio dentro da família patriarcal¹⁶. Por essa e outras razões, o casamento era indissolúvel.

O modelo da família tradicional estabelecia-se por uma estrutura hierarquizada e desigual, em que o homem — chefe da sociedade familiar e titular do pátrio poder — mantinha uma relação de autoridade absoluta sobre a esposa e os filhos. Na família patriarcal autoritária, cabia ao marido a função de decidir sobre os desígnios patrimoniais e extrapatrimoniais da sociedade familiar, bem como o de cada um de seus membros. Dentre os deveres previstos em lei, estavam o de representação da família, administração dos bens comuns e dos particulares da mulher e a subsistência da família (CC/16, art. 233).

A mulher, por sua vez, subjugada pela própria lei, encontrava-se em posição de sujeição ao marido. Com o casamento, tornava-se relativamente incapaz para os atos da vida civil (CC/16, art. 6º, II), devendo ser assistida pelo esposo. Só lhe era permitido exercer atividade profissional mediante autorização do marido, dada em caráter geral ou especial, sendo possível a sua revogação a qualquer tempo (CC/16, art. 233, IV, 243 e 244). Na posição de consorte auxiliar nos encargos da família, a mulher tinha como principais deveres a conservação do lar e a reprodução, assumindo a administração da família apenas na ausência do chefe da sociedade familiar¹⁷.

De igual modo, a sucessão hereditária também se baseava no parentesco consanguíneo, privilegiando a grande família patriarcal em detrimento do cônjuge. O intuito da legislação era a conservação do patrimônio dentro do grupo familiar¹⁸.

Em respeito ao princípio da liberdade, não era permitido ao Estado intervir na comunhão de vidas estabelecida entre os nubentes. Ironicamente, contudo, conforme

¹⁶ Heloisa Helena Barboza explica: “A estrutura familiar está intimamente ligada ao sistema patrimonial. Durante muito tempo a família serviu de meio de gerenciamento da propriedade privada. Como esclarece Remi Lenoir, já no século IV a Igreja Católica construiu um sistema de regras de parentesco fundado no casamento por mútuo consentimento e na liberdade de escolha dos herdeiros, pelo uso do testamento, que permitiu à Igreja tornar-se uma potência econômica sem igual. Para o autor, o modelo familiar que se conhece está associado à transformação da seita cristã em Igreja, graças à acumulação de bens alienados a seu favor.” (BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7, Dez/2005. p. 148).

¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena; e ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174.

¹⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43.

observado por Gustavo Tepedino, esse espaço de não ingerência na vida privada permitiu o “aviltamento da personalidade da mulher e dos filhos em favor do predomínio masculino, autoritário, sexista e misógino, que estabeleceu em torno do modelo monogâmico do casamento verdadeira poligamia masculina”¹⁹.

Como se vê, a igualdade consagrada pelo Estado Liberal ainda era concebida em seu aspecto formal. O princípio da liberdade estava longe de permear as relações intrafamiliares do Código Civil anterior, marcadas por autoritarismo e hierarquização próprios do período pré-iluminista. Sobre o tema, Paulo Lôbo leciona:

O Estado Liberal, hegemônico no séc. XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Caracterizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão de propriedade e a igualdade ateu-se ao aspecto formal, ou seja, igualdade de sujeitos de direito abstraídos de suas condições materiais e existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como uma unidade do *status quo*, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam.²⁰

Com efeito, o casamento era indissolúvel e monogâmico, pautado no princípio da exclusividade familiar. Nas lições de Renata Barbosa de Almeida e Iara Antunes de Souza, “caso admitida fosse a diversidade de relações conjugais, admitida seria a divisão de um único patrimônio entre vários núcleos, o que depreciaria a própria fortuna concentrada”²¹.

Na estrutura do Código Civil de 1916, a família era verdadeira instituição transpessoal, detentora de interesses próprios e exteriores, os quais se sobrepunham aos interesses de seus membros. Dito de outro modo, nos casos de conflito entre os interesses supraindividuais da família e de qualquer de seus membros, aqueles teriam primazia sobre estes. Não havia espaço para realização pessoal ou interesses particulares, cada membro deveria cumprir a função que lhe era destinada, a fim de alcançar acumulação patrimonial e

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas de afeto*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 14, mar./abr. 2016. p.12/13.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A responsabilização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 24, jun./jul, 2014. p. 140.

²¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; e SOUZA, Iara Antunes de. Invalidades matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Lete (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e da Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p.68.

a paz doméstica desejadas²². A família institucional e seus interesses eram protegidos por si mesmos, a despeito dos direitos de seus integrantes²³.

Nesse cenário, em que a grande maioria das mulheres se dedicava ao lar e dependia do marido para o próprio sustento, o sistema sucessório do Código Civil de 1916 permitia situações de injustiças, principalmente quando o regime matrimonial não fosse o da comunhão total. Sobre o tema, Santiago Dantas aduz:

Se o regime é o da comunhão de bens, o cônjuge está bem colocado, porque já tem a meação em tudo aquilo que constitui o patrimônio familiar; ele tem a sua metade, a sua meação de comunista e, por conseguinte, justa não é que herde a outra metade, se não no caso de faltarem descendentes e ascendentes. Para o caso em que ele é separatista, em que o regime da comunhão não lhe confere naturalmente metade do patrimônio, seria então razoável que se desse ao cônjuge uma posição, melhor mesmo que a do descendente, ou, pelo menos, que se chamasse o cônjuge em paridade com o ascendente, dividindo-se entre eles a fortuna a que se tem de dar sucessão; Costuma-se objetar aí que, uma vez que a lei coloca o cônjuge em terceiro lugar, a pessoa escolhe o regime de bens, já com o efeito desta consequência, e que, por conseguinte, está de acordo com ela, sendo provável que o regime de separação de bens só se escolha, quando ambos têm patrimônio próprio; mas a tendência é de se elevar o cônjuge, ou à paridade como ascendente ou mesmo à supremacia, nos casos do regime de separação.²⁴

A sistemática formalista do Código Civil de 1916 tornava-se ultrapassada²⁵, ao passo que a realidade social evoluía para admitir novas formas de constituição de família, não matrimonializadas, acompanhada de uma nova conjuntura valorativa, que se distanciava da lógica patrimonial oitocentista. O movimento feminista, o reconhecimento dos interesses dos filhos e a valorização do afeto contribuíram para o afloramento de uma nova realidade

²² Gustavo Tepedino ensina “Em síntese estreita, se poderia dizer que o vínculo conjugal atrairia intensa proteção por parte do Código Civil, em favor da coesão formal do núcleo familiar, a prescindir de qualquer valoração substancial do legislador quanto a realização pessoal dos cônjuges e dos filhos no âmbito familiar.” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 54).

²³ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária. In: MADALENO, Rolf; e BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas. 2015. p. 33.

²⁴ DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

²⁵ Nas palavras de Gustavo Tepedino: “Afinal, a crítica ao dogmatismo coincide com a crítica ao sistema hermético, em que a pureza conceitual afasta a apreensão da validade histórica, mutante, transformadora e decisiva na formulação dos conceitos jurídicos. Nessa perspectiva, trata-se (não de abandonar construções dogmáticas por si só consideradas, mas) de estabelecer os critérios de apreensão dessa realidade mutante e de incorporação à atividade interpretativa das possibilidades oferecidas pelo sistema aberto e complexo.” (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 20).

familiar. Conforme lecionam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida:

Não obstante a força normativa da codificação de 1916, na qual o direito de família se estruturava pelo e para o casamento, as relações sociais e em especial as famílias entraram francamente em mutação, para além do esperado de sua natural evolução, graças: (i) à pressão e impulso de duas Grandes Guerras Mundiais, aliados à profunda liberação de costumes nas décadas de 1960-1970; (ii) ao questionamento e conseqüente declínio do poder religioso; (iii) as duas décadas de ditadura; (iv) o inimaginável progresso da ciência, da medicina e da tecnologia, que deu início à era espacial, à possibilidade de controle genético e à utilização das técnicas de reprodução assistida; (v) ao acelerado desenvolvimento das telecomunicações. Tudo isso tendo como pano de fundo no Brasil uma situação econômico-financeira, caracterizada por instabilidade próxima do caos, que só gravou e aprofundou as diferenças sociais.²⁶

Para acompanhar essa nova realidade, em atendimento às demandas sociais, o legislador editou algumas leis extravagantes. Quanto ao conteúdo dessas normas, importa mencionar a admissão do reconhecimento dos filhos adulterinos (Lei nº 883/1949), a emancipação da mulher casada (Lei nº 4.121/62) e a dissolubilidade do vínculo matrimonial (Lei nº 6.515/77).

As modificações mais profundas, tanto no Direito de Família quanto no Direito das Sucessões, foram implementadas pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada. O referido diploma legislativo não apenas retirou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, reconhecendo o seu relevante papel de colaboradora da família ao lado do marido, como também incluiu os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916, instituindo o usufruto viual e o direito real de habitação em favor do cônjuge supérstite.

Portanto, de acordo o parágrafo primeiro, acrescentado ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente, enquanto durasse a viuvez, se casado em regime que não fosse o da comunhão de bens, teria direito ao usufruto correspondente à quarta parte dos bens deixados pelo autor da herança, quando concorresse com filhos do casal ou filhos exclusivos do falecido cônjuge. Não existindo filhos, o consorte supérstite teria direito ao usufruto de metade dos bens, ainda que sobrevivessem ascendentes do autor da herança²⁷.

²⁶ BARBOZA, Heloisa Helena; e ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; e JUNIOR, Eroulths Cortiano (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: Estudos em homenagem ao Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 613.

²⁷ O dispositivo deixava dúvidas quanto à aplicação do usufruto viual quando o regime matrimonial fosse o da comunhão parcial de bens: “Não sendo a lei muito clara na matéria, suscitou-se dúvida quanto aos bens que na hipótese deverão ser onerado com usufruto: serão a metade dos bens comuns e os bens particulares,

Se por um lado a instituição do usufruto vitalício representou um avanço na proteção do cônjuge sobrevivente, por outro, atendia aos interesses da grande família burguesa, na qual prevaleciam os vínculos consanguíneos, na medida em que afastava o risco de transmissão dos bens para a família eventualmente formada pelo consorte remanescente em segundas núpcias em detrimento dos descendentes do casamento anterior. Com a morte do cônjuge supérstite (usufrutuário), os herdeiros do autor da herança tornavam-se plenos proprietários dos bens por ele deixados²⁸.

O parágrafo segundo, por sua vez, concedeu ao cônjuge supérstite o direito real de habitação sobre o único imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem desta natureza e que o regime matrimonial fosse o da comunhão universal de bens. Esse direito só lhe era concedido enquanto o cônjuge permanecesse viúvo.

No entanto, foi apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 que a família recebeu o tratamento jurídico adequado à sua nova realidade, permitindo que as transformações encontrassem o seu ápice.

Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico (CR, art. 1º, III), a Constituição da República rompeu com ideais patrimonialistas e individualistas, que prevaleciam no ordenamento privado, inaugurando nova ordem jurídica calcada em valores não patrimoniais.

Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o conseqüente reconhecimento de sua força normativa, houve vigorosa transformação do Direito Civil, a impor a releitura de todos os seus institutos à luz dos preceitos constitucionais. A cláusula geral de tutela da pessoa humana operou verdadeira despatrimonialização do Direito Civil, conduzindo à primazia do “ser” sobre o “ter”, à funcionalização das situações patrimoniais às existenciais.

A irradiação da tábua axiológica constitucional a todas as relações jurídicas, não

ou tão-somente os bens particulares? A lei não distingue no caso, mas, pelo seu espírito de se aplicar o usufruto nas hipóteses excludentes de comunhão, parece que o usufruto só deve recair sobre os bens particulares.” (WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 68).

²⁸ A instituição do usufruto vidual demonstra, com mais clareza, a nova concepção de família. Sobre o tema, Gustavo Tepedino ensina: “situando-se como patamar intermediário de tutela ao cônjuge, passagem de um sistema marcado pela força da figura do marido, onde o vínculo matrimonial se situava em posição subalterna em face do parentesco, para uma ordem jurídica que privilegia a relação conjugal, em detrimento da consanguinidade.” (TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro, Forense, 1990. p. 5).

apenas garantiu a unidade e complexidade do ordenamento jurídico brasileiro, como conduziu à superação da *suma divisio* que, por muito tempo, apartou o direito público e o direito privado²⁹. No novo processo hermenêutico de valoração dos atos de autonomia privada, qualquer situação jurídica subjetiva somente será merecedora de tutela se orientada à realização de interesses consonantes aos valores inscritos no texto constitucional³⁰.

O reconhecimento da historicidade e relatividade dos institutos jurídicos pôs fim ao formalismo jurídico, que pretendia uma ciência do direito neutra e a-histórica. Com o ocaso do dogma da subsunção, surge uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais e atenta às peculiaridades do caso concreto. A nova teoria da interpretação privilegiou o perfil funcional dos institutos, permitindo que o intérprete assumisse um papel criativo para melhor aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto, desde que o fizesse de forma argumentativa e vinculada à concretização dos valores constitucionais³¹.

Nesse diapasão, a família sofreu profunda reformulação em seu conteúdo. Em atenção aos princípios da liberdade, igualdade substancial e solidariedade, corolários da

²⁹ Nesse sentido, Carlos Nelson Konder e Anderson Schreiber asseveram: “Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais. Com tal abordagem, a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento [...]” (SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, de outubro de /Dez 2016. p. 12).

³⁰ Com efeito, a reformulação do Direito Civil não diminuiu os espaços de autonomia: “Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma redução quantitativa dos espaços da autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária.” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42).

³¹ Sobre a nova hermenêutica constitucional, Pietro Perlingieri observa: “A teoria da interpretação, a base do conhecimento jurídico em particular, deve encontrar soluções mais adequadas, mais razoáveis, cabendo destaque aqui para os princípios de adequação e de razoabilidade. A solução dada ao caso concreto deve ser adequada, cônica, razoável. Não é, portanto, a interpretação jurídica uma interpretação mecânica; não é uma operação mecanicista, esquemática. A velha impositivação e a arcaica interpretação, que previam a subsunção do caso concreto, ou seja, a inserção deste à previsão abstrata da norma, não leva em consideração muitas coisas, principalmente a afirmação de que nem todas as normas são do tipo regra, nem todas elas se caracterizam pela previsão realista, detalhista, uma vez que há normas (mais importantes) que exprimem princípios. E este é o pensamento fundamental: a teoria moderna da interpretação da norma deve levar tal relação de princípios que explicam as normas do ordenamento jurídico. Os princípios são normas jurídicas: devem ser aplicados tal qual estas o são.” (PERLINGIERI, Pietro. *Normas constitucionais nas relações privadas*. *Civilistica.com*, a. 8. n. 1. 2019. p. 3).

cláusula geral de tutela da pessoa humana (CR, art. 1º, III), o constituinte de 1988 atribuiu à família a função promocional destinada ao desenvolvimento da personalidade e identidade de cada um de seus membros (CR, art. 226).

A incidência desses novos valores nas relações intrafamiliares permitiu o reconhecimento de cada um de seus membros como sujeitos de direito com igual dignidade. A estrutura familiar afastou-se do paradigma da sociedade patriarcal e hierarquizada, portadora de um interesse superior e supraindividual, para se conformar sob as bases de um modelo democrático, igualitário e plural.

Nesse *locus* privilegiado de igualdade, respeito mútuo, autonomia e integração social entre pais e filhos, marido e mulher, a dignidade de cada um é respeitada e incentivada. Conforme lições de Pietro Perlingieri:

A família como formação social, como sociedade natural, é garantida pela Constituição (art. 29, § 1), não como portadora de um interesse superior e supraindividual, mas sim, em função da realização das exigências individuais, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art. 2 Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.³²

No novo modelo igualitário e democrático de família, a figura do homem, chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder, cede espaço para novos protagonistas do contexto familiar. Predomina a igualdade substancial entre marido e mulher, sendo repartidas as responsabilidades, direitos e deveres (CR, art. 226, §5º). O reconhecimento da cláusula geral de tutela da pessoa humana, como valor central do ordenamento jurídico, afastou qualquer possibilidade de instrumentalização do indivíduo, como se objeto fosse³³.

Cada integrante da família tem liberdade e autonomia para decidir o seu projeto de vida, desenvolver a própria personalidade, desde que o faça com responsabilidade e em respeito ao dever de solidariedade familiar. Com a reformulação da sociedade familiar, foram ampliados os espaços de autonomia, de crescimento individual e de autoafirmação de

³² PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 971-972.

³³ Essa vedação é ainda mais forte no que concerne à criança e ao adolescente, cujos direitos fundamentais e especial proteção estão previstos no artigo 227, do texto constitucional, e reafirmados em diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

cada membro.

Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, os novos arranjos familiares, fundados em vínculos afetivos, eram uma realidade social que desafiava a ordem jurídica e demandava tutela, impondo a reformulação na concepção de família. O constituinte de 1988, sensível a esse novo contexto social, outorgou proteção à família, independentemente da celebração do casamento (CR, art. 226)³⁴.

A família nuclear eudemonista, cujos laços familiares são tecidos pela afetividade, abriu portas para o reconhecimento de inúmeros outros modelos familiares, fruto de uma série de transformações que sucederam a ordem constitucional. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “não mais existe um número fechado de hipóteses tuteladas, posto que tutelado, fática e juridicamente, deve ser o valor da pessoa em concretude”³⁵.

Não obstante algumas vozes doutrinárias que pretendiam uma interpretação restritiva do artigo 226 da Constituição da República, para tutelar apenas as três entidades familiares lá descritas³⁶, o Superior Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o rol previsto no referido dispositivo é meramente exemplificativo, sendo admitidas outras formações familiares, ainda que não expressamente mencionadas pelo constituinte³⁷.

Portanto, além da união estável e da família monoparental, expressamente previstas na Constituição de 1988, foram reconhecidas pelos tribunais as uniões homoafetivas, as

³⁴ Anderson Schreiber, apoiado nas lições de Paulo Lôbo, afirma que diante do reconhecimento da pluralidade das famílias, verificou-se como traços comuns a todas entidades familiares: (i) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, em oposição ao paradigma patrimonial anterior; (ii) estabilidade, sendo a comunhão de vidas característica marcante que afasta relacionamentos casuais, episódicos e descompromissados; e (iii) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. Não obstante, o autor admite o reconhecimento de entidade familiar ainda que não estejam presentes um desses requisitos, como ocorre com o casal homoafetivo que não se assume publicamente, faltando o requisito da ostentabilidade. (SCHREIBER, Anderson. *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. p. 3. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/familias-simultaneas.pdf>. Acesso em: 25 ago 2019).

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

³⁶ Sobre o tema, Paulo Lôbo comenta: “A interpretação dominante do art. 226 da Constituição, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento é encontrado tanto entre os “antigos” civilistas quanto entre os “novos” civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 3. Disponível em: http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019).

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE. n. 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2016.

famílias socioafetivas, havendo, ainda, debate quanto às famílias simultâneas³⁸.

Nessa mesma direção, o Supremo Tribunal Federal afastou as interpretações que admitiam uma hierarquia axiológica entre as diversas entidades familiares, com primazia do casamento³⁹. Diante do igual potencial das diferentes formações familiares em atender à função promocional que lhes foi atribuída, a Corte alegou não haver hierarquia entre elas, reconhecendo o mesmo valor jurídico e especial proteção a todos os possíveis arranjos familiares⁴⁰. Interpretação em sentido inverso seria contrária à axiologia constitucional, na medida em que não há como se admitir regimes jurídicos distintos para entidades que cumprem a mesma função. Sob esse mesmo fundamento, o Supremo Tribunal Federal equiparou o regime sucessório do cônjuge e companheiros, declarando o artigo 1.790 do Código Civil inconstitucional⁴¹.

³⁸ Por todos, Anderson Schreiber defende: “O respeito à dignidade humana impõe reconhecer que cada pessoa pode pertencer, a um só tempo, a vários núcleos familiares, ostentando uma família que não é idêntica à de seus conviventes, mas própria e única em sua extensão, porque formada de feixes de relações familiares que se podem estender num ou noutro sentido de acordo com os elementos constitutivos de cada relação familiar. A superação da exclusividade da família é, assim, a consequência necessária de uma visão comprometida com a realização da dignidade humana, não como tutela de desejos egoístas, mas, ao contrário, como expressão daquilo que talvez, sem nenhum paradoxo, o ser humano possua de mais essencial: o outro.” (SCHREIBER, Anderson. *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. p. 24. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/familias-simultaneas.pdf>. Acesso em: 25 ago 2019.) O RE nº 1045.273, que está sendo julgado pelo STF, tem por objeto o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas para fins de concessão de pensão. Até o julgamento realizado em 25.09.2019, cinco ministros votaram pelo provimento do recurso, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas, e 3 votaram pelo desprovimento do recurso. Os autos estão em vista com o Ministro Dias Toffoli. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5181220>.

³⁹ “A parte final do artigo tem levado alguns doutrinadores a entender que o casamento é, ainda, o modelo familiar, ao qual deve se submeter a união estável, estabelecendo, desse modo, uma “hierarquia” entre as entidades familiares, da qual não há outro traço na Constituição e, na verdade, contraria seu espírito.” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RED. V. 2, n.24, 2013. p.112).

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n. 687.432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18 de setembro de 2012. A doutrina já se manifestava nesse sentido, por todos, Heloisa Helena Barboza: “Se o Estado deve zelar pela construção de uma sociedade livre e justa, reduzindo as desigualdades sociais, sem qualquer forma de discriminação, não pode privilegiar uma forma de constituição da família, em detrimento de outra, sob pena de cercear a liberdade individual, afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana. BARBOZA, Heloisa Helena. *Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. p. 150-151.

⁴¹ Em 2017, ao julgar o RE nº 646.721/RS e RE nº 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal equiparou os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Em seu voto, O Min. Luís Roberto Barroso afirmou: “Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n. 878.694/MG Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017).

Sendo a afetividade o novo fundamento das entidades familiares, conforme observou Pietro Perlingier, “quando falta o afeto e a comunhão espiritual, a família ‘não existe’”⁴². Em vista disso, o constituinte de 1988 facilitou o divórcio, reduzindo o prazo para dissolução do vínculo por separação de fato de cinco para dois anos, bem como o prazo de conversão da separação judicial em divórcio de três anos para um ano (CR, art. 226, §6º). Em seguida, o dispositivo foi substancialmente alterado pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010, permitindo a dissolução da sociedade conjugal a qualquer tempo, sem necessidade de prévia separação judicial ou de fato.

Com a facilitação da ruptura da sociedade conjugal, a inserção da mulher no mercado de trabalho com sua economia própria⁴³ e outras causas de ordem social, houve uma mudança do antigo paradigma do casamento duradouro. Os vínculos afetivos se desfazem mais frequentemente e logo são refeitos, muitas vezes, em famílias reconstituídas, matrimonializadas ou não, “fruto da união de pessoas que fizeram parte de outras famílias em um determinado momento”, sendo a sua principal característica, segundo Maria Goreth Macedo Valadares, “a presença de filhos anteriores, seja de um dos pares do casal ou de ambos”⁴⁴.

Verifica-se, portanto, uma transformação no próprio casamento, que deixa de ser indissolúvel e duradouro, existindo apenas enquanto durar a comunhão de vidas. Na nova ordem, à proporção que os vínculos são cada vez mais efêmeros, as relações sucessivas se tornam mais numerosas. Nas palavras da Min. Nancy Andrighi, proferidas em seu voto no julgamento do REsp nº 992.749-MS:

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 264.

⁴³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família”. (MORAES. Maria Celina Bodin de. *A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, maio/ago, 2013. p. 592). Corroborando a tese, em pesquisa do IBGE, verificou-se que “em 2010, 37,3% das 50,0 milhões de famílias (únicas e conviventes principais) que residiam em domicílios particulares, tinham a mulher como responsável e a contribuição delas no rendimento familiar era de 40,9% em média. Dos 57,3 milhões de domicílios particulares permanentes em 2010, 38,7% tinham mulheres como responsáveis.” (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas de Gênero mostram como as mulheres vêm ganhando espaço na realidade socioeconômica do país*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14691-asi-estatisticas-de-genero-mostram-como-as-mulheres-vem-ganhando-espaco-na-realidade-socioeconomica-do-pais>>. Acesso em: 12 de julho de 2019).

⁴⁴ VALADARES, Maria Goreth Macedo Valadares. As famílias reconstruídas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 123.

Abstraindo-se da hipótese em julgamento, para abarcar a percepção de mundo adquirida pelo ser humano contemporâneo, chega-se à constatação de que a humanidade voltou-se para busca de relacionamentos líquidos, fluidos, de fragilidade ímpar, em que a família deixa de ser o núcleo, dados sucessivos casamentos e uniões que se iniciam e, considerando os sentimentos descartáveis, logo se rompem, o que tem disseminado a existência de diversas e distintas composições familiares, náufragas de relações fracassadas.⁴⁵

Assim, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, valor central da Constituição da República, reformulou o Direito de Família, alterando significativamente a sua estrutura e função, a fim de conformá-la com os valores da nova ordem jurídica, que passaram a orientar as relações privadas. A família continua a ser a base da sociedade e a gozar de especial proteção do Estado, porém agora fundada em vínculos de afeto e em perspectiva plural, promocional, igualitária e instrumental.

Embora o Código Civil de 2002 tenha prestigiado os vínculos de afeto, concedendo ao cônjuge tutela sucessória privilegiada ao torná-lo herdeiro necessário em concorrência com os descendentes, a depender do regime de bens, e com os ascendentes, não observou os avanços trazidos pela Constituição de 1988.

Como se verá adiante, o Código Civil de 2002, fruto de um projeto elaborado em 1975, não foi concebido na visão plural das entidades familiares, tendo sido projetado priorizando o casamento como formação apta a gerar família reconhecida pelo ordenamento jurídico, especialmente no âmbito do Direito das Sucessões, e, por isso, apresenta diversas distorções⁴⁶.

1.2 Direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, em atenção às demandas doutrinárias do século XX, priorizou os vínculos de afetividade⁴⁷, ao conferir regime sucessório privilegiado ao cônjuge

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andri ghi, Terceira turma, julgado em 26/05/2009.

⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p.137.

⁴⁷ Para Gustavo Tepedino: “A prioridade alcançada, no âmbito do Direito de Família, pelo valor substancial dos sentimentos em detrimento das formalidades dos vínculos, constitui conquista extraordinária, que enaltece a importância do afeto, tornando muito mais humanas e pulsantes as relações jurídicas de família”. (TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas de afeto*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 14, mar./abr. 2016. p.11).

supérstite. Embora tenha permanecido na terceira classe de herdeiros legítimos, o consorte sobrevivente foi elevado à centralidade da ordem de vocação hereditária, concorrendo, em propriedade plena, com descendentes, a depender do regime de bens, e ascendentes (CC, art. 1.829). Para além do direito de concorrência, a grande inovação do novo código foi ter alçado o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, a fim de lhe conferir garantia à herança (CC, art. 1.845).

A partir da concepção de afeto como fundamento do casamento (CC, art. 1.511), o legislador de 2002 estabeleceu a comunhão plena de vida como requisito de legitimidade da sucessão do cônjuge. Assim, só terá direito sucessório o consorte sobrevivente que, ao tempo da morte do outro, não estiver separado judicial ou extrajudicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (CC, art. 1.830)⁴⁸. Constatada a sua legitimidade, o cônjuge sobrevivente será chamado à sucessão do *de cuius* de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil.

O Código Civil de 2002 procurou graduar a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente⁴⁹, vinculando o seu direito de herança, quando em concorrência com os descendentes, ao regime de bens do casamento, à semelhança do que ocorria com o usufruto viual, o qual foi extinto com a nova legislação⁵⁰. Assim, nos termos do artigo 1.829, I, do Código Civil, na primeira classe de preferência, são chamados à sucessão os descendentes do autor da herança, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado pelo

⁴⁸ A doutrina criticou severamente a opção do legislador em condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato à ausência de culpa. Por todos, Rolf Madaleno comenta: “[...] afigura-se totalmente distorcido e em entrechoque com a Emenda Constitucional 66/2010 o texto do art. 1.830 do Código Civil, que regula a culpa moratória do direito sucessório. Consagrado no Direito brasileiro o desapego ao processo causal da separação judicial com a criação do divórcio direto pelo princípio da ruptura, sem prazo e sem causa, estranhamente, esse dispositivo teima em perpetuar a velha fábula do único culpado conjugal.” (MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 323).

⁴⁹ NEVARES, Ana Luíza. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93.

⁵⁰ Quanto à influência do regime de bens no direito sucessório do cônjuge, inovação trazida pelo Código Civil de 2002, Ana Carlina Brochado e Ana Cristina Rettore comentam: “O regime de bens sempre gerou efeitos *inter vivos*, ou seja, durante a vida das partes envolvidas, de modo que a sua eficácia permeava as separações e divórcios. Mudança substancial desta concepção aconteceu a partir do advento do Código Civil de 2002, na medida em que o regime de bens contratado em vida passou a influenciar a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, ou seja, de acordo com o art. 1.829, I, CCB/02, o regime de bens é condição para o cônjuge dividir herança com os descendentes.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Vol. 5, jul/ set 2015. p. 124/125).

regime da comunhão universal de bens, da separação obrigatória ou da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não tiver deixados bens particulares.

Segundo Miguel Reale, a proteção conferida ao cônjuge sobrevivente no Código Civil de 2002 se deu em razão da alteração do regime legal para o da comunhão parcial de bens. Antes da Lei do Divórcio, o regime supletivo era o da comunhão total de bens, de modo que, com a morte de um dos consortes, o outro fazia jus a metade de todo o acervo sucessório a título de meação. Com a alteração,

[...] tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.⁵¹

Verifica-se, portanto, que o intuito do legislador foi afastar da sucessão legítima o cônjuge sobrevivente que, em virtude do regime de bens, já fosse beneficiado com o direito à meação dos bens do casal. Daí extrai-se a premissa de que *quem herda não meia, quem meia não herda*.

Foi com base nessa regra, que o legislador excluiu da concorrência com descendentes o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens. Segundo Gustavo Tepedino, “supôs o legislador que, como se comunicam os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, sendo única a massa de bens, o consorte já estaria suficientemente protegido”⁵².

Exsurge, ainda, da redação do preceito legal, a não atribuição de direito de concorrência ao cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória de bens. Nesse caso, contudo, o objetivo do legislador foi manter a separação patrimonial instituída por lei no momento da celebração do casamento. Isto porque, “como a própria lei impõe o regime da separação, não faria sentido permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial”⁵³.

⁵¹ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.62.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012. p. 144.

⁵³ PEREIRA, Cario Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. vol. VI. p. 160.

As principais controvérsias relacionadas à tutela sucessória do cônjuge sobrevivente estão relacionadas à segunda parte do artigo 1.829, I, do Código Civil⁵⁴. A má sistematização do dispositivo suscitou diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente quanto à massa de bens sobre a qual incidem os direitos sucessórios do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens e quanto ao direito sucessório daquele que optou pelo regime da separação convencional de bens⁵⁵.

No que concerne ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o dispositivo estabelece que este só herdará “se o autor da herança não houver deixado bens particulares”⁵⁶. Diante disso, seguindo a lógica aplicada para o regime da comunhão universal, a doutrina majoritária posicionou-se no sentido de que “o cônjuge sobrevivente, casado com o regime da comunhão parcial de bens, participa da herança apenas em relação aos bens particulares do falecido, uma vez que já recebeu a meação dos bens comuns do casal”⁵⁷. Portanto, o consorte sobrevivente só herdaria na sucessão dos bens listados nos

⁵⁴ Diante da ausência de menção ao regime da participação final nos aquestos, a doutrina majoritária tem entendido que haverá concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado por esse regime e os descendentes. Por todos: ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 214. Contudo, em razão da similaridade deste regime com o da comunhão parcial de bens, alguns doutrinadores entendem que deveria ser aplicada a mesma disciplina sucessória nos dois casos, é o que defende Maria Berenice Dias: DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 159. No que tange à tutela sucessória do cônjuge casado com um regime misto, aplica-se o regramento do regime de bens que mais se aproxima ao regime escolhido pelo casal, respeitando a lógica do art. 1.829, I, do Código Civil.

⁵⁵ Em análise do art. 1.829, I, do Código Civil Giselda Hironaka e José Cahali criticam: “Pouco clara, mas compreensível em sua literalidade, a exegese do artigo 1.829 em exame, porém, agita estudiosos e magistrados, instiga o debate e, então faz emergir posições antagônicas. Assim, cria uma total insegurança ao destinatário da norma, pois não se sabe qual a posição que irá prevalecer.” (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.193).

⁵⁶ Código Civil, 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”.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN, Maria Celina de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.630. Neste sentido: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*: parte especial do direito das sucessões, vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 220; TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012. p. 146; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: do Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 225.; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137.

artigos 1.659⁵⁸ e 1.661⁵⁹ do Código Civil. Esse foi o entendimento acolhido no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do CJF, com a seguinte redação:

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 aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Em outro sentido, parte da doutrina sustenta que, existindo bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorreria com os descendentes sobre todos os bens que compõem a herança, vale dizer tanto nos bens comuns — meação do autor da herança — quanto nos bens particulares. Para os que defendem essa corrente, sendo a herança uma universalidade indivisível, defere-se aos herdeiros como um todo unitário (CC, art. 1.791). Portanto, não faria sentido dividi-la apenas nas hipóteses em que o cônjuge concorre com descendentes⁶⁰.

Há, ainda, a posição de Maria Berenice Dias que, preocupada com os efeitos práticos da tutela sucessória do cônjuge, especialmente no âmbito das famílias recompostas, propõe uma terceira interpretação para o artigo 1.829, I, do Código Civil. Para a autora, não há sucessão do consorte sobrevivente quando o falecido tiver deixado bens particulares, de modo que o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens herda apenas quanto aos bens comuns:

⁵⁸ Código Civil, art. 1.659: Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

⁵⁹ Código Civil, art. 1.661: São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

⁶⁰ Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares: “Sendo o regime da comunhão parcial, a sucessão do cônjuge só terá lugar se o falecido houver deixado bens particulares. Desse modo, exclui-se da sucessão aquelas hipóteses em que a situação patrimonial dos cônjuges, em que pese o regime da comunhão parcial, é similar àquela do regime da comunhão universal. [...] Em virtude de ser a herança uma universalidade de direito, que é transmitida como um todo unitário aos sucessores (CC/02, art. 1.791), merece prosperar a posição que defende a incidência do direito sucessório do cônjuge no caso indicado sobre toda a herança.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 633). E, ainda: FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 96; CAHALI, Francisco José; e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.196. (texto escrito apenas pelo primeiro autor).

De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. *A contrariu sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes. [...] 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, 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 individual, quando da morte do par.⁶¹

Ao tratar da controvérsia, no REsp nº 992.749, ecoando as preocupações levantadas por Maria Berenice Dias, a Min. Nancy Andrighi apresentou as três correntes doutrinárias para, ao final, criar uma quarta. Segundo a Ministra, “a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte” e, por isso, o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens teria direito à meação, “além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes”⁶². Não obstante as duras críticas à solução apresentada pela Min. Nancy Andrighi⁶³, sua posição foi reproduzida em outros dois casos concretos⁶⁴.

Em 2011, no julgamento do REsp nº 974.241-DF, embora tenham utilizados

⁶¹ DIAS, Maria Berenice Dias. *Ponto-e-vírgula*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_ponto_e_v%EDrgula.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 26/05/2009.

⁶³ Ana Luiza Maia Nevares criticou as decisões preferidas pelo STJ: “Nesse cenário, não tardaram decisões judiciais que, ao arrepio da lei, solucionaram os casos concretos interpretando a lei de forma flexível.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.254).

⁶⁴ Embora o objeto da controvérsia do REsp. nº 992.749-MS fosse a tutela sucessório do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, a Min. Nancy Andrighi achou por bem solucionar também a controvérsia quanto à sucessão do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens. Os argumentos aduzidos pela ministra foram utilizados para fundamentar sua posição em relação à sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial de bens, bem como no da separação convencional. O entendimento firmado no REsp nº 992.749-MS quanto à sucessão do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens foi reproduzido no REsp 1.117.563-SP, julgado em 17/12/2009, e no REsp nº 1.377.084-MG, julgado em 08/10/2013, ambos foram julgados pela Terceira Turma e relatados pela Min. Nancy Andrighi.

fundamentos diferentes⁶⁵, os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que “no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido”⁶⁶. Cumpre esclarecer que o recurso foi conhecido parcialmente, na extensão do pedido formulado, e, por isso, versava apenas sobre a controvérsia relativa à incidência dos direitos sucessórios do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens sobre os bens comuns, de modo que os bens particulares não foram objeto de discussão.

Em 2015, no julgamento do REsp nº 1.368.123-SP, a Segunda Seção, em consonância com a doutrina majoritária, firmou entendimento no sentido de que o mais adequado, diante do sistema inaugurado pelo regramento sucessório de 2002, é admitir que o cônjuge sobrevivente casado com o regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes na sucessão do consorte falecido apenas quanto aos bens particulares que este houver deixado, se existirem.⁶⁷ Esse posicionamento tem sido reproduzido nos tribunais brasileiros⁶⁸.

O maior desconforto da doutrina, contudo, parece ser quanto à tutela sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens. Logo após a entrada em vigor do Código Civil, Miguel Reale afirmou que o cônjuge casado sob esse regime não seria herdeiro necessário.

No intuito de excluí-lo da concorrência com os descendentes, o autor afirmou que a

⁶⁵ Para o Min. Rel. Honildo Amaral de Mello Castro “é excepcional a concorrência entre descendentes e o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão parcial de bens com o de cujus, prevista na parte final do art. 1.829, inciso I, do CC/02. Subsiste a concorrência, e tão-somente nessas hipóteses, se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, tendo em vista o caráter protecionista da norma que visa não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais”. Por outro lado, em voto-vista, o Min. Luis Felipe Salomão criticou a posição do relator, afirmando ser antagônica ao sistema de proteção do consorte supérstite, para em seguida se filiar a doutrina majoritária, no sentido de que “o cônjuge tem meação nos bens comuns e cota hereditária nos particulares”.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 974.241-DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta turma, julgado em 07/06/2011.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, REsp n. 1.368.123-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 22/04/2015.

⁶⁸ Nesse sentido: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0064569-49.2016.8.19.0000, Rel. Des. Guaraci de Campos Viana, 19ª Câmara Cível, julgado em 05 de julho de 2018; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1006391-24.2018.8.26.0292, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 31 de julho de 2019; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1003911-76.2016.8.26.0152, Rel. Des. Theodureto Camargo, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18 de julho de 2019. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 70078466950, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, Sétima Câmara Cível, julgado em 26 de setembro de 2018.

separação obrigatória seria gênero, do qual decorrem duas espécies: separação legal e separação convencional. E, portanto, ao mencionar a separação obrigatória no artigo 1.829, I, do Código Civil, o legislador também teria excluído o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens da concorrência sucessória. O autor, então, conclui:

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que —se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança — estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.828. inc. I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. Entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica.⁶⁹

No mesmo sentido, a partir da ideia de que a sucessão expressa a continuidade da personalidade jurídica do falecido na pessoa de outrem, Judith Martins-Costa e Miguel Reale sustentaram a projeção dos efeitos práticos do pacto antenupcial para depois da morte, em respeito “ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários no plano negocial, quais sejam, o princípio da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como o da confiança legítima matriz da boa-fé”⁷⁰.

Argumentam os referidos autores que, se os nubentes “decidiram, livre e conjuntamente, tudo deixar regulado e estabelecido no pacto, instrumento que constitui o estatuto regulatório das relações patrimoniais entre o casal e, também, do casal para com terceiros”, há de ser considerada também no momento da morte “a força normativa do pacto antenupcial como lícito arranjo de interesses econômicos entre os nubentes”⁷¹. Para os autores, admitir a concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens representaria uma quebra sistemática no ordenamento jurídico, com o

⁶⁹ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

⁷⁰ REALE, Miguel; e 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. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, vol. 24, out/dez 2005. p. 214.

⁷¹ Ibid. p. 217-218. No mesmo sentido: COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; e RAAD, Daniela Russowsky. *O exercício da autonomia privada no Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829, I do Código Civil e o regime da separação convencional de bens. In: CAHALI, Francisco José; e CAHALI, Youssef Said (Coord.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 667-684.

esvaziamento do artigo 1.687⁷² do Código Civil:

Em suma: essas contradições sistemáticas, lógicas e axiológicas poderão ser evitadas se adotada interpretação sistemática e analógica: (i) sistemática para o efeito de alcançar-se a harmonização entre o que permite o Direito de Família (escolha do regime de bens) e o que disciplina o Direito Sucessório (efeitos *post-mortem* do regime escolhido); e (ii) analógica para estender-se, por analogia, por *eadem ratio*, aos casados pelo regime da separação voluntária, o que foi previsto para os matrimônios pela separação coativa de patrimônios.⁷³

A linha de pensamento exposta acima foi reproduzida no julgamento do REsp nº 992.749-MS, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria da Min. Nancy Andrighi, que firmou o entendimento de que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens não teria direito à concorrência sucessória, bem como não seria herdeiro necessário⁷⁴. O resultado do julgado foi confirmado no REsp nº 1.111.095-RJ, da Quarta Turma⁷⁵.

A relatora, apoiada nas lições de Miguel Reale, admitiu a separação obrigatória como gênero para afastar o direito de concorrência do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens. Além disso, a Min. Nancy Andrighi fundamentou o seu voto na aparente antinomia existente entre os artigos 1.829, I, e 1.687, ambos do Código Civil, o “que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada e provocaria a morte do regime da separação de bens”⁷⁶.

A doutrina se insurgiu contra o referido julgado. Ao tecer comentários sobre a fundamentação da decisão, Carlos Roberto Barbosa Moreira referiu-se ao acórdão como “infeliz”. Para o autor, “o julgado, na tentativa de dar ao caso uma solução que talvez parecesse a mais justa, acabou por baralhar conceitos, chegando a resultado ostensivamente

⁷² Código Civil, art. 1.687: Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

⁷³ REALE, Miguel; e MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., nota 70, p. 226.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 26/05/2009.

⁷⁵ Idem. REsp n. 1.111.095-RJ, Rel. Juiz Federal Convocado Carlos Fernandes Martins, Quarta Turma, julgado em 01/10/2009.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 26/05/2009.

incompatível com o teor do art. 1.829, nº I⁷⁷.

No que concerne à classificação proposta pelo julgado de reunir sob o mesmo rótulo da “separação obrigatória” os regimes da separação convencional e legal de bens, o referido autor esclarece que “a ‘obrigatoriedade’ ali diz respeito à ausência de possibilidade de escolha do regime de bens, e não aos efeitos que dele se irradiam”⁷⁸. Considerando que “a origem e os efeitos dos regimes de separação — legal e convencional — são diversos”⁷⁹, sendo aquele imposto por lei como sanção à inobservância das causas suspensivas do casamento, e este fruto da autonomia dos nubentes, os dois regimes não se confundem.

Da mesma forma, a doutrina mostrou-se bastante insatisfeita com relação ao segundo fundamento aduzido no acórdão, que buscou conferir força normativa ao pacto antenupcial. Isso porque não se pode confundir os institutos do regime de bens e da sucessão hereditária. Nos termos do artigo 1.571, I, do Código Civil, o regime de bens cessa com a morte de um dos cônjuges, servindo apenas como critério de gradação da tutela sucessória do consorte sobrevivente, conforme previsto no artigo 1.829, I, do referido diploma legal. Apurada a meação deste — quando for o caso —, os demais bens constituem a herança e serão partilhados de acordo com as normas do Direito Sucessório⁸⁰.

Dito de outro modo, o regime de bens tem eficácia *inter vivos* e, portanto, não produz efeitos após o falecimento de um dos cônjuges. Com a morte, o casamento se extingue — assim como o regime de bens —, partilhada a meação do cônjuge, a transmissão dos demais bens que compõem a herança se opera em razão das regras sucessórias, as quais são impositivas e, portanto, não podem ser afastadas pela vontade manifestada no pacto antenupcial.

Ademais, a vedação do artigo 426 do Código Civil, que proíbe a disposição sobre

⁷⁷ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Regime de bens e sucessão. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015. p. 54.

⁷⁸ Ibid. p. 55.

⁷⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Vol. 5, jul/set 2015. p. 128.

⁸⁰ Sobre o tema, Euclides de Oliveira explica: “Dentre esses direitos, situam-se a meação e a herança, que são distintas: a meação decorre do regime de bens e preexiste ao óbito do outro cônjuge, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal; outra coisa é a herança, que constitui a parte do patrimônio atribuída ao falecido e transmissível aos seus sucessores, dentre os quais se situa o próprio cônjuge, à falta de ou em concorrência com descendentes e ascendentes.” (OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93).

herança de pessoa viva, impede que a vontade manifestada no pacto antenupcial seja projetada para depois da morte. Assim,

“se o legislador proíbe pactos sucessórios, resta incoerente justificar a exclusão do cônjuge da sucessão com base em manifestação de vontade que, em relação à herança, é vedada nos negócios celebrados com efeitos inter vivos, como ocorre com o pacto antenupcial.”⁸¹

Ainda que se admita a flexibilização da proibição do artigo 426 do Código Civil — o que será debatido no terceiro capítulo deste trabalho —, o simples fato de os cônjuges terem optado pelo regime da separação convencional de bens não é suficiente para concluir que os nubentes pretendiam excluir um ao outro da própria sucessão hereditária. Seria necessária uma manifestação expressa nesse sentido.

Considerando a evolução dos direitos sucessórios do cônjuge e o prestígio dado aos vínculos de afetividade, verificou-se, conforme mencionado, que o intuito do legislador ordinário foi conceder tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, especialmente nos casos em que não fizesse jus à meação. Diante disso, a doutrina dominante tem interpretado o referido artigo não apenas para reconhecer o direito de concorrência do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens com os descendentes sobre a totalidade dos bens inventariados, como também para reafirmar a sua qualidade de herdeiro necessário⁸².

Embora versasse sobre o dever da viúva casada pelo regime da separação de bens de trazer à colação os bens doados pelo marido antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o julgamento do REsp nº 1.346.324-SP serviu de palco para novos debates quanto aos direitos sucessórios do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens⁸³.

⁸¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.254.

⁸² CARVALHO, Luiz Paulo de Vieira. *Direito Civil: Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Niterói: Impetus, 2010. p. 295-296. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Vol. 5, jul/set 2015. p. 127. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 367. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.346.324-SP, Rel. Min. Nancy Adrigli, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014.

Nesta ocasião, o Min. João Otávio de Noronha, apoiado nas críticas apresentadas pela doutrina, rebateu os argumentos aduzidos pela relatora, Min. Nancy Andrighi — os mesmos utilizados no REsp nº 992.749-MS —, para afirmar a posição sucessória do cônjuge casado pelo referido regime.

Contudo, foi apenas em 2014, no julgamento do REsp 1.472.945-RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que se firmou o entendimento no sentido de reconhecer ao cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens a condição de herdeiro necessário, concorrendo com descendentes na herança do consorte falecido⁸⁴. Em que pese algumas oscilações⁸⁵, ao que tudo indica, esse parece ser o entendimento consolidado na referida Corte⁸⁶.

A partir da análise dos julgados, percebe-se, na realidade, que “objeção principal parece ser a respeito da ausência de alternativas quando o que se pretende é preservação do eventual interesse futuro dos demais herdeiros em face do cônjuge com quem se está casado”⁸⁷. Essa crítica tem sido reproduzida na doutrina e será melhor analisada ao longo deste trabalho.

Concorrendo o cônjuge sobrevivente com descendentes comuns, o artigo 1.832 do Código Civil lhe reserva o direito de herdar, no mínimo, um quarto do acervo hereditário. Isso porque o legislador assumiu que, com a sua morte, os bens herdados seriam destinados para os mesmos descendentes. Por outro lado, se concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, o referido dispositivo prevê que o consorte sobrevivente herdará quinhão igual ao dos outros herdeiros.

Contudo, o legislador foi silente quanto à hipótese de sucessão híbrida, isto é, nos casos em que o cônjuge concorre com descendentes comuns e exclusivos do autor da

⁸⁴ Id., REsp nº 1.472.945-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2014.

⁸⁵ Id., AgRG na MC nº 23.242-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Terceira Turma, julgado em 03/02/2015.

⁸⁶ Id., REsp nº 1.430.763-SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2014; STJ, REsp nº 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 22/04/2015; Id., AgRG nos Embargos de Divergência em REsp nº 1.472.945-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24 de julho de 2015; Id., AgRG no REsp nº 1.334.340-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 17 de setembro de 2015; Id., AGInt no AgInt no REsp nº 1.601.162-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 09/03/2017;

⁸⁷ SECÔ, Thaís Fernanda Tenório; e REIS, Felipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRG na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 12, abr/ jun. 2017. p. 112.

herança, situação bastante recorrente nas famílias recompostas. A lacuna suscitou acentuada divergência⁸⁸, prevalecendo, na doutrina, o entendimento de que, nesses casos, a divisão da herança deve se dar em partes iguais entre o cônjuge sobrevivente e os filhos do falecido⁸⁹. Nesse sentido, o Enunciado nº 527, da V Jornada de Direito Civil, afirma que na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.

Seguindo a ordem de vocação hereditária, na ausência de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge, independentemente do regime de bens (CC, art. 1.829, II). Concorrendo com ascendentes em 1º grau, o artigo 1.836 do Código Civil estabelece que caberá ao cônjuge um terço da herança. Se só houver um ascendente de 1º grau ou mais de um de grau maior, o consorte sobrevivente fará jus a metade da herança.

Não havendo descendentes e ascendentes, caberá ao cônjuge a totalidade da herança independentemente do regime de bens, nos termos do artigo 1.838 do Código Civil. Sendo o cônjuge herdeiro necessário, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil, o autor da herança não poderá afastá-lo por testamento. Logo, como herdeiro único, ao menos metade dos bens deixados pelo falecido serão destinados ao consorte sobrevivente de pleno direito.

Por fim, o direito real de habitação foi ampliado em relação à legislação anterior. No

⁸⁸ Giselda Hironaka enumera as correntes existentes na doutrina: “Resumidamente, eis as três propostas, ou os três critérios, que têm sido mostrados pela doutrina e, algumas vezes, acolhidos pelas decisões judiciais: Primeira proposta: deriva de critério adotado pelo intérprete ou pelo julgador que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente. [...] Segunda proposta: deriva de critério, adotado pelo intérprete ou pelo julgador, que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se todos fossem descendentes exclusivos do falecido. [...] Terceira proposta: deriva de critério que prevê a divisão do monte partível em dois submontes, um proporcionalmente correspondente ao número de descendentes comuns e outro proporcionalmente correspondente ao número de descendentes exclusivos, aplicando-se a cada um deles, e a seu turno, as regras próprias. Ao submonte dos comuns aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes comuns (resguardando-se a quarta parte a favor do cônjuge viúvo, ascendente deles); ao submonte dos exclusivos aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes exclusivos (dividindo-se em iguais porções, sem a obrigatoriedade de resguardar, minimamente, a quarta parte)”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais*. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, v. 1, n. 1, 2015. p.70-72.).

⁸⁹ Por todos, Gustavo Tepedino: “A divergência surge quando a prole é mista, ou seja, parte filha do casal e parte de outra relação do *de cuius*. Na hipótese em que concorrem à sucessão descendentes exclusivos do *de cuius* e descendentes comuns, não se garante quota mínima ao consorte. Isso porque o sentido sistemático da proteção pela quota mínima consiste em que o cônjuge irá conviver com descendentes que também terão vocação hereditária na sua própria sucessão. No caso da prole mista, não existe relação sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os filhos de outro leito, não se justificando tal proteção”. (TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012. p. 150-151).

Código Civil de 2002, o benefício sobre o imóvel destinado à residência da família foi concedido ao cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens do casamento, desde que seja o único dessa natureza a inventariar, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança (CC, art. 1.831).

Para a concessão do benefício, o legislador impôs dois requisitos: (i) ser o único imóvel de natureza residencial do monte⁹⁰; e (ii) ser destinado à residência da família. Assim, caso haja apenas um imóvel residencial no monte, que não tenha sido moradia dos cônjuges, sobre ele deixa de incidir o direito real de habitação. Do mesmo modo, o benefício não será concedido quando houver mais de um imóvel de natureza residencial a inventariar, ainda que destinado a outras finalidades.

Além disso, o direito real de habitação tornou-se vitalício na nova legislação, não sendo mais extinto na hipótese de o cônjuge sobrevivente contrair novas núpcias ou união estável. O Código Civil de 2002 não exige a permanência da viuvez para manutenção do benefício, que só se extingue com a morte do seu titular.

Cumprido esclarecer, por oportuno, que é vedado ao cônjuge sobrevivente ceder a qualquer título o imóvel sobre o qual recai o direito real de habitação. Ele poderá residir no imóvel com a sua família, caso em que os demais herdeiros não poderão cobrar aluguel proporcional⁹¹.

Como se verá ao longo deste estudo, o direito real de habitação, assim como a legítima e outros institutos destinados à tutela sucessória do cônjuge, não são isentos de crítica. Apesar dos esforços do legislador ordinário no sentido de conceder maior proteção ao cônjuge sobrevivente, o que se observa no regramento do Direito Sucessório no Código Civil de 2002, quando analisado em conjunto com as regras do direito de família, é um enorme descompasso é “um desastrado acúmulo de regras descombinadas entre si, o que apenas faz nascer, e se multiplicar, um sem-número de casos da vida real que não conseguem

⁹⁰ Conforme lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho: “Agora, relativamente ao imóvel que vinha sendo utilizado como moradia da família, tal direito está assegurado ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens desde que tal bem seja o único daquela natureza a inventariar (independentemente de existirem outros imóveis, porém de natureza diversa, tais como terrenos. P. ex.) tudo com base no direito à moradia, de matriz constitucional (art. 6º da CRFB) e fundamental para garantir uma vida digna ao habitador (art. 1º, III, da CFRB).” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito Sucessório*. Niterói: Editora Impetus, 2010. p. 354.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN, Maria Celina de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.640.

encontrar guarida segura na fortificação legal”.⁹²

1.3 Necessidade de revisão da tutela sucessória do cônjuge

A tutela patrimonial das relações de conjugalidade traduz-se em dois aspectos distintos: regime de bens e sucessão *causa mortis*. Embora, nos dois casos, os deveres e regras estabelecidas entre os cônjuges sejam fundamentadas e balizadas pelo princípio da solidariedade, verificou-se, ao longo dos anos, uma ampliação da liberdade dos nubentes para determinarem o próprio projeto de vida e planejamento patrimonial no Direito de Família, que não foi reproduzida no Direito das Sucessões.

Com a passagem da família tradicional para a família contemporânea, a sociedade familiar recuperou a sua verdadeira função de realização mútua e individual de seus membros. A nova realidade, com pluralidade de formações familiares e tantas variáveis para a sua constituição, impôs o reconhecimento de “tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução”⁹³.

Surge, nesse cenário, o que a doutrina convencionou chamar de “Direito de Família Mínimo”, que propugna a menor intervenção do Estado possível nas relações familiares, em uma clara tendência de privatização da família, pela transferência do controle estatal de sua constituição, desconstituição e organização para os seus próprios membros⁹⁴.

Em vista disso, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.511⁹⁵ e 1.513⁹⁶, ao tratar da comunhão de vidas instituída pela família, traz a cláusula geral de reserva de intimidade, garantindo autonomia existencial para os componentes da família estabelecerem o seu projeto familiar, segundo os desígnios definidos livremente pelos próprios interessados, sem qualquer intervenção de pessoa de direito público ou privado.

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente na transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 388.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-100.

⁹⁴ MULTEDO, Renata Vilela; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *A privatização do casamento*. *Civilistica.com*, a. 5. n. 2. 2016. p. 7.

⁹⁵ Código Civil, art. 1.511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁹⁶ Código Civil, art. 1.513: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Quis o legislador que os componentes da família, livres e iguais, tivessem ampla liberdade para regular a própria comunhão de vida da forma que melhor lhes aprouvesse, em busca de um projeto comum que lhes trouxesse felicidade, sem intervenção de terceiros (CC, art. 1.511 e 1.513)⁹⁷. Sobre os dispositivos, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues teceram os seguintes comentários:

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna, exsurgem disposições que farão com que sociedade e Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualmente. Os componentes da família, desde que dotados de discernimento, podem constituir de forma livre o projeto de vida comum, por serem conscientes sob que formas se realizam em comunhão plena de vida. E essa descoberta do caminho de realização pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade quando se trata de pessoas livres e iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades.⁹⁸

Hoje, em decorrência da privatização do Direito de Família, já se admitem atos de constituição e desconstituição da sociedade familiar sem a ingerência do Estado, é o que ocorre com a separação e divórcio consensuais por via administrativa⁹⁹, escritura de reconhecimento de paternidade socioafetiva, escritura de união estável homoafetiva, entre outros avanços.

No âmbito patrimonial, a autonomia conjugal também foi prestigiada. O legislador de 2002, baseado na premissa do casamento como comunhão de vidas, garantiu aos nubentes a mais ampla liberdade para estipular as regras que regerão as relações econômicas estabelecidas entre si e com terceiros (CC, art. 1.639). Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “os próprios cônjuges são os melhores juízes na opção do modo como pretendem regular as relações econômicas a vigorarem durante o matrimônio”¹⁰⁰.

⁹⁷ Inclui-se, dentro do plano de autonomia do casal, o planejamento familiar, expressamente assegurado no art. 226, §7º, da Constituição da República.

⁹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo: da não intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁹⁹ A possibilidade de separação e divórcio extrajudicial, realizado por escritura pública, foi implementado pela Lei nº 11.441/07.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. V. livro eletrônico, item 399.

Embora já se reconhecesse, desde o Código Civil de 1916, a possibilidade de os nubentes escolherem o próprio regime de bens¹⁰¹, com o Código Civil de 2002, essa liberdade foi ampliada para permitir aos cônjuges optarem por um dos quatro regimes de bens existentes no Código Civil ou criarem “um regime específico, moldado por seus interesses e informado por sua conveniência, mediante combinação de elementos de regimes distintos, ou mesmo estabelecer um regime não previsto em lei”¹⁰². Assim, os cônjuges poderão mesclar os regimes de bens já existentes ou, ainda, criar novo regime, não previsto pelo legislador.

O pacto antenupcial, enquanto “negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhes aprouver, segundo o princípio da autonomia privada”¹⁰³, deverá ser realizado antes da celebração do casamento, por escritura pública, principalmente quando o casal optar por um regramento diferente do regime supletivo previsto em lei. Sendo ato solene, deverá atender aos requisitos de forma exigidos pelo Código Civil (CC, art. 1.653).

Ainda na seara da livre pactuação, o legislador de 2002 inovou ao permitir que os cônjuges alterem o regime de bens mediante autorização judicial, em pedido comum e motivado, ressalvados direitos de terceiros (CC, art. 1.639, §2º). Embora tenha representado um avanço em relação ao sistema anterior, por garantir maior liberdade para os cônjuges regularem suas relações patrimoniais de acordo com as circunstâncias e vicissitude supervenientes ao matrimônio¹⁰⁴, o legislador pecou ao condicionar a alteração à autorização

¹⁰¹ “E, nesse semblante passado, escrevia Henri Bateman, só existia uma autonomia da vontade concedida por lei, pois para os cônjuges as regras eram imperativas e não dispositivas e o máximo da autonomia era facultar aos consortes poderem escolher um regime de bens da lei.” (MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais regimes de bens. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 312).

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN, Maria Celina de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.262.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 311. Discute-se em doutrina a possibilidade de inclusão de cláusulas de natureza existencial. Para Gustavo Tepedino, embora válidas, a inserção de cláusulas que estabeleçam regramento da vida espiritual dos cônjuges altera a natureza jurídica do pacto sucessório. Nas palavras do autor: “Nesse caso, o pacto transcende os contornos do contrato, associado à patrimonialidade de seu conteúdo, tornando-se negócio jurídico com feição híbrida, de natureza patrimonial e existencial”. (TEPEDINO, Gustavo. Contrato em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p.529).

¹⁰⁴ Em relação ao assunto, aprovou-se, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 113, que recomenda ampla publicidade para a autorização da mudança: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive

judicial. Para conferir a mais ampla liberdade para os cônjuges, em consonância com o “Direito de Família Mínimo”, seria de todo bem-vindo que o legislador permitisse a mutação do regime de bens mediante lavratura de escritura pública, assim como o fez com o divórcio administrativo.

A ampla liberdade conferida aos nubentes para estipularem o próprio regime de bens, contudo, encontra limites na ordem pública (CC, art. 1.655). Como qualquer ato de autonomia privada — e, com mais razão, o pacto antenupcial, por caracterizar situação dúplice¹⁰⁵ —, está sujeito a um juízo de legitimidade, devendo concretizar valores positivos do ordenamento jurídico. Não por outro motivo, a doutrina tem afirmado que o referido dispositivo deve ser lido em conjunto com o artigo 421 do Código Civil, que limita a autonomia contratual à realização de sua função social¹⁰⁶.

Com o declínio do Estado liberal — não interventor —, o conteúdo da ordem pública também foi reformulado¹⁰⁷. Segundo Noberto Bobbio, “nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutela (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a

dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

¹⁰⁵ Sobre a natureza dúplice do regime de bens, Carlos Konder e Ana Carolina Brochado Teixeira explicam: “Os contratos que se estabelecem antes do casamento ou, no caso da união estável, antes ou na constância da união, têm o escopo de regular as relações patrimoniais entre cônjuges ou companheiros, da forma mais coerente com seu projeto de vida. Assim, não obstante estejamos a falar de questões de natureza eminentemente patrimonial, não se pode descurar que elas servem a um projeto existencial, de construção de uma família. [...] Estamos diante, portanto, de inegável situação jurídica patrimonial de eficácia também na órbita existencial” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*: volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.15).

¹⁰⁶ Segundo Anderson Schreiber: “Como uma das normas mais importantes a respeito do exercício da temática, estabelece o Código Civil que é nula, no sentido de nulidade absoluta, a convenção ou cláusula que constar no pacto que entre em conflito com disposição absoluta de lei, entendida como norma cogente ou de ordem pública. Esse é o comando legal que limita a autonomia privada do pacto, reconhecendo a função social do pacto antenupcial. Isso porque pode ser traçado um paralelo entre esse dispositivo e o art. 421 do CC/2002 que limita a autonomia contratual para os contratos em geral.” (SCHREIBER, Anderson. et. al. *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. p. 1292).

¹⁰⁷ Maria Celina Bodin de Moraes explica: “A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, tem o seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional — com particular ênfase às normas que tutela, a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento jurídico constitucional.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 250).

função de promover”¹⁰⁸. Inspirado no modelo pós-liberal, o constituinte de 1988 atribuiu ao Estado a função de tutelar e promover a dignidade da pessoa humana, permitindo a sua intervenção nas relações privadas, desde que destinada a assegurar valores existenciais.

Observa-se, contudo, que o conflito entre os espaços de autonomia privada e intervenção estatal é meramente aparente. Em um cotejo crítico, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues afirmam que, apesar da família contemporânea revelar-se mais privada do que nunca,

[...] excepcionalmente, o espaço de realização da família sofrerá ingerências estatais quando for necessário proteger sujeitos familiares vulneráveis, denotando como marca do Estado Democrático de Direito a busca por igualdade material, obtida pela conformação da autonomia da vontade por preceitos de solidariedade.^{109 110}

Imbuída de um espírito solidarista, a Constituição da República estabeleceu, em seu artigo 3º, entre outros objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais, voltada para a promoção do bem de todos, livre de preconceitos. Exsurge, do texto constitucional, o intuito do constituinte em promover uma sociedade em que prevaleça a igualdade material.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “a Lei Maior determina — ou melhor, exige — que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”¹¹¹. No âmbito familiar, especialmente, em razão da afetividade que lhe é indeclinável, a solidariedade deve estar presente com mais vigor.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 13.

¹⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo: de não intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

¹¹⁰ No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin afirma: “Ainda que seja ‘aparente paradoxo’, a exigência de não-intervenção do Estado na constituição da personalidade, e seu respectivo direito ao autodesenvolvimento e autodeterminação, corresponde necessariamente uma mesma presença ativa do Estado, intervindo embebido no fito precípua de tutelar os direitos daqueles que, jurídica ou faticamente, estão em uma posição de fragilidade. É um imperativo de garantia”. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 155-156).

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 179.

Como se vê, nas relações familiares, “ao direito de liberdade será sempre contraposto o dever de solidariedade social”¹¹². Significa dizer que a autonomia no âmbito familiar deve ser exercida de forma responsável, sempre balizada pelo dever de solidariedade¹¹³, na medida em que os membros da família são responsáveis uns pelos outros. Nesse sentido, Gustavo Tepedino leciona:

O exercício da liberdade exige, pois, responsabilidade, seja no casamento, nas uniões estáveis, nas uniões livres, na filiação, devendo-se respeitar os contratos, compromissos, convenções, ajustes expressos tácitos, estabelecidos. Nas comunidades familiares, mais do que em qualquer outra relação privada, a solidariedade é limite interno e qualificador da liberdade.¹¹⁴

Assim, os cônjuges não poderão prever, no pacto antenupcial, disposições que afastem deveres de solidariedade entre os componentes da família, que criem situações de desigualdade substancial ou que contenham qualquer previsão que inviabilize a função promocional da família.

Por outro lado, respeitados os deveres de solidariedade, considerando a posição de igualdade entre os cônjuges, consagrada na nova ordem constitucional, em se tratando de pessoas maiores e capazes, a vontade manifestada pelos cônjuges no pacto antenupcial sempre prevalecerá.

Conforme demonstrado, embora já se admita “a opção de planejamento da distribuição patrimonial para o caso de divórcio, seja pela escolha do regime de bens, seja pela faculdade de formular pacto antenupcial”¹¹⁵, no Direito Sucessório, em razão da proteção rígida e cogente da herança legítima e a proibição dos pactos sucessórios contida no artigo 426 do Código Civil, não se verifica a mesma autonomia.

¹¹² MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 22.

¹¹³ “Tal liberdade, contudo, é promovida pelo texto constitucional, que a prevê permeada e qualificada internamente pela solidariedade social. A pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro, na troca de experiências, no processo dialético do seu amadurecimento e aprendizado de vida. Ao fim e ao cabo, são nesses espaços de intersubjetividade, delimitados pelo olhar do outro, que a pessoa edifica sua personalidade” (TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas de afeto*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 14, mar./abr. 2016. p.20).

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas de afeto*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 14, mar./abr. 2016. p.20.

¹¹⁵ SECÔ, Thaís Fernanda Tenório; e REIS, Felipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 12, abr/ jun. 2017. p. 112.

Não obstante as sensíveis transformações enfrentadas pela família, que culminaram com o reconhecimento de novos arranjos familiares, o Código Civil de 2002, no que concerne ao Direito Sucessório, baseou-se na família fundada no casamento indissolúvel e duradouro e, por isso, está em descompasso com a sociedade contemporânea, distante das suas necessidades e interesses.

A superproteção concedida ao cônjuge no Código Civil de 2002 promove, em muitos casos, transmissão patrimonial forçada e outras situações de injustiça, deixando à deriva inúmeras hipóteses corriqueiras da vida que deveriam ser tuteladas pelo legislador com mais cautela. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza explica:

A lei sucessória não oferece soluções satisfatórias para muitas das situações familiares-patrimoniais hoje existentes, e sua observância, em alguns casos, pode gerar injustiças ou mesmo desamparo para algumas pessoas. O testamento não atende, por si só, a vontade do testador, em virtude dos requisitos de forma e restrições de conteúdo que lhe são impostas. Diante da multiplicidade de demandas da sociedade atual confrontam-se a vontade do legislador, apegado a fórmulas antigas, e a autonomia privada, que exige cada vez mais respeito e espaço.¹¹⁶

A partir da atual sistematização do direito sucessório do cônjuge no Código Civil, a distribuição de bens na herança pode encontrar resultados bem aleatórios, com transmissão de bens particulares — muitas vezes compostos por patrimônio familiar — para pessoa de outra família, que nenhuma relação tinha com o autor da herança, em detrimento dos descendentes e outras pessoas que dependiam do falecido¹¹⁷. Essa parece ser a principal objeção por trás das discussões doutrinárias e oscilações jurisprudenciais referentes à interpretação do artigo 1.829 do Código Civil. Nesse sentido, Thaís Fernanda Tenório Secô e Felipe Guerra David Reis observam:

De fato, a partir do direito sucessório em vigor, a distribuição de bens na herança pode encontrar resultados bem aleatórios, e aspectos que deveriam ser tomados, talvez, por triviais, acabam se tornando determinantes na distribuição. Entretanto, da mesma forma, as objeções apresentadas por Maria Berenice Dias naquele momento não só não dizem respeito a qualquer sinal de pontuação contido no inciso do art. 1.829, como também em nada se relacionam ao regime de bens do casamento, ou mesmo a tratar-se de casamento ou união estável. O que parece fundamental, pelo contrário, é a existência ou não de prole anterior à união, bem

¹¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Prefácio da primeira edição. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 18.

¹¹⁷ Esse tema será melhor abordado ao longo deste trabalho.

como a existência ou não de patrimônio anterior, confrontada à rigidez atual do direito sucessório que obstaculariza bastante o planejamento sucessório.¹¹⁸

Extremamente engessado e distante das necessidades da família contemporânea, o sistema hereditário reclama uma reforma eficaz, capaz de garantir soluções mais adequadas à axiologia constitucional e às demandas de uma sociedade que está em constante transformação. Nesse sentido, Pietro Perlingieri assevera:

*La prospettiva funzionale del diritto ereditario è stata per lo piú ignorata della letteratura giuridica, che raramente ha tentato un inquadramento generale del tema, tale da individuarne la collocazione sistematica all'interno dell'ordinamento, nonché i punti di contatto con gli istituti della famiglia, dell'impresa, del lavoro, dei diritti fondamentali della persona. Questo sforzo ricostruttivo deve, nondimeno, essere compiuto se si vuole addivenire alla risoluzione dei molti problemi pratici che le recenti e macroscopiche trasformazioni intervenute nel contesto sociale ed economico — alle quali si farà cenno di qui a breve — sollevano continuamente.*¹¹⁹

A doutrina tem postulado alternativas no sentido de conceder maior liberdade ao autor da herança, de modo a garantir um direito sucessório mais flexível, que permita o planejamento patrimonial entre os cônjuges para depois da morte.

Diante dos novos interesses dignos de tutela que surgem com os mais variados arranjos familiares e da crescente independência da mulher, marcada por sua inserção no mercado de trabalho e pelo reconhecimento da igualdade de gêneros, argumenta-se a possibilidade de expansão dos espaços de autonomia no Direito Sucessório, a fim de alcançar um regramento que valorize as manifestações volitivas dos projetos de vida de cada um¹²⁰.

¹¹⁸ SECÔ, Thaís Fernanda Tenório; e REIS, Felipe Guerra David. *O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens*: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, vol. 12, abr/ jun. 2017. p. 111.

¹¹⁹ O trecho correspondente na tradução é: “A perspectiva funcional da lei hereditária tem sido, em grande parte, ignorada pela literatura jurídica, que raramente tentou um enquadramento geral do tema, como identificar a sua localização sistemática no sistema, bem como os pontos de contato com os institutos da família, da empresa, do trabalho, dos direitos humanos fundamentais. Esse esforço reconstrutivo deve, no entanto, ser realizado se quisermos chegar à resolução dos muitos problemas práticos que as transformações recentes e macroscópicas que ocorreram no contexto social e econômico - a que vamos mencionar aqui brevemente – continuamente.” (PERLINGIERI, Pietro. *La funzione sociale del diritto successorio*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Rassegna di diritto civile* 1. Diretta de Pietro Perlingiere. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 131).

¹²⁰ ANDRÉ, Diogo Brainer de Souza. *O direito sucessório do companheiro e o ‘contrato de namoro’*: uma análise dos efeitos da equiparação com o regime do casamento. *Civilistica.com*, a. 8, n.1, 2019. p. 3.

Busca-se, com isso, uma tutela sucessória maleável, lapidada pelo princípio da solidariedade, que se coadune com as necessidades concretas da sociedade contemporânea. Atento à necessidade de se conceder maior liberdade para que a família concretize o próprio projeto, Stefano Rodotà pondera:

*[...] il diritto há confinato l'amore senza legge in uno stato d'eccezione. Dobbiamo allora convenire che, se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve abbandonare non solo la pretesa d'impadronirsene, ma anche trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità. Soprattutto, di fronte alla vita, il diritto deve essere pronto a lasciare il posto al non diritto.*¹²¹

Cogita-se, assim, um “Direito Sucessório Mínimo” nas relações de conjugalidade, à semelhança do que ocorreu com o direito de família, a fim de conceber um “sistema hereditário em viés constitucional, desmembrando os conteúdos de modo decidido a valorizar a autonomia negocial, equilibrada com o dever de solidariedade”¹²².

¹²¹ RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*. Roma: Editori Laterza, 2015, p. 5. O trecho correspondente na tradução é: O direito confinou o amor sem lei num estado de exceção. Devemos agora admitir que, se o direito quer se aproximar do amor, deve abandonar não apenas a pretensão de apoderar-se do amor, mas também transformá-lo em um discurso aberto, capaz de colher e acertar contingências, variedades e até irrazoabilidades. Sobretudo de frente para a vida, o Direito deve estar pronto para deixar o amor no posto do não direito.

¹²² TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 60.

2 LEGÍTIMA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

De qualquer modo, eles só precisam ser frouxamente atados, para que possam ser outra vez desfeitos, sem grandes delongas, quando os cenários mudarem – o que na modernidade líquida, decerto ocorrerá repetidas vezes. [...] [O]s relacionamentos [...] parecem ser feitos sob medida para o líquido cenário da vida moderna, em que se espera e se deseja que as “possibilidades românticas” (e não apenas românticas) surjam e desapareçam numa velocidade crescente e em volume cada vez maior, aniquilando-se mutuamente e tentando impor aos gritos a promessa de ser mais satisfatória e mais completa.¹²³

Zigmunt Bauman

2.1 Princípio da intangibilidade da legítima

A sucessão tem por objetivo a transmissão de situações jurídicas, podendo se dar por ato entre vivos (*inter vivos*) ou após a morte (*causa mortis*). A sucessão *causa mortis* é direito fundamental (CR, art.5º, XXX)¹²⁴, regulado pelo Direito Sucessório, cuja função é “estabelecer o destino das situações jurídicas transmissíveis do autor da herança em consonância com os ditames constitucionais, a partir da escolha dos sucessores e da previsão de mecanismos que permitam a liquidação e a partilha de bens”¹²⁵.

¹²³ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zabar, 2004. p. 7-13.

¹²⁴ Ana Luiza Maia Nevares explica: “Objetiva-se com esta garantia, impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a conseqüente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte. [...] O reconhecimento da sucessão *mortis causa* constitui um corolário da garantia do direito à propriedade privada (CF/88, art. 5º, caput, XXII e XXIII), constituindo uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção levada a cabo pelo legislador constituinte brasileiro. Sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magma, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório conforme os valores constitucionais.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P.619-620.)

¹²⁵ Id. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8.

Conforme dispõe o artigo 1.786 do Código Civil de 2002, a sucessão poderá ser legítima, ocorrendo nos termos da lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829), ou testamentária, em cumprimento das disposições de última vontade constantes no testamento ou codicilo deixado pelo autor da herança.

A sucessão legítima ocorrerá nos casos em que não houver testamento, quando este for julgado nulo, caducar, não esgotar o patrimônio do autor da herança ou sempre que houver herdeiros necessários, ocasião em que poderá acontecer simultaneamente com a sucessão testamentária. As regras da sucessão legítima estabelecem, por meio de uma “coordenação preferencial dos grupos sucessíveis”¹²⁶, quais pessoas receberão parcela do patrimônio do *de cuius*, podendo ser necessária ou não, a depender da existência de herdeiros previstos no rol do artigo 1.845 do Código Civil.

A sucessão imposta por lei se dá sempre a título universal, transmitindo-se aos herdeiros a totalidade do patrimônio do *de cuius*, e a cada um deles uma quota ideal desses bens. A sucessão testamentária, por outro lado, poderá ser universal, quando o testador instituir herdeiro sem especificar os bens a ele destinados, ou a título singular, nos casos em que prevê a destinação de certa quantia ou bem (legado) à determinada pessoa, de modo que o bem ou direito será transmitido ao legatário individualmente¹²⁷.

No que concerne à sucessão testamentária, o Código Civil brasileiro positivou o princípio da intangibilidade da legítima e fixou a quota necessária em metade dos bens deixados pelo *de cuius*, ao prever, no artigo 1.789, que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança. *A contrario sensu*, na ausência de herdeiros necessários, o testador poderá dispor livremente sobre a totalidade de seu patrimônio.

No Direito Brasileiro, o instituto da reserva hereditária surgiu de uma conjugação de elementos romanos e germânicos. No Direito Romano, existia verdadeira copropriedade entre os membros da família e, por isso, o Direito Sucessório dos filhos surgia com o seu nascimento. Tendo em vista que o patrimônio já era cotitularizado pelos filhos, o *pater familiae* só poderia excluí-los da sucessão por meio de deserdação, o que inicialmente lhes

¹²⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I. p. 169.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. VI. versão eletrônica, introdução.

era permitido como mera liberalidade¹²⁸. Nesse momento, a finalidade precípua da sucessão em Roma não era o repasse do acervo patrimonial, “senão a finalidade assecuratória da continuidade da família e a possibilidade de perpetuação da execução daquelas tarefas extrapatrimoniais que, um dia, haviam sido incumbidas ao pater famílias” e, por isso, “pelo seu falecimento passa-se ao heres”¹²⁹.

Diante disso, a ilimitada liberdade de testar, consequência do poder absoluto do chefe de família, passou, aos poucos, a ser limitada. De acordo com os ensinamentos de Arnaldo Wald, as limitações à liberdade de testar no Direito Romano ocorreram, em um primeiro momento, no plano formal. Sendo a família romana uma unidade econômica, havia um condomínio entre todos os seus membros. Assim, para que o testamento fosse cumprido, era necessária a menção a cada um dos parentes mais próximos nominalmente, para deserdar ou instituí-lo como herdeiro. A ausência de menção a qualquer dos herdeiros legítimos tornava o testamento inexecuível, procedendo-se com a sucessão legítima¹³⁰.

No mesmo sentido, a superveniência de um descendente não existente no momento da lavratura do testamento importava em ruptura do instrumento. A posse dos bens destinados ao herdeiro instituído por testamento era atribuída aos herdeiros legítimos, em desacordo com as disposições de última vontade (*bonorum possessio contra tabulas*). Essa foi a primeira restrição estabelecida ao direito de testar.

Em seguida, foram impostas restrições de caráter material. Segundo Clóvis Beviláqua, essa limitação se deu em razão da obrigação do chefe da família de amparar os filhos contra os golpes da fortuna adversa e teve início com as ações de *querela inofficiosi testamenti*, ajuizada pelos parentes próximos, cujo objetivo era anular o testamento que os deserdasse ou preterisse, sob o argumento de que o testador estaria em estado de demência (*Lex Falconia*)¹³¹.

Em determinado momento, foi proibido o ajuizamento da *querela* nos casos em que

¹²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no Direito Civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 492.

¹²⁹ CAHALI, Francisco José; e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 263.

¹³⁰ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 147.

¹³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p.291.

os parentes mais próximos tivessem recebido no mínimo um quarto da herança. Por fim, com o intuito de acabar com a ficção de insanidade mental do testador, não se admitiu mais a anulação do testamento, permitindo-se apenas a redução das disposições testamentárias com o intuito de assegurar a quota legítima dos herdeiros necessários.

Se, no Direito Romano, a liberdade de testar foi, aos poucos, restringida, o Direito Germânico fez o caminho inverso. Na Alemanha, não havia um conceito de propriedade similar ao *dominium* do *pater familias* romano. A carência de uma organização política estatal dos povos nômades impunha união e solidariedade aos grupos familiares, para que pudessem se defender de agressões externas. Isso conduziu a uma exaltação da família e atribuição ao chefe da família de um dever de proteção em relação aos outros membros¹³². Quando os povos alemães se tornam sedentários e passam a ocupar as terras, surge a copropriedade entre os diversos membros da família, de modo que a unidade era mantida pela transmissão do patrimônio familiar aos parentes e, portanto, só havia herança necessária¹³³. Com o tempo e a influência da Igreja, admitiu-se a liberdade de testar sobre uma pequena quota da herança.

Nas palavras de Arnaldo Wald, “o Direito Romano aceitou a legítima como exceção ao princípio básico da liberdade de testar, e o Direito Germânico viu, na livre disposição de pequena parcela dos bens do testador, uma exceção ao princípio do condomínio familiar”¹³⁴.

A Revolução Francesa aboliu os privilégios da primogenitura e da masculinidade, que haviam sido consagrados na Baixa Idade Média, por influência do Direito Canônico. No intuito de enfraquecer a nobreza, o Código Civil Napoleão, que instaurou as bases do Direito Sucessório contemporâneo, manteve a reserva legítima de parcela do patrimônio aos parentes do *de cuius* até o 12º grau de parentesco. A finalidade “seria atingida por meio da fragmentação do patrimônio”¹³⁵ entre os herdeiros, em paridade de direitos.

¹³² AMENTA, Gianfranco. *La successione necessaria: essere o non essere?*. Rassegna di diritto civile 3, 2009. p. 617.

¹³³ “No Direito germânico primitivo a sucessão baseava-se na copropriedade familiar, vindo, em primeiro lugar, os filhos varões e, em seguida, os irmãos do defunto, tios paternos e maternos.” (GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.4).

¹³⁴ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 148.

¹³⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 58. Nesse sentido, Tocqueville afirmou que o Direito das Sucessões era constituído de tal forma que permitia a concentração da propriedade e do poder em torno de alguns indivíduos, originando o desenvolvimento de uma “aristocracia do solo”. A regra da primogenitura permitia que os patrimônios imobiliários passassem de geração para geração intactos. Assim, se organizado de

No Brasil, a reserva da legítima foi introduzida na ordem jurídica desde as Ordenações Filipinas, a qual previa a reserva de “duas partes da herança” para descendentes ou ascendentes, tidos como herdeiros necessários. O artigo 2º do Decreto nº 1.839, de 1907, reduziu a quota legítima para metade dos bens do *de cuius*. A proteção foi mantida no Código Civil de 1916 e acriticamente reproduzida pelo Código Civil de 2002.

Dentre as várias discussões quanto ao fundamento da quota legítima¹³⁶, vale mencionar a doutrina do voluntarismo jurídico, difundida ao longo do século XIX, segundo a qual a reserva hereditária baseava-se em uma “vontade presumida” do *de cuius* de proteger seus parentes mais próximos¹³⁷. Quanto a esse fundamento, Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas afirmam que a “vontade presumida” serviu apenas para

[...] contornar a restrição representada pela legítima à liberdade de disposição patrimonial do autor da herança”, mas que, a rigor, essa doutrina apenas apresentava “uma nova e criativa explicação para a antiquíssima orientação segundo a qual os bens e o culto da família deviam manter-se unidos”.¹³⁸

No ordenamento jurídico brasileiro atual, orientado pelos princípios e valores

acordo com outros princípios, impondo igualdade na partilha, os bens e as fortunas territoriais tenderiam a diminuir permanentemente. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie em Amérique*. T. I. Bruxelles: Louis Hauman et Comp. Libraires, 1835. p. 58 et seq).

¹³⁶ Vale mencionar os comentários de Pontes de Miranda: “a) A primeira concepção foi de ser tal regra jurídica emanção da copropriedade familiar (e.g., A. Boistel. R. Troplong e A. Renouard). b) A segunda, a de ser a sucessão legítima continuação da dívida alimentar [...]. c) Alguns juristas sustentam tratar-se de fideicomisso tácito. Aí há alusão aos bens próprios das famílias, sujeitos à reserva costumeira, e à liberdade dos aquestos [...]. d) Outros juristas pretendem que se trate de vontade presumida do defunto. Tal justificativa que se poderia invocar para a sucessão legítima estaria em contradição com a herança necessária [...]. e) A discussão em França foi renhida. O tribuno Sédillez recusava a porção necessária aos colaterais pela falta de habitação em comum. Jean-Etienne-Marie Portalis achava que era devida, na linha reta, a quota, pelo dever, que têm os pais, de prover ao estabelecimento dos filhos. Treihard chegou a falar de título sagrado à posse dos bens, e de relações sagradas também falou François Jaubert, e o adjetivo aparece em textos de Bicot-Preameneu. François Denis Tronchet e Chaibot invocaram a lei natural”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1968. t. LV, p. 212-215)

¹³⁷ Por todos, San Tiago Dantas: “No Direito moderno, a ideia de comunhão familiar não tem, a rigor, nenhuma razão de ser; o que se tem de mais abalizado como fundamento da sucessão legítima é a tese de que a lei procura manifestar a vontade presumida e o afeto da família do *de cuius*. Se o *de cuius* tivesse testado, a quem contemplaria? Não se pode saber em cada caso concreto, porque o afeto do homem é variável e decide-se por um critério individual, mas, se se tomar como modelo o homem médio, deve-se reconhecer que, provavelmente, os beneficiários da sua liberalidade seriam os seus parentes mais próximos.” (SANTAS, San Tiago. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 480-481).

¹³⁸ SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019. p. 223.

constitucionais, conforme lições de Ana Luiza Maia Nevares, o instituto da legítima encontra justificativa na conciliação entre os princípios constitucionais da proteção à família (CR, art. 226), da solidariedade (CR, art. 3º, I), da dignidade humana (CR, art. 1º, III) de um lado; e os princípios da garantia da propriedade privada (CR, art. 5º, XXII) e da livre iniciativa (CR, art. 1º, III) de outro¹³⁹. Assim, a quota legítima permite a distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles, sem restringir por completo a liberdade de testar do autor da herança.

Em consonância com a perspectiva constitucionalizada do Direito Civil, o instituto da legítima desempenha importante função na proteção da família, ao concretizar o princípio da solidariedade constitucional, bem como a especial proteção que o Estado lhe dispensa, conforme ditames do artigo 226 da Constituição da República. Garantindo aos parentes mais próximos a metade do patrimônio do testador, evita-se que a comunidade familiar fique, de uma hora para outra, desamparada em virtude da morte do autor da herança.

A quota legítima, também chamada de necessária, é a porção dos bens do espólio que a lei manda caber, de pleno direito e obrigatoriamente, aos parentes do testador chamados de herdeiros necessários, forçados, legitimatários ou reservatários¹⁴⁰, porque só por meio de renúncia espontânea ou em hipóteses específicas de deserdação (CC, art. 1961 a 1965) ou indignidade (CC, art. 1.814 a 1.818) é que poderão ser afastados da sucessão. Conforme lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] tanto o excluído por indignidade, quanto o deserdado são herdeiros sucessíveis que, tendo cometido ato atentatório previsto em lei, vêem-se, posteriormente, afastados da sucessão. Mas até que sejam afastados, são herdeiros sucessíveis e gozam da proteção legal da reserva dos bens que comporão a legítima.¹⁴¹

Como já afirmado, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.845, trouxe grande inovação ao incluir o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, ao lado dos

¹³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155. No mesmo sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 357.

¹⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 15.

¹⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Concorrência do convivente e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; e ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2003. p. 238.

descendentes e ascendentes. Portanto, na nova ordem sucessória, se o autor da herança deixar descendentes, ascendentes ou cônjuge¹⁴², ao menos metade de seu patrimônio deverá ser destinado a esses parentes, sob pena de redução das disposições testamentárias que ultrapassem a quota legítima (CC, art. 1.967 e 1.968). Quanto à outra metade do patrimônio, chamada de quota disponível, o testador estará livre para dispor como melhor lhe aprouver, em respeito à sua autonomia privada.

Nos termos do artigo 1.847 do Código Civil, para o cálculo da legítima, deverão ser abatidas dos bens existentes na abertura da sucessão as dívidas e despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação. Com isso, obtém-se a herança líquida, da qual metade será destinada aos herdeiros necessários.

Vale ressaltar que a herança legítima não representa limitação apenas à liberdade de testar, eventuais doações *inter vivos* ou outras liberalidades destinadas a terceiros que não sejam herdeiros necessários poderão ser reputadas inoficiosas se atingirem a quota legítima, nos termos do artigo 549 do Código Civil. Nesse caso, a doação inoficiosa, na parte que excedeu à quota legítima, poderá ser declarada nula por meio de ação judicial, ajuizada no prazo de 10 (dez) anos, contados da prática do ato¹⁴³.

Há, ainda, o dever dos herdeiros necessários¹⁴⁴ de colacionar os bens que tenham

¹⁴² Em que pese o Supremo Tribunal Federal não tenha esclarecido, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, se, com a equiparação dos regimes sucessórios, o convivente também foi alçado à condição de herdeiro necessário, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu algumas decisões no sentido de que a equiparação foi plena, de modo a incluí-lo no rol de herdeiros forçados (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.357.117/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 26/3/2018; e Id., REsp 1.337.420/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/8/2017). Alguns doutrinadores se manifestaram no mesmo sentido, por todos, Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viegas afirmam: “Tem-se, desse modo, que, por meio da legítima, o Código Civil (LGL/2002/400) impõe limitação inderrogável — ao menos pela vontade da pessoa que sofre a restrição — quanto à disposição gratuita dos próprios bens, que ficam necessariamente reservados aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge ou companheiro, na ordem estabelecida pelo art. 1.829.” (SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019. p. 218.)

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1321998/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014.

¹⁴⁴ Embora o legislador não tenha mencionado o cônjuge sobrevivente no artigo 2.002 do Código Civil, a doutrina tem se manifestado no sentido de estender a ele o dever de colacionar, quando efetivamente concorrer à herança. Nesse sentido, Alexandre Miranda Oliveira e Ana Carolina Brochado Teixeira: “Essa interpretação, no entanto, não deve persistir no caso de sobrevivência do cônjuge, pois este passou a ser herdeiro do falecido concorrendo com os descendentes a depender do regime de bens adotado (art. 1.829,I, CC), desde que obedecidos os requisitos e circunstâncias apresentadas. A jurisprudência tem entendido que o fato de o cônjuge ter sido alçado à condição de herdeiro necessário faz com que ele tenha o dever de colacionar os bens adquiridos por meio de doação do falecido. [...] Não obstante a condição de herdeiro necessário, entende-se que ele apenas deve colacionar os bens com fins de igualar os quinhões quando efetivamente concorrer à herança [...]” (OLIVEIRA, Alexandre Miranda; TEIXEIRA, Ana Carolina

recebido do autor da herança em vida, sob pena de serem considerados sonegados (CC, art. 1.847)¹⁴⁵. Ainda que tenham sido expressamente dispensados de colação (CC, arts. 2.005 e 2.006), se excederem à legítima do herdeiro beneficiado e à quota disponível¹⁴⁶, as doações também deverão ser reduzidas (CC, art. 2.007). Devem ser trazidos, também, as doações recebidas do *de cuius* como adiantamento de legítima (CC, art. 544 e 2.002). O intuito da norma é manter a igualdade entre os quinhões, na medida em que os bens dados a título gratuito para herdeiros necessários são considerados adiantamento de herança pela lei¹⁴⁷.

De acordo com as lições de Carlos Maximiliano, a legítima é intangível; “não pode ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária”¹⁴⁸. Qualquer disposição que prejudique a quota legítima de herdeiro necessário ficará sem efeito, independentemente da forma pela qual se dê a diminuição — “legado, instituição de herdeiro, fideicomisso, usufruto, uso, habitação, servidão, perdão de dívida, ereção de fundação: nada disso pode afetar a legítima”¹⁴⁹. Também não são admitidas imposições de encargos, condições ou qualquer ônus sobre a quota legítima, sob pena serem considerados

Brochado. A colação e seus reflexos no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43-44).

¹⁴⁵ “A colação é instituto fundamental à legítima e à preservação do princípio de igualdade entre os quinhões dos herdeiros necessários, regra implícita que permeia o sistema sucessório atualmente vigente. Enquanto existirem herdeiros necessários, haverá a necessidade de mecanismos que consigam aferir quais foram os bem eventualmente doados em vida pelo *de cuius*, a fim de os abater da legítima do donatário. A colação, então, concretiza a norma da igualação das legítimas dos herdeiros necessários, quando estiverem desiguais por adiantamento da legítima.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões: Polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 238.

¹⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 508.

¹⁴⁷ No que concerne à avaliação dos bens doados para fins de colação, existe um conflito entre a o art. 2.004 do CC e art. 639, parágrafo único, do CPC. Enquanto aquele traz como parâmetro o valor da época da doação, este determina que se utilize o valor do bem no momento da abertura da sucessão. Sobre o assunto foi aprovado o enunciado 644, na VIII Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “Art. 2.003: Os art. 2.003 e 2.004 do Código Civil e o art. 639 do CPC devem ser interpretados de modo a garantir a igualdade das legítimas e a coerência do ordenamento. O bem doado, em adiantamento de legítima, será colacionado de acordo com seu valor atual na data da abertura da sucessão, se ainda integrar o patrimônio do donatário. Se o donatário já não possuir o bem doado, este será colacionado pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente”. Esse é o entendimento defendido por Gustavo Tepedino, uma vez que é o critério capaz de concretizar a finalidade da colação (TEPEDINO, Gustavo. *A colação e o critério de apuração do valor das liberalidades recebidas pelos herdeiros necessários*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 21, p. 11-13, jul./set. 2019).

¹⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 23.

¹⁴⁹ *Ibid.*

inexistentes. Representa, ainda, restrição à liberdade de testar a limitação dos fideicomissos aos que não estivessem concebidos por ocasião da abertura da sucessão (CC, art. 1.952, parágrafo único).

O legislador de 2002 também proibiu a conversão dos bens destinados à quota legítima em outros de espécie diversa (CC, art. 1.848, §1º), o que dificulta o planejamento sucessório e pode facilitar brigas¹⁵⁰. Assim, o autor da herança não poderá, por exemplo, determinar a venda dos bens imóveis do monte para que a fração dos herdeiros necessários seja substituída por dinheiro.

Embora seja intocável e não possa ser diminuída, o legislador admitiu que o testador grave os bens da legítima com cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade, desde que haja justa causa para tanto (CC, art. 1.848, *caput*). Verifica-se, portanto, que também nesse ponto, a proteção da legítima foi aumentada, tendo em vista que, no passado, o direito de o testador clausular a legítima era potestativo e não necessitava de justificção¹⁵¹.

Como se vê, o princípio da intangibilidade da legítima não apenas impede que o testador disponha da totalidade de seus bens, evitando, assim, que os herdeiros necessários sejam afastados da sucessão do *de cuius*, salvo nos casos previstos em lei, como também defere a eles a garantia de metade da herança.

Neste ponto, como se verá adiante, reside grande discussão doutrinária quanto à sucessão do cônjuge sobrevivente: ao ser incluído no rol de herdeiros necessários, em concorrência com descendentes e ascendentes, opera-se a sucessão forçada do consorte supérstite, não sendo possível a sua exclusão da herança. Isto é, o fato de o cônjuge se tornar herdeiro necessário só enrijeceu ainda mais o sistema sucessório e a limitação à autonomia

¹⁵⁰ Segundo Ana Luiza Maia Nevares: “diante de um bem que o testador já soubesse que ensejaria alta litigiosidade entre os herdeiros e divisão incômoda, este já poderia determinar a sua alienação e conversão em pecúnia, impedindo que os herdeiros se valessem dos expedientes processuais para prolongar o processo de inventário desnecessariamente”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?*. Revista IBDFAM Família e Sucessões, v. 25, 2018. p. 91. A propósito, o Projeto de Lei nº 3799/19, em tramite no Senado Federal, propõe a alteração do art. 1.848, §1º do Código Civil para permitir a conversão dos bens da herança em dinheiro.

¹⁵¹ Ana Luiza Maia Nevares afirma que a justificativa deverá encontrar respaldo na própria Constituição Federal: “[N]a medida em que o gravame gera para o herdeiro onerado uma incapacidade criada pelo testador e não pelo ordenamento jurídico com base na idade ou na saúde da pessoa quando qualquer respaldo a direito fundamental garantido na Constituição só poderá ser justificada por razões que encontrem respaldo na própria Constituição, sob pena de restarem violadas a unidade e a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro” (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 25).

do autor da sucessão¹⁵².

A reserva legítima, portanto, contribui com a rigidez do direito sucessório e, conseqüentemente, com a transmissão patrimonial forçada para o cônjuge sobrevivente, independentemente dos diversos interesses mercedores de tutela existentes nas diferentes composições familiares.

Embora tenha fundamento nos valores constitucionais, o instituto da reserva legítima não está imune à crítica. Ainda arraigado nos vínculos abstratos da família tradicional e em uma igualdade formal entre herdeiros, os critérios de rateio são indiferentes às reais necessidades de cada um dos membros da comunidade familiar, bem como aos interesses existentes nas diversas entidades familiares. Diante disso, propõe-se uma releitura do instituto da reserva legítima, a fim de promover a máxima concretização dos valores inseridos na Constituição da República¹⁵³.

2.2 Legítima em perspectiva funcional

Consagrada como valor basilar do ordenamento jurídico (CR, art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana remodelou o Direito Civil brasileiro, a partir da releitura de seus institutos à luz dos valores constitucionais. Nesse processo de constitucionalização do Direito Civil, vários institutos sofreram significativas modificações ao serem funcionalizados para atender às necessidades existenciais da pessoa humana, reconhecendo a indiscutível preeminência

¹⁵² Nesse sentido, Daniele Chaves Teixeira: “A novidade do Código Civil de 2002 foi a inserção do cônjuge como herdeiro necessário. Houve muita repercussão na doutrina brasileira sobre o tema, sendo hoje altamente criticada em sede doutrinária a inserção do cônjuge como herdeiro necessário. Contudo, essa alteração foi uma opção legislativa e seguiu a tendência de alguns países europeu. Pode-se afirmar que, no sistema sucessório, existem várias limitações e que o fato do cônjuge ser herdeiro necessário só enrijeceu, ainda mais, o sistema, limitando a autonomia do autor da sucessão.” (TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 81).

¹⁵³ Anderson Schreiber defende: “Aqui, o ordenamento jurídico brasileiro aguarda uma reforma, que permita ao direito das sucessões cumprir sua função no direito contemporâneo, que não deve ser servir de privilégio estrutural e estático aos membros da família do *de cuius*, muitas vezes em oposição à sua vontade e amparada em uma solidariedade familiar fictícia ou artificiosa, que desconsidera as necessidades concretas dos herdeiros. O desafio aí consiste em compatibilizar uma proteção concreta, à imagem daquela construída para os alimentos, com o grau de segurança e de previsibilidade indispensáveis ao terreno sucessório.” (SCHREIBER, Anderson. *União Estável e Casamento: uma equiparação?*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>. Acesso em 12 de outubro de 2019).

destas sobre as questões patrimoniais¹⁵⁴.

Essa reformulação, conforme lições de Stefano Rodotà, conduziu à passagem do sujeito de direito, conceito abstrato e neutro, à tutela da pessoa, compreendida em seu caráter concreto, a partir de sua singularidade e vulnerabilidade¹⁵⁵. Com efeito, o tratamento indistinto perante a lei, fruto da igualdade formal conquistada na Revolução Francesa, não mais atende aos valores consagrados na Constituição da República. Busca-se, na nova legalidade constitucional, a igualdade material, atenta às singularidades da pessoa humana e suas necessidades existenciais¹⁵⁶.

Influenciada pelo dogma liberal-individualista, a quota legítima prevista no Código civil de 1916 buscava conferir proteção patrimonial para a família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, garantindo que “o patrimônio se perpetuasse nas mãos de seus integrantes”¹⁵⁷.

Neste ponto, o Código Civil de 2002 limitou-se a replicar os artigos que tratavam da matéria na legislação anterior, trazendo como única novidade a previsão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário. No entanto, o legislador o fez de forma descuidada, sem atentar para os novos arranjos familiares, os interesses mercedores de tutela que deles exsurgem, bem como para a função promocional atribuída à família.

Assim, não obstante a nova tábua axiológica introduzida na ordem jurídica pela Constituição da República de 1988 e as alterações enfrentadas pela família, o novo diploma legal reproduziu os entraves à liberdade testamentária existentes na legislação anterior,

¹⁵⁴ “[É] necessário reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou aumento de tutela das situações patrimoniais, mas como uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-á comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados. O Direito Civil retoma, em renovadas formas, a sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer tutela dos direitos civis em uma nova síntese — cuja consciência normativa tem importância histórica (art. 13-54 e 1-12 Const.) — entre as relações civis e aquelas econômicas e políticas.” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122).

¹⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. In: *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012. p. 141-147. No mesmo sentido: NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 39-41.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 15.

¹⁵⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves; e COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro?. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 161.

compreendida em seu aspecto estrutural e formalista, sem qualquer análise crítica ou ponderação com os novos valores constitucionais¹⁵⁸.

Considerando a prevalência do perfil funcional sobre o perfil estrutural como premissa da metodologia civil constitucional, mostra-se imprescindível revisitar o instituto da reserva hereditária, a fim de conferir-lhe uma interpretação com fins aplicativos voltada para o desenvolvimento dos membros da família¹⁵⁹.

Tendo em vista a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais, Pietro Perlingieri afirma que:

[...] mesmo interesses materiais e suscetíveis de avaliação patrimonial, como instrumentos de concretização de uma vida digna, do pleno desenvolvimento da pessoa e da possibilidade de libertar-se das necessidades (libertà dal bisogno), assumem papel de valores.¹⁶⁰

Como se vê, embora tenha encontrado fundamento no princípio constitucional da solidariedade familiar (CR, art. 3º, I) e na proteção da família (CR, art. 226), a reserva hereditária ainda está longe de concretizar os valores consagrados na Constituição da República. Baseada em uma igualdade formal entre os herdeiros necessários, a quota legítima não atende às necessidades em concreto dos integrantes da comunidade familiar, uma vez que se limita a repartir parcela da herança entre herdeiros legítimos, sem qualquer diferenciação quanto às características e especificidades dos sucessores que compõem a mesma classe.

¹⁵⁸ “Distintamente, no entanto, o Direito das Sucessões não vem merecendo o mesmo cuidado e evolução metodológica. Os clássicos institutos sucessórios permaneceram com as mesmas cores, tons e matizes que lhes foram emprestadas desde o Código Civil de 1916. Instituto como deserdação e a indignidade, a legítima, o direito real de habitação, dentro outros, possuem a sua normatividade codificada praticamente repetida do Código Civil, com uma distância temporal de um século.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 51.).

¹⁵⁹ A prevalência do perfil funcional sobre o perfil estrutural foi inicialmente analisada na obra “Da estrutura à função” de Noberto Bobbio. Para o autor, a função promocional do Direito, própria do Estado Social, traduzia-se na necessidade de funcionalização dos institutos jurídicos para promoção de comportamentos socialmente desejados (BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. P. 209). Nas palavras de Pietro Perlingieri: “A introdução, por parte da Constituição, de valores normativos no direito positivo não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do dever-fazer, prescindindo da mediação de regras em nível inferior ou *standards* valorativos. Aliás, estes, lidos na perspectiva constitucional, assumem funções e significados diversos.” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206). Nessa perspectiva, a quota legítima deve assumir função promocional para maximizar o princípio da solidariedade, atenta às necessidades concretas de cada membro da família.

¹⁶⁰ Id. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

Dito de outra forma, o legislador utilizou os vínculos familiares como critério para instituir a quota legítima. Para tanto, elegeu as pessoas da família que presumidamente seriam mais próximas ao autor da herança como herdeiros necessários. No entanto, esse excesso de abstração não está compatível com a cláusula de tutela da pessoa humana e pode trazer distorções na aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares, apoiada nas lições de Vincenzo Scalasi, chama a atenção para o fato de que, ao Direito Sucessório, “parece ser relegada uma função meramente patrimonial, parecendo estar referido ramo do Direito estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana”¹⁶¹.

Por sua vez, Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas sustentam que não basta encontrar um novo fundamento para a legítima à luz da axiologia constitucional, é preciso que o instituto realize, na prática, o princípio da solidariedade, ao qual é ínsito o tratamento proporcional às necessidades de cada membro da entidade familiar¹⁶².

Por óbvio, seria inviável para o legislador prever todas as situações concretas existentes em cada entidade familiar, a fim de garantir uma distribuição patrimonial que atenda às necessidades individuais de seus membros. No entanto, nada o impede de elaborar leis que estabeleçam a divisão da herança com base em critérios concretos de proteção de pessoas que presumidamente necessitam de maior amparo econômico em razão de sua vulnerabilidade¹⁶³.

Foi o que fez o legislador ao elaborar a lei nº 10.050/2000, posteriormente reproduzida no § 3º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, que previa o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial do monte para o filho órfão portador de

¹⁶¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155.

¹⁶² SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019. p. 232.

¹⁶³ Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantes, baseadas nas lições de Cláudia Lima Marques, afirmam: “A vulnerabilidade é a justificativa para a existência de normas que determinam tratamento desigual entre pessoas a fim de proteger aquela mais frágil, é a técnica para as aplicar bem, é a moção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, a procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.[...] A vulnerabilidade no Direito Sucessório não se refere à pessoa que se revela com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar. Podem ser identificadas nesta condição a criança e o adolescente, pois estes não possuem capacidade plena de estabelecer economia própria, são pessoas em formação [...]”. “(BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; e DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 11, jan./mar. 2017. p. 82.).

deficiência que o impossibilitasse para o trabalho. Seguindo esta lógica, o Código Civil argentino de 2015 inovou ao prever, em seu artigo 2.448¹⁶⁴, a possibilidade de o autor da herança beneficiar os descendentes ou ascendentes com deficiência com a porção de 1/3 da legítima¹⁶⁵. Verifica-se, pois, a flexibilização da reserva legítima para melhor aplicar o princípio da solidariedade familiar.

Com efeito, Ana Luíza Maia Nevares critica a neutralidade do Direito Sucessório e afirma que cumpre ao legislador elaborar leis com

[...] especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros.¹⁶⁶

Para a autora, a neutralidade do Direito Sucessório também decorre do princípio da unidade da sucessão (CC, art. 91 e 1.791), segundo o qual o monte hereditário é uma universalidade de direito e, portanto, havendo mais de um herdeiro, os bens singulares que o compõem são tratados como um coisa coletiva e indivisível até se ultimar a partilha^{167 168}.

¹⁶⁴ Código Civil argentino, art. 2.448: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

¹⁶⁵ Inspirado neste dispositivo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propôs a inclusão de dois parágrafos ao art. 1.846 do Código Civil com a seguinte redação: “§ 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade. § 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 3799, de 2019, em tramitação no Senado Federal).

¹⁶⁶ NEVARES, Ana Luíza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 257.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, volume VII. São Paulo: Saraiva, 1977.

¹⁶⁸ “Na sucessão a título universal, as relações jurídicas constituídas do patrimônio do defunto transmitem-se como um todo orgânico, compreendido ativo e passivo, isto é, direitos, créditos, obrigações, débitos. [...] O sucessor universal continua a pessoa do finado ou a representa. Com essas expressões se quer significar que a substitui inteiramente, investindo-se em seus direitos e obrigações, mas são evidentemente impróprias. [...] A herança defere-se aos herdeiros como um todo unitário, sendo indivisível seu direito até que se faça a partilha.” GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.6 e 21.

Com a morte do autor da herança, pelo princípio de *saisine*, o domínio dos bens é transmitido desde logo para os herdeiros, de forma unitária e indivisível. Diante disso, constitui-se um condomínio entre os sucessores do autor da herança quanto à propriedade e posse dos bens que compõem o monte hereditário. Ainda que a herança possa ser visivelmente individualizada, o Código Civil a trata como uma universalidade de direito, de modo que, para efeitos legais, ela é entendida como um bem imóvel e indivisível (CC, art. 1.791, *caput* e parágrafo único). Assim, embora materialmente singulares, os bens que a compõem perdem a sua concepção individualizada e, portanto, até que seja realizada a partilha, não é possível afirmar o destinatário de cada um deles¹⁶⁹.

Ante o exposto, considerando os valores constitucionais que informam o Direito Civil, Ana Luiza Maia Nevares defende que o princípio da universalidade da herança, que impõe a indiferença quanto aos bens transmitidos e às singularidades dos sucessores, deve ser derogado:

Dito de outro modo, para uma análise do fenômeno sucessório na linha da tendência acima indicada da *despatrimonialização* do Direito Civil, de forma a concretizar a dignidade da pessoa humana, é preciso que o fenômeno sucessório seja focado nas pessoas dos sucessores e destinatários das disposições testamentárias e do autor da herança e testador, análise que apenas será possível a partir da revisão do princípio da unidade da sucessão, ou, melhor dizendo, da derrogação da regra relativa à disciplina unitária do mesmo, sem atenção aos bens transmitidos e àqueles que são chamados à sucessão.¹⁷⁰

Sendo o Direito Sucessório o ramo do direito responsável por estabelecer o destino das situações jurídicas transmissíveis do autor da herança e, portanto, predominantemente patrimonial, as disposições do regime sucessório devem ser funcionalizadas para atender às necessidades existenciais dos membros da família, diferenciando a parcela que cabe a cada herdeiro a partir de suas qualidades específicas, tais como suas necessidades, seus interesses, a relação com o autor da herança no seio da convivência familiar e, ainda, em razão de sua vulnerabilidade econômica ou não — consubstanciada na relação de dependência financeira ao *de cuius*.

Ao beneficiar automaticamente herdeiros necessários, pelo simples fato de fazerem

¹⁶⁹ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.78.

¹⁷⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 62.

parte da mesma entidade familiar do *de cuius*, independentemente da situação econômica em que se encontram — que, muitas vezes, pode ser até melhor do que a do próprio autor da herança — ou outras peculiaridades, o instituto da legítima, em muitas situações, não concretiza o princípio da solidariedade. É o que ocorre com o parente que não está incluído no rol de herdeiros necessários, mas que era sustentado pelo *de cuius*, ou, ainda, com o filho que dedicou a vida para cuidar dos pais doentes e idosos, enquanto os irmãos buscaram sucesso profissional em outros lugares¹⁷¹.

Como se vê, há um descompasso entre a ordem axiológica constitucional e a sucessão legítima¹⁷², na medida em que esta, estanque e formalista, mantém-se engessada e apegada ao princípio da igualdade formal, permitindo a perpetuação de situações de desigualdade substancial que violam os mais basilares valores constitucionais, entre eles, o princípio da solidariedade, da proteção à família, da igualdade material e, em última instância, da dignidade da pessoa humana. Ao tratar da reserva legítima, Daniele Chaves Teixeira observa que, “na atualidade, a solidariedade familiar é mais ampla do que a necessidade de proteção à família como instituto” e, por isso, afirma que a quota necessária “deve ser intangível em razão da função que deve exercer, que é a solidariedade familiar”¹⁷³.

¹⁷¹ Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald argumentam: “Se o que mais importa em uma relação familiar é o laço de solidariedade, e não a transmissão patrimonial, a limitação da legítima está a violentar a liberdade de um pai, por exemplo, que sabe que os seus filhos são maiores e capazes e possuem um vasto patrimônio, maior do que o seu mesmo, e que, por isso, gostaria de beneficiar um irmão desamparado e desafortunado. Nesse caso, a liberdade humana deve prevalecer, afinal, cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é, conforme acurada sensibilidade de Caetano Veloso (Dom de iludir).” (FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. VII. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 72).

¹⁷² “Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bem imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situação de vulnerabilidade”. (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 15.)

¹⁷³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 81. Nesse sentido, Gustavo Henrique Baptista Andrade explica: “Inúmeras discussões vêm sendo travadas no âmbito da autonomia privada no direito das sucessões. Sob o mando da proteção familiar, no entanto, o direito civil brasileiro limita dita autonomia, à medida que mantém a reserva legítima. Embora se utilize o mesmo fundamento do passado e ainda defendido de que a herança é uma maneira de proteger a família, mantendo em seu poder o patrimônio do *de cuius*, dita proteção na atualidade deve ser compreendida no invólucro dos princípios da solidariedade e da valorização da pessoa humana enquanto membro de uma entidade familiar, em clara consonância com a tessitura que compõe o texto constitucional de 1988, fundado na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, na pluralidade de modelos familiares e na proteção da criança, do adolescente e do idoso.” (ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 68).

O problema da neutralidade não está limitado ao instituto da reserva legítima, as críticas são direcionadas ao Direito Sucessório como um todo, tome-se como exemplo o direito real de habitação. Como visto, dentre os direitos sucessórios garantidos ao cônjuge e companheiro sobreviventes pelo Código Civil de 2002, está o direito real de habitação quanto ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens e da situação financeira em que se encontram, desde que seja o único desta natureza¹⁷⁴.

À semelhança do que ocorre com a legítima, muitas vezes, esse direito é garantido ao cônjuge sobrevivente independente financeiramente, em detrimento de filhos menores, pessoas com deficiência ou pais idosos e dependentes. Diante desse cenário, com fundamento no princípio da solidariedade e em uma ponderação de valores, alguns Tribunais de Justiça brasileiros têm flexibilizado a regra para afastar o direito real de habitação em prol de herdeiros vulneráveis¹⁷⁵.

Portanto, para que a quota legítima concretize ao máximo a axiologia constitucional, realizando, na prática, o princípio da solidariedade familiar e garantindo a proteção à família, devem-se substituir os critérios abstratos de delação de bens por critérios que busquem a promoção da pessoa, em atenção às singularidades dos herdeiros. Sobre o tema, Pietro

¹⁷⁴ Está em curso no Senado Federal o Projeto de Lei nº3799 de 2019, que propõe a alteração do art. 1.831 do Código Civil para que passe a constar a seguinte redação: “Art. 1.831. Ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis (art.1.846) que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhes caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja bem a inventariar. § 1º O direito real de habitação poderá ser exercido em conjunto pelos Respective titulares, conforme a situação verificada na data do óbito. § 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.”

¹⁷⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. MORADIA DO FILHO INCAPAZ E DA COMPANHEIRA. ANIMOSIDADE DEFLAGRADA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS DO INCAPAZ. EXISTÊNCIA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA AGRAVADA. O agravante é portador de Síndrome de Down, residindo com o pai, agora falecido, e sua companheira, a quem, em antecipação de tutela, foi outorgado o direito real de habitação. O estado de animosidade que se instalou entre ela e os filhos do falecido indica ser temerário manter sob o mesmo teto a companheira do de cujus e o incapaz. De outro lado, restou comprovado que ela é proprietária de imóvel urbano residencial na mesma cidade, no qual houve a construção de moradia pelo Programa “Minha Casa Minha Vida”, a qual está concluída. De modo que o objetivo do direito real de habitação, no sentido de assegurar ao companheiro sobrevivente local para residir, perde força no caso. Além disto, aquilatados os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos (a agravada conta 60 anos) e aos incapazes, deve prevalecer, no caso, à proteção ao agravante, pois sua condição é de maior fragilidade, não fosse pelas limitações da doença em si, pela circunstância da recente morte do pai, com quem ele vivia naquela casa.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0088763-79.2014.8.21.7000. 8ª Câmara Cível. Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 22.04.2014). No mesmo sentido: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1006003-52.2016.8.26.0079. 2ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. José Carlos Ferreira Alves. Julgado em 13.03.2018.

Perlingieri afirma:

*A tal fine occorre rivisitare il sistema ereditario in chiave costituzionale, snellendone i contenuti in modo deciso; valorizzare l'autonomia negoziale equilibrandola con il dovere di solidarietà; prestare maggiore attenzione ai bisogni della persona all'interno della famiglia e, di conseguenza, elaborare criteri per l'individuazione dei legittimari più flessibili rispetto a quello della prossimità del grado di parentela, in particolare, avendo riguardo allo stato di bisogno (da intendersi lato sensu come incapacità di mantenere condizioni esistenziali adeguate a quelle godute durante la vita del de cuius), alla durata e alla serietà del vincolo affettivo, nonché ad eventuali condotte che, pur non integrando ipotesi di indegnità, rappresentino violazioni dei più elementari doveri di solidarietà familiare e dunque possano costituire giusta causa di diseredazione del legittimario.*¹⁷⁶

Com o intuito de estabelecer critérios funcionais para identificação dos herdeiros necessários, Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas, tendo por base as legislações vigentes destinadas à tutela dos vulneráveis — tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto do Idoso —, os princípios constitucionais e a função atribuída à legítima pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷, propõem o seguinte rol de herdeiros necessários: “(a) filhos menores; (b) filhos maiores incapazes ou deficientes; (c) ascendentes idosos; e (d) cônjuge ou companheiro que não tenha condições econômicas de manter seu padrão de vida e não tenha sido contemplado com meação”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ O trecho correspondente na tradução livre é: “Para tanto, é necessário revisitar o sistema hereditário sob a ótica constitucional, agilizando os conteúdos de maneira decisiva; reforçar a autonomia negocial, equilibrando-a com o dever de solidariedade; prestar mais atenção às necessidades da pessoa dentro da família e, conseqüentemente, elaborar critérios mais flexíveis para a individualização dos herdeiros legítimos, no que diz respeito à proximidade do grau de parentesco, em particular, tendo em vista o estado de necessidade (entendido *lato sensu* como uma incapacidade sensorial de manter condições existenciais adequadas àquelas desfrutadas durante a vida do falecido), à duração e seriedade do vínculo afetivo, bem como a qualquer conduta que, não integrando hipóteses de indignidade, represente violações dos deveres mais elementares da solidariedade familiar e portanto podem constituir justa causa de deserdação do herdeiro legítimo” (PERLINGIERI, Pietro. *La funzione sociale del diritto successorio*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Rassegna di diritto civile I*. Diretta de Pietro Perlingiere. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 145).

¹⁷⁷ Nos termos do voto do Min. Relator Luís Roberto Barroso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, a função da legítima é garantir meios para a manutenção de uma vida digna (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 66.721/RS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 10.05.2017).

¹⁷⁸ SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019. p. 238. No mesmo sentido, Giselda Hironaka defende que em relação ao grupo e pessoas vulneráveis, como herdeiros incapazes, pessoas com deficiência ou idosos, em relação a quem o autor da herança, se vivesse, teria dever de sustento ou prestar alimentos, caberia a reserva de patrimônio mínimo suficiente para lhes garantir a subsistência digna, nos termos propostos por Luiz Edson Fachin, devendo ser mantida para essas pessoas apenas uma previsão da legítima. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legítimos no Direito Civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: MENEZES,

Sendo o pressuposto da sucessão necessária a vulnerabilidade econômica, caberia aos demais herdeiros a faculdade de contestar a pretensão sucessória, demonstrando a ausência de necessidade econômica.

Segundo Gustavo Henrique Baptista de Andrade, no Brasil, “a vulnerabilidade dos herdeiros como critério, seja para a limitação de liberdade de testar, seja para flexibilização da legítima, pode vir a traduzir-se pela transmissão de patrimônio apto a garantir um futuro digno aos herdeiros”¹⁷⁹.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, por sua vez, defendem maior liberdade testamentária, sob o argumento de que a autonomia privada do testador só deverá ser limitada na medida em que realize uma função social, no intuito de proteger a família ou assegurar condições existenciais às pessoas que dependiam economicamente do autor da herança:

As faculdades de usar, gozar, dispor e reaver são próprias do direito de propriedade e a sua relativização está relacionada com a necessidade de se atribuir uma função social e orientar as condutas pela boa-fé. Entretanto, limitar esse direito pela imposição do obrigatório repasse de metade da herança a herdeiros legítimos não revela nenhuma função social. Ao contrário, invade, em excesso, o núcleo do direito de propriedade. [...] A liberdade de testar, desse modo, enquanto aspecto da situação jurídica patrimonial, apenas deve ser limitada na medida da realização de uma função social ou para assegurar condições existenciais. [...] Pensar o Direito Sucessório constitucionalizado, de fato, é reconhecer que a herança pode sofrer limitações quanto à liberdade de testar, com o fim de proteção familiar. Mas a proteção à família não se realiza na transmissão compulsória de bens àqueles que podem prover seu próprio sustento. Diferentemente, quando se trata dos vulneráveis econômicos, a limitação é coerente.^{180 181}

Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 499-500).

¹⁷⁹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72.

¹⁸⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; e DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 11, jan./mar. 2017. p. 87 e 90.

¹⁸¹ Em anuência a esse entendimento estão os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “Avulta, pois, nessa ambiência caracterizada pela autonomia privada, a premente necessidade de projetar possibilidades de mitigação da regra limitadora da legítima para prestigiar a autonomia privada em determinadas situações. [...] Para além disso, temos que a restrição ao exercício do direito constitucional de propriedade privada, para obrigar a transmissão compulsória de bens as pessoas maiores e capazes pelo simples fato de pertencerem a mesma família, constitui uma intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada. [...] Bem, por isso, não havendo qualquer motivo justificável à limitação patrimonial, deve ser possível flexibilizar a legítima, com vistas ao prestígio da autonomia privada.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. VII. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 70-72.

No mesmo sentido, Rafael Cândido da Silva sustenta que admitir uma autonomia privada qualitativa poderia contribuir para a superação da neutralidade, na medida em que o testador, sempre obediente aos valores da tábua axiológica do ordenamento jurídico e em razão da função social do instituto, teria maior liberdade para concretizar projetos patrimoniais e existenciais para além da sua morte. Nesses casos, por óbvio, as disposições estariam sujeitas a um juízo positivo de merecimento de tutela¹⁸².

No que concerne à sucessão do cônjuge, em uma tentativa de graduar a proteção sucessória do cônjuge sobrevivente, quando em concorrência com os descendentes, o legislador achou por bem atrelar a vocação hereditária ao regime de bens (CC, art. 1.829, I)¹⁸³. Buscou, com isso, afastar o direito de herança nos casos em que o consorte sobrevivente já seria contemplado com o direito à meação.

Contudo, conforme se demonstrará adiante, ante uma realidade em que muitas mulheres já possuem independência financeira, da consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges e do fenômeno cada vez mais comum de recomposição das famílias, a proteção exacerbada do cônjuge, mantendo-o no rol de herdeiros necessários previsto no artigo 1.845 do Código Civil, não mais se justifica.

Para piorar, a sistematização do artigo 1.829, I, do Código Civil, ao prever como critério abstrato o regime de bens — desconsiderando o resultado prático da aplicação de suas regras ao patrimônio do casal —, gera inúmeras distorções e situações de injustiça¹⁸⁴.

¹⁸² SILVA, Rafael Cândido da. *Pacto sucessório e contratos de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 162. Seguindo essa lógica, Marcos Catalan e André Luiz propõem: “O exercício desta liberdade, contudo, obedecerá a controle e eventual restrição em concreto, caso implique restrição à liberdade substancial de herdeiros – sobretudo os vulneráveis –, impondo-lhes privações de qualquer sorte. Assegura-se, assim, o patrimônio mínimo à viabilização de conjuntos capacitatórios dos sucessores, em viés verdadeiramente solidarista.” (RAMOS, André Luiz Arnt; e CATALAN, Marcos Jorge. *O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?*. civilistica.com, a. 8. n. 2. 2019. p. 17-18).

¹⁸³ “Apesar das dificuldades de compatibilizar a proteção sucessória do cônjuge com os diversos regimes de bens, o Código Civil procurou sistematizar as hipóteses em que o supérstite concorre com os descendentes do *de cuius*. Assim, o legislador expressamente exclui o cônjuge da concorrência nos casos previstos no artigo 1.829, I [...]. Observa-se que o regime de bens adotado pelos cônjuges constitui, de fato, o parâmetro para disciplinar o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, excluindo-o em determinadas hipóteses. (TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012. p. 143-144).

¹⁸⁴ De acordo com lições de Daniele Chaves Teixeira e Maici Barboza: “No Direito Sucessório, especialmente na compreensão da legítima, o excesso de abstração pode causar inúmeras distorções na aplicação da lei ao caso concreto e que contariam o propósito do instituto de promover a proteção da família.” (TEIXEIRA, Daniele Chaves e COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.133.).

Verifica-se, portanto, que a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente não atende aos interesses e necessidades das diferentes entidades familiares.

Para além das peculiaridades dos sucessores ou das entidades familiares, deve-se analisar, também, a natureza dos bens que compõem a herança e os vínculos específicos que existem entre eles e determinados herdeiros, a fim de que sejam imputados aos respectivos quinhões, de modo a concretizar outros valores e objetivos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1, III e art. 170, *caput*); a valorização do trabalho e livre iniciativa (artigo 1º, IV e art. 170, *caput*); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III e art. 170, VII); os ditames da justiça social (art. 170, *caput*) e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CR).

Verifica-se, em algumas legislações estrangeiras¹⁸⁵, a possibilidade de atribuição preferencial de determinados bens ao quinhão dos herdeiros que com eles mantenham vínculos específicos, como o imóvel em que residem ou a empresa em que trabalham. No campo empresarial, essa previsão permite preservação da empresa, essencial para atender diversos interesses sociais e econômicos.

Com tantas alterações na ordem jurídica e no contexto social, não se pode mais conceber o instituto da reserva legítima em aspecto meramente estrutural, voltado para a proteção abstrata da família. É preciso analisá-lo em perspectiva funcional, ponderando os interesses e valores em jogo, para que se torne um espaço de promoção da pessoa, permitindo maior flexibilização e liberdade testamentária ao autor da herança quando não se vislumbrar vulnerabilidades concretas. A propósito, cumpre mencionar a crítica formulada por Heloisa Helena Barboza:

Na verdade, o franco debate sobre a autonomia no que tange à plena disponibilidade patrimonial com efeitos sucessórios tem sido preterido, mesmo em face da celeridade e das crescentes inovações da vida contemporânea. A preservação da legítima, nos moldes em que foi configurada em fins do século XIX, é sombra que se ergue e obscurece a análise da questão à luz dos princípios constitucionais, que parecem ser os únicos argumentos capazes de duelar com o tabu da reserva legal.¹⁸⁶

¹⁸⁵ É o que previu o art. 831 do *Code Civil* da França quanto ao bem destinado à exploração produtiva da qual o herdeiro participa, o local de habitação ou os bens necessários para o exercício profissional. No mesmo sentido, o novo Código Civil argentino permite, no art. 2.380 e seguintes, a atribuição preferencial da unidade econômica da qual o herdeiro participa.

¹⁸⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Prefácio da primeira edição. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 18.

Como bem observa Carlos Nelson Konder, é preciso “reconhecer as diversas rupturas que ocorrem na função de um instituto durante a sua utilização na história”, uma vez que “o significado funcional do instituto somente se constrói na interação com demais elementos de sistemas jurídicos e, principalmente, com os elementos extrajurídicos pertinentes à experiência social como um todo”¹⁸⁷.

É nítida, portanto, a necessidade de revisão do instituto da legítima no Brasil, a fim de melhor concretizar os valores constitucionais inseridos na ordem jurídica, em perspectiva funcional e dinâmica.

2.3 **Cônjuge como herdeiro necessário: problemas e críticas**

Conforme adiantado, embora tenha sido promulgado em 2002, o Código Civil é fruto de um projeto elaborado em 1975 e, portanto, não observou o reconhecimento da concepção plural das entidades familiares, consagrada na Constituição da República de 1988. Em razão disso, verifica-se atualmente um descompasso entre a legislação sucessória e as demandas da sociedade contemporânea, especialmente no que concerne à tutela sucessória do cônjuge.

No intuito de garantir maior proteção ao cônjuge sobrevivente, o Código Civil de 2002 o alçou à categoria de herdeiro necessário (CC, art. 1.845), concorrendo com os descendentes, salvo se casado com o regime da comunhão universal de bens, da separação obrigatória ou da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não tiver deixados bens particulares (art. 1.829, I, do CC), e com os ascendentes (art. 1.829, II, do CC).

Concebido sob a visão unitária da família nuclear — modelo almejado socialmente na década de 70 —, o Código Civil priorizou o ato solene do casamento como forma de

¹⁸⁷ Cite-se a precisa lição de Carlos Nelson Konder: “Os institutos mudam de significado com a passagem do tempo, prestando-se a funções que antes não realizavam e deixando de ser aplicados para as finalidades que originalmente foram concebidos. [...] É fundamental construir a dogmática sem recair no dogmatismo e isto implica em reconhecer as diversas rupturas que ocorrem na função de um instituto durante a sua utilização histórica. Afinal, se um mesmo instituto foi capaz de estar presente em sociedades tão díspares como a Roma clássica, a França revolucionária e o Brasil do século XX, é inevitável que não desempenhasse exatamente a mesma função em cada um desses contextos. Até mesmo porque, como observado, o significado funcional do instituto somente se constrói na interação com os demais elementos do sistema jurídico e, principalmente, com os elementos extrajurídicos pertinentes à experiência social como um todo.” (KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo GUERRA de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Coleção Direito UERJ. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 39, 43-44).

constituir entidade familiar¹⁸⁸. Partindo-se da perspectiva de um casamento duradouro e indissolúvel, e diante da alteração do regime legal supletivo para o da comunhão parcial de bens, compreende-se o intuito do legislador de evitar que o cônjuge sobrevivente — “especialmente a mulher, que usualmente saía do mercado de trabalho após o casamento, expondo-se, por isso mesmo, a dificuldades financeiras com a extinção do vínculo conjugal”¹⁸⁹ —, quando desprovido de recursos, nada herdasse nos casos em que o *de cuius* deixasse apenas bens particulares. Para tanto, tornou-o herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes justamente nos bens particulares do autor da herança¹⁹⁰.

No entanto, a realidade das famílias de hoje já não é a mesma da época em que o regime sucessório do cônjuge foi criado. Conforme demonstrado, a família passou — e ainda está passando — por profundas transformações, que encontraram o seu ápice com a promulgação da Constituição da República de 1988. Ao longo do século XX, a grande família patriarcal foi paulatinamente substituída pela família nuclear — constituída por um pai, uma mãe e filhos comuns —, e esta, por sua vez, está cedendo espaço à família plural e

¹⁸⁸ Sobre a influência das alterações sofridas pela família no Direito das Sucessões: “A transformação do Direito de Família traz, por sua vez, numerosas e profundas consequências para o Direito das Sucessões, [...] a sucessão *causa mortis*, pensadas para um único modelo de família – a família com um pai (o homem) e uma mãe (a mulher) –, modelo que se choca com um número cada vez maior de composições familiares, historicamente ignoradas e marginalizadas pelo legislador, e, até pouco tempo, também pelo intérprete. Nesse cenário, a compatibilização entre a nova realidade familiar brasileira e as regras do Direito Sucessório, sobretudo no que diz respeito à sucessão imposta por lei, impõe-se como premente desafio. [...] Verifica-se, desse modo, a urgente necessidade de releitura global do Direito das Sucessões, que vai se tornando, cada vez mais, anacrônico”. (SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019. p. 214-215).

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 14, p. 11-13, out./dez. 2017, p. 11. O autor explica que “na organização familiar tradicional cogitada pelo legislador, o ato jurídico solene do casamento, monogâmico e indissolúvel, deveria ser fonte de proteção patrimonial imperativa e vitalícia para os cônjuges, projetando-se para a sucessão *causa mortis*. Tutelava-se assim especialmente a mulher, que usualmente saía do mercado de trabalho após o casamento, expondo-se, por isso mesmo, a dificuldades financeiras com a extinção do vínculo conjugal” (TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 14, p. 11-13, out./dez. 2017. p. 11).

¹⁹⁰ Verifica-se, na exposição de motivos do Código Civil, que a previsão do cônjuge como herdeiro necessário se deu em razão da alteração do regime supletivo legal: “Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aquestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto”. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf00019a.pdf>. Acesso em 28 set 2019.

multifacetada, consagrada pelo texto constitucional¹⁹¹. Como bem observou Gustavo Tepedino, o Código Civil de 2002 nasceu velho “principalmente por não levar em consideração a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial”¹⁹².

Nesse período, o próprio conceito de casamento sofreu substancial alteração. Com a possibilidade de ruptura do vínculo conjugal — introduzida na ordem jurídica pela Lei do Divórcio de 1977 e consagrada pelo artigo 226, §6º do texto constitucional —, a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, com sua economia própria¹⁹³, o reconhecimento da igualdade nas relações conjugais e outras causas, o antigo paradigma do casamento duradouro foi aos poucos sendo afastado. Em estudo feito pelo IBGE, constatou-se que, entre os anos de 1984 e 2016, houve um aumento de 269% no número de divórcios¹⁹⁴, e esse número continua aumentando¹⁹⁵, indicando a fragilidade dos vínculos afetivos.

A ideia de casamentos indissolúveis, que durariam a vida toda, não mais representa a realidade da sociedade contemporânea, assim como os herdeiros do autor da herança não necessariamente são descendentes do cônjuge supérstite. Nesse cenário, a concorrência sucessória, pensada para a lógica da família nuclear do século passado, muitas vezes gera situações de injustiça dentro das novas entidades familiares.

Não obstante o legítimo esforço do legislador em conferir maior proteção ao cônjuge sobrevivente, a mudança no seu *status* sucessório chegou atrasada, quando “o protagonismo que lhe foi conferido já não refletia a posição que passou a ter no modelo familiar contemporâneo”¹⁹⁶. Ironicamente, a tutela sucessória privilegiada só lhe é concedida no

¹⁹¹ Daniele Chaves Teixeira explica: “[A]s condições de vida estão se tornando mais complexas pela dissolução do conceito tradicional de família (nuclear) — formada por marido e mulher, que têm filhos juntos — que tem parcialmente se substituído por uma ideia de família multifacetada”. (TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 47).

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 358.

¹⁹³ Ver nota 43.

¹⁹⁴ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>. Acesso em: 09 mai. 2019.

¹⁹⁵ Em estudo feito pelo IBGE verificou-se um acréscimo na taxa geral de divórcio de 2,38‰ (2016) para 2,48‰ (2017) e redução de 2,3% no total de casamentos registrados em relação ao ano de 2016. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas de Registro Civil de 2017*. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹⁹⁶ GARBI, Carlos Alberto. *Mudar o vigente regime sucessório brasileiro é urgente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/mudar-vigente-regime-sucessorio-brasileiro-urgente>. Acesso em: 22 set 2019.

momento em que deixa de ser o companheiro da vida toda, quando o vínculo afetivo — que justificaria a sua proteção — torna-se frágil ou se extingue.

Assim como em Portugal, cujo ordenamento jurídico serviu de modelo para o regime sucessório do cônjuge instituído no Código Civil de 2002¹⁹⁷, no Brasil, “o grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo em que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel” e, por isso, é “concebida como uma posição infinitamente mutável”. Em vista disso, José de Oliveira Ascensão salienta que suceder como cônjuge é fator da aleatoriedade, de modo que “aquele porém a quem calhe ocupar a posição de cônjuge, na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada proteção sucessória”. E, com isso, o autor conclui que “a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido”¹⁹⁸, tendendo a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*¹⁹⁹.

No mesmo sentido, considerando que a “base axiológica de um casamento há de ser afetiva e, por conseguinte, existencial”, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald ressaltam que “não se pode conceber o casamento como instituição de necessária produção de efeitos patrimoniais, como se as pessoas casassem por persecuções econômicas”²⁰⁰.

Como visto, o reforço da proteção sucessória do cônjuge e a sua inclusão no rol de

¹⁹⁷ Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira leciona: “A evolução do direito brasileiro se assemelha, em matéria de vocação do cônjuge, à do direito português. [...] Este, em linhas gerais, no panorama do atual direito português na matéria, em muitos pontos coincide com o sistema entre nós instituído pelo Código Civil de 2002, fortemente influenciado por aquele”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. vol. VI. p. 156-157).

¹⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989. p.353.

¹⁹⁹ No mesmo sentido, Mario Delgado argumenta: “Concluo esta parte da exposição afirmando que o cônjuge sobrevivente não deveria figurar como herdeiro necessário. A rápida mutabilidade dos estados civis, o elevado número de divórcios e o crescimento das famílias recompostas, já que as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente, transformou o estado civil de casado, e a posição do cônjuge, em verdadeiro “cargos interino”, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação. Ocupar a posição de cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legítimário. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro”. (DELGADO, Mário Luiz. *O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 23, set./out. 2017. p. 44-45).

²⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 51. Para os autores apenas os descendentes deveriam ser herdeiros necessários: “Nessa ordem de ideias, pensamos que herdeiro necessário deveria ser, tão só, o descendente que, prioritariamente, deve merecer a herança de seus pais. Tratar o esposo ou esposa como herdeiro obrigatório é conferir ao casamento uma imposição de efeito patrimonial, às vezes indesejada” (Ibid. p. 63).

herdeiros necessários se deu, principalmente, no intuito de evitar que a mulher ficasse desamparada com o falecimento do marido, já que, na maioria dos casos, a esposa saía do mercado de trabalho para cuidar do lar e, portanto, tornava-se dependente financeiramente. Diante disso, o legislador assumiu postura paternalista²⁰¹, ao intervir na liberdade de testar do autor da herança, para garantir que o cônjuge supérstite tivesse direito a uma parcela do patrimônio, quando não fizesse jus ao direito à meação.

Embora ainda estejamos longe da plena igualdade entre homens e mulheres na dinâmica social, não há como negar as conquistas obtidas pelas mulheres ao longo dos séculos XX e XXI²⁰². Hoje, várias mulheres já estão inseridas no mercado de trabalho, com renda própria e, em muitos casos, são independentes financeiramente ou, mesmo, as principais provedoras do lar. Nesse cenário, em algumas situações, é a própria mulher que busca preservar o patrimônio para beneficiar seus descendentes. Assim, diante da nova realidade plural das famílias, a superproteção do cônjuge sobrevivente mostra-se exacerbada²⁰³.

Se “na família nuclear, o cônjuge é o único componente estável e essencial, uma vez

²⁰¹ De acordo com Gerald Dworking, o paternalismo é a intervenção coercitiva do Estado na liberdade de uma pessoa justificada por razões de bem-estar social, necessidade, interesses e valores sociais. O paternalismo será puro quando interferir na esfera de liberdade da própria pessoa para garantir o seu próprio bem-estar ou proteção; ou impuro quando a restrição da liberdade se der na esfera de uma pessoa para garantir a proteção ou bem star de outra. Assim, ao restringir a liberdade do autor da herança para proteger o cônjuge, o legislador teria feito uma opção legislativa em um comportamento de paternalismo impuro. (DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *The Monist*, Vol. 56, no. 1. 1972, pp. 68).

²⁰² Segundo estudo do IBGE, entre 2012 e 2018 o número de mulheres no mercado de trabalho aumentou mais de 1,4 milhão e a diferença salarial diminuiu de 23,4% para 20,5%. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

²⁰³ Diante do reconhecimento da igualdade de gêneros, deve-se evitar uma postura paternalista do Estado que desestímule o próprio desenvolvimento da mulher como pessoa produtiva. Seguindo essa lógica, ao defender o fim da legítima, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka argumenta: “Mesmo que inconscientemente, essa situação legítima e possibilita a muitos a prerrogativa de renunciarem ao próprio desenvolvimento como pessoas produtivas, simplesmente porque sua realidade sucessória não lhes exigiu isso. Ora, sendo assim, é possível concluir que, a partir do momento em que as pessoas não puderem mais ter a certeza de que herdarão, haverá um incentivo legal para que cada um busque conseguir se posicionar em atividades que garantam o próprio sustento. [...] Alias, neste ponto, pode-se perfeitamente afirmar que justamente a ausência de previsão legítima é que estimula o princípio da socialidade. Na medida em que a proteção reservatária em prol dos herdeiros necessários lhes serve como desestímulo ao trabalho, o instituto acaba tendo um efeito antissocial, isto é, lesivo ao bem comum da sociedade, pois interessa a todos que as pessoas sejam produtivas e que haja geração de riquezas [...]. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legítimários no Direito Civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 498).

que os filhos, em determinado momento, irão se desprender daquela entidade, formando a sua própria comunidade familiar”²⁰⁴, com o aumento exponencial do número de divórcios e as novas concepções de família, essa premissa não se aplica às famílias contemporâneas. Após serem desfeitos, muitas vezes, esses vínculos são refeitos, em famílias matrimonializadas ou não, com filhos de relacionamentos anteriores, dando origem às famílias reconstruídas²⁰⁵.

Não é raro que, na sucessão hereditária dessas famílias recompostas, haja conflito entre os interesses do cônjuge do *de cuius* e de seus filhos exclusivos, problema que só se agrava com a rigidez do sistema sucessório e a impossibilidade de afastar o consorte supérstite da concorrência com descendentes. Apesar das profundas modificações em sua concepção, o Direito Sucessório pouco mudou para acompanhar as novas famílias, mostrando-se insensível aos interesses ou expectativas nelas presentes.

Embora o legislador tenha tentado graduar a tutela sucessória do cônjuge, quando em concorrência com os descendentes, atribuindo-lhe herança conforme o grau de comunicabilidade estabelecido no regime de bens, o fez de forma deficiente, gerando situações de injustiça²⁰⁶; “ao se valer dos regimes de bens abstratamente, descuidou do que ocorre em cada casamento, como resultado de suas respectivas relações patrimoniais”²⁰⁷.

O regime sucessório do cônjuge, nos moldes em que se encontra hoje, gera situações inusitadas de transmissão patrimonial forçada para pessoas que, muitas vezes, nenhuma relação tinham com o autor da herança, em detrimento dos descendentes²⁰⁸, retirando-lhe

²⁰⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

²⁰⁵ Em reportagem, a revista “Isto é” relata o aumento no número de famílias recompostas. REVISTA ISTO É. *O retrato da nova família*. Disponível em: https://istoe.com.br/247220_O+RETRATO+DA+NOVA+FAMILIA/ Acesso em: 13 de outubro de 2019.

²⁰⁶ Nesse sentido, Gustavo Tepedino comenta: “A inovação trazida pelo Código quanto à concorrência do cônjuge com os descendentes buscava superar esse rigor, tendo por paradigma o cônjuge não suficientemente protegido pelo regime de bens. Contudo, essa solução acaba por gerar perplexidades nos dias atuais, como nas hipóteses de casamentos sucessivos”. (TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012. p. 143).

²⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal?. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 254.

²⁰⁸ “Excluindo essa concorrência apenas nos casos de regime da comunhão universal de bens e de separação obrigatória de bens, impede que separações de bens estabelecidas por pacto antenupcial não sejam contempladas, de modo que a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes sempre ocorrerá, ainda que deles não seja ascendente, levando, para outra gentes, patrimônio que o de cujos pode ter

qualquer possibilidade de fixação de incomunicabilidade absoluta dos bens para depois de sua morte.

Tome-se, como exemplo, a hipótese de um casal que optou pelo regime da comunhão parcial ou da separação convencional de bens e que ambos possuem filhos exclusivos de outros relacionamentos. Imagine-se que a esposa detém patrimônio particular composto exclusivamente por bens familiares herdados de seus pais. Com o seu falecimento, o cônjuge supérstite terá direito a parte desses bens, em concorrência com seus filhos. Posteriormente, esses bens — insista-se, compostos exclusivamente por bens da família da falecida esposa — serão herdados pelos descendentes exclusivos do viúvo, e jamais voltarão para o patrimônio dos descendentes da autora da primeira herança.

Pode ocorrer, ainda, quando os descendentes forem comuns, do cônjuge supérstite casar-se novamente e, posteriormente, vir a falecer, de modo que parte dos bens herdados do primeiro casamento ficarão, em razão do direito de concorrência, com o novo cônjuge. Nesse caso, também não voltarão aos filhos do primeiro casal, nem quando da morte do viúvo sobrevivente. Assim, formar-se-á um condomínio entre os filhos e o cônjuge sobrevivente (e posteriormente seus sucessores) sobre bens que pertenciam à família do cônjuge falecido do primeiro casamento.

Como essa, existem outras hipóteses em que a sucessão do cônjuge gera uma transmissão forçada de patrimônio. Basta pensar na pessoa que tem filhos, amealhou patrimônio com o trabalho de uma vida inteira e decide casar-se pelo regime da separação convencional de bens, justamente com o intuito de preservar o patrimônio para os descendentes. Caso a pessoa venha a falecer, os bens serão partilhados com o cônjuge supérstite. Logo, ainda que as duas partes sejam capazes e independentes financeiramente e, portanto, não haja vulnerabilidade, a proteção do cônjuge se impõe²⁰⁹.

No regime sucessório atual, não há meios de afastar o cônjuge supérstite da sucessão hereditária ou realizar instrumento com esse fim, de modo a evitar que parte dos bens sejam

construído pensando certamente apenas na própria descendência, não em terceiros, muitas vezes distantes do falecido e do próprio supérstite.” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96).

²⁰⁹ Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares traz o seguinte exemplo: “é possível visualizar um regime de separação total de bens em que os cônjuges são condôminos no patrimônio existente, hipótese em que a participação na herança dará ao sobrevivente proteção excessiva, diante dos bens adquiridos em conjunto pelo mesmo com o fiando” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 668).

transmitidos para o cônjuge em detrimento dos descendentes²¹⁰. Nos tempos atuais, em que há grande número de famílias recompostas e os relacionamentos são cada vez mais efêmeros, verifica-se uma demanda da sociedade por maior autonomia sucessória. Diante disso, há quem defenda que “ao conceder ao sobrevivente fração dos bens adquiridos pelo falecido antes do casamento, por herança ou doação, não é desarrazoado se cogitar de enriquecimento sem causa, porquanto se adquire patrimônio que nem remotamente ajudou a amealhar”²¹¹.

Diante da nova realidade social, especialmente do crescimento do número de famílias recompostas, verifica-se que o cônjuge já não é mais o elemento estável e essencial na família a ensejar a sua superproteção, em detrimento de outros interesses mercedores de tutela que surgem no seio das novas estruturas familiares. Nesse sentido, Maria Berenice

²¹⁰ Se, em um primeiro momento, manter uma união estável poderia reduzir os riscos de transmissão patrimonial, já que o(a) companheiro(a) herdava apenas parcela dos bens adquiridos com esforço comum, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, que considerou inconstitucional o regime sucessório diferenciado entre cônjuge e companheiro, previsto pelo art. 1.790 do Código Civil, equiparando a tutela sucessória nas duas entidades familiares, atualmente não há mais essa possibilidade. Nesse sentido, Diego Brainer: “Por fim, fala-se em suposto prejuízo ao afeto, caso haja equiparação entre os institutos, na medida em que o convivente poderia repensar seu projeto de vida afetivo por motivos de planejamento sucessório, bem como em supressão de autonomia privada daqueles que optaram por outro tipo de relação. Anteriormente, como o convivente não era herdeiro necessário — sem margem para dúvidas — e nem concorria quanto aos bens particulares, restava uma forma de estabelecê-la em que o sujeito possuía independência de destinos seus bens após a morte para quem bem entendesse (para o caso de inexistirem herdeiros outros).” (ANDRÉ, Diego Brainer de Souza. *O direito sucessório do companheiro e o ‘contrato de namoro’: uma análise dos efeitos da equiparação com o regime do casamento*. Civilistica.com, a. 8. n. 1. 2019. p. 12 e 20. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Andr%C3%A9-civilistica.com-a.8.n.1.2019.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019). O STF não esclareceu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, se, com a equiparação dos regimes sucessórios, o convivente também foi alçado à condição de herdeiro necessário. Em 26 de outubro de 2018, ao julgar os embargos de declaração opostos pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que tinha por objeto a aplicabilidade do artigo 1.845 do Código Civil às uniões estáveis, o Tribunal Pleno do STF decidiu que “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n. 878.694 ED / MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, julgado em 26/10/2019). Não obstante, grande parte da doutrina tem admitido a equiparação plena, de modo a incluí-lo no rol de herdeiros forçados, por todos: BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 512. Ademais, como já observado na nota 142 deste trabalho, o STJ já proferiu algumas decisões nesse sentido. Se, como tudo indica, essa posição prevalecer, o(a) companheiro(a) sobrevivente, assim como o cônjuge, também não poderá ser afastado(a) da herança de seu convivente por disposições de última vontade, o que agravará ainda mais o problema da transmissão forçada.

²¹¹ E, continua: “Conjectura-se, desse modo, eventual desconforto se os herdeiros não são filhos do cônjuge supérstite, e sim apenas do falecido. Note-se a necessidade dos herdeiros quanto à repartição de bens muitas vezes até ajudaram a amontoar, diante inclusive de sacrifícios familiares, frente a pessoas muitas vezes estranhas.” (ANDRÉ, Diego Brainer de Souza. *O direito sucessório do companheiro e o ‘contrato de namoro’: uma análise dos efeitos da equiparação com o regime do casamento*. Civilistica.com, a. 8. n. 1. 2019. p. 17. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Andr%C3%A9-civilistica.com-a.8.n.1.2019.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019).

Dias, ao tratar das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 quanto ao regime sucessório do cônjuge, observa:

[...] atentando à realidade dos dias de hoje, em muitos casos, sua aplicação tem se mostrado desastrosa. Casamento perdeu a sacralidade e ninguém mais acredita nas juras de amor eterno, na saúde e na doença, na riqueza e na pobreza, até que a morte os separe. [...] Essa nova realidade leva à aceitação do divórcio, aplaude a constituição de novos vínculos familiares e permite a saudável convivência entre os meus, os seus e os nossos. Cada vez menos cônjuges e companheiros compartilham uma vida inteira. Famílias sucessivas é quase regra, com filhos advindos de relacionamentos diversos. Dentro deste panorama, nada justifica privilegiar o cônjuge e o companheiro em detrimento dos filhos do falecido [...] Até porque os bens recebidos a título de concorrência sucessória nunca voltam aos herdeiros do titular do patrimônio, isto é, aos filhos do viúvo ou do companheiro do falecido. O mais surpreendente é que tal situação é imposta por lei sem dar chance aos cônjuges e companheiros de optarem de forma diferente por meio da eleição do regime de bens, o instituto anula a autonomia do casal. A garantia de liberdade de escolha, que dá contorno à família, corre risco de ser ferida.²¹²

Em face disso, vários autores têm defendido a retirada do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários, no intuito de aumentar a liberdade do cônjuge para dispor sobre a sua herança. Nesse sentido, Marcos Alves da Silva argumenta que a intensiva intervenção protetiva do Estado, elevando o cônjuge à condição de herdeiro necessário, veio no momento errado, sendo o “refluxo de uma demanda esgotada”²¹³. Embora reconheça que ainda existem situações em que a mulher depende financeiramente do homem, o autor defende que a proteção excessiva cristalizaria a dominação masculina.

Para o autor, diferentemente das relações de parentalidade, em que os vínculos são eternos e há uma presunção de dependência *iuris et de iure*, que justificaria a inclusão de descendentes e ascendentes no rol de herdeiros forçados, nas relações de conjugalidade, a dependência financeira entre cônjuges não é fato inexorável, bem como o vínculo pode findar. Assim, a intervenção estatal seria desarrazoada²¹⁴. Partilhando do mesmo entendimento, Euclides da Oliveira defende:

²¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 150.

²¹³ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In: TEPEDIDO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo. (Org.) *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 511.

²¹⁴ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In: TEPEDIDO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo. (Org.) *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 509-526.

Nesse aspecto, contudo, parece ter havido excesso no privilégio concedido ao cônjuge, pois sua proteção patrimonial já é garantida pelo direito de meação, conforme seja o regime de bens. E o direito a concorrer na herança com descendentes ou com ascendentes poderia subsistir sem caráter obrigatório, a fim de possibilitar ao titular de bens dispor de forma diversa, mediante estipulação por testamento, desde que lhe conviesse manter o patrimônio dentro da sua própria linhagem de parentesco. Daí porque se defende a alteração do art. 1.845 do Código Civil para restringir o rol de herdeiros necessários aos descendentes e aos ascendentes do autor da herança, como sucedia no Código revogado, de modo a planificar, nesse campo, o tratamento sucessório dispensado ao cônjuge e ao companheiro.²¹⁵

Como se viu, embora alguns doutrinadores²¹⁶ direcionem suas críticas ao direito de concorrência ou à previsão do cônjuge como herdeiro necessário, o verdadeiro problema parece estar na impossibilidade de planejamento pelo autor da herança quanto ao destino de seus bens, especialmente diante da existência de descendentes exclusivos, o que se dá por uma soma de fatores.

Se na legislação anterior era possível, em certa medida, planejar a destinação dos bens da herança, uma vez que o regime de bens do casamento tinha relevância apenas para fins de meação e de participação em direitos de usufruto e de habitação²¹⁷, no sistema sucessório atual, o regime de bens importa para a definição da meação e para o reconhecimento do direito de concorrência do cônjuge com descendentes, permitindo que o cônjuge participe na sucessão de bens particulares sempre que casado pelo regime da comunhão parcial, separação convencional ou participação final nos aquestos.

Não bastasse a concorrência nos bens particulares — em completa desconformidade com o resultado prático da aplicação das normas sobre regime de bens —, o legislador ainda incluiu o cônjuge no rol de herdeiros necessários, subtraindo da liberdade testamentária o poder do testador de afastar o cônjuge da sucessão, uma vez que ele faz jus à fração da quota legítima. Some-se a isso a proibição genérica de elaboração de pactos sucessórios, prevista no artigo 426 do Código Civil.

E o pior: todas essas alterações na posição sucessória do cônjuge, que reconfiguram

²¹⁵ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188).

²¹⁶ Além dos autores mencionados no texto, também partilham deste entendimento: DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 23, set./out. 2017. p. 44-45; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 81.

²¹⁷ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit., nota 215, p. 94.

a trajetória e o destino dos bens por morte de um dos cônjuges, foram realizadas sem debate social esclarecido. Apesar de produzir profunda alteração na vida das famílias brasileiras, os cidadãos não participaram da decisão quanto à inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários, sequer houve um movimento midiático no sentido de esclarecer para a população em geral as novas regras da sucessão do consorte supérstite, de modo que poucas são as pessoas, leigas ou não, que sabem descrever o destino de seus bens após a sua morte²¹⁸.

Tudo isso contribuiu para fulminar qualquer possibilidade de o autor da herança planejar a destinação de seu patrimônio para proteção de seus descendentes por testamento, pela escolha do regime de bens ou por disposições em pacto sucessório²¹⁹. Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares comenta:

A centralidade da sucessão do cônjuge e a impossibilidade de temperar a sua reserva ou mesmo de afastá-la da sucessão têm causado muitas angústias na sociedade. Não raro são os casos em que casais, em especial quando em segundas núpcias, pretendem deixar todo o patrimônio apenas para seus filhos exclusivos, porque o consorte é independente financeiramente, sendo esta a vontade compartilhada por ambos os partícipes da relação, sendo, ainda, muito comum a frustração diante do fato de que a sucessão do cônjuge acarretará a transferência de patrimônio de família para pessoas diversas, porque herdeiro só do supérstite.²²⁰

Melhor seria, como sugere a autora, que o legislador tivesse se valido de critérios concretos para estabelecer o regime sucessório do cônjuge sobrevivente, aplicando o

²¹⁸ Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka critica: “Com a publicação e entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, e com as alterações de monta — a reconfigurar a trajetória e o destino da sucessão por morte dos brasileiros —, ainda assim não se viu, na mídia ou na academia, um movimento no sentido de esclarecimento da população em geral, como já havia acontecido, no passado, com outros grandes e revolucionários temas, por exemplo, o direito do consumidor, apenas para citar um. O resultado disso é o de que poucas são as pessoas, leigas ou não, que sabem descrever o destino de seus bens, para depois de sua morte.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 387).

²¹⁹ “Mesmo nas hipóteses em que a lei afasta a concorrência com os descendentes do falecido, resta ao cônjuge o direito à meação dos bens presumidamente adquiridos por esforço comum do casal, faltando em lei permissivo para que os nubentes possam manter a plena incomunicabilidade patrimonial ao afastar tanto o direito meatório quanto o direito à herança do cônjuge sobrevivente, respeitada, em qualquer hipótese, a partilha daqueles bens adquiridos a partir do trabalho conjunto do casal” (SOUSA, Felipe Soares de. *A sucessão dos descendentes: análise crítica da impossibilidade de afastamento da transmissibilidade sucessória dos bens entre os cônjuges e os efeitos dos regimes de bens do casamento em relação à legítima*. Revista de Direito Privado, vol. 92, Ago/2018. p. 78.).

²²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal?. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 253.

resultado prático das regras do regime de bens escolhido pelo casal também no momento da sucessão, de forma a realmente alcançar uma gradação da tutela sucessória do cônjuge conforme o estatuto patrimonial estabelecido no casamento.

Além disso, Ana Luiza Maia Nevares traz outros critérios para estabelecer a qualidade de herdeiro do cônjuge supérstite, tais como a duração do vínculo conjugal, o fato de existirem apenas descendentes comuns, a massa de bens sobre a qual recaem os direitos sucessórios do cônjuge, especialmente atento à origem dos bens, se são bens provenientes da família do autor da herança²²¹. Pode-se cogitar, ainda, a análise da situação financeira do cônjuge sobrevivente, atribuindo-lhe direito à herança apenas nas situações de vulnerabilidade econômica, em uma ponderação dos princípios constitucionais da solidariedade e da liberdade.

Nessa linha, a legislação argentina, por exemplo, prevê que o cônjuge não herdará se o autor da herança vier a falecer dentro de trinta dias depois de contraídas as núpcias, em razão de enfermidade existente no momento da celebração do casamento, conhecida pelo supérstite, e de desfecho fatal previsível, exceto quando houver prévia união estável²²².

Com a fragilidade dos vínculos e a possibilidade de rompimento do vínculo conjugal por divórcio, tão comum na sociedade atual e que sequer era permitido no momento da elaboração do Código Civil²²³, “pensar que o patrimônio construído não vai permanecer em

²²¹ Segundo Ana Luiza Maia Nevares: “Como já afirmado, em que pese tal constatação, o que se percebe é uma má sistematização da matéria no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, que ao se valer de um critério abstrato, a saber, o regime de bens em si do casamento, gera inúmeras distorções, exatamente porque o critério deveria ser concreto, ou seja, deveria estar baseado no resultado da aplicação das regras do regime de bens no patrimônio do casal, de forma a realmente alcançar uma gradação da tutela sucessória do cônjuge conforme as relações patrimoniais decorrentes do regime matrimonial de bens. Mais não é só. Além das relações patrimoniais quanto ao regime de bens, a sucessão do cônjuge enseja outros debates sobre sua qualidade de herdeiro, como a duração do vínculo conjugal, o fato de o cônjuge ser ascendente dos herdeiros com que concorrer, bem como sobre a massa de bens em que deve incidir seus direitos sucessórios, como a possibilidade de o cônjuge sobrevivente herdar bens que vieram da família do primeiro consorte do falecido, em detrimento de seus filhos das primeiras núpcias, muito pertinentes diante da nova dinâmica das famílias recompostas”.(NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878-694-MG. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 21, 2017. p. 136-137). Em outra oportunidade, a autora reafirma a posição: Id. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal?. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 257.

²²² Código Civil Argentido: “ARTICULO 2436.- Matrimonio “in extremis”. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial.”

²²³ Cumpre esclarecer que a Lei do Divórcio só foi promulgada em 1977, enquanto que o Código Civil de 2002 foi elaborado em 1975.

família provoca receio por parte da sociedade”²²⁴. O atual regime sucessório do cônjuge sobrevivente, em que a lei impõe transmissão de parte do patrimônio, não está adequado à proteção da família voltada para a proteção e pleno desenvolvimento de seus membros, como determina o mandamento constitucional que tem como centro a pessoa humana e que admite novas formações familiares para além do casamento.

Sendo o Direito uma ciência social “necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção”²²⁵, impõe-se a atualização do regime sucessório do cônjuge, a fim de melhor se encaixar na configuração da família atual, que é plural. Diante da ausência de hierarquia entre as diversas entidades familiares, busca-se um sistema sucessório que atenda às necessidades de cada uma delas, aos interesses sociais merecedores de tutela que delas exsurtem, sem discriminação, especialmente voltado para um regramento flexível e adequado à realidade de cada formação familiar, e não apenas dedicado às famílias nucleares, fundadas em um casamento duradouro.

Ao priorizar o casamento como forma de constituir família, o sistema sucessório deixa à margem da lei diversas situações corriqueiras enfrentadas pelos diferentes arranjos familiares. Vale mencionar, à guisa de exemplo, a dificuldade de se definir o regime sucessório nas famílias multiparentais²²⁶, criadas por recomposição de vínculos familiares ou por reprodução assistida. Seguindo essa lógica, Gustavo Tepedino levanta o seguinte questionamento:

Talvez seja o momento de reformular qualitativamente o conteúdo da solidariedade a ser efetivamente exigida no âmbito de toda e qualquer entidade familiar, fundada ou não no casamento. Uma vez estabelecida a tendência de igualdade dos direitos sucessórios nas diversas comunidades familiares – desde que merecedoras de tutela e, portanto, dignas de serem como tal designadas –, e não apenas no caso da união estável, há que se analisar se o sistema sucessório codificado (elaborado a partir do modelo de família fundada no casamento, antes

²²⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 294.

²²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1.

²²⁶ Nesse sentido, Anderson Schreiber e Paulo Franco Lustosa apontam: “Inúmeras controvérsias surgem no campo sucessório, especialmente nas hipóteses de multiparentalidade superveniente, em que novo vínculo parental se forma somando-se aos já existentes. Em tais casos, questiona-se se seria legítimo uma pessoa ter direito a novas heranças, pois isso reduziria a quota hereditária dos demais sucessores, podendo traduzir uma ofensa indireta ao princípio da igualdade entre os filhos.” (SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos jurídicos da multiparentalidade*. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016. p. 858).

indissolúvel, e excessivamente restritivo da liberdade testamentária), que considera o cônjuge herdeiro necessário, mostra-se consentâneo com a proteção que se pretende atribuir às famílias da atualidade, constituídas ou não pelo casamento.²²⁷

Como se vê, a partir de uma análise dos interesses em jogo, conclui-se que a retirada do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários, embora reduzisse a sua tutela sucessória, conduziria a maior concretização do princípio da solidariedade, na medida em que o autor da herança poderia tutelar interesses legítimos existentes no âmbito das famílias plurais, bem como prestigiaria a autonomia do testador, calcado nos princípios da liberdade e da livre iniciativa. Cumpre ressaltar, por oportuno, que a autonomia não poderia ser utilizada para deixar o cônjuge em situação de desamparo. Havendo vulnerabilidade concreta, o consorte sobrevivente deveria ser protegido, em respeito ao dever de solidariedade. O ordenamento jurídico necessariamente deveria fornecer instrumentos para tutelá-lo, com critérios bem definidos, seja com intervenção do Estado *a priori* ou *a posteriori*, diante de resultados que desprotejam as vulnerabilidades.

Atento às diferentes realidades da sociedade brasileira, Gustavo Tepedino propõe que o cônjuge seja mantido na sucessão hereditária de forma subsidiária, e não obrigatória:

A inclusão do cônjuge e companheiro na sucessão legítima mostra-se oportuna para a proteção de partes vulneráveis e da grande maioria dos casais, especialmente das classes de média e baixa rendas, que em geral não celebram pacto antenupcial e, pouco frequentemente, redigem testamento. Tal proteção deve se tornar, por reforma legislativa, subsidiária, não obrigatória. Afinal, não parece condizente com a sociedade contemporânea, diante de tantos modelos familiares, que se impeça aos interessados, por testamento ou mediante pacto antenupcial, como já ocorre na experiência estrangeira, afastarem a sucessão hereditária entre os cônjuges ou companheiros. Desse modo, seria possível conciliar a necessidade de proteção dos cônjuges e companheiros, incidente de modo subsidiário, no silêncio dos interessados, com a autonomia privada e a liberdade testamentária.²²⁸

Impõe-se, portanto, a revisão do sistema hereditário como um todo e, em especial, do regime sucessório do cônjuge, para que se alcance uma tutela centrada em cada um dos membros da família, atenta às necessidades concretas dos herdeiros, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao projeto de vida de cada entidade familiar e/ou cada um

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 14, out./dez. 2017. p. 11.

²²⁸ Id. *Sucessão hereditária e solidariedade entre cônjuges e companheiros: urgência de reforma legislativa*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colonistas/gustavo-tepedino/sucessao-hereditaria-solidariedade-entre-conjuges-companheiros-urgencia>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

dos seus membros. Pretende-se, assim, concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa e de interesses mercedores de tutela existentes nas diferentes entidades familiares.

Verifica-se, portanto, que os protestos por maior liberdade testamentária, com a exclusão do cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros hereditários, nada têm a ver com a antiga justificativa individualista e patrimonial, que buscava manter o patrimônio dentro da família patriarcal.

Pelo contrário, o que se pretende, diante da aceitação de novos modelos de família e da fragilidade dos vínculos, é reformular qualitativamente o princípio da solidariedade familiar, em atenção aos novos interesses mercedores de tutela existentes nas famílias plurais, a fim de garantir um direito sucessório mais flexível, em que o autor da herança tenha liberdade para planejar a destinação de seus bens de acordo com as necessidades de cada um dos membros da família.

Desde a promulgação do Código Civil de 2002, inspirados nos debates doutrinários, vários foram os projetos de lei apresentados para modificar a tutela sucessória do cônjuge, no intuito de adequá-la à realidade das famílias contemporâneas. No entanto, até o momento, nenhum logrou êxito.

O primeiro deles, o Projeto de Lei nº 4.944/2005, entre outras propostas, pretendia alterar o artigo 1.829, I, do Código Civil para que o cônjuge ou o(a) companheiro(a) sobrevivente passasse a herdar “exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados”²²⁹. Isto é, além de equiparar a sucessão do cônjuge e do companheiro, o direito de herança do consorte supérstite não mais seria atrelado ao regime de bens de forma abstrata, passaria a incidir apenas sobre a parcela dos bens comuns destinada à herança.

Além disso, o Projeto de Lei nº 4.944/2015, posteriormente arquivado, também pretendia alterar o artigo 1.845 do Código Civil para retirar o cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários. Em sua justificativa, o Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, autor do projeto, apontou a necessidade de se garantir maior liberdade para o titular do patrimônio dispor sobre os seus bens, facultando-lhe a possibilidade de realizar

²²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.944/2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454> (arquivado) Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

planejamento sucessório da forma que melhor acomode o interesse de todos os envolvidos²³⁰.

Após passar pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, o referido Projeto de Lei nº 4.944/2015 foi alterado apenas para excluir o direito de concorrência nos casos em que os cônjuges fossem casados pelo regime da separação convencional de bens, mantendo a concorrência, nos demais casos, quanto aos bens comuns sobre os quais não incidisse o direito à meação. No entanto, não foi convertido em lei, tendo sido arquivado com o fim da legislatura de seu autor. A proposta inicial do Projeto de Lei nº 4.944/2005 foi novamente apresentada no Projeto de Lei nº 508/2007, o qual também acabou arquivado com o fim da legislatura de seu proponente.

Em 2007, em atenção à sugestão formulada por Miguel Reale²³¹, no sentido de alterar o artigo 1.829, I, do Código Civil, para excluir o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens da concorrência sucessória com descendentes, o Deputado Federal Max Rosenmann apresentou o Projeto de Lei nº 1.792/2007, o qual tinha por objeto a alteração do artigo 1.829, I, do Código Civil. O artigo 1º do referido Projeto de Lei declarava que a lei tinha por finalidade excluir o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário, se casado com o falecido no regime da separação de bens, obrigatório ou convencional.

²³⁰ “Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são apenas os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural, por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça de confusão entre sentimento e patrimônio.” Justificativa do Projeto de Lei nº 4.944/2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6483518FC7C55FB7D584FA6F9896E76C.node2?codteor=290210&filename=Avulso+-PL+4944/2005. Acesso em 28 set 2019.

²³¹ No livro “Estudos preliminares do Código Civil”, conforme visto, o autor sugere uma interpretação sistemática do art. 1.829, I, com art. 1.687, ambos do Código civil, para que o termo “separação obrigatória” abrangesse os regimes da separação legal e separação convencional de bens. O autor, então, afirma que se, apesar da argumentação por ele apresentada, persistisse a dúvida, seria melhor emendar o referido artigo para eliminar o adjetivo “obrigatória” (REALE, Miguel. Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: RT, 2003, pág. 65).

No entanto, assim como os demais, o referido projeto também não foi convertido em lei, em razão do fim da legislatura de seu autor. Foram utilizados os seguintes argumentos em sua proposta, enumerados por Ana Luiza Maia Nevares:

Os argumentos suscitados na justificativa do referido Projeto de Lei são: (a) a sucessão do cônjuge casado pelo regime da separação de bens praticamente leva a extinção de dito regime, uma vez que subtrai um de seus pressupostos, a saber, a incomunicabilidade do patrimônio entre os cônjuges e (b) dita sucessão fere o princípio da liberdade, já que impede os nubentes de livremente convencionar a respeito da partilha de bens, gerando o enriquecimento sem causa, em essencial diante das segundas núpcias.²³²

No mesmo sentido, foi proposto o Projeto de Lei nº 226²³³, de 2015, no Senado Federal, que excluía o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens não apenas da concorrência sucessória com descendentes, mas também do rol de herdeiros necessários, com a alteração dos artigos 1.829, I, e 1.845 do Código Civil. Neste caso, também houve arquivamento do projeto em razão do fim da legislatura do Senador Wilder Moraes.

Por fim, recentemente, em 02 de julho de 2019, a senadora Soraya Thronicke apresentou o Projeto de Lei nº 3.799²³⁴, fruto do trabalho desenvolvido em conjunto com a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que, entre outras propostas, busca alterar a tutela sucessória do cônjuge, tornando-a mais compatível com os valores constitucionais.

O referido Projeto de Lei propõe a alteração do artigo 1.829 do Código Civil, não apenas para equiparar a tutela sucessória do cônjuge e do(a) companheiro(a) sobreviventes, mas principalmente para propor novos pressupostos para a concorrência com descendentes. Isto é, ao invés de ser vinculado ao regime de bens do casamento ou da união estável, o regime sucessório do cônjuge e do(a) companheiro(a) passa a ser regido por critérios concretos, nos seguintes termos:

²³² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97-98.

²³³ BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei nº 226/2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120760?o=t> (arquivado). Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

²³⁴ BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei nº 3.799/2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498> (em trâmite). Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

Art. 1.829.

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, prevista nos incisos I e II do caput deste artigo, incidirá apenas sobre os seguintes bens, independentemente do regime patrimonial adotado:

I - os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento ou união estável, ainda que só em nome de um dos cônjuges ou companheiros;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges ou companheiros;

IV - as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge ou companheiro, produzidos na constância do casamento ou união estável;

V - os frutos e produtos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge ou companheiro, percebidos na constância do casamento ou união estável, ou pendentes ao tempo da abertura da sucessão.

Apesar de retirar o cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários, permitindo que seja afastado da sucessão por disposições testamentárias, o Projeto de Lei nº 3.799/19 concede ao consorte ou companheiro(a) supérstite o direito de pleitear capital ou renda para garantir a sua subsistência:

Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

§ 1º O cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito a constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência.

§ 2º O capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, são inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 3º Não terá direito ao capital ou a renda de que tratam os §§ 1º e 2º aquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserdação.²³⁵

²³⁵ A proposta é muito similar ao instituto inglês “Family Provision Claim”, regulado pelo Inheritance Act de 1975, que, conforme explica Gustavo Henrique Baptista Andrade, “intenta proteger parentes e pessoas que conviveram com o falecido ou por ele eram mantidas e que não foram contemplados em testamento ou, em não havendo disposições de última vontade, também não possam ser beneficiadas pelas regras da sucessão ab intestato. Dita proteção se dá através de uma decisão judicial que outorga ao peticionário uma espécie de provisão financeira para sua subsistência.” (ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 83).

Assim, ao mesmo tempo em que prestigia o princípio da autonomia privada, atribuindo ao autor da herança maior liberdade para testar, o dispositivo concretiza também o princípio da solidariedade familiar, com a tutela das vulnerabilidades concretas do cônjuge sobrevivente. A proposta encontra-se em perfeita consonância com os valores constitucionais, na medida em que prioriza situações existenciais em detrimento das patrimoniais.

Com a alteração prevista no referido Projeto de Lei nº 3.799/19, o regime sucessório do cônjuge sobrevivente perde o caráter meramente patrimonial, tão criticado pela doutrina, para tutelá-lo na sua real e concreta dimensão, em um viés existencial. Isto é, com a aprovação da proposta, o direito sucessório deixará de ser um instrumento de transferência de riquezas entre cônjuges e passará a atender a uma função assistencial, própria da solidariedade familiar. Com isso, evita-se uma série de conflitos e situações indesejáveis, sem deixar o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente desamparado por ocasião da morte daquele que o sustentava.

Como apontado na justificativa do referido Projeto de Lei nº 3.799/19:

A sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos a priori pela lei, sem uma análise da situação em concreto.²³⁶

Como se vê, embora seja urgente a alteração da tutela sucessória do cônjuge, para torná-la mais consentânea com a sociedade atual e com os valores constitucionais, a medida depende de reforma legislativa que altere os dispositivos do Código Civil sobre a matéria. Não obstante os esforços de diversos parlamentares, com a apresentação de diferentes Projetos de Lei, a solução esbarra nas dificuldades e burocracias do processo legislativo.

O desafio, portanto, é promover uma atualização normativa da tutela sucessória do cônjuge, a fim de superar a concepção estrutural de proteção e torná-la mais maleável para atender às necessidades concretas existentes dentro de cada formação familiar.

²³⁶ BRASIL. Senado Federal. Justificativa do Projeto de Lei nº 3.799 de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>. Acesso em 29 set 2019.

3 AUTONOMIA DO CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO

Liberdade – essa palavra que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda.²³⁷

Cecília Meireles

3.1 Limitação da autonomia em matéria sucessória: vedação ao pacto sucessório

Além dos entraves impostos pelo princípio da intangibilidade da legítima, que limitam a liberdade de dispor, a autonomia privada dos cônjuges para planejarem a destinação de seus bens após a morte resta ainda mais restrita em virtude da proibição genérica aos pactos sucessórios, estabelecida no artigo 426 do Código Civil²³⁸.

Devido à proibição expressa prevista em lei e a aparente infertilidade do tema, durante muito tempo, a doutrina não dedicou a adequada atenção ao estudo dos pactos sucessórios, sendo bastante escassa a produção científica sobre o assunto. Os poucos textos sobre a temática limitavam-se a reproduzir a regra genérica prevista no Código Civil, reafirmando o caráter absoluto da proibição e a força moral do elemento ali expresso, sem realizar uma reflexão mais cuidadosa quanto à utilidade prática do instituto ou a sua possível admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro²³⁹.

No entanto, em razão da significativa alteração na forma de valoração dos atos de autonomia privada, consagrada na legalidade constitucional, as novas gerações de estudiosos têm questionado a legitimidade dos fundamentos da regra proibitiva genérica, que impõe tratamento unitário às diferentes modalidades de pactos sucessórios. Buscam, com isso, reavaliar, em uma perspectiva funcional, a vedação imposta, a fim de demonstrar a compatibilidade de determinadas modalidades de pactos sucessórios com a tábua axiológica

²³⁷ MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1965. p. 70.

²³⁸ Código Civil, art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

²³⁹ Em tom crítico, Rafael Cândido da Silva aduz: “a abordagem unitária da regra proibitiva, o seu caráter genérico, a aceitação acrítica pela comunidade jurídica, a repetição das fórmulas e lições da manualística, a raridade de profundos estudos do tema e, por fim, o exacerbado apego moral de um de seus fundamentos, o *votum capitandae mortis*, talvez sejam alguns dos motivos pelos quais a disposição legal se mantenha aparentemente intacta durante um século, representando verdadeiro fóssil em nosso sistema.” (SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 72).

constitucional.

Cogita-se, assim, a possibilidade de flexibilização da proibição, com a admissão de algumas categorias de pacto sucessório, como solução plausível para corrigir as distorções causadas pelo anacronismo do sistema sucessório e prestigiar a autonomia privada do autor da herança para tutelar os interesses existentes no âmbito das diversas formações familiares²⁴⁰.

O pacto sucessório, também chamado de *pacta corvina*²⁴¹, é concebido, em sentido amplo, como qualquer acordo de vontades que tenha por objeto mediato a herança de pessoa viva²⁴². Segundo lições de Rafael Cândido da Silva, trata-se de:

[...] negócio jurídico bilateral estabelecido entre vivos, precipuamente, mas não necessariamente irrevogável, com a finalidade de regular sucessão não aberta de um dos contratantes ou de terceiro, mediante atribuição da qualidade de herdeiro, a instituição de um legado ou a renúncia antecipada à herança.²⁴³

²⁴⁰ Por todos: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 199-2017. BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 286-288.

²⁴¹ Segundo José Fernando Simão, o nome em latim do pacto sucessório advém da palavra corvo, ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos. Segundo o autor, “A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele de quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem, os contratantes estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança”. (SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma releitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 778.).

²⁴² MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito dos contratos: Teoria Geral dos Contratos*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015. P. 211. Segundo Carlos Edison Monteiro Filho e Rafael Cândido, a diferença entre os pactos sucessórios e o testamento é a revogabilidade do último. Os pactos sucessórios são contratos e, por isso, estão submetidos ao *pacta sunt servanda*, não se admitido revogação, salvo estipulação em contrário das partes. Os testamentos, por sua vez, são atos unilaterais de disposição de última vontade e podem ser revogados a qualquer tempo pelo testador. Também não se pode confundir o pacto sucessório com os pactos *post mortem*, negócios jurídicos bilaterais cujos efeitos estão subordinados ao evento morte de uma das partes ou de terceiro, como ocorre nos casos em que há termo ou condição subordinados ao evento morte. É o caso da doação com cláusula de reversão (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; e SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado, vol. 72, ano 17, dez/2016. p. 177-178). No que tange à partilha em vida, conforme lições de Heloisa Helena Barboza, trata-se de negócio jurídico entre vivos, que não tem natureza de pacto sucessório. A autora afirma que “é possível, porém, a partilha em vida realizada pelo ascendente, por via de doação – ato entre vivos que gera consequências imediatas”. (BARBOZA Heloisa Helena. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos*. civilistica.com, a. 5. n. 1. 2016. p. 3).

²⁴³ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 21. Araken de Assis enumera as seguintes características: “Abrangem-se sob a designação imprecisa de pacto sucessório, na verdade, diferentes espécies de negócio. Para merecer o ímpeto estigmatizado, e incidir a

A doutrina brasileira adotou a classificação dos pactos sucessórios sistematizada pelos romanistas. Outra classificação possível é a partir dos centros de interesse, como fazia a doutrina germânica, podendo ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais²⁴⁴. Verifica-se, portanto, a existência de três diferentes categorias de pactos sucessórios, classificados com base nos efeitos que lhes são subjacentes, bem como a partir de critérios estruturais concebidos pelos romanistas. Em primeiro lugar, há o chamado pacto institutivo, também chamado de aquisitivo, positivo ou de atribuição (*de sucedendo*), por meio do qual uma das partes institui determinada pessoa como seu herdeiro ou legatário²⁴⁵. Por ter como objeto herança de pessoa viva, seus efeitos só terão lugar com a abertura da sucessão, antes disso, há apenas uma expectativa de direito sobre parte ou a totalidade dos bens a serem inventariados.

No pacto renunciativo, negativo ou abdicativo (*de non sucedendo*), por sua vez, um herdeiro presuntivo renuncia, no todo ou em parte, à sua quota na sucessão do outro contratante, extinguindo o seu direito à herança, nos termos do acordo. Nesse caso, é necessária a participação e aceitação da pessoa de cuja sucessão se trata, sob pena de ser considerado pacto sobre sucessão de terceiro²⁴⁶.

Por fim, há o pacto sobre sucessão de terceiro ou dispositivo (*de hereditate tertii*),

severa proibição do art. 426, inserem-se nesta classe os contratos que, simultaneamente, reúnam as seguintes características: (a) negócio há de envolver uma sucessão ainda não aberta, e, portanto, futura; (b) os bens contemplados como objeto do negócio, na oportunidade da sua formação, devem pertencer à futura sucessão; (c) a aquisição desses bens, posteriormente ao contrato, ocorra *successionis causa*. À luz dessas condições, chama-se de contrato sucessório todo negócio jurídico destinado a regular relações que se originem e se individualizem em decorrência da morte de alguém. Assim, não importa que o objeto do contrato proibido seja a herança de um dos figurantes ou de um terceiro, nem supre o defeito o consentimento deste último. (ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 140).

²⁴⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; e SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado, vol. 72, ano 17, dez/2016. p. 181.

²⁴⁵ BARBA, Vincenzo; e DÓRTA, Carlo. Private autonomy and testament's content in the inheritance right. The fall of traditional beliefs in the Italian legal system. In: TEPEDINO, Gustavo; e MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.55.

²⁴⁶ CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 96. Araken de Assis afirma que os pactos abdicativos seriam subespécie dos dispositivos, na medida em que o herdeiro renunciaria ao seu quinhão em favor de outro sucessor. (ASSIS, Araken de. Op. cit, nota 243, p. 143). Rolf Madaleno afirma, a partir da conjugação dos artigos 1.784 e 1.804, parágrafo único, do Código Civil, que a lei brasileira só admite a renúncia após a abertura da sucessão (MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. Revista do IBDFAM, vol. 27, mai./ jun., 2018. p. 35).

mediante o qual dois contratantes, sendo um deles herdeiro presuntivo, dispõem acerca da sucessão de uma terceira pessoa, estranha ao acordo celebrado, no todo ou em parte²⁴⁷. O objeto do contrato é, portanto, direito eventual que se espera adquirir em razão da morte de outrem, que não intervém no negócio²⁴⁸. Para Guilherme Braga da Cruz, não são pactos sucessórios *stricto sensu*, uma vez que o autor da herança não participa do contrato²⁴⁹.

As três modalidades de pactos sucessórios também podem ser combinadas, de modo a concentrar em um único negócio jurídico variados efeitos. Assim, o autor da herança pode, por exemplo, firmar acordo com um herdeiro presuntivo, em que este renuncia aos seus direitos sucessórios em favor de um terceiro. Nesse caso, estaríamos diante de um pacto renunciativo e institutivo.

Como se vê, a primeira dificuldade no estudo dos pactos sucessórios é a construção de um conceito unitário que contemple, sob a mesma designação, hipóteses heterogêneas, cujo único elemento comum é o fato de serem relativas a sucessões futuras, ou seja, de terem por objeto uma sucessão ainda não aberta²⁵⁰.

O Código Civil de 2002, repetindo os exatos termos do artigo 1.089 do Código Civil de 1916²⁵¹, estabelece proibição genérica aos pactos sucessórios, ao prever que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato²⁵². A hipótese, segundo doutrina majoritária, é de nulidade absoluta virtual, nos termos da segunda parte do artigo 166, VII, do Código Civil, uma vez que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção²⁵³.

²⁴⁷ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 143.

²⁴⁸ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 137.

²⁴⁹ CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 96.

²⁵⁰ MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Príncípia, 2016. p. 21.

²⁵¹ Código Civil de 1916, art. 1.089. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

²⁵² Como bem observa José Fernando Simão: “Tecnicamente não existe ‘herança de pessoa viva’ como dispõe o art. 426. Pessoa viva tem patrimônio. Herança surge no momento da morte, com a abertura da sucessão. Nota-se, portanto, uma imprecisão terminológica histórica” SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 785).

²⁵³ Por todos: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019. p.94. José Fernando Simão esclarece que o pacto sucessório é nulo e não se convalida pelo decurso do tempo, também não poderá ser confirmado pelas partes interessadas quando do

Para a doutrina clássica, não obstante as diferentes funções e efeitos das modalidades de pactos sucessórios, “a vedação abrange todo e qualquer contrato sobre herança futura, quer se trate de manifestação de vontade para instituir herdeiro ou legatário, quer se trate de disposição de herança futura ou, por fim, de renúncia de uma sucessão não aberta”²⁵⁴. Seguindo essa lógica, J. M. de Carvalho Santos destaca que “os termos da lei são bastante claros, de modo a excluir a possibilidade de toda e qualquer exceção”²⁵⁵ e, por isso, a proibição seria absoluta. Esse, inclusive, tem sido o entendimento adotado pelos tribunais brasileiros, que impõem de forma rígida a proibição do artigo 426 do Código Civil²⁵⁶.

Seguindo a mesma lógica, Pontes de Miranda assevera que “a regra jurídica, a despeito dos dois termos empregados ‘contrato’ e ‘herança’, tem de ser entendida como se estivesse escrito: ‘Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral

falecimento do futuro *de cuius*, uma vez que a ratificação só seria possível no caso de negócio jurídico meramente anulável. (SIMÕES, José Fernando. *Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência de pacto sucessório*. Revista Imes, v. 5, n. 10, jan./jun. 2005. p. 41). Para Caio Mário da Silva Pereira, por outro lado, o contrato sobre herança de pessoa viva é uma impossibilidade jurídica, na medida em que a ineficácia do contrato se dá em razão de seu objeto ilícito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29). Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, seguindo as lições de Caio Mário, ensinam: “Opta-se, pois pela nulidade do ato pela ilicitude do objeto, pois a prestação atenta contra a ordem pública (CC, art. 166, II)”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 419).

²⁵⁴ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Vocação sucessória do cônjuge e regime de bens: o capítulo conclusivo de uma evolução jurisprudencial (?)*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 10 - 21, Janeiro/Abril 2018. p. 16. Por todos: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 192; GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. SCHREIBER, Anderson. et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 252. Em sentido contrário, Giselda Hironaka e Francisco José Cahali entendem que os pactos renunciativos seriam admitidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que não se estaria dispondo de direito sucessório em favor de terceiro, mas em benefício do próprio titular do patrimônio, e com a sua concordância, conferindo-lhe maior liberdade para dispor do acervo. (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195).

²⁵⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 192. No mesmo sentido, Rafael Cândido da Silva aponta a posição da doutrina: “Em doutrina brasileira, rara é a defesa da admissibilidade dos pactos sucessórios. Diz-se que a clareza do texto legal impede maiores indagações, raramente se questiona acerca da legitimidade dos fundamentos da proscrição.” (SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 520).

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Ag. Int. no REsp nº 1.341.825/SC. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 15.12.2016; Id. REsp 1591224/MA, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016; Id. REsp nº 300.143/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 21.11.2006; Id. Ag. Rg. no Ag nº 375.914/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18.12.2001.

a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva”²⁵⁷. Para o autor, a vedação se impõe independentemente de quem seja outorgante ou outorgado, se o próprio autor da herança, legatário, herdeiro legítimo ou terceiro.

Como se vê, novamente o legislador de 2002 reproduziu acriticamente disposições do Código Civil de 1916, proibindo de forma genérica os contratos sobre herança de pessoa viva, sem ao menos especificar as modalidades de pacto que estariam vedadas e sob quais fundamentos.

Diante disso, para melhor compreender a regra proibitiva e identificar os argumentos que a justificam, mostra-se necessária uma breve incursão sobre a evolução histórica do instituto. Com isso, analisar-se-ão se os fundamentos da vedação permanecem legítimos no ordenamento jurídico brasileiro.

A origem da proibição dos pactos sucessórios remonta ao Direito Romano, no qual, embora a vedação não fosse absoluta, o tratamento casuístico era especialmente hostil²⁵⁸. Antes da Constituição Imperial de 1824, não havia regra proibitiva genérica que os rechaçasse, sequer existia uma construção jurídica sistematizada sobre o tema. A repulsa do Direito Romano verificava-se pela condenação casuística dos pactos sucessórios, considerados inválidos com base em diferentes fundamentos²⁵⁹.

As primeiras reprovações se deram ainda na época clássica do Direito Romano, quanto às convenções renunciativas. Nesse período, sob o argumento de que os acordos privados não poderiam derogar leis de ordem pública — como as que regulavam as sucessões —, o imperador Papiniano considerou inválidos os pactos em que filhas dotadas renunciavam à herança do pai²⁶⁰. Embora esses fossem os casos mais comuns, também há notícias de pactos renunciativos ao direito de intentar, após a morte do testador, a *querela*

²⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 127.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 36.

²⁵⁹ ROGUIN, Ernest. *Traite de Droit Civil Compare*. Paris: F. Pichon, 1912. p. 250. Segundo Daniel Morais, “a figura do pacto sucessório é uma categoria geral de criação moderna, o que significa que não podia existir qualquer proibição geral de pactos sucessórios institutivos no direito romano, havendo apenas casos específicos de pactos sucessórios proibidos por determinadas motivações técnico-jurídicas não uniformes, como se cada um desses casos de pactos sucessórios constituíssem um instituto *per se*. (MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Príncípa, 2016. p. 83).

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 70-71.

inoficiosi testamenti, para anular o testamento que deserdasse ou preterisse parente próximo, bem como ao direito de reclamar a quota legítima (*quarta Falcidia*), todos considerados inválidos por subverterem as formas de delação sucessória, que só poderiam se dar por lei ou testamento²⁶¹.

Foi apenas no Baixo Império, durante o reinado de Diocleciano, que surgiram as bases para a instituição da regra proibitiva sobre negócios jurídicos de instituição de herdeiro. Consultado sobre a validade de cláusula em pacto dotal que instituía o marido como herdeiro dos bens extradotais deixados pela esposa, Diocleciano considerou a cláusula destituída de valor por ofensa à liberdade de testar, uma vez que a herança só poderia ser atribuída a terceiros por disposição testamentária. O parecer foi incluído na Constituição Imperial e posteriormente reproduzido no Código Justiniano²⁶². Segundo Pontes de Miranda, no Direito Romano, era princípio firme que a pessoa somente podia dispor *causa mortis* em manifestação revogável de vontade²⁶³.

Com relação aos negócios jurídicos sobre sucessão de terceiro, estes eram condenados casuisticamente, ainda na época clássica, principalmente nos negócios jurídicos de venda, doação ou aceitação de sucessão não aberta. Mais tarde, no início do Baixo Império, o princípio da imoralidade dos pactos sucessórios foi incluído em uma Constituição de Constantino, por serem considerados desonestos, contrários aos bons costumes e por falta de objeto.

No entanto, a vedação à celebração de pacto sobre a sucessão de um terceiro em termos genéricos só restou consagrada no Direito Justinianeu, com a Constituição Imperial de 531, na qual pela primeira vez se invocou o argumento “*voctum mortis*”, isto é, de que essa espécie de pacto representaria um perigo à vida da pessoa de cuja sucessão se trata, por despertar no beneficiário o desejo imoral da morte do autor da herança. O herdeiro que celebrasse esse tipo de contrato, sem assentimento do *de cuius*, perdia o direito à herança como *indignus*²⁶⁴.

²⁶¹ CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 99-100.

²⁶² CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 99.

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 125.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 126.

O Direito Romano admitiu apenas algumas exceções à regra proibitiva dos pactos institutivos, como nas hipóteses em que os pactuantes eram militares, instituindo-se herdeiros recíprocos, ou quando o terceiro, de cuja sucessão se tratava, concordava com o pactuado sem mudar seu parecer até o advento de sua morte, pois, nesse caso, o negócio jurídico deixava de ser imoral e não representava mais perigo à sua vida²⁶⁵.

Com as invasões germânicas, os pactos sucessórios encontraram terreno propício para se proliferar em toda a Europa ocidental. Observou-se, em todas as antigas províncias do Império do Ocidente, entre os séculos V e VIII, a substituição do testamento romano por outros instrumentos de origem germânica, romano-vulgar e de práticas costumeiras medievais para regular a transmissão voluntária dos bens do *de cuius*²⁶⁶. Todos tinham como característica comum a natureza contratual e, portanto, eram verdadeiros pactos sucessórios²⁶⁷.

Apenas no período renascentista é que a proibição aos pactos sucessórios é retomada em alguns países europeus. Isso explica a atual diferença no tratamento dos pactos sucessórios nos diversos países da Europa Ocidental, sendo admitidos em países como Alemanha, Suíça e Áustria²⁶⁸ e vedados, com algumas exceções, na Itália, Portugal e França, conforme será exposto adiante.

No âmbito do Direito, o movimento renascentista ficou conhecido pelo embate entre regras costumeiras e o resgate das regras do Direito Romano, a fim de tornar as normas mais

²⁶⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 276. Segundo Guilherme Braga da Cruz, para Justiniano a convenção sobre a sucessão de um terceiro deixaria de ser imoral e de representar perigo a vida do *de cuius* se este desse seu expresso consentimento quanto ao objeto do pacto. (CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 101.)

²⁶⁶ Segundo relata Daniel Morais, durante o feudalismo eram utilizados pactos renunciativos por parte das filhas para que as terras fossem concentradas nas mãos dos filhos homens primogênitos. Mesmo após o declínio do feudalismo, essas práticas se multiplicaram sob a influência das ideias nobiliárquicas (MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Princípia, 2016. p. 97-98).

²⁶⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965. p. 102. Pontes de Miranda, por outro lado, relata que na Idade Média os contratos sucessórios a causa de morte desapareceram pela frequência das doações a cauda de morte. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 126).

²⁶⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 280. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura dos planejamentos sucessórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 146.

seguras e previsíveis. Assim, coube aos estudiosos romanistas não apenas o resgate do conceito de pacto sucessório — compreendido, em termos gerais, como qualquer acordo sobre sucessão de pessoa viva —, mas também o trabalho de sistematização da teoria das nulidades dessas estipulações, com fundamento principalmente na violação à ordem pública e na limitação à liberdade de testar²⁶⁹. Nesse período, algumas exceções eram admitidas, como na hipótese de o autor da herança consentir com o pactuado, na promessa de igualdade entre filhos ou na instituição de legado contratual nos pactos antenupciais²⁷⁰.

Com a revolução francesa, a regra proibitiva foi estendida a todos os pactos sucessórios. Os revolucionários os viam como representativos de uma sociedade desigual e hierárquica, cuja finalidade era resguardar a manutenção dos bens na família e, por isso, decidiram proibir os pactos sucessórios no Código Napoleônico²⁷¹. A partir desse momento, passou-se a utilizar como fundamento da vedação de todo e qualquer pacto o *votum alicujus mortis*, ou seja, o perigo de vida para o *de cujus* em razão do desejo de sua morte, além de outros fundamentos específicos, a depender da modalidade do pacto. Algumas codificações individualistas do século XIX, sob a influência do *Code Civil* francês, mantiveram as proibições genéricas aos pactos sucessórios, entre elas as codificações portuguesa e italiana²⁷².

No Brasil, segundo lições de Clóvis Bevilacqua, a vedação aos pactos sucessórios foi inserida por influência de Portugal, estando presente nas Ordenações Afonsinas, Manoelinas

²⁶⁹ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 26.

²⁷⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; e SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado, vol. 72, ano 17, dez/2016. p. 174.

²⁷¹ Ibid. p. 175. Os autores narram, à guisa de exemplo, que geralmente os cônjuges convencionavam que seus parentes não poderiam suceder nos bens que o descendente comum houvesse herdado por sucessão do outro. Evitava-se, com isso, a dispersão do patrimônio e sua manutenção no tronco familiar. Ernest Roguin afirma que com a promulgação do Código Civil francês, as exceções à proibição dos pactos sucessórios previstas na antiga lei francesa foram fulminadas e as convenções sobre herança de pessoa viva foram radicalmente abolidas. (ROGUIN, Ernest. *Traite de Droit Civil Compare*. Paris: F. Pichon, 1912. p. 262). No mesmo sentido, José Fernando Simão explica: “o direito revolucionário fulminou os pactos sucessórios, razão pela qual o Código Napoleônico admite apenas algumas poucas exceções, tais como a doação matrimonial de todo ou de parte da sucessão do doador e a partilha entre vivos, feita pelo ascendente”. (SIMÕES, José Fernando. *Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência de pacto sucessório*. Revista Imes, v. 5, n. 10, jan./ jun. 2005. p. 39).

²⁷² Rolf Madaleno afirma que o Direito Brasileiro absorveu sem ressalvas a orientação legal francesa e proibiu os pactos sucessórios, sem qualquer critério crítico ou alguma reflexão mais apurada. (MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. Revista do IBDFAM, vol. 27, mai./ jun., 2018. p. 34).

e Filipinas²⁷³. Essas codificações proibiam, sob pena de nulidade, qualquer negócio jurídico que versasse sobre sucessão de pessoa viva, exceto os renunciativos, quando jurados. Para tanto, era necessário impetrar licença para o juramento complementar dos contratos de *non succedendo* ao Tribunal do Desembargo do Paço. Porém, a exceção foi revogada pelo costume e confirmada com a extinção da referida corte em 1828, sem que fosse atribuída a outro órgão estatal a competência para tomada de tal juramento²⁷⁴. Em razão disso, os pactos renunciativos foram abolidos no Brasil.

Embora muitos afirmassem que a proibição era absoluta, alguns civilistas admitiam como exceção duas espécies de sucessão contratual²⁷⁵: as estipulações sobre herança de terceiro, desde que o autor da herança consentisse e não mudasse de vontade até falecer, à semelhança da regra do direito romano; e as cláusulas em pacto antenupcial que estipulassem a sucessão recíproca dos cônjuges.

No Código Civil de 1916, foi prevista, como única exceção à regra proibitiva, a possibilidade de os cônjuges estabelecerem, no pacto antenupcial, sucessão recíproca (CC/16, art. 256, 257 e 314). No entanto, por óbvio, a norma não foi reproduzida pelo Código Civil de 2002, uma vez que o cônjuge passou a concorrer com os demais herdeiros em todas as classes da ordem de vocação hereditária.

Assim, conforme adiantado, no Direito Brasileiro, prevaleceu a regra que veda em caráter absoluto todo contrato sobre herança de pessoa viva, sem que tenha sido estabelecida qualquer exceção. A partir da evolução histórica do instituto, a doutrina clássica aponta diferentes fundamentos, a depender da modalidade de pacto sucessório.

O principal deles é o *votum mortis*, ou seja, o fato de esses negócios jurídicos serem

²⁷³ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 278.

²⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 126.

²⁷⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 277. Lacerda de Almeida afirma, em texto originalmente publicado em setembro de 1916 na Revista dos Tribunais, que: “Não penso que sejam nulos, ante o direito pátrio ora em vigor, os pactos sucessórios, quando estipulados, entre os futuros cônjuges, nos contratos ante-nupciais. A meu ver, pelo contrato, a instituição contratual, em que, nesse gênero de convenções, os contratantes pactuam mutuamente sobre sucessão dos bens disponíveis, tem por si, até, a legitimação de lei expressa.” (ALMEIDA, Lacerda de. Pactos Sucessórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edison (Coord.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1187). J.M. de Carvalho Santos rechaça a possibilidade de eficácia de pacto sobre herança de terceiro, mediante consentimento do autor da herança, sob o argumento de que ninguém pode dispor de bens e direitos que não estejam ainda em seu patrimônio. Também não admitia estipulações sucessórias em pactos antenupciais. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 192).

contrários aos bons costumes, por suscitarem, no beneficiário, o desejo de morte do autor da herança, na medida em que o seu óbito seria condição indispensável para a transmissão do acervo hereditário. Com isso, despertariam sentimentos odiosos que poderiam transmutar-se em tentação para o crime, representando um perigo para a vida da pessoa de cuja sucessão se trata. Segundo J. M. de Carvalho Santos, esses inconvenientes verificam-se em quaisquer das modalidades de pactos sucessórios: renunciativos, institutivos ou dispositivos²⁷⁶.

No entanto, várias são as situações previstas no Código Civil que subordinam a eficácia do negócio jurídico ao evento morte²⁷⁷, e que, portanto, também poderiam, em tese, suscitar o desejo imoral de decesso alheio. Não obstante, o legislador admitiu tais institutos na ordem jurídica, o que demonstra que não adotou o *votum mortis* como verdadeiro princípio geral da ordem privada, e que, portanto, a ideia de um efeito benéfico relacionado à morte convive harmonicamente no sistema. Assim, para que o argumento pudesse ser utilizado, o legislador teria que invalidar todos os contratos cujos efeitos dependessem da morte de uma pessoa.

À guisa de exemplo, permite-se, no direito brasileiro, negócios jurídicos com efeito *post mortem*, ou seja, contratos em que a eficácia fica subordinada ao evento morte. É o que ocorre em um contrato de compra e venda que condicione a imissão na posse do comprador à morte do vendedor, nos contratos de seguro de vida, doações com cláusula de reversão, instituição de usufruto vitalício, bem como nas estipulações que regulam a situação da morte de sócio falecido de sociedade de pessoas (CC, art. 1.028)²⁷⁸. Esses negócios jurídicos, a despeito de terem seus efeitos submetidos ao evento morte e reclamarem os mesmos

²⁷⁶ Nas palavras de J. M. de Carvalho Santos: “Em primeiro lugar, os pactos sucessórios são, em essência, contrários aos bons costumes e origem de consequências prejudiciais, despertando sentimentos imorais, como seja doutores que o texto supra não se aplica às transmissões de imo desejo da morte da pessoa, a quem pertence o patrimônio visado no contrato, podendo mesmo, com o correr dos tempos, tornarem-se aqueles sentimentos em tentação para o crime, levando o interessado ao extremo da eliminação daquele de cuja herança se trata. Esses inconvenientes verificam-se em qualquer hipótese: quer se trate de *pactos renunciativos (de non sucedendo)*, quer se trate de *pactos aquisitivos (de sucedendo)*” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 196).

²⁷⁷ No intuito de lançar um olhar crítico sobre o fundamento do *votum mortis* para vedação dos pactos sucessórios, Rafael Cândido da Silva analisa diversos institutos que têm seus efeitos subordinados ao evento morte, são eles: morte de sócio, substituições, cláusula de reversão da doação, usufruto vitalício, direito de crescer e constituição de renda vitalícia. (SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 74-102).

²⁷⁸ O artigo 1.028 do Código Civil permite que os sócios evitem o ingresso de herdeiros no quadro social, de modo que, em caso de morte, as quotas sejam liquidadas, mediante apuração de haveres, e pagas aos sucessores do sócio falecido.

sentimento odiosos que justificam a proibição dos pactos sucessórios, são aceitos e considerados válidos pelo ordenamento jurídico²⁷⁹.

Sob outra perspectiva, Daniel Bucar afirma que, embora o fundamento do *votum mortis* fosse legítimo para o Direito Romano, por admitir, durante grande parte de sua vigência, plena liberdade de testar, não seria compatível com os tempos atuais. Segundo o autor, a organização familiar romana desenvolvia-se centrada na expectativa de recebimento do patrimônio *causa mortis* pela via testamentária, o que propiciava ambiente de desconfiança, disputas e dúbio sentimento de quem poderia amar ou odiar, a depender do que se esperava receber do falecido. Diante disso, a proibição quanto à especulação seria medida razoável para acautelar conflitos ou crimes ainda maiores²⁸⁰.

Na sociedade contemporânea, por outro lado, balizada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade, os pactos sucessórios representariam instrumentos relevantes para gerenciar conflitos, melhor alocar patrimônio, privilegiar aqueles que mais necessitam de proteção e atender a outros interesses merecedores de tutela existentes nas formações sociais. Diante disso, o autor conclui que “nesse momento, a manutenção da proibição dos livres acordos relativos ao direito sucessório, consubstanciados em contratos, asfixia tais anseios, de modo anacrônico e paradoxal à realidade”²⁸¹.

Afirma-se, ainda, como *ratio* para a vedação dos negócios institutivos, que os pactos sucessórios seriam contrários à liberdade de testar, na medida em que limitariam a liberdade inerente às disposições de última vontade, que devem ser essencialmente revogáveis até o momento da morte do dispoente²⁸².

Ao refletir sobre o fundamento, Rafael Cândido da Silva afirma, com acuidade, que,

²⁷⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; e SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado, vol. 72, ano 17, dez/2016. p. 186.

²⁸⁰ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019. p. 281-282.

²⁸¹ *Ibid.* p. 282.

²⁸² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações*. vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 77. Ana Luiza Maia Nevares, apoiada nas lições de Fabrizio Panza, afirma que o fundamento baseado na preservação da liberdade do testador até o seu último momento de vida só justificaria a vedação aos pactos institutivos, não sendo aplicável aos pactos renunciativos e dispositivos. Estes, por sua vez, estariam proibidos por ensejar a disposição quanto a um direito futuro por inexperiência ou prodigalidade (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: 2009, p. 31).

para resguardar o princípio da liberdade, bastaria que fosse admitida amplamente a livre revogação ou denúncia dos pactos sucessórios por parte do autor da herança, sem prejuízo de arcar com as consequências inerentes ao inadimplemento²⁸³. Nada impediria, ainda, que as partes convencionassem a possibilidade de resilição unilateral do pacto sucessório, nos termos do artigo 473 do Código Civil.

Ademais, em última instância, esse raciocínio levaria à conclusão de que qualquer disposição feita em vida também limitaria concretamente a liberdade de testar, na medida em que o bem não poderia mais ser objeto de disposição em testamento. O que se verifica, com efeito, é que essa suposta limitação da liberdade testamentária corresponderia, na realidade, a uma ampliação da liberdade contratual em vida, de modo que a obrigação posterior seria apenas a consequência e a expressão da liberdade anterior.

Dito de outro modo, a liberdade, em vez de exercida por testamento, seria realizada pelo contrato²⁸⁴. Assim, nas palavras de Orosimbo Nonato:

Se quiser manter verdadeiramente íntegra a faculdade de testar, seria necessário abolir de todos os contratos de disposição entre vivos e, especialmente, as doações que, apenas concluídas, produzem o efeito imediato de transmitir irrevogavelmente ao donatário a propriedade da coisa.²⁸⁵

Inclusive, a doutrina mais moderna critica a exclusividade do testamento como fonte negocial da devolução sucessória, uma vez que existem outros interesses tutelados no âmbito da sucessão, que não são estritamente sucessórios. Assim, apoiada nas lições de Lucia Calvosa, Ana Luiza Maia Nevares explica que “a unilateralidade do testamento exclui a

²⁸³ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 111. No mesmo sentido, Caccavale afirma que estaria em causa, no fundo, a preocupação de que, através da disposição contratual, um sujeito se vinculasse, perdendo qualquer liberdade de poder, posteriormente, vir a decidir de modo diverso. No entanto, para o autor, se o objetivo da proibição fosse esse, bastaria que o legislador tivesse consagrado como um efeito legal necessário a possibilidade de revogação unilateral a favor daquele que tivesse disposto contratualmente *causa mortis* (MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Princípiã, 2016. p. 430. Apud CACCAVALE, Ciro. *Il divieto di patti successori*. In: RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni* vol I. Padova: Cedam, 1994.p. 37-46).

²⁸⁴ MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Princípiã, 2016. p. 424.

²⁸⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 31. apud SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 112. No mesmo sentido: CIMBALI, Enrico. *A nova phase do Direito Civil e suas relações econômicas sociaes*. Porto: Chardron, 1900. pp. 397-399 apud MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Princípiã, 2016. p. 424.

participação dos sucessores na formação da vontade do *de cuius*, quando esta participação poderia ser benéfica para estabelecer uma destinação dos bens em função de uma melhor utilização”²⁸⁶. Além disso, a autora aduz que a revogabilidade do testamento impediria a estabilidade das questões patrimoniais sistematizadas.

O terceiro fundamento identificado pela doutrina é no sentido de que os pactos sucessórios seriam contrários à ordem pública por violarem o regime dual de delação sucessória, que deve se dar com base na lei ou no testamento (CC, art. 1.786). Portanto, se toleradas, as estipulações sobre sucessão futura dariam margem para ilidir as disposições legais, de modo que “aquele a quem pertence a herança poderia, com a liberdade de convenção, desrespeitar a lei, tirando a herança de quem, por lei, não podia dela ficar privado, ou atribuindo-a a outros, que, por lei, nunca poderiam herdar”²⁸⁷.

Se a alegação era válida para a lógica voluntarista, que permeava o Código Civil de 1916, na nova ordem constitucional, fundada na promoção da pessoa humana, o argumento não deve prosperar. Conforme será analisado a seguir, como qualquer outro ato de autonomia privada, os negócios jurídicos sobre sucessão futura, se admitidos em nossa ordem jurídica, estariam submetidos a um juízo valorativo à luz dos princípios constitucionais, sendo permitidos apenas enquanto concretizassem interesses mercedores de tutela. Logo, jamais seriam acolhidas estipulações que afastassem herdeiros vulneráveis, por violarem o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à tipicidade do regime sucessório, constata-se que a dualidade da delação sucessória transmite, na realidade, uma falsa ideia de rigidez do sistema. Na atualidade, diante de um sistema sucessório que não atende aos anseios da sociedade contemporânea²⁸⁸, torna-se cada vez mais comum a busca por planejamento sucessório,

²⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 29-30. A autora traz como exemplo os interesses da empresa e de sua conservação mediante a atribuição do complexo empresarial na sua integralidade a sujeitos reputados idôneos e capazes de prosseguir na atividade produtiva. Mais adiante Ana Luiza Maia Nevares ressalta que o testamento abrange apenas o patrimônio do testador e essa limitação pode não ser suficiente para sistematizar o patrimônio e tutelar os interesses, já que muitas vezes o aludido patrimônio está inserido em amplos e articulados complexos patrimoniais produtivos, implicando envolvimento indireto de bens de outros membros do núcleo familiar.

²⁸⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 196.

²⁸⁸ Como destaca Ana Luiza Maia Nevares: “Certo é que o testamento é um instrumento que deixa muito a desejar para um eficiente planejamento sucessório, em virtude de sua unilateralidade e revogabilidade.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016. p.12.)

definido como um conjunto de ferramentas e institutos de outros ramos do direito privado, cujo objetivo é arquitetar a sucessão hereditária, a fim de transmitir os bens de forma racional e segura, sempre em conformidade com os ditames legais²⁸⁹. Portanto, para além da sucessão legítima ou testamentária, vários são os instrumentos utilizados na delação de bens *post mortem*, sem que excluam ou afrontem o regime típico do Direito Sucessório.

Sendo a subversão da forma de delação dos bens o principal argumento utilizado para justificar a proibição dos pactos renunciativos e dispositivos, cumpre esclarecer que, em nenhum dos dois casos há, a rigor, a transferência de condição de herdeiro em razão do negócio jurídico e, portanto, não há qualquer violação à estrutura dual prevista no artigo 1.786 do Código Civil²⁹⁰. Com efeito, a renúncia estipulada pela via contratual interfere apenas indiretamente na delação dos bens, na medida em que a quota do renunciante permanecerá no monte, para ser repartida entre os demais herdeiros (CC, art. 1.810). No entanto, não há, por força desse negócio jurídico, atribuição direta de condição de herdeiro para outra pessoa.

Em relação ao pacto dispositivo, embora apontado por parte da doutrina como o autêntico objeto da proibição do artigo 426 do Código Civil, o é com base em outro fundamento. De fato, a disposição sobre herança em favor de terceiro não implica subversão da tipicidade sucessória, na medida em que equivaleria a um negócio jurídico com efeito *post mortem*, e não a uma instituição de herdeiro²⁹¹. A nulidade que lhe é atribuída, ao contrário, se justifica em razão de ter por objeto uma expectativa de recebimento hereditário, que pode sofrer substanciais alterações até a morte do autor da herança, podendo gerar problemas no momento da liquidação. Nesse sentido, Francisco José Cahili e Giselda Hironaka ensinam:

²⁸⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019. P. 226-227. Daniele Chaves Teixeira traz uma série de instrumentos utilizados no planejamento sucessório, tais como: negócios jurídicos com efeito *post mortem*, seguro de vida, usufruto, doação, partilha em vida, previdência, *trust*, *holding*, fundação e fundo de investimento (Id. *Planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 138-167).

²⁹⁰ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 138-139.

²⁹¹ Rafael Cândido explica: “[A] disposição acerca de herança em favor de terceiro aproxima-se, em esforço interpretativo, a um negócio jurídico com efeito *post mortem*. Pode-se considerar que, para fins de eficácia da convenção, a morte atua como termo ou condição, operação, como visto, admitida pela legislação” (Ibid. p. 139).

A proibição ao chamado *pacta corvina* encontra fundamento no só fato de que apenas com o falecimento se transmite o acervo hereditário. Até então, o patrimônio é livre de disposição pelo seu titular. Assim, não poderiam dele dispor os eventuais sucessores, pois até a aquisição do direito hereditário, a futura herança pode licitamente, sofrer substanciais alterações, além de, nos limites legais, poder ser desviada através de testamento a outras pessoas.²⁹²

Ainda sobre os pactos renunciativos e dispositivos, Clóvis Bevilacqua justifica a vedação no fato de que esses negócios jurídicos poderiam ocasionar convenções lesivas. Como ocorre na hipótese de um herdeiro presuntivo imprudente, que, por cobiça ou necessidade momentânea, vende, de maneira atabalhoada e afoita, seus direitos futuros por valores inferiores aos reais, sofrendo um forte prejuízo material²⁹³. Nessa perspectiva, a norma teria o intuito de proteger esses herdeiros²⁹⁴.

No entanto, a possibilidade de abuso não é argumento suficiente para condenar um instituto. Aliás, o próprio legislador previu mecanismos de proteção para anular negócios jurídicos excessivamente onerosos, que tenham sido celebrados por pródigos ou contaminados por vício de dolo, estado de perigo ou lesão (CC, art. 171, I e II)²⁹⁵. Logo, ao

²⁹² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.43. Seguindo essa lógica, Daniel Bucar conclui: “O que se veda é convencionar um quantia certa a ser doada, a qual deverá ser descontada da herança do doador, posto que apenas será eficaz o contrato quando ocorrer a abertura da sucessão.[...] Assim, a partir do último grupo de argumentos detectados para justificativa da proibição dos pactos sucessórios existente no art. 426, CC, encontrou-se alguma razão diante da unidade do ordenamento jurídico para que esta vigore, não no espaço total e abstrato, mas sim reduzido: efetivamente contratar sobre o “objeto futuro” (herança) não por uma proibição advinda do formalismo técnico dos negócios jurídicos, mas sim pelo prejuízo iminente que tais atividades apresentariam ao sistema de primazia da liquidação sucessória e pagamentos dos credores é um interdito funcional e coerente. Assim, dispor sobre quantias certas do patrimônio hereditário, como já exemplificado, seria às partes vedado”. (BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019. p. 285). Em sentido contrário: SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 143-144.

²⁹³ No mesmo sentido, Francisco Javier Olmedo Castañeda afirma que os pactos sucessórios foram proibidos pelo *Code Civile* para evitar uma partilha desigual dos bens entre os sucessores pelo autor da herança, mediante a transmissão de todo o patrimônio familiar para um único herdeiros e que o argumento teria sido utilizado novamente para a proibição nas legislações atuais. (CASTAÑEDA, Francisco Javier Olmedo. *Prohibición de los pcos sucesorios em el Derecho común: cuestionamento de su ratio legis. Proposta para su admisibilidad*. Anuário de Derecho Civil, tomo LXXII, 2019, fase II. p.455).

²⁹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 278-279. No mesmo sentido, apoiado nas lições de Silvio Rodrigues: SIMÕES, José Fernando. *Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência de pacto sucessório*. Revista Imes, v. 5, n. 10, jan./ jun. 2005. p. 40.

²⁹⁵ À despeito do risco inerente à onerosidade para uma das partes, como ocorreria no caso de celebração de pactos sucessórios por pessoas vulneráveis, os contratos aleatórios são admitidos no ordenamento jurídico. Inclusive, o STJ já reconheceu ser possível ocorrer a lesão nos contratos aleatórios quando a desproporção não advenha da álea ou ultrapasse a lógica da própria álea: “O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da

invés de proibir genericamente o instituto com base em situações excepcionais, parece mais razoável realizar, no caso concreto, o controle de validade do negócio jurídico. Admitir o contrário levaria a um paternalismo exacerbado.

Ante o exposto, como bem observou Rafael Cândido da Silva, não houve uma relação constante e uniforme, no tempo e no espaço, quanto ao trato dos pactos sucessórios na sociedade ocidental, senão uma série de rupturas e descontinuidade. Com isso, o autor deduz que a história do instituto “não legitima a regra proibitiva estudada, mas, ao contrário, lança interrogações sobre a persistência de seus fundamentos”²⁹⁶.

Na mesma linha, Araken de Assis critica a abordagem unitária do regime de proibição dos pactos sucessórios ao afirmar que não há uniformidade na identificação precisa do fundamento do veto erigido pelo artigo 426 do Código Civil. Para o autor, “em parte, as múltiplas explicações retratam a heterogeneidade dos negócios proibidos pela regra; de outro lado, refletem as bases tênues e controversas da proibição”²⁹⁷. Essa é a opinião manifestada por Vincenzo Barba, em comentários a norma semelhante do Código Civil Italiano:

*In una sola disposizione di legge viene proibita non soltanto la stipulazione di patti istitutivi, ossia accordi con i quali si conviene l'istituzione di erede o legatario, ma anche di patti dispositivi e rinunziativi, ossia degli atti con i quali un soggetto dispone o rinuncia a diritti relativi a una successione futura.[...] La conquistata unificazione della disciplina, dapprima racchiusa in una pluralità di regole, e, dal 1939, raccolta intorno a unico articolo, potrebbe considerarsi il motivo ispiratore del tentativo, svolto dalla dottrina italiana, nei primi anni di vigenza del codice, di spiegare il fondamento del divieto in modo unitario, senza distinguere tra patti istitutivi, dispositivi e rinunziativi. [...] Interpretazioni della norma che, pur nel tentativo di ridurre a unità le rationes del divieto, denunciano, sin da subito, la difficoltà di indicare una sola ratio e la necessità di spiegare la ricca complessità dei patti considerati nel divieto, mercé l'affermazione di una varietà di ragioni giustificative. Rationes che, è agevole avvertire, mentre sono calzanti rispetto a uno, appaiono poco o punto rilevanti rispetto agli altri.*²⁹⁸

situação de inferioridade de um contratante.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª T. REsp nº 1.115.200/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.2.2011. DJe, 2 de março de 2011).

²⁹⁶ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 30.

²⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 141.

²⁹⁸ BARBA, Vincenzo. I patti successori. In: PERLINGIERI, Carolina; RUGGERI, Lucia (Coord.). *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti Collana: Lezioni della Scuola di specializzazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 273-275. Tradução livre: Em uma única disposição da lei, é proibida não apenas a estipulação de pactos institutivos, ou seja, acordos em que se convencionam a instituição do herdeiro ou legatário, mas também de pactos de dispositivos e renunciativos, isto é, os atos com os quais um sujeito dispõe ou renuncia sobre direitos relativos a uma sucessão futura. [...] A unificação conquistada pela disciplina, primeiro incluída em uma pluralidade de regras e, desde 1939, reunidas em torno de um único artigo, poderia ser considerada a inspiração por trás da tentativa, realizada pela Trina italiana, nos primeiros anos do código, para explicar o fundamento da proibição de forma

Percebe-se, dessa forma, que os fundamentos apresentados não são suficientes para justificar a regra proibitiva genérica que recai sobre os pactos sucessórios²⁹⁹. Pelo contrário, cogita-se, em doutrina, a admissibilidade desses negócios jurídicos — ou, ao menos, de algumas de suas modalidades, em especial dos pactos renunciativos —, como possível solução para atenuar os efeitos decorrentes do descompasso entre o Direito Sucessório e as demandas da sociedade contemporânea. Tal possibilidade permitiria ampliar os espaços de autonomia no sistema sucessório para conciliar os interesses concretos existentes no âmbito de cada formação familiar.

3.2 Perfil funcional do pacto sucessório: flexibilização da proibição para admitir pacto renunciativo entre cônjuges

Enfraquecidos os argumentos que justificam a proibição genérica dos pactos sucessórios, cumpre analisar se esses negócios jurídicos concretizam valores promovidos pela Constituição da República, a fim de refletir, a partir de um juízo de merecimento de tutela, quanto à possibilidade de flexibilização do artigo 426 do Código Civil, para admitir algumas de suas modalidades na nova ordem constitucional, em especial os pactos renunciativos, sobretudo para atender às demandas da sociedade contemporânea por maior

unitária, sem distinguir entre pactos institutivos, dispositivos e renunciativos. [...] Interpretações da norma que, na tentativa de reduzir as razões da vedação a um único fundamento, denunciam, desde o início, a dificuldade de indicar uma única razão e a necessidade de explicar a rica complexidade dos pactos sucessórios abrangidos pela proibição, graças à afirmação de uma variedade de justificativas. O que se vê com facilidade são fundamentos que se adequam a uns [tipos de pacto sucessório], e mostram-se pouco relevante em relação aos outros.

²⁹⁹ Nesse sentido, após analisar argumentos utilizados para justificar a regra proibitiva genérica aos pactos sucessórios, Francisco Javier Olmedo Castañeda chega à conclusão de que: “Por consiguiente, no existe razón alguna de carácter económico o de política legislativa ni ningún principio general del Derecho que puedan servir de válido y conveniente fundamento para no admitir em el momento actual los pactos sucesorios em el Código Civil, ya que constituyen um instrumento jurídico al servicio de la libertad civil de los particulares que les permite la ordenación sucesoria de su patrimonio [...]” (CASTAÑEDA, Francisco Javier Olmedo. *Prohibición de los pptos sucesorios em el Derecho común*: cuestionamento de su ratio legis. Proposta para su admisibilidad. Anuário de Derecho Civil, tomo LXXII, 2019, fase II. p.457). O trecho correspondente na tradução é: “Por conseguinte, não existe alguma razão de caráter econômico ou de política legislativa, nem nenhum princípio geral de Direito que pode servir de válido e conveniente fundamento para não admitir no ordenamento atual os pactos sucessórios no Código Civil, já que constituem um instrumento jurídico a serviço da liberdade civil e dos particulares que lhes permite o planejamento sucessório de seu patrimônio”.

autonomia sucessória nas relações conjugais.

Ciente de que o Direito Sucessório não admite digressões retóricas ou concessões a noções imprecisas, o que se propõe é a superação da concepção estritamente estrutural presente na vedação genérica aos negócios jurídicos que versem sobre herança de pessoa viva, no intuito de demonstrar, por meio de uma análise funcional do instituto e com base nos espaços concedidos pelo ordenamento jurídico, que a admissibilidade do pacto renunciativo na sucessão do cônjuge conduziria a uma maior compatibilidade com a axiologia constitucional.

Com efeito, conforme se adiantou, o primado da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição da República, promoveu a releitura do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais, funcionalizando as situações patrimoniais às existenciais. Com a superação do dogma da subsunção e da concepção da interpretação como operação puramente formal, os institutos do Direito Civil passaram a ser interpretados com fins aplicativos, voltados à máxima realização dos valores constitucionais, levando em conta as peculiaridades do caso concreto³⁰⁰.

Por conseguinte, na esteira do que propugna a metodologia do direito civil-constitucional, para além da análise exclusivamente estrutural, vinculada a um controle externo de licitude, os institutos jurídicos devem ser valorados em uma perspectiva funcional, orientados a tutelar e promover interesses juridicamente relevantes, extraídos dos princípios constitucionais, em particular, os da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Em meio a esse processo de transformação dogmática, a autonomia privada sofreu significativa alteração qualitativa. No modelo liberal clássico, em que havia uma rígida dicotomia entre o direito público e o direito privado, vigia na relação entre particulares o dogma da vontade. Isto é, a autonomia era concebida em uma matriz individualista e patrimonialista, centrada na vontade individual e limitada apenas externamente pela lei, moral e bons costumes. Ao Estado, não era permitido intervir nas relações privadas e, por isso, a liberdade era admitida em uma concepção negativa, sendo permitido tudo aquilo que não fosse expressamente vedado por lei.

Com a passagem para o Estado Social de Direito, consagrado pela nova ordem constitucional, e o deslocamento dos princípios fundamentais do Código Civil para a

³⁰⁰ SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, de outubro de /Dez 2016. p. 43.

Constituição da República, a autonomia é ressignificada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, sobre o qual incidem limites externos, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes³⁰¹. Inaugura-se, com isso, uma nova forma de valoração dos atos de autonomia, voltada para a promoção de comportamentos socialmente desejados:

“Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo, de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo o seu fim precípua impedir ao máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente os comportamentos socialmente desejáveis, sendo o seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes”³⁰²

Nessa perspectiva promocional, o ato de autonomia só é tutelado se promover valores previstos no projeto constitucional. Em outras palavras, para além do juízo estrutural de licitude, os atos de autonomia serão merecedores de tutela apenas se valorados positivamente quanto à concretização dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. É o que leciona Pietro Perlingieri:

Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz de princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam.³⁰³

Na legalidade constitucional, “a autonomia privada enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade da pessoa humana”³⁰⁴. Isso

³⁰¹ TERRA, Aline Valverde. A autonomia contratual: da estrutura à função. *Arquivo Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, v. 2, 2015. p. 86.

³⁰² BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função*. Barueri: novos estudos de teoria do direito Manole, 2007. p. 15.

³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 650.

³⁰⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustav; e FACHIN, Luiz (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 407.

quer dizer que mesmo os atos de autonomia negocial devem realizar interesses socialmente relevantes, ainda que não coincidentes com os de seu titular. Ao passo que os atos de autonomia existencial devem concretizar a dignidade humana de seu titular, especialmente quanto ao desenvolvimento de sua personalidade e ao seu poder de autodeterminação³⁰⁵.

Como se vê, a incidência dos valores constitucionais no âmbito antes reservado à autonomia privada levou à construção de uma nova ordem pública, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Nas palavras de Gustavo Tepedino, “o código civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional”³⁰⁶.

O Direito das Sucessões, contudo, permaneceu alheio a todo esse processo de funcionalização e socialização vivenciado por outros ramos do Direito Civil. Sob pretexto de garantir uma segurança jurídica abstrata e formal, o sistema sucessório manteve-se rígido, com institutos que não atendem aos anseios da sociedade contemporânea por mais espaços de autonomia³⁰⁷.

Esse descompasso entre o Direito das Sucessões e as demandas da atual sociedade brasileira decorre, sobretudo, das profundas alterações sofridas pelas entidades familiares ao longo dos últimos anos. Conforme já se adiantou, com a irradiação da axiologia constitucional nas relações familiares, a família deixa de ser um sistema hermético, que tem o casamento como centro gravitacional, e passa a ser definida por vínculos de afetividade,

³⁰⁵ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família*: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: processo, 2017. p. 22. Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, as situações patrimoniais e existenciais teriam fundamentos constitucionais diferentes. Enquanto aquelas estariam putadas na livre iniciativa, estas estariam fundamentadas na dignidade da pessoa humana (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 98). No mesmo sentido, Pietro Perlingieri leciona: “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana. [...] Ao diverso fundamento corresponde uma diversa colocação na hierarquia das fontes.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19).

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 4.

³⁰⁷ Nesse sentido, “Pode-se afirmar que, no novo diploma, poucas mudanças foram registradas quanto ao direito das sucessões, diferentemente do que ocorreu em outras áreas do direito civil. Constata-se, dessa maneira, que o direito sucessório, dentro do direito civil, é esquecido pela doutrina, e que os legisladores do Código Civil de 2002 perderam uma ótima oportunidade para esclarecer e atualizar institutos de direito sucessório, tornando-o coerente com a sociedade contemporânea.” (TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 28).

tornando-se *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros.

Na passagem da estrutura à função, surgem novas formações familiares, com modalidades de organização tão diversas, que sequer foram cogitadas pelo legislador. E, por isso, admitem cada vez menos soluções preestabelecidas em lei e aspiram cada vez mais espaços de autonomia.

Nesse contexto, em que as relações familiares se tornam cada vez mais complexas, as regras do sistema sucessório, pensadas para um único modelo de família, centrada no casamento indissolúvel, já não atendem aos interesses existentes nas diferentes formações familiares. Há progressivo crescimento na busca pelo planejamento sucessório, no intuito de permitir maior autonomia ao autor da herança para definir a destinação de seus bens após a morte.

No entanto, os instrumentos colocados à disposição do proprietário para planejar a sua sucessão não são suficientes para realizar os diversos interesses positivos identificados no âmbito das famílias plurais. Assim, conforme lições de Ana Luiza Maia Nevares, paralelamente a uma necessária revisão da legítima dos herdeiros necessários, deve-se refletir sobre a ampliação da autonomia privada na esfera sucessória, sempre atenta aos interesses concretos dos herdeiros, com especial proteção dos sucessores vulneráveis³⁰⁸.

Como solução, diante da potencialidade funcional de alguns pactos sucessórios, tem-se cogitado, em doutrina, a flexibilização da vedação prevista no artigo 426 do Código Civil, para admitir algumas de suas modalidades, capazes de promover valores constitucionais³⁰⁹.

³⁰⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Perspectivas para o planejamento sucessório*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016. p. 21. No mesmo sentido, Eroulths Cortiano Junior e André Luiz Arnt Ramos alertam: “Uma vez que o direito das sucessões contemporâneo parece rumar na direção de ampliar os exercícios da autonomia privada e garantir maior liberdade para que o titular do patrimônio possa gerenciar sua sucessão, a sacralização da proibição dos pactos sucessórios está pronta para sofrer trauma” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Diálogos: o direito das sucessões e os institutos fundamentais do direito civil. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 773).

³⁰⁹ Por todos, Daniele Chaves Teixeira: “A rigidez – com autonomia restrita a ser exercida na parte disponível – do sistema sucessório brasileiro está em descompasso com a sociedade contemporânea, o que torna necessária a análise de uma adequação do direito das sucessões às exigências sociais. Questiona-se se não estaria no momento de se verificar a justificação de sua vedação completa, ou se seria o caso de admitir alguma exceção. Os fundamentos da doutrina para justificar o art. 426 do CC podem estar em desacordo com a sociedade e com a legislação sucessória brasileira. Resta pacífico que a vedação é um dogma do direito romano, que poderia ter sido flexibilizado na redação do Código Civil de 2002, mas, como se percebe, não ocorreram maiores debates entre os civilistas” (TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 198).

Se permitidos, para além de tutelar a dignidade do próprio autor da herança, conferindo-lhe autonomia para realizar projetos pessoais e patrimoniais para após a sua morte — ressalvados, é claro, os interesses dos herdeiros vulneráveis —, os pactos sucessórios evitariam conflitos, garantiriam a continuidade de empresas e negócios e fomentariam uma melhor distribuição da herança, adequada às necessidades e aptidões concretas dos herdeiros e aos interesses da família³¹⁰. Isso tudo com a estabilidade própria dos contratos e a participação dos demais herdeiros, o que garantiria maior segurança às transações e ao planejamento sucessório.

Não obstante as demandas da sociedade atual por espaços de liberdade, a autonomia negocial, em matéria sucessória, encontra-se circunscrita à sucessão testamentária, não sendo admitida a sucessão contratual em qualquer de suas modalidades, de forma acrítica, como acima demonstrado. Além de anacrônica, a “repetição acrítica da regra proibitiva dos pactos sucessórios deixa de levar em consideração os seus próprios fins e utilidade social, estabelecendo noções fossilizadas, não raro em descompasso com as novas necessidades e formações sociais”³¹¹.

Dito de outro modo, a proibição genérica aos pactos sucessórios, com a não admissão de ajustes entre os sucessores sobre a herança, mostra-se disfuncional diante da nova realidade da sociedade brasileira. Baseada em fundamentos ultrapassados, a vedação não encontra amparo na nova ordem constitucional, ignora as especificidades de cada entidade familiar e, por consequência, o pluralismo dessas formações.

Por outro lado, a admissão de algumas de suas modalidades levaria a uma maior compatibilidade com a legalidade constitucional, na medida em que garantiria um Direito Sucessório maleável para atender aos interesses mercedores de tutela das diferentes entidades familiares, que se encontram asfixiados pelo anacronismo e rigidez do direito sucessório.

Em panorama assim delineado, Balestra e Martino, apoiados nas lições de Roppo, afirmam que a vedação genérica aos pactos sucessórios se apresenta como “*una maglia intollerabilmente stretta e ingiustificatamente limitativa del libero dispiegarsi dell'atomia privata, come un obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di*

³¹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016. p. 26.

³¹¹ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 149-150.

interessi sostanzialmente meritevoli di tutela”³¹².

Diante de uma realidade em que a autonomia privada encontra-se reformulada por valores existenciais, admitir algumas modalidades de sucessão contratual, como o pacto renunciativo, poderia contribuir para combater a neutralidade e anacronismo do Direito Sucessório, permitindo que, em algumas situações especiais, a delação sucessória se desse de forma diferenciada, voltada para promover uma igualdade substancial. Isto é, os pactos sucessórios viabilizariam um regramento capaz de atender às necessidades concretas existentes nas diversas formações familiares e às manifestações volitivas dos projetos de vida de cada um, desde que merecedores de tutela.

Como bem asseverou Rafael Cândido da Silva, o desafio passa pela nulidade, instituto que não deve ser compreendido em aspecto estrutural, como um fim em si mesmo, esgotando-se na técnica de subsunção³¹³. O autor, então, propõe a superação episódica da regra proibitiva expressa por meio de uma análise funcional, combinada com a aplicação do método de ponderação de interesses.

Com efeito, diante de um ordenamento aberto e complexo, em que a experiência vivida forja a norma e condiciona internamente o sistema jurídico, a unidade é mantida pelo reconhecimento da força normativa da constituição nas relações privadas e a incorporação de seus valores e princípios à normativa e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional³¹⁴.

Com o ocaso da subsunção, surge nova técnica de interpretação, em feição procedimental e dinâmica, fruto de um processo dialético entre dado normativo e fato. Desse modo, cabe ao intérprete, a partir do método de ponderação de interesses, considerando o ordenamento jurídico como um todo e os valores constitucionais, extrair o ordenamento do caso concreto que melhor realize o projeto constitucional.

Assim, embora fosse utilizada, em um primeiro momento, para diferenciar regras e

³¹² BALESTRA, Luigi; MARTINO, Marco. Il divieto dei patti successori. In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di diritto delle successioni e donazioni – La successione ereditaria*, Milano: Giuffrè, 2009. V. I. p. 66. Tradução livre: “uma malha intoleravelmente estreita e injustificadamente limitadora da livre disparidade da autonomia privada, como um fator obsoleto do bloco interposto à busca de interesses substancialmente merecedores de tutela”.

³¹³ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 148.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.22.

princípios, tendo a sua aplicabilidade limitada a estes³¹⁵, hoje a técnica de ponderação é utilizada para solucionar conflito de interesses³¹⁶. Nenhuma norma pode ser aplicada isoladamente, deve ser sempre confrontada, no caso concreto, ao ordenamento unificado pelos valores constitucionais. Nesse sentido, Gustavo Tepedino explica:

[...] consolida-se hoje o entendimento de cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que a decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica. [...] Admite-se, desse modo, em hipóteses específicas, que o magistrado possa valer-se de princípios, afastando a previsão regulamentar, nos chamados casos difíceis – *hard cases* –, assim discricionariamente compreendidos certos casos sensíveis à sociedade [...]. Todavia, cada caso concreto mostra-se sempre singular e difícil, devendo ser resolvido mediante a aplicação integral do ordenamento.³¹⁷

Como se vê, no intuito de alcançar um regramento mais compatível com a axiologia constitucional, o intérprete poderá, utilizando o método da ponderação, se valer de princípios

³¹⁵ Ronald Dworkin diferenciava os princípios e regras pela sua natureza lógica. Segundo o autor, as regras funcionavam de acordo com a lógica binária do “tudo ou nada”, de modo que ou a regra era válida e a resposta oferecida por ela para o caso concreto deveria ser aceita, ou não era válida e, portanto, não contribuía com a solução. Os princípios, por sua vez, seriam valorativos e por isso admitiriam a técnica de ponderação, pela prática argumentativa e de justificação. Assim, enquanto o conflito de regras seria resolvido pela invalidade de uma delas, o conflito de princípios seria resolvido pela preponderância de um sobre o outro no caso concreto, em razão da dimensão de peso ou importância (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 39-43). Para Alexy, diferentemente de Dorkin, as regras ou são ou não são satisfeitas, isto é, são ou não são cumpridas, possuindo grau de satisfação fixo. Os princípios, por outro lado, traduzem direitos fundamentais, são mandados de otimização, sendo normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, podem ser satisfeitos em maior ou menor grau. Assim como Dworkin, Alexy acredita que os princípios são dotados de dimensão e, portanto, a partir da técnica de ponderação, será aplicado o princípio com maior grau de importância no caso concreto. Para o autor, os princípios são suscetíveis de ponderação, mas carentes de método, ao passo que as regras se submetem ao método de subsunção (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fonte, 2011. p. 85).

³¹⁶ Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares afirma: “O que se percebe, portanto, é que sempre haverá ponderação diante do conflito de interesses, ainda que na atividade interpretativa sejam utilizados critérios anteriormente mencionados para a solução de antinomias, pois, será o caso concreto aquele que fornecerá as condicionantes para a atividade hermenêutica diante do arcabouço normativo existente, sempre valorando conforme as prescrições constitucionais. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: 2009, p. 178).

³¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.27-28.

para afastar os efeitos das regras no caso concreto. No entanto, a decisão não poderá ser discricionária, deverá estar devidamente fundamentada no ordenamento jurídico como um todo e na legalidade constitucional³¹⁸. Nessa perspectiva, Rafael Cândido da Silva propõe o afastamento casuístico da regra proibitiva aos pactos sucessórios diante de interesses merecedores de tutela, fundamentados em princípios constitucionais, que se sobreponham às razões da vedação, tais como a proteção de herdeiros vulneráveis, preservação da atividade produtiva, prevenção de conflitos, entre outros:

Essa dimensão normativa dos princípios constitucionais já anunciada ao logo deste trabalho, determina a investigação, no caso dos pactos sucessórios, do uso da técnica de ponderação como meio de superação episódica da regra proibitiva, excepcional e casuisticamente, quando ficar evidenciado interesse substancialmente merecedor de tutela na manutenção dos efeitos do negócio jurídico e, por outro lado, não restarem presentes as razões justificadores da proscrição.³¹⁹

No mesmo sentido, alguns autores têm admitido a flexibilização da proibição prevista no artigo 426 do Código Civil, a despeito de alteração legislativa, por meio de uma interpretação funcional no caso concreto. Por todos, Daniele Chaves Teixeira:

Para que uma legislação baseada nos princípios constitucionais da autonomia e da solidariedade seja concretizada é necessário revisitar a vedação ao pacto sucessório, não necessariamente com a alteração legislativa, que também poderia ser flexibilizada pela interpretação funcional dos institutos com base nos valores constitucionais, utilizando parâmetros e casos de exceção.³²⁰

Orientado pelas mesmas premissas da metodologia civil-constitucional, Eduardo Nunes de Souza afirma que, além de um controle estrutural de compatibilidade com a lei, as invalidades dos atos jurídicos também devem ser submetidas a uma análise funcional, verificada por um juízo valorativo concreto sobre a eficácia do ato. Segundo o autor, as

³¹⁸ Segundo Pietro Perlingieri: “A interpretação é atividade vinculada mais especificamente às escolhas e aos valores do ordenamento; é controlada, porque deve ter uma motivação idônea, adequada.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 81).

³¹⁹ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 213.

³²⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 152. No mesmo sentido: BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019. p. 285-286.

causas legais de invalidades são definidas a partir de um juízo de valor abstrato prévio feito pelo legislador sobre os prováveis efeitos a serem produzidos por determinados atos. Assim, esse juízo deve ser complementado pelo intérprete no caso concreto, a quem se autoriza afastar as consequências ordinárias da nulidade ou da anulabilidade, se identificar interesses merecedores de tutela que fundamentalmente o justifique³²¹.

Portanto, caso o intérprete verifique, ao se deparar com um ato a princípio inválido, a partir dos efeitos concretamente produzidos, que naquele caso estão sendo realizados interesses merecedores de tutela, poderá dar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime de nulidade ou anulabilidade previsto em lei, modulando a disciplina legal para manter os efeitos do ato.

Nessa perspectiva, as causas de invalidade representariam apenas um indício de necessidade de desfazimento dos efeitos do ato. Concretamente, porém, um ato a princípio inválido poderá ser reputado válido desde que demonstrado, a partir de um juízo valorativo positivo, que a flexibilização das regras gerais de invalidade conduzirá a uma maior compatibilidade com a axiologia constitucional.

De fato, a vedação aos pactos sucessórios é resultado de um juízo valorativo prévio do legislador, que, baseado nos fundamentos analisados no item anterior, presumiu não serem legítimos os contratos sobre herança de pessoa viva, por violarem a ordem pública. No entanto, como já se demonstrou, esses argumentos foram pensados no âmbito de um direito patrimonialista e individualista, centrado na vontade, que já não representa mais os valores do ordenamento jurídico brasileiro atual. Na nova ordem pública constitucional, esses contratos jamais receberiam um juízo positivo de merecimento de tutela se utilizados para prejudicar herdeiros, especialmente os vulneráveis.

Portanto, na esteira do que o autor argumenta, a utilização dessa perspectiva renovada

³²¹ “Nas palavras de Eduardo Nunes de Souza: “Nas mais variadas áreas do Direito Civil, por outro lado, progressivamente se constata a insuficiência da análise exclusivamente estrutural e a priori do direito para um efetivo controle valorativo da autonomia privada à luz da legalidade constitucional. Em matéria de invalidade dos atos jurídicos, a necessidade de uma análise funcional e dinâmica implica que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou anulabilidade negocial, à luz de um juízo de merecimento de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos. Compreendidas as causas legais de invalidade como juízo abstrato feito pelo legislador sobre os prováveis efeitos a serem produzidos por certos atos, parece lógico concluir que esse juízo pode e deve ser completado em concreto pelo intérprete, a quem se autoriza afastar em parte ou no todo as consequências ordinárias da nulidade ou da anulabilidade se identificar interesse merecedor de tutela que fundamentalmente o justifique” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação ao planejamento sucessório*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 211-212).

e amplamente funcional sobre as invalidades negociais poderia contribuir para tornar mais flexível o sistema sucessório, aumentando os seus espaços de autonomia. Assim, a nulidade do pacto sucessório poderia ser afastada sempre que seus efeitos concretos realizassem interesses merecedores de tutela:

As causas textuais e virtuais de invalidades previstas em lei, nesse sentido, não precisam figurar como um obstáculo ao planejamento sucessório: ao contrário, conhecer sua lógica e a rica ponderação valorativa subjacente à sua disciplina jurídica contribui para tornar, a um só tempo, mais segura e mais flexível a aplicação da invalidade negocial. De fato, a doutrina especializada tem indicado como principais óbices ao planejamento sucessório no Brasil as barreiras criadas pela intangibilidade da legítima, pela vedação ao pacto sucessório e pela incidência de tributação sobre a sucessão *causa mortis*. Interessante, nesse sentido, notar que, dentre esses três fatores, os dois primeiros nada mais são do que causas de invalidade de negócios em matéria sucessória na ordem jurídica brasileira – e poderiam beneficiar-se de uma aplicação mais flexível, modulada no caso concreto a partir do juízo valorativo proposto neste ensaio.³²²

No que concerne à sucessão do cônjuge, a admissão de pactos renunciativos, ainda que em caráter de exceção, com a possibilidade de se excluírem reciprocamente das respectivas sucessões, não apenas concretizaria os valores promovidos pelo texto constitucional, permitindo o balanceamento de interesses existenciais e patrimoniais, como também contribuiria para corrigir, no caso concreto, as distorções decorrentes das normas rígidas e cogentes da sucessão legítima, que incluem o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, em concorrência com descendentes, a depender do regime de bens adotado, e com ascendentes.

A discussão quanto à admissão do pacto renunciativo tem se tornado cada vez mais frequente, especialmente depois que o cônjuge sobrevivente – e, ao que tudo indica, o companheiro – foi alçado à categoria de herdeiro necessário, concorrendo, nos regimes da separação convencional e da comunhão parcial de bens, com os descendentes nos bens particulares. A novidade trazida pelo legislador de 2002 impede que o cônjuge sobrevivente seja excluído pelo testador da sucessão legítima, restringindo ainda mais a autonomia para planejar a destinação dos próprios bens.

Conforme já se analisou no primeiro capítulo deste trabalho, após passar por um processo de funcionalização, a família tornou-se um espaço privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. Nesse contexto, observou-

³²² SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação ao planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 219.

se, ao longo dos últimos anos, uma verdadeira ampliação dos espaços de autonomia nas relações familiares – principalmente nas relações de conjugalidade –, com a redução da intervenção estatal.

Hoje fala-se em “Direito de Família Mínimo”, ou contratualização do Direito de Família, que defende, com base no princípio da exclusividade (CC, art. 1.513) e no pluralismo constitucional, a mínima intervenção do Estado, ressalvadas hipóteses excepcionais de vulnerabilidade, bem como a promoção da autonomia existencial de seus membros para formularem o próprio projeto de vida, segundo seus desígnios e necessidades concretas.

No âmbito patrimonial, o legislador de 2002 reconheceu a mais ampla liberdade para os cônjuges escolherem um dos regimes de bens previstos no Código Civil, ou criarem o que melhor lhes aprouver (CC, art. 1.639), sendo-lhes facultada, ainda, a alteração do estatuto patrimonial no curso do casamento, para melhor refletir a vida do casal.

Ora, se já é dada a opção de os cônjuges planejarem a distribuição patrimonial para o caso de divórcio, seja pela escolha do regime de bens ou pela faculdade de formular um pacto antenupcial³²³, não há lógica em impedir que essas mesmas pessoas — iguais, maiores e capazes — tenham autonomia para planejar os efeitos da distribuição patrimonial para depois de sua morte. Nem mesmo a solidariedade familiar seria suficiente para justificar a vedação, sob pena de se incorrer em paternalismo indefensável à luz dos princípios constitucionais.

Em um contexto de crescente autonomia existencial e negocial no Direito de Família, não admitir que os cônjuges planejem, por meio de contrato, a destinação de seus bens para depois da morte mostra-se desarrazoado e incompatível com outras disposições e valores presentes no ordenamento jurídico. Em se tratando de relações conjugais, a partir do método da ponderação de princípios, conclui-se que os princípios da liberdade e da igualdade devem se sobrepôr ao princípio da solidariedade familiar, exigindo-se, com isso, a atuação do Estado o mais reduzida possível³²⁴.

Isto é, partindo da premissa de igualdade entre cônjuges, em que a mulher encontra-

³²³ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; e RESI, Felipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao Agrg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 12, abr./ jun., 2017. p.112.

³²⁴ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 43.

se inserida no mercado de trabalho, com sua independência cada vez mais acentuada, sendo ambos maiores e capazes, e não havendo vulnerabilidades concretas ou econômicas, não se justifica a rigidez do Direito Sucessório, que prevê proibições genéricas e abstratas aos pactos sucessórios, em contradição com a tábua axiológica da Constituição da República e com a própria demanda da sociedade atual³²⁵.

Aliás, o planejamento sucessório faz parte da vida comum e, portanto, deveria estar inserido dentro da liberdade concedida aos cônjuges para elaborarem o próprio projeto de vida, como desenvolvimento de suas personalidades e concretização da dignidade de cada um. Dito de outro modo, negar-lhes a faculdade de acordar os efeitos patrimoniais do fenômeno sucessório equivale a reduzir a autonomia para formularem o próprio projeto de vida, o que parece incongruente com os valores tutelados na ordem constitucional brasileira³²⁶.

Portanto, para que a autonomia dos cônjuges para construir sua ordem familiar seja a mais ampla possível, prevendo regras de acordo com os seus desígnios, deve-se garantir a liberdade para pactuarem a própria sucessão, assim como o fazem em vida, atendendo aos interesses concretos da família, desde que merecedores de tutela à luz dos valores constitucionais:

Aqueles que se mostram aptos a celebrar pactos antenupciais, contratos de convivência e demais instrumentos reguladores da vida em comum certamente sabem decidir sobre o regime patrimonial durante e após o período da vida afetiva. Solidariedade, nesse caso, não pode ser tomada como exclusão da autonomia, de modo a impor a comunicação de aquestos ou sucessão *causa mortis* entre não

³²⁵ Digo Brainer defende: “Com as devidas vênias, mostra-se imprescindível o respeito estatal às convenções que regulem questões de foro íntimo eminentemente patrimoniais, aqui incluídas as de família e sucessões (híbridas, por excelência), desde que não violem a solidariedade familiar.” (ANDRÉ. Diogo Brainer de Souza. *O direito sucessório do companheiro e o ‘contrato de namoro’*: uma análise dos efeitos da equiparação com o regime do casamento. *Civilistica.com*, a. 8, n.1, 2019. p. 24).

³²⁶ Nesse sentido, ao defender a possibilidade de prever cláusulas sucessórias nos pactos antenupciais, Rolf Madaleno explica: “Cada vez mais casais querem e precisam prever antecipadamente as consequências negativas ou positivas de uma ruptura dos seus relacionamentos afetivos e, justamente a consecução de pactos pré-matrimoniais, com lícitas convenções sucessórias, mesmo quando abdicativas, são instrumentos que permitem aos cônjuges e conviventes conciliarem seus interesses econômicos e existenciais, e revelam utilidade dos pactos sucessórios na concretização e na projeção da personalidade humana, mesmo que os efeitos sejam produzidos para depois da existência física da pessoa, pois eles transcendem a existência da pessoa” (MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 78).

vulneráveis. Entre pessoas livres e iguais, reclama-se o direito de organizar a sucessão entre conviventes, casados ou não, da maneira que lhes aprouver.³²⁷

Como se vê, a vedação dos pactos sucessórios nas relações de conjugalidade mostra-se incompatível não apenas com a axiologia constitucional e com as demandas da sociedade atual, mas também com os artigos 1.511 e 1.513 do próprio Código Civil, que estabelecem o casamento como uma comunhão de vidas, baseada na igualdade entre cônjuges, em que é defeso a interferência de qualquer pessoa, de direito público ou privado.

Almeja-se, assim, um “Direito Sucessório Mínimo” nas relações de conjugalidade, à semelhança do que ocorreu com o Direito de Família, com a valorização da autonomia negocial, equilibrada com o dever de solidariedade, de modo a descortinar os limites ao planejamento sucessório, hoje altamente engessado, e como forma de assegurar a isonomia na sucessão legítima entre as diversas modalidades de famílias³²⁸.

Por óbvio, assim como qualquer ato de autonomia, os pactos sucessórios firmados entre cônjuges também estariam sujeitos a uma análise de merecimento de tutela, podendo ter a sua validade questionada no Poder Judiciário, principalmente para tutelar situações concretas de vulnerabilidade.

Nesse contexto, especialmente no que concerne às famílias recompostas, em que estão em jogo diversos interesses, muitas vezes conflitantes, a possibilidade de os cônjuges celebrarem, em comum acordo, um pacto renunciativo, excluindo-se reciprocamente da sucessão do outro, ao menos quando em concorrência com outros herdeiros necessários, além de evitar brigas, previne algumas situações absurdas de transferência forçada de bens particulares – muitas vezes de origem familiar, de uma relação anterior ou angariados durante toda a vida – para pessoas que sequer tinham relação com o autor da herança, em detrimento principalmente de seus descendentes.

Portanto, os pactos renunciativos amenizariam os efeitos indesejáveis do regramento

³²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, vol. 14, p. 11-13, out./dez. 2017. p. 12-13.

³²⁸ É o que defende Gustavo Tepedino: “Em panorama assim delineado, para que se possa assegurar a isonomia na sucessão legítima entre as diversas modalidades de famílias, torna-se essencial proclamar a autonomia não só para a fixação das próprias regras de convivência, mas também das regras sucessórias entre cônjuges e companheiros (afinal, trata-se da comunhão de vida em cujo seio é defeso ao Estado interferir)” (TEPEDINO, Gustavo. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, vol. 14, p. 11-13, out./dez. 2017. p. 12).

sucessório do cônjuge³²⁹, formulado para um modelo de família que já não corresponde ao atual, permitindo que os nubentes acordem os desdobramentos patrimoniais advindos da ruptura de uma relação conjugal em razão da morte, de forma prévia, controlada e até mais eficiente do que o próprio testamento, uma vez que debatidos e assumidos dentro da relação conjugal.

Como bem observou Daniele Chaves Teixeira, em geral, os pactos sucessórios renunciativos não privam os herdeiros da legítima de seus direitos sem seu consentimento e, por isso, são neutros em relação à proteção dos membros da família. Segundo a autora, “essa neutralidade não beneficia o herdeiro, que já era parte do pacto, e concordou em renunciar, inteiramente ou em parte, a seus direitos irrevogáveis”³³⁰

Ademais, conforme lições de Daniel Bucar, ao firmar pactos renunciativos, os cônjuges não estariam contratando sobre parte do patrimônio que comporia a herança, pelo contrário, estariam abrindo mão de sua qualidade de herdeiro e, conseqüentemente, dos bens que receberiam em decorrência da morte do autor da herança. Segundo o autor:

Admitir esta possibilidade encontra-se no cerne da questão da autonomia sucessória; não pode o Estado a partir da proibição pouco delineada como a do art. 426, CC, vedar tais pactos, pois trata-se aqui de situação jurídica dúplice, onde aspetos patrimoniais e existenciais confundem-se plenamente.³³¹

Nessa linha, Francisco José Cahali e Giselda Hironaka também defendem a validade

³²⁹ Rolf Madaleno narra alguns desses efeitos indesejáveis: “Cônjuges e sobreviventes têm se mostrado desconfortáveis com a teimosa intervenção estatal nos arranjos afetivos econômicos, notadamente diante dos efeitos jurídicos dos regimes de bens no direito sucessório, que passou a incluir o cônjuge viúvo como herdeiro necessário, em concurso com descendentes e ascendentes. [...] Os indesejados efeitos jurídicos sucessórios emendados do regime convencional da separação de bens e proibição da lei para incluí-los nos pactos matrimoniais (CC, art. 426) têm causado revolta, indignação e verdadeira comoção social. Evitar a inclusão de novos herdeiros em um patrimônio familiar, com a indesejada divisão de bens preexistentes ao matrimônio, com o súbito aparecimento do consorte viúvo para tomar decisões na sociedade empresária familiar do cônjuge falecido, sujeitando a empresa ao seu perecimento e insegurança de sua administração no futuro. São frequentes as preocupações dos novos casamentos, isto quando admitem casar, e, se casam, elegem o regime da separação convencional de bens por acreditarem estar afastando o cônjuge sobrevivente que não participou da construção do acervo privativo familiar do ingresso em seus bens particulares, com divórcio ou abertura da sucessão” (MADALENO, Rolf. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Lex Magister, 2012. p. 319-320).

³³⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 207.

³³¹ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019. p. 285-286.

dos pactos renunciativos firmados entre cônjuges. Para os autores, essa modalidade de pacto não representaria *pacta corvina*, vedado pelo artigo 426 do Código Civil:

[...] pois não se está dispondo de direito sucessório em favor de terceiro, mas em benefício do próprio titular do patrimônio (potencial autor da herança), e com a sua concordância, conferindo-lhe liberdade de dispor do acervo, respeitada a legítima de outros eventuais herdeiros necessários³³².

Vale lembrar que a proibição genérica contida no artigo 426 do Código Civil, nos moldes em que é admitida hoje, impede não apenas a celebração de pacto renunciativo à qualidade de herdeiro, mas também que tenha por objeto a renúncia à colação e à ação de redução das doações³³³. Ainda que ambos sejam maiores, capazes, independentes financeiramente e estejam de acordo com a exclusão da herança, a vedação se impõe.

Na ânsia de resolver a questão e impedir que se opere a transmissão forçada de patrimônio particular, decorrente da má sistematização do artigo 1.829, I, do Código Civil e da inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários, alguns autores têm defendido a possibilidade de os cônjuges acordarem no pacto antenupcial a renúncia ao exercício futuro do direito de concorrer na herança do outro. Para tanto, afirmam que não violaria o artigo 426 do Código Civil, uma vez que a renúncia ao direito de concorrência não se confundiria com renúncia à herança ou à condição de herdeiro³³⁴.

³³² CAHALI, Francisco José; e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195. No mesmo sentido, Rolf Madaleno afirma: “O pacto sucessório negativo o de renúncia em nada afeta a vedação o art. 426 do Código Civil a despeito do *pacta de corvina*, haja vista que a renúncia hereditária por antecipação não abarca qualquer gesto abjeto de cobiça e expectativa de morte do titula dos bens, pois como antes dito, a sua prévia abdicação não traz nenhum benefício ao herdeiro renunciante” (MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 90). Vincenzo Barba assevera: “Avvertendo, almeno secondo la prospettiva che mi sono provato di tracciare, che deve considerarsi patto successorio vietato soltanto quello di carattere patrimoniale-attributivo, con l’esclusione di ogni altra convenzione che, pur regolando profili successorî, nel senso in cui la modernità impone di considerare, non si traduca in un atto dispositivo della delazione” (BARBA, Vincenzo. I patti successori. In: PERLINGIERI, Carolina; e RUGGERI, Lucia (a cura di). *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenzanel diritto dei contratti*. Collana: Lezioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, n. 38, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 300). Tradução livre: Ressalte-se que, ao menos na perspectiva que eu tentei traçar, deve-se considerar vedado apenas o pacto sucessório de caráter patrimonial-atributivo, com exclusão de qualquer outra convenção que, ainda que regule perfil sucessório, no sentido que a modernidade impõe considerar, não se traduz em um ato dispositivo da delação sucessória.

³³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016. p. 17.

³³⁴ Nesse sentido: FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial*: problematização sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. Tese (Doutorado na Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2017. OLIVEIRA, Alexandre Miranda; e

O referido entendimento baseia-se, ao que parece, em dois argumentos questionáveis que andam juntos: (i) a compreensão de que os pactos antenupciais teriam natureza jurídica diversa dos contratos e, por isso, sobre eles não incidiria a vedação do artigo 426 do Código Civil, ficando restrita ao campo contratual; e (ii) a percepção defendida por Rolf Madaleno³³⁵ de que o cônjuge sobrevivente só seria herdeiro legítimo quando ocupasse a terceira classe na ordem de vocação hereditária, ou seja, quando fosse chamado sozinho à sucessão como herdeiro único e universal – não em posição concorrente – e, portanto, não haveria violação à legítima, bem como não se estaria dispondo sobre a herança propriamente dita.

O segundo argumento, sem embargo da autoridade de seus defensores, esbarra no artigo 1.845 do Código Civil, o qual é claro ao afirmar que são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, sem fazer qualquer ressalva quanto à condição de herdeiro necessário deste último quando herda em concorrência com os demais sucessores. Assim, ao renunciar ao seu direito de concorrência, o cônjuge sobrevivente estaria, na realidade, renunciando à própria herança.

Quanto ao primeiro argumento, há dificuldade de sua admissão, quando se considera, como acima explicitado, que o artigo 426 do Código Civil é interpretado em sentido amplo, aplicando-se a qualquer convenção cujo objeto seja a herança de pessoa viva. Logo, ainda que se admita que o pacto antenupcial é um “negócio jurídico de direito de família que se afasta do direito das obrigações”³³⁶, conforme afirma Felipe Frank, a exclusão do direito de

CARVALHO, Bárbara Dias Duarte de. Possibilidade jurídica de disposições sucessórias no pacto antenupcial e de convivência. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019. p. 69-94; e DELGADO, Mário Luiz. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 31, jan./fev. 2019. p.10-21

³³⁵ Rolf Madaleno explica: “A concorrência sucessória reflete típico direito vidual e não se confunde com o direito sucessório puro que é reservado ao cônjuge ou convivente e com direito à legítima intangível e sucessível, somente quando convocado na terceira e rigorosa ordem de vocação hereditária, obedecendo fielmente a hierarquia das classes de chamamento à herança. Antes do cônjuge e do convivente antecedem em preferência como herdeiros necessários, os descendentes e ascendentes, com os quais o cônjuge ou convivente concorrem na sucessão, e somente sobre os bens particulares do morto, onde não exista meação, assim como ambos são afastados da concorrência nos regimes da comunhão universal e no da separação legal de bens, sendo possível vislumbrar neste quadro de convenção um exceção ao princípio da intangibilidade da legítima, expressado pelos artigos 1.846 §1º, e 1.848, do Código Civil de 2002. [...] O cônjuge é herdeiro necessário quando não existam descendentes e ascendentes e sua legítima será pelo menos correspondente à metade dos bens sucessíveis, sejam eles próprios ou comuns.” (MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança em pacto antenupcial*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 61).

³³⁶ FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematização sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. Tese (Doutorado na Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2017. p. 75;

concorrência do cônjuge sobrevivente contraria o artigo 426 do Código Civil, além dos dispositivos que preveem a sucessão do cônjuge como herdeiro necessário (CC, art. 1.829, 1.832 e 1.846), estando eivado de nulidade (CC 1.655)³³⁷.

Os argumentos aqui desenvolvidos demonstram que a admissão *de lege ferenda* de algumas das modalidades de pactos sucessórios, em especial a do pacto renunciativo, conduziria a uma interpretação mais compatível com os interesses tutelados pela ordem constitucional. No entanto, uma alteração legislativa nesse sentido ainda encontra resistências³³⁸.

Por todo exposto, na direção do que tem sido defendido pela doutrina mais recente, constata-se que seria de todo benéfica uma flexibilização, via interpretação ou mesmo por meio de uma revisão da regra proibitiva genérica aos pactos sucessórios, no intuito de estabelecer um sistema mais harmonizado aos princípios constitucionais, às demandas das famílias contemporâneas por maior autonomia sucessória e a própria sistemática do Código Civil. Pretende-se, com isso, alcançar uma normativa mais flexível, que admita alguns desses negócios jurídicos, em especial o pacto renunciativo, evidenciando o seu perfil funcional, à luz da análise de merecimento de tutela dos interesses em jogo. Especialmente no que tange às relações conjugais, a aceitação de pactos renunciativos contribuiria para atenuar as distorções decorrentes da má sistematização do artigo 1.829, I, do Código Civil, agravada

³³⁷ Segundo Maria Berenice, não seria possível a renúncia ao direito de concorrência: “O concurso sucessório é imposto por meio de norma de ordem pública, não podendo ser afastado por pacto antenupcial, pois é nula a convenção que contraria disposição absoluta de lei (CC 1.655), sendo proibido dispor sobre herança de pessoa viva (CC 426). Do mesmo modo, não é possível abrir mão do direito de concorrência em contrato de convivência.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156).

³³⁸ Conforme exposto na justificativa do Projeto de Lei nº 3.799/2019, a proposta de relativização da vedação ao *pacta corvina*, para admitir a renúncia prévia à herança manifestada em pacto antenupcial ou contrato de convivência, não alcançou o mínimo de consenso necessário para inclusão no texto do Projeto de Lei: “A matéria foi exaustivamente debatida, mas não se alcançou o mínimo consenso necessário à inclusão de qualquer proposta de alteração redacional do dispositivo. Pela mesma razão, não foi possível avançar nas propostas que relativizavam a vedação ao *pacta corvina*. Foi apresentada sugestão legislativa no sentido de se admitir a renúncia prévia à herança manifestada em pacto antenupcial e em contrato de convivência, mas o dissenso que emergiu dos debates impediu a incorporação da proposta ao texto projetado.” BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei nº 3799 de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>. Acesso em 08 dez 2019. p. 15. Ademais, há quem entenda que a admissão dos pactos sucessórios seria incompatível com a axiologia constitucional. Nesse sentido, José Fernando Simão: “a regra do art. 426 protege tanto o titular dos bens quanto o futuro herdeiro, pode-se afirmar que sua manutenção é desejada como forma de manter um mínimo existencial e de proteção do futuro autor da herança, assim como o futuro herdeiro” (SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma releitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 787.).

pela inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários.

3.3 Inovações da legislação estrangeira: possíveis soluções

Constatada a necessidade de flexibilização da regra proibitiva genérica aos pactos sucessórios, passa-se ao exame das reformas legislativas no direito estrangeiro, no intuito de extrair das tendências modernas diretrizes que contribuam para a reformulação do instituto em uma perspectiva funcional. Registre-se, desde logo, no entanto, que o presente estudo não se vale das técnicas de investigação de Direito Comparado.

Diante de um cenário em que os países compartilham cada vez mais os mesmos princípios e desafios oriundos das novas realidades sociais, o estudo de outros ordenamentos torna-se ainda mais relevante e revelador.

De fato, após as duas grandes guerras mundiais, com a passagem do Estado liberal para o social, vários países estabeleceram como premissas de Estado valores existenciais, tais como a dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça social. Muitos ordenamentos de tradição romano-germânica percorreram o caminho da estrutura à função, reformulando seus institutos à luz desses novos valores fundamentais. E, por isso, ao menos entre países democráticos, “é possível estabelecer uma certa conexão axiológica entre nações, mormente nos tempos atuais em que a globalização desponta como um fenômeno inexorável”³³⁹.

Além dos princípios consagrados em tratados, convenções internacionais e na ordem interna de cada país, as sociedades contemporâneas também compartilham mudanças socioculturais e econômicas, potencializadas e difundidas pelas tecnologias e pelo fenômeno da globalização, que convergem para os mesmos obstáculos. Dentre eles, as dificuldades de adaptar os institutos do Direito das Sucessões à nova realidade das famílias plurais.

Assim como no Brasil, em muitos países, o modelo tradicional de família, centrado no casamento, passou por profundas alterações, dando origem a novas formações familiares³⁴⁰. Por conseguinte, o Direito das Sucessões, amplamente fundado no conceito de

³³⁹ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contrato de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 31.

³⁴⁰ Conforme lições de René Foqué e Alain Verbele: “The critique on our system of imperative inheritance law ought to be seen as an illustration of profound changes in the social and cultural context and finally in the common sense of our society (FOQUÉ, René; e VERBELE, Alain. *Towards an open and flexible imperative inheritance law*. European Family Law Series, n. 26, 2009. p. 203). Tradução livre: A crítica ao sistema sucessório imperativo deve ser vista como uma ilustração das profundas mudanças no contexto social e cultural e finalmente no senso comum da sociedade.

família, acabou afetado por essas mudanças.

Para combater o descompasso decorrente da rigidez do sistema sucessórios com as necessidades da sociedade contemporânea, observou-se, ao longo dos últimos anos, uma tendência em garantir maior autonomia sucessória³⁴¹. Diante de determinados interesses relevantes e dignos de tutela, países como França, Itália, Portugal, Argentina e Bélgica, que tradicionalmente proibem de forma ampla os pactos sucessórios, passaram por reformas legislativas para temperar a vedação³⁴².

Com efeito, em atenção à necessidade de tutelar a estabilidade e continuidade das empresas familiares, em 2006, o legislador italiano promulgou a Lei nº 55, que introduziu no artigo 768 do Código Civil italiano o chamado *patto di famiglia*, excepcionando a regra proibitiva dos pactos sucessórios, prevista no artigo 458 do mesmo diploma.

Segundo a lei, o instrumento tem por finalidade regular a transição da empresa familiar para os descendentes com maior aptidão. Assim, permite que um empresário gerencie a sucessão de seu próprio negócio, transferindo para um ou mais descendentes, que considere como mais adequados, a empresa ou as participações no capital da “empresa familiar”, sem que haja controvérsias no momento da abertura da sucessão. A lei apenas prevê descendentes como beneficiários, não admitindo que a transferência seja realizada para o cônjuge ou terceiro.

Em regra, o cônjuge e todos os herdeiros necessários do disponente – mesmo aqueles

³⁴¹ Segundo Dragica Zivojinovic e Tamara Durdic-Milosevic, apesar dos diferentes tratamentos dado aos contratos de herança nas legislações dos países da União Europeia, recentemente há um fenômeno de contratualização da sucessão, com a aceitação de determinados pactos sucessórios. Mesmo nas jurisdições que tradicionalmente preveem regras proibitivas aos contratos sobre herança, verifica-se um gradual enfraquecimento da vedação, com a introdução de diferentes instrumentos de disposição de herança futura. As autoras trazem como exemplo o *institution contractuelle* e *donation-paratage* no direito francês e o *patto di famiglia* no direito italiano. (ZIVOJINOVIC, Dragica; e DURDIC-MILOSEVIC, Tamara. *Inheritance contract and its substitutes in European and Serbian law*. Revija za evropsko parvo, XVII, 2015, 2-3. p. 71-72). No mesmo sentido, René Foqué e Alain Verbele: “There is a tendency to permit more flexibility in forfeiting protected rights because of certain enumerated circumstances. The same goes for the evolution towards accepting renouncement of protected rights before the decease of the testator and concluding contracts over a future inheritance” (FOQUÉ, René; e VERBELE, Alain. Op. cit., nota 340. p. 220). Tradução livre: Existe uma tendência a permitir mais flexibilidade na disposição de direitos legítimos devido a determinadas circunstâncias enumeradas. O mesmo vale para a evolução no sentido de aceitar a renúncia aos direitos legítimos antes da morte do testador e celebrar contratos sobre uma herança futura.

³⁴² Como já se indicou, nos países de tradição germânica, como Áustria e Suíça, os pactos sucessórios são plenamente admitidos há algum tempo. A legislação alemã, também fundamentada em valores solidaristas, prevê expressamente os contratos de herança (Erbvertrag) e os contratos de renúncia à direitos sucessórios (Erbverzichtsvertrag), o que legitima ainda mais o questionamento quanto à pertinência da vedação em outros ordenamentos. O artigo 2276 do BGB permite que herdeiros necessários renunciem ao seu direito de herança por meio de pacto sucessório.

que não sejam beneficiários – devem participar do negócio jurídico. No entanto, a ausência de um deles não torna nulo o pacto. Isso porque o *patto di famiglia* pressupõe acordo apenas entre o disponente e os beneficiários, e não entre todos os herdeiros do autor da herança. Assim, o sucessor legítimo que não for beneficiado terá apenas direito de crédito contra aqueles que receberem direitos sobre as empresas, não podendo requerer a nulidade do pacto, salvo se houver erro, violência ou dolo, conforme artigo 768, *comma 2*, do Código Civil italiano. Dito de outro modo, o herdeiro necessário que não foi beneficiado pelo pacto poderá requerer aos beneficiários, no momento da abertura da sucessão do disponente, o pagamento da soma em dinheiro ou em bens correspondentes à sua quota legítima³⁴³.

Seguindo a mesma lógica, a nova codificação argentina, promulgada em 2015, admitiu, em seu artigo 1.010, como exceção à regra proibitiva dos pactos sucessórios, a possibilidade de serem celebrados negócios jurídicos que tenham por objeto direitos hereditários sobre exploração produtiva ou participações societárias de qualquer tipo, desde que com vistas à conversão da unidade da gestão empresária e prevenção da solução de conflitos. Esses acordos poderão prever disposições sobre futuros direitos hereditários e estabelecer compensações em favor dos outros herdeiros necessários, permanecendo válidos ainda que o autor da herança e seu cônjuge não participem, desde que não violem a quota legítima, a meação do cônjuge ou quaisquer direitos de terceiros³⁴⁴.

Como se vê, tanto a Itália quanto a Argentina, países que possuem regras proibitivas genéricas aos pactos sucessórios e que compartilham dos mesmos princípios fundamentais consagrados no texto constitucional brasileiro, admitiram exceções para temperar a vedação, a fim de tornar o regramento mais compatível com os valores inseridos em suas ordens jurídicas.

Na França, embora já fossem admitidos o *institution contractuelle* e o *donation-*

³⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Perspectivas para o planejamento sucessório*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016. p.26. No mesmo sentido: CHECCHINI, Aldo. *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*. Rivista di Diritto Civile, n. 3, maggio-giugno, 2007. p. 297-302.

³⁴⁴ Código Civil argentino de 2015, ARTICULO 1.010 – Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

partage como exceções à proibição dos pactos sucessórios, com a reforma legislativa de 2006, que tinha por finalidade garantir maior autonomia sucessória, foi introduzida, no artigo 929 e seguintes do *Code Civil*, a *renonciation anticipée à l'action de réduction pour cause d'atteinte à la réserve*³⁴⁵. Com a novidade, passou-se a admitir que o herdeiro necessário renuncie ao seu direito potestativo de ajuizar ação de redução parcial ou integral de disposições que extrapolem a quota disponível, incidindo sobre a sua quota legítima. De acordo com a lei, a renúncia deverá ser realizada em benefício de uma ou mais pessoas específicas, podendo recair sobre um bem determinado, toda a quota legítima ou apenas parte dela³⁴⁶.

A renúncia manifestada pelo herdeiro só terá validade com a aceitação do autor da herança, de modo que o acordo deve ser celebrado entre ambos. A aceitação da renúncia não gera qualquer obrigação para o proprietário dos bens, ou seja, ainda que concorde com a renúncia, não estará obrigado a realizar qualquer ato de disposição e, por isso, é descabida a participação de eventual beneficiário no pacto³⁴⁷.

A renúncia ao exercício da ação de redução tem por objetivo permitir que o autor da herança e seus herdeiros necessários entrem em acordo para que as doações ou disposições testamentárias que excedam a quota disponível não sejam reduzidas após a abertura da sucessão. Visa, portanto, garantir que a vontade do autor da herança seja respeitada mesmo

³⁴⁵ Além da possibilidade de renunciar ao exercício da ação de redução, também foi incluído o *donation partage trans générationnelle*, que permite que o autor da herança faça disposição em favor de descendentes da próxima geração, desde que com a concordância de seus descendentes diretos, uma vez que sua quota legítima poderá ser reduzida pelo ato. Essa previsão tem como objetivo estimular a economia e acelerar o processo de transmissão dos bens para as futuras gerações. (BRAUN, Alexandra. *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Berlin, n. 3. p. 466-467).

³⁴⁶ Artigo 929 do *Code Civil*: Tout héritier réservataire présomptif 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/affichCodeArticle.do?sessionId=15C629FB2F9B375EBA5F0A6F44481472.tplgfr35s_1?idArticle=LEGIARTI000006433772&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191215&categorieLien=id&oldAction= Acesso em: 15 dez 2019. Tradução livre: Qualquer herdeiro necessário presuntivo pode renunciar ao exercício da ação de redução de uma sucessão não aberta. Essa renúncia deve ser feita em benefício de uma ou mais pessoas específicas. A renúncia compromete o renunciante apenas a partir do dia em que for aceita pelo autor da herança. A renúncia pode estar relacionada a uma violação a toda a quota legítima ou apenas parte dela. Também pode ter como objetivo apenas a redução de uma doação relacionada a um bem específico. O ato de renúncia não pode criar obrigações contra o autor da herança ou ser condicionada a um ato emanado dele.

³⁴⁷ BRAUN, Alexandra. *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Berlin, n. 3. p. 464-465.

após a sua morte. Em vista disso, a renúncia é, à princípio, irrevogável, só poderá ser requerida pelo renunciante em hipóteses taxativas, previstas no artigo 930-3, do Código Civil francês.

Se admitido no Brasil, o pacto de renúncia à ação de redução e à colação seria uma solução interessante para promover um sistema sucessório mais consentâneo com as necessidades concretas da família, podendo ser utilizado para proteger herdeiros vulneráveis, atribuir determinados bens a herdeiros que com ele mantenham algum vínculo, evitar a transmissão forçada de patrimônio, entre outros interesses mercedores de tutela.

Em atenção aos desafios enfrentados na sucessão do cônjuge, especialmente diante do surgimento das famílias recompostas, as legislações da Bélgica e de Portugal passaram por reformas para prever, como exceção à vedação dos pactos sucessórios, a possibilidade de os consortes acordarem, no pacto antenupcial, a renúncia às respectivas sucessões, desde que preenchidos determinados requisitos.

Na Bélgica, após reforma realizada em 1981, o Código Civil passou a incluir o cônjuge sobrevivente como herdeiro do *de cuius*, com direito ao usufruto obrigatório de, ao menos, metade dos bens do autor da herança (CCB, art. 915). Na sucessão legítima, de acordo com o artigo 745bis, §1º, havendo descendentes do autor da herança, o consorte sobrevivente terá direito ao usufruto vitalício dos bens deixados pelo falecido. Na falta de descendentes, se o autor da herança deixar ascendentes ou colaterais até o 2º grau, o cônjuge sobrevivente terá direito à propriedade integral dos bens comuns, se houver, e usufruto vitalício sobre os bens particulares do *de cuius*. Por fim, não havendo herdeiros de outras classes, o cônjuge sobrevivente herdará todos os bens em propriedade plena³⁴⁸. O cônjuge sobrevivente terá direito, ainda, ao usufruto do imóvel que serve de moradia para a família, bem como aos móveis que nele estiverem.

Diante da legislação mais protetiva para o cônjuge sobrevivente e dos problemas decorrentes do aumento do número de divórcios e de famílias recompostas, em junho de 2003, o Código Civil Belga sofreu uma reforma, com a alteração do artigo 1.388³⁴⁹, o qual

³⁴⁸ VERBEKE, Alain LAurent; e VAN ZANTBEEK, Anton. Belgium. In: HAYTON, David (Coord.). *European Succession Laws*. Bristol: Jordans, 2002. p. 50. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752062. Acesso em: 15 dez 2019.

³⁴⁹ Código Civil Belga, artigo 1.388: “Burgerlijk Wetboek, art. 1388: De echtgenoten mogen niet afwijken van de regels die hun wederzijdse rechten en verplichtingen bepalen, noch van de regels betreffende het ouderlijk gezag en de voogdij noch van de regels die de wettelijke orde van de erfopvolging bepalen. De echtgenoten kunnen bij huwelijkscontract of bij wijzigingsakte, wanneer op dat tijdstip een van hen één of meer afstammelingen heeft die voortkomen uit een andere relatie van voor hun huwelijk of die

passou a permitir que os cônjuges renunciem aos direitos sobre a herança de seu par, no pacto antenupcial ou em escritura pública de modificação do pacto, de forma recíproca ou não, quando um dos nubentes tiver filhos de um relacionamento anterior³⁵⁰.

Em outras palavras, se um ou ambos os cônjuges já tiverem filhos com outra pessoa, poderão acordar, no pacto antenupcial, a renúncia recíproca ou não aos direitos sucessórios sobre os bens do outro. Contudo, a lei não permite que o direito de usufruto sobre o imóvel de residência do casal seja objeto de renúncia.

A previsão tem por finalidade evitar conflitos que geralmente ocorrem nas famílias recompostas, permitindo que os cônjuges limitem seus direitos sucessórios em favor dos descendentes do autor da herança. Uma previsão nesse sentido seria de todo bem-vinda na legislação brasileira, uma vez que evitaria problemas de transferência forçada de patrimônio para o cônjuge sobrevivente – principalmente os particulares – em detrimento dos descendentes do autor da herança³⁵¹.

Em setembro de 2017, o Direito Sucessório belga passou por nova reforma, cuja finalidade era garantir maior autonomia sucessória para o autor da herança. Apesar de manter a reserva hereditária, diminuiu a sua extensão, reduzindo a quota legítima dos descendentes

geadopteerd werden voor hun huwelijk, of afstammelingen van de geadopteerden, geheel of ten dele, zelfs zonder wederkerigheid, een regeling treffen over de rechten die de ene in de nalatenschap van de andere kan uitoefenen. Deze regeling doet geen afbreuk aan het recht van de ene, om bij testament of bij akte onder de levenden te beschikken ten gunste van de andere. Ze kan in geen geval aan de langstlevende het recht van bewoning ontnemen van het onroerend goed dat bij het openvallen van de nalatenschap van de eerststervende het gezin tot voornaamste woning diende en het recht van gebruik van het daarin aanwezige huisraad voor een periode van zes maanden vanaf de dag van het openvallen van de nalatenschap van de eerststervende.

Disponível

em:

[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1804032133&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#Art.1389](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1804032133&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#Art.1389) Acesso em: 09 set 2019. Tradução livre: Art. 1388 Os cônjuges não podem desviar-se das regras que determinam seus direitos e obrigações mútuas, das regras relativas à autoridade e tutela dos pais, nem das regras que determinam a ordem de vocação hereditária. Os cônjuges podem, por pacto antenupcial ou escritura de modificação, se naquele momento um deles tiver um ou mais filhos de outro casamento ou filhos adotivos, no todo ou em parte, mesmo sem reciprocidade, prever cláusulas que disponham sobre os direitos que um poderá exercer sobre o legado do outro. Essa regulamentação não poderá, em circunstância alguma, privar o sobrevivente do direito à ocupação da propriedade que, no momento da abertura do inventário, servia como residência principal da família e o direito de uso da habitação por um período de tempo de seis meses a contar da data de abertura do legado do falecido.

³⁵⁰ GARB Louis; WOOD, John. *International Succession*. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 65. E, ainda: VERBEKE, Alain Laurent P. G., *Marital property planning in a Belgian nutshell*. Over Even OVER ERVEN: LIBER AMICORUM PROF. COENE, pp. 473-498, Kluwer, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1750978> Acesso em: 09 set 2019.

³⁵¹ BRAUN, Alexandra. *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Berlin, n. 3. p. 468.

e ascendentes. A sucessão do cônjuge sobrevivente manteve-se praticamente intacta, houve pequena alteração apenas para que o seu direito de usufruto passasse a recair sobre a parte disponível da herança, como compensação à redução da quota dos demais herdeiros necessários³⁵².

Além disso, mais uma exceção à regra proibitiva dos pactos sucessórios foi inserida na ordem jurídica; a nova lei permite que os herdeiros presuntivos acordem com o autor da herança a renúncia ao direito potestativo de ajuizar a ação de redução em relação a uma doação específica, antes mesmo da delação dos bens (CCB, art. 918)³⁵³, à semelhança do que prevê o Direito Francês.

No Direito Português, por sua vez, o cônjuge sobrevivente integra o rol de herdeiros necessários, sucedendo em concorrência com os descendentes na primeira classe da vocação hereditária, independentemente do regime de bens (CCP, art. 2133, nº 1, a). A divisão faz-se por cabeça, repartindo-se a herança legítima em tantas porções quanto forem os herdeiros, exceto quando houver mais de três descendentes, ocasião em que o cônjuge terá direito à quota mínima de um quarto (CCP, art. 2.133, nº1). Na ausência de descendentes, o cônjuge herda em concorrência com os ascendentes, cabendo a estes um terço da herança legítima e àquele, a parte restante (CCP, art. 2142º). Por fim, não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente herda a totalidade da herança legítima³⁵⁴.

Em atenção às mudanças na realidade social e aos interesses dos filhos provenientes de relacionamento anteriores ao novo casamento, em agosto de 2018, foi aprovada a lei nº 48/2018, cuja principal finalidade é tutelar a posição sucessória dos descendentes exclusivos do autor da herança nas famílias recompostas. Embora o artigo 1.699º do Código Civil português já resguardasse os interesses dos descendentes exclusivos do *de cuius*, impedindo que os cônjuges se casassem pelo regime da comunhão total ou estipulassem a comunicabilidade de determinados bens particulares quando houvesse filhos de outras relações, a novidade legislativa expandiu a proteção³⁵⁵.

A referida lei introduziu a alínea “c”, no artigo 1.700º, do Código Civil português,

³⁵² DUMONT, Tillo; e HOOYBERGHS, Hans. *Reform of Belgian inheritance law: a summary of the main changes*. Trusts & Trustees, vol. 23, n. 10, December, 2017. p. 1013-1014.

³⁵³ Ibid. p. 1016.

³⁵⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 66-69.

³⁵⁵ MORAIS, Daniel. *Direito Sucessório – apontamentos: introdução e estática sucessória*. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 142-144.

permitindo, entre as exceções à vedação aos pactos sucessórios prevista no artigo 2.028 do referido diploma, que os cônjuges, desde que casados pelo regime da separação obrigatória ou convencional de bens, renunciem reciprocamente à condição de herdeiro necessário no pacto antenupcial. Portanto, dois requisitos devem ser cumpridos: (i) que o casamento seja pelo regime da separação convencional ou obrigatória de bens; e (ii) que a renúncia seja recíproca. Com isso, evita-se que, com o novo casamento, o cônjuge torne-se herdeiro necessário do autor da herança, em detrimento de eventuais interesses dos filhos do autor da herança³⁵⁶.

Tendo em vista a influência do Direito Português no sistema sucessório brasileiro, especialmente no tocante à sucessão do cônjuge³⁵⁷, parece razoável uma alteração na legislação brasileira que utilize como base a solução aventada por Portugal na lei nº 48/2018. Aliás, uma previsão no sentido de permitir que os cônjuges casados pelo regime da separação convencional ou comunhão parcial de bens renunciem reciprocamente aos respectivos direitos sucessórios, no pacto antenupcial, vai ao encontro de alguns argumentos levantados pela Ministra Nancy Andrichi³⁵⁸ e por diversos doutrinadores³⁵⁹, expostos no primeiro capítulo.

Como se vê, com a necessidade de revisão do Direito Sucessório para adequá-lo às necessidades da sociedade contemporânea, seria de todo bem-vinda uma reforma legislativa que mitigasse a vedação aos pactos sucessórios para admitir algumas de suas modalidades que concretizem valores da ordem social, assim como ocorreu em diversos países. As soluções acordadas para gestão das relações familiares devem ser valoradas positivamente e estimuladas, uma vez que minimizam atritos e conflitos, presentes e futuros, entre os

³⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; e CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 32.

³⁵⁷ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Regime de bens e sucessão*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015 p. 51. Disponível em: https://seguro.mprj.mp.br/documents/112957/11740265/Book_RMP_56.pdf. Acesso em: 07 set 2019.

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira turma, julgado em 26/05/2009.

³⁵⁹ Por todos: REALE, Miguel; e 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. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, vol. 24, out/dez 2005. p. 217-218; COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; e RAAD, Daniela Russowsky. *O exercício da autonomia privada no Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829, I do Código Civil e o regime da separação convencional de bens. In: CAHALI, Francisco José; e CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 667-684.

herdeiros.

No que diz respeito à sucessão do cônjuge, os pactos renunciativos, já admitidos em países como a França, Portugal e Bélgica, apresentam-se como solução relevante para tutelar interesses inseridos nas diferentes formações familiares, especialmente nas famílias recompostas, aumentando a autonomia sucessória nas relações de conjugalidade.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, constatou-se a necessidade de atualização dos institutos do Direito das Sucessões como um todo e do regime sucessório do cônjuge sobrevivente em particular, a fim de torná-los mais consentâneos com as necessidades e interesses merecedores de tutela existentes nas famílias contemporâneas plurais, bem como mais compatíveis com os valores inseridos no ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1988.

Buscou-se, com base nas premissas do direito civil-constitucional — método de pesquisa deste trabalho —, realizar uma análise funcional da legítima e dos pactos sucessórios, a fim de flexibilizar a rigidez do sistema sucessório para garantir maior autonomia aos consortes para planejarem a própria sucessão, evitando-se, assim, a transmissão patrimonial forçada. Dessa forma, foram alcançadas as conclusões abaixo sistematizadas:

1. Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico (CR, art. 1º, III), a Constituição da República promoveu vigorosa transformação do Direito Civil, a impor a releitura de todas as suas instituições à luz da tábua axiológica consagrada na Constituição da República, em uma tendência que ficou conhecida como despatrimonialização do Direito Civil. Dentre os institutos que foram reformulados, a família passou a ser concebida em perspectiva plural, igualitária e democrática, voltada para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. Não obstante a inserção de novos valores na ordem jurídica e as mudanças enfrentadas pela família — uma das bases da sucessão hereditária —, o Direito Sucessório permaneceu estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana. Ainda apegado a estruturas próprias de um sistema individualista e patrimonialista, o sistema sucessório brasileiro não passou pelo processo de funcionalização e socialização, mantendo-se distante da axiologia constitucional. Verificou-se, portanto, a necessidade de atualização dos institutos do Direito das Sucessões, em perspectiva funcional, para que se torne um espaço de promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, como quer o projeto constitucional.

2. Constatou-se que a superproteção conferida ao cônjuge sobrevivente pelo legislador de 2002, elevando-o à categoria de herdeiro necessário (CC, art. 1845), em concorrência com os descendentes, em propriedade plena, a depender do regime de bens, bem como com os ascendentes (CC, art. 1.829, II), não se mostra consentânea com a

sociedade atual. Embora tenha privilegiado as relações de afeto, o Código Civil de 2002, fruto de um projeto da década de 70, baseou-se em uma organização familiar tradicional, centrada no casamento monogâmico e indissolúvel e, portanto, não observou a pluralidade das entidades familiares, reformulada pelos novos valores constitucionais, a possibilidade de ruptura do vínculo conjugal pelo divórcio e as mudanças de ordem social, principalmente a crescente independência da mulher decorrente da sua inserção no mercado de trabalho. Portanto, o novo Código Civil utilizou como modelo uma família que não retrata a atual família brasileira e, por isso, é eivado de distorções, não atendendo às suas necessidades.

3. A inserção do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, subtraindo-se da liberdade testamentária a possibilidade de o autor da herança excluí-lo da sucessão, somada à utilização do critério abstrato do regime de bens para regular a concorrência sucessória, permitindo que o cônjuge sobrevivente participe da herança quanto aos bens particulares do autor da herança, na contramão do resultado prático do regime de bens, gera angústias, na medida em que impede que os cônjuges estabeleçam o próprio regime sucessório, de acordo com os seus projetos de vida e as necessidades concretas dos membros da família. Diante disso, surgiram debates doutrinários e oscilações jurisprudenciais quanto à interpretação do artigo 1.829, I, do Código Civil. No intuito de fazer justiça no caso concreto, muitos julgados interpretaram o dispositivo de forma flexível, ao arpejo da lei.

4. Diante de uma realidade em que os divórcios tornam-se cada vez mais comuns, dando origem às famílias recompostas, o regime sucessório do cônjuge, nos moldes em que se encontra, gera situações inusitadas de transmissão patrimonial forçada. Isto é, em muitos casos, os bens particulares — que, não raro, são compostos por patrimônio familiar, bens herdados de uma relação anterior ou angariados pelo proprietário durante toda a vida — são transmitidos para o cônjuge sobrevivente, com a sua morte, transmitidos para seus parentes, que, muitas vezes, sequer tinham relação com o autor da herança, e jamais retornarão para seus descendentes.

5. Verificou-se, portanto, a necessidade de revisão do regime sucessório do cônjuge sobrevivente, a fim de garantir maior autonomia para os consortes estipularem o regramento patrimonial para depois da morte, como forma de desenvolver a própria personalidade, bem como para atender às necessidades concretas dos sucessores e aos interesses mercedores de tutela existentes no âmbito de cada formação familiar. Assim como já é garantida aos cônjuges autonomia existencial na condução da comunhão de vida, segundo os desígnios definidos livremente pelos próprios interessados (art. 1511 e 1.513 do CC), ou mesmo para estipularem, quanto aos seus bens, o que lhes aprouverem (art. 1.639

do CC), deve-se lhes atribuir também autonomia para dispor sobre o regime sucessório — e a respectiva responsabilidade—, a fim de evitar a sucessão obrigatória entre cônjuges. Para tanto, propôs-se uma reflexão quanto aos institutos da legítima, das regras da sucessão do cônjuge e do pacto sucessório, a fim de torná-los mais compatíveis com a axiologia constitucional.

6. No que concerne à legítima, verificou-se que é um dos grandes limitadores para uma maior autonomia sucessória, uma vez que limita não apenas a liberdade de testar, mas também de dispor em vida. Após uma breve incursão histórica, concluiu-se que, na atualidade, a legítima está fundamenta nos princípios constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana, proteção à família, da garantia da propriedade privada e da livre iniciativa, na medida em que permite a distribuição compulsória dos bens entre os parentes do *de cuius*, sem restringir por completo a liberdade de testar.

7. Embora tenha fundamento constitucional, a reserva legítima não concretiza, na prática, o princípio de solidariedade, ao qual é ínsito o tratamento proporcional às necessidades de cada membro da entidade familiar. Baseada em uma igualdade formal entre os herdeiros necessários, a quota legítima, estanque e formalista, se limita a repartir parcela da herança entre tais sucessores, sem qualquer diferenciação quanto às características e especificidades dos herdeiros que compõem a mesma classe. O excesso de abstração não está compatível com a cláusula de tutela da pessoa humana, uma vez que não observa as necessidades e peculiaridades de cada herdeiro no processo de delação dos bens. O problema da neutralidade do Direito Sucessório decorre, ainda, do princípio da unidade da sucessão, que impede a individualização dos bens e, conseqüentemente, que estes sejam transmitidos em atenção às necessidades e especificidades de cada herdeiro.

8. Diante de tal constatação, concluiu-se pela necessidade de uma releitura do instituto da legítima, em perspectiva funcional, para que o fenômeno sucessório alcance uma tutela centrada em cada um dos membros da família, atento às necessidades concretas dos herdeiros, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao projeto de vida de cada entidade familiar. Para tanto, propôs-se não apenas a derrogação do princípio da unidade da sucessão, mas também a substituição de critérios abstratos para a identificação dos herdeiros necessários e delação de bens por outros que busquem a promoção da pessoa, em atenção às singularidades dos herdeiros e à natureza dos bens. Assim, a sucessão legítima deve estar atenta à natureza dos bens transmitidos e às qualidades pessoais dos sucessores, com especial atenção para a tutela dos vulneráveis, tais como filhos menores, filhos maiores incapazes ou pessoas com deficiência, ascendentes idosos, cônjuges ou companheiros com

vulnerabilidade econômica. Alguns autores defendem, ainda, que a liberdade testamentária só deveria ser limitada na medida em que realizasse uma função social ou para assegurar condições existenciais. Assim, não havendo situações de vulnerabilidade ou outros interesses mercedores de tutela, o autor da herança teria plena liberdade para dispor de seu patrimônio.

9. Em relação à sucessão do cônjuge sobrevivente, propôs-se a reformulação qualitativa do conteúdo da solidariedade, a fim de garantir um Direito Sucessório mais flexível, em que o autor da herança tenha liberdade para planejar a destinação de seus bens de acordo com as necessidades de cada um dos membros da família, podendo afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão, em atenção aos interesses da comunidade familiar, desde que mercedores de tutela. Assim, para além da sua retirada do rol de herdeiros necessários, discutiu-se, ainda, a utilização de critérios concretos para sua qualificação como herdeiro, tais como a existência de descendentes exclusivos do autor da herança ou de filhos vulneráveis, o tempo de duração da relação, sua condição financeira.

10. Quanto ao regime sucessório e a concorrência com descendentes, defende-se, ainda, a alteração do artigo 1.829, I, do Código Civil, para que passe a adotar como critério de gradação da tutela sucessória do cônjuge o resultado prático da aplicação das regras do regime de bens no patrimônio do casal, de forma a respeitar as relações patrimoniais estabelecidas entre os nubentes. Assim, os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente não incidirão sobre os bens particulares, evitando a transmissão forçada de patrimônio. Cumpre ressaltar, todavia, que, diante do dever de solidariedade, deverá ser garantido meio de sustento para o cônjuge sobrevivente vulnerável economicamente, que dependia do autor da herança.

11. A partir da análise de diversos Projetos de Leis apresentados ao longo dos anos, com diferentes propostas para alteração do regime sucessório do cônjuge sobrevivente, observou-se não apenas o inconformismo com o atual regramento, mas também as dificuldades e burocracias do processo legislativo, uma vez que todos foram arquivados sem terem sido convertidos em lei. Atualmente, encontra-se em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 3.799/19, fruto do trabalho desenvolvido em conjunto com a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que não apenas retira o cônjuge sobrevivente do rol de herdeiros necessários, mas também prevê critérios concretos para estabelecer o seu regime sucessório. Ao mesmo tempo em que prestigia o princípio da autonomia privada, atribuindo ao autor da herança maior liberdade para testar, o referido projeto concretiza também o princípio da solidariedade familiar, na

medida em que concede ao consorte ou companheiro(a) supérstite o direito de pleitear capital ou renda para garantir a sua subsistência. Assim, a proposta encontra-se em perfeita consonância com os valores constitucionais, na medida em que tutela as necessidades concretas do cônjuge sobrevivente, priorizando as situações existenciais em detrimento das patrimoniais.

12. O outro ponto de rigidez do sistema sucessório, que limita a liberdade dos cônjuges para planejarem a própria sucessão, é a proibição genérica aos pactos sucessórios. Não obstante as variadas funções e efeitos das diferentes modalidades de pactos sucessórios, o legislador de 2002 manteve o regime comum de nulidade, proibindo de forma genérica todo e qualquer pacto sucessório, sem estabelecer qualquer exceção ou especificar os seus fundamentos. A partir do estudo do processo histórico do instituto, verificou-se que não há uma uniformidade na identificação precisa do fundamento do veto. Na realidade, a história do instituto é marcada por rupturas e descontinuidade, revelando bases tênues e controversas. Assim, concluiu-se que os fundamentos apresentados não são suficientes para legitimar a vedação genérica aos pactos sucessórios. Pelo contrário, a regra proibitiva genérica mostra-se desarrazoada e incompatível com as necessidades da sociedade contemporânea, na medida em que é baseada em uma lógica individualista.

13. Com a reformulação qualitativa do conteúdo da autonomia privada por valores existenciais e diante da potencialidade funcional dos pactos sucessórios, verificou-se que a admissibilidade de algumas de suas modalidades, em especial dos pactos renunciativos, levaria a uma maior compatibilidade com a nova ordem jurídica constitucional, na medida em que garantiria um Direito Sucessório maleável para atender aos interesses merecedores de tutela das diferentes entidades familiares, que se encontram asfixiados pelo anacronismo e rigidez do sistema sucessório. Assim, a sucessão contratual poderia contribuir para combater a neutralidade do Direito Sucessório, permitindo que, em algumas situações especiais, a delação sucessória se desse de forma diferenciada, voltada para promoção e desenvolvimento da pessoa e da solidariedade social.

14. Em vista disso, a doutrina mais recente tem defendido uma interpretação em perspectiva funcional da regra proibitiva aos pactos sucessórios no caso concreto, a fim de flexibilizá-la para admitir algumas modalidades de pactos sucessórios, que concretizariam interesses merecedores de tutela promovidos pela axiologia constitucional. Verificando-se, no caso concreto, que a admissão do pacto conduzirá a uma maior realização da vontade do constituinte, o intérprete poderia, por meio do método da ponderação, afastar a regra proibitiva para que o acordo produza seus efeitos.

15. Nesse contexto, asseverou-se, ainda, que a admissão de pactos renunciativos celebrados entre os cônjuges, com a possibilidade de se excluírem reciprocamente das respectivas sucessões, não apenas concretizaria os valores promovidos pelo texto constitucional, permitindo o balanceamento de interesses existenciais e patrimoniais, como também contribuiria para corrigir, no caso concreto, as distorções decorrentes das normas rígidas e cogentes da sucessão legítima, que incluem o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, em concorrência com descendentes, a depender do regime de bens adotado. Assim, evitar-se-ia, o problema da transmissão forçada de patrimônio, uma vez que seria conferida aos cônjuges a liberdade para pactuarem a renúncia aos direitos sobre sucessão de seu par.

16. Considerando que o planejamento sucessório faz parte da vida comum, defende-se a admissibilidade dos pactos renunciativos como forma de os cônjuges elaborarem o próprio projeto de vida, como desenvolvimento de suas personalidades e concretização da dignidade de cada um dos membros da entidade familiar. Por óbvio, assim como qualquer ato de autonomia, os pactos sucessórios firmados entre cônjuges também estariam sujeitos a uma análise de merecimento de tutela, podendo ter a sua validade questionada no Poder Judiciário, principalmente para tutelar situações concretas de vulnerabilidade.

17. A análise de outros ordenamentos jurídicos — sem a pretensão de fazer um estudo de Direito Comparado — revelou uma tendência de ampliação da autonomia sucessória do autor da herança, com a flexibilização da regra proibitiva aos pactos sucessórios, voltada para realizar outros interesses merecedores de tutela no âmbito familiar. No que concerne à sucessão do cônjuge, diante da nova realidade das famílias plurais e, em especial, dos interesses que surgem com as famílias recompostas, alguns países têm admitido, como exceção à vedação dos pactos sucessórios, determinadas modalidades de pactos renunciativos, desde que respeitados os requisitos previstos em lei. Em alteração legislativa recente, a França passou a permitir pacto renunciativo ao direito potestativo de ajuizar ação de redução. Na mesma linha, Bélgica e Portugal passaram a admitir a celebração de pactos renunciativos entre cônjuges. Assim, sugeriu-se a análise das soluções adotadas em ordenamentos estrangeiros, no intuito de extrair das tendências modernas possíveis caminhos para flexibilização da vedação aos pactos sucessórios, em perspectiva funcional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fonte, 2011.
- ALMEIDA, Lacerda de. Pactos Sucessórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edison (Coord.). *Contratos: formação e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; e SOUZA, Iara Antunes de. Invalidades matrimônias: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Lete (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- AMENTA, Gianfranco. *La successione necessaria: essere o non essere?*. Rassegna di diritto civile 3, 2009.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ANDRÉ, Diego Brainer de Souza. *O direito sucessório do companheiro e o ‘contrato de namoro’: uma análise dos efeitos da equiparação com o regime do casamento*. Civilistica.com, a.8., n.1.2019. Disponível em: [http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019 de abril de Andr%C3%A9-civilistica.com-a.8.n.1.2019.pdf](http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019%20de%20abril%20de%20Andr%C3%A9-civilistica.com-a.8.n.1.2019.pdf). Acesso em 12 de outubro de 2019
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações*. V.5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BALESTRA, Luigi; MARTINO, Marco. Il divieto dei patti successori. In: BONILINI, Giovanni. *Trattato di diritto delle successioni e donazioni – La successione ereditaria*, Milano: Giuffrè, 2009. V. I.
- BARBA, Vincenzo. I patti successori. In: PERLINGIERI, Carolina; e RUGGERI, Lucia (a cura di). *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenzanel diritto dei contratti*. Collana: Lezioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, n. 38, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- _____; e DÓRTA, Carlo. Private autonomy and testament’s content in the inheritance right. The fall of traditional beliefs in the Italian legal system. In: TEPEDINO, Gustavo; e MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena; e ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Direitos sucessórios dos companheiros*: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, Dez/2005.

_____. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos*. civilistica.com, a. 5, n. 1. 2016.

_____. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RED. V. 2, n.24, 2013.

_____; e ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; e JUNIOR, Eroulths Cortiano (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: Estudos em homenagem ao Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Prefácio da primeira edição. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zabar, 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

_____. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; e DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, vol. 11, jan./mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.944/2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454> (arquivado). Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

_____. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.944/2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6483518FC7C55FB7D584FA6F9896E76C.node2?codteor=290210&filename=Avulso+-PL+4944/2005. Acesso em 28 de setembro 2019.

BRASIL. Código Civil 2002: exposição de motivos. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/sf00019a.pdf>. Acesso em 28 de setembro 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas de Gênero mostram como as mulheres vêm ganhando espaço na realidade socioeconômica do país*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14691-asi-estatisticas-de-genero-mostram-como-as-mulheres-vem-ganhando-espaco-na-realidade-socioeconomica-do-pais> >. Acesso em: 12 de julho de 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas de Registro Civil de 2017*. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2019.

_____. Senado Federal, Projeto de Lei nº 226/2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120760?o=t> (arquivado). Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

_____. Senado Federal, Projeto de Lei nº 3.799/2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498> (em trâmite). Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª T. REsp nº 1.115.200/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.2.2011. DJe, 2 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Ag. Int. no REsp nº 1.341.825/SC. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 15 de dezembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Ag. Rg. no Ag nº 375.914/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18 de dezembro de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AGInt no AgInt no REsp nº 1.601.162-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 09 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRG na MC nº 23.242-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Terceira Turma, julgado em 03 de fevereiro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº 1.334.340-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 17 de setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº 1.472.945-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24 de julho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.337.420/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22 de agosto de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.321.998/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.591.224/MA, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 26 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.111.095-RJ, Rel. Juiz Federal Convocado Carlos Fernandes Martins, Quarta Turma, julgado em 01/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.357.117/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 26/3/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 974.241-DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta turma, julgado em 07 de junho de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira turma, julgado em 26 de maio de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.346.324-SP, Rel. Min. Nancy Adrichi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 22 de abril de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.430.763-SP, Min. Rel. Nacy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.472.945-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23 de outubro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 300.143/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 21 de novembro de 2006.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, REsp n. 1.368.123-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 22 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 66.721/RS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE nº. 878.694/MG Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, STF, RE nº. 687.432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF, RE. n. 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2016.

BRAUN, Alexandra. *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Berlin, n. 3.

BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

CACCAVALE, Ciro. *Il divieto di patti successori*. In: RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni* vol I. Padova: Cedam, 1994.

CAHALI, Francisco José; e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

CAMPOS, Diogo Leite de; e CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo de Vieira. *Direito Civil: Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Niterói: Impetus, 2010.

CASTAÑEDA, Francisco Javier Olmedo. *Proibición de los pcos sucesorios em el Derecho común: cuestionamento de su ratio legis. Proposta para su admisibilidad*. Anuário de Derecho Civil, tomo LXXII, 2019, fase II.

CHECCHINI, Aldo. *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*. Rivista di Diritto Civile, n. 3, maggio-giugno, 2007.

CIMBALI, Enrico. *A nova phase do Direito Civil e suas relações económicas sociaes*. Porto: Chardron, 1900.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Diálogos: o direito das sucessões e os institutos fundamentais do direito civil. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 23, set./out. 2017.

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

DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Ponto-e-vírgula*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

DUMONT, Tillo; e HOOYBERGHS, Hans. *Reform of Belgian inheritance law: a summary of the main changes*. *Trusts & Trustees*, vol. 23, n. 10, December, 2017.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *The Monist*, Vol. 56, no. 1. 1972.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. A morte sob o contrato de casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família: pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. VII. Salvador: JusPodivm, 2019.

FOQUÉ, René; e VERBELE, Alain. *Towards an open and flexible imperative inheritance law*. *European Family Law Series*, n. 26, 2009.

FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematização sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. Tese (Doutorado na Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARBI, Carlos Alberto. *Mudar o vigente regime sucessório brasileiro é urgente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/mudar-vigente-regime-sucessorio-brasileiro-urgente>. Acesso em: 22 set 2019.

GARB Louis; WOOD, John. *International Succession*. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 65.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HESPANHA, Antônio Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões: Polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

_____. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito das sucessões*, vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Concorrência do convivente e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; e ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais*. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, v. 1, n. 1, 2015.

_____. Os herdeiros legitimários no Direito Civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Morrer e suceder: passado e presente na transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; TARTUCE, Flávio. *Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo GUERRA de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Coleção Direito UERJ. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O art. 1.829, I do Código Civil e o regime da separação convencional de bens. In: CAHALI, Francisco José; e CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 3. Disponível em: http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A responsabilização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 24, jun./jul, 2014.

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Lex Magister, 2012.

_____. A crise conjugal e o colapso dos atuais regimes de bens. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Renúncia de herança em pacto antenupcial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; e DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

_____. *Renúncia de herança no pacto antenupcial*. Revista do IBDFAM, vol. 27, mai./jun., 2018.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1965.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito dos contratos: Teoria Geral dos Contratos*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; e SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. Revista de Direito Privado, vol. 72, ano 17, dez/2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *A nova família, de novo: Estruturas e função das famílias contemporâneas*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013.

_____. O princípio da solidariedade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Princípiã, 2016.

MORAIS, Daniel. *Direito Sucessório – apontamentos: introdução e estática sucessória*. Lisboa: AAFDL, 2019.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Regime de bens e sucessão. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 56, abr./jun. 2015.

_____. *Vocação sucessória do cônjuge e regime de bens: o capítulo conclusivo de uma evolução jurisprudencial (?)*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 10 - 21, Janeiro/Abril 2018.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *A privatização do casamento*. *Civilistica.com*, a. 5. n. 2. 2016.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Como preservar a isonomia das entidades familiares na sucessão legal? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil: volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. *A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878-694-MG*. *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, v. 21, 2017.

_____. *Perspectivas para o planejamento sucessório*. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 18, nov./dez. 2016.

_____. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 25, 2018.

_____. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda; e CARVALHO, Bárbara Dias Duarte de. Possibilidade jurídica de disposições sucessórias no pacto antenupcial e de convivência. In: BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; e RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, 2019.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A colação e seus reflexos no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. La funzione sociale del diritto successorio. In: PERLINGIERI, Pietro. *Rassegna di diritto civile I*. Diretta de Pietro Perlingiere. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

_____. *Normas constitucionais nas relações privadas*. Civilistica.com, a. 8. n. 1. 2019.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Tomo XXXVIII*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

_____. *Tratado de direito privado*: Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

RAAD, Daniela Russowsky. *O exercício da autonomia privada no Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, André Luiz Arnt; e CATALAN, Marcos Jorge. *O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?*. *civilistica.com*, a. 8. n. 2. 2019.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; e 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*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, vol. 24, out/dez 2005.

REVISTA ISTO É. *O retrato da nova família*. Disponível em: https://istoe.com.br/247220_O+RETRATO+DA+NOVA+FAMILIA/ Acesso em: 13 de outubro de 2019.

REVISTA VEJA. *Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/> Acesso em: 09 mai. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0064569-49.2016.8.19.0000, Rel. Des. Guaraci de Campos Viana, 19ª Câmara Cível, julgado em 05 de julho 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0088763-79.2014.8.21.7000. 8ª Câmara Cível. Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 22 de abril 2014

_____. Tribunal de Justiça., Agravo de Instrumento nº 70078466950, Rel. Des. Sandra Brisolará Medeiros, Sétima Câmara Cível, julgado em 26 de setembro de 2018.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. In: *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012.

_____. *Dal soggetto alla persona*. In: *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012.

_____. *Diritto d'amore*. Roma: Editori Laterza, 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, volume VII. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROGUIN, Ernest. *Traite de Droit Civil Compare*. Paris: F. Pichon, 1912.

SANTAS, San Tiago. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. v. XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1006391-24.2018.8.26.0292, Terceira Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Beretta da Silveira. Julgado em 31 de julho de 2019.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1003911-76.2016.8.26.0152, Oitava Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Theodureto Camargo. Julgado em 18 de julho de 2019.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1006003-52.2016.8.26.0079. Segunda Câmara de Direito Privado. Des. Rel. José Carlos Ferreira Alves. Julgado em 13 de março de 2018.

SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil constitucional*. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 10, de outubro de /Dez 2016.

_____. et. al. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos jurídicos da multiparentalidade*. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016.

_____. *União Estável e Casamento: uma equiparação?* Disponível em: <http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

_____. *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/familias-simultaneas.pdf>. Acesso em: 25 ago 2019.

SCHREIBER, Anderson; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporânea. Vol. 19, abr./jun., 2019.

_____. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária. In: MADALENO, Rolf; e BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas. 2015.

SECÔ, Thaís Fernanda Tenório; e REIS, Felipe Guerra David. *O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, vol. 12, abr/ jun. 2017.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações*. vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SILVA, Marcos Alves da. *Cônjuge: herdeiro desnecessário*. In: TEPEDIDO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo. (Org.) *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014.

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

SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência de pacto sucessório*. Revista Imes, v. 5, n. 10, jan./ jun. 2005.

SOUSA, Felipe Soares de. *A sucessão dos descendentes: análise crítica da impossibilidade de afastamento da transmissibilidade sucessória dos bens entre os cônjuges e os efeitos dos regimes de bens do casamento em relação à legítima*. Revista de Direito Privado, vol. 92, Ago/2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação ao planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Vol. 5, jul/ set 2015.

_____; e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil: volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____.; e RODRIGUES, Renata de Lima. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo: da não intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Daniele Chaves e COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura dos planejamentos sucessórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

_____. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *A colação e o critério de apuração do valor das liberalidades recebidas pelos herdeiros necessários*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 21, p. 11-13, jul./set. 2019.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012.

_____. Contrato em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019

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

_____. *Dilemas de afeto*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 14, mar./abr. 2016.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 14, p. 11-13, out./dez. 2017.

_____. *Sucessão hereditária e solidariedade entre cônjuges e companheiros: urgência de reforma legislativa*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/sucessao-hereditaria-solidariedade-entre-conjuges-companheiros-urgencia>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro, Forense, 1990.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN, Maria Celina de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline Valverde. *A autonomia contratual*: da estrutura à função. Arquivo Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, v. 2, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. T. I. Bruxelles: Louis Hauman et Comp. Libraires, 1835.

VALADARES, Maria Goreth Macedo Valadares. As famílias reconstruídas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2013.

VERBEKE, Alain Laurent P. G., *Marital property planning in a Belgian nutshell*. Over Even OVER ERVEN: LIBER AMICORUM PROF. COENE, pp. 473-498, Kluwer, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1750978> Acesso em: 09 set 2019.

_____; e VAN ZANTBEEK, Anton. Belgium. In: HAYTON, David (Coord.). *European Succession Laws*. Bristol: Jordans, 2002.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aqüestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZIVOJINOVIC, Dragica; e DURDIC-MILOSEVIC, Tamara. *Inheritance contract and its substitutes in European and Serbian law*. Revija za evropsko parvo, XVII, 2015, 2-3.