

A VALIDADE DA RENÚNCIA AO DIREITO CONCORRENCIAL SUCESSÓRIO NO PACTO ANTENUPCIAL

THE VALIDITY OF THE WAIVER OF THE COMPETITION RIGHT IN THE ANTENUPCIAL AGREEMENT

Ricardo José Rizkallah¹

Rubens Luiz Schmidt Rodrigues Massaro²

RESUMO

O presente trabalho tem por base o estudo do pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório a partir do estabelecimento de regras sucessórias, aqui em específico da renúncia ao direito concorrencial por ocasião da abertura da sucessão do cônjuge. Questiona-se a validade deste direito, se confrontado com a vedação do artigo 426 do Código Civil de 2002, reportando os defensores desta proibição ao mesmo motivo utilizado para vetar o pacto corvina, quando o objeto de um contrato é a herança de pessoa viva. Neste artigo, com supedâneo na evolução histórica do Direito de Família, consolidando os princípios da intervenção mínima e da autonomia privada, demonstraremos, pelas interpretações literal, sistemática e teleológica, a validade deste direito.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Renúncia. Sucessão. Validade.

ABSTRACT

The present work is based on the study of the antenuptial agreement as an instrument of succession planning based on the establishment of succession rules, here in particular the waiver of competition law on the occasion of the opening of the spouse's succession. The validity of this right is questioned, if confronted with the prohibition of article 426 of the Civil Code of 2002, reporting the defenders of this prohibition to the same reason used to veto the pacta corvina, when the object of a contract is the inheritance of a living person. In this article, based on the historical evolution of Family Law, consolidating the principles of minimal intervention and private autonomy, we will demonstrate, through literal, systematic and teleological interpretations, the validity of this right.

Keywords: Prenuptial agreement. Renounce. Succession. Validity.

¹ Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e doutorando pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.

² Advogado e professor de carreira em matérias de Direito e Administração. Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-graduado em Administração no curso Master in Business and Management (MBM) pela FGV. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Tecnólogo em Gestão Comercial pela Uninove. Articulista colaborador do Universo ZN.

INTRODUÇÃO

Muito se fala, atualmente, em planejamento sucessório como ferramenta para organizar a sucessão *causa mortis* ainda em vida, evitando desgastes familiares futuros, inerentes a partir da abertura da sucessão, tais como litigância entre os sucessores, problemas organizacionais e riscos acidentais de percurso em uma demanda

Diversos são os instrumentos previstos em lei utilizados hodiernamente para tal finalidade, seguros juridicamente. Entretanto, há um grande questionamento que se coloca para os planejamentos feitos no pacto antenupcial quando se tratar de sucessão.

Esse ponto alude a uma discussão acerca da validade dos pactos antenupciais com cláusulas que regem a questão sucessória entre os cônjuges, em especial, a renúncia ao direito de concorrência sucessória com ascendentes e descendentes. Afinal, seria permitido pelo nosso ordenamento jurídico essa renúncia prévia constante de instrumento antenupcial? É pertinente utilizarmos esse instrumento para o planejamento sucessório?

Apresentaremos, no presente trabalho, argumentos pela validade da renúncia ao direito concorrencial sucessório no pacto antenupcial. Para tanto, discorreremos do contexto histórico do Direito Civil no Brasil e a autonomia privada das partes – do forte intervencionismo e indisponibilidade de direitos de antigamente ao Direito de Família mínimo.

Será explicado, adiante, quais os pilares fundamentariam limitar a autonomia privada nos planejamentos familiares no Brasil, levando o caso da *pacta corvina*.

Por derradeiro, utilizando as interpretações literal, sistemática e teleológica, demonstraremos a validade do planejamento familiar no pacto antenupcial, em específico da renúncia ao direito concorrencial na sucessão.

Escolhemos para organização lógica o método hipotético dedutivo, referenciado em pesquisa bibliográfica, de doutrinas, artigos e nossa opinião pessoal.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

A evolução histórica do Direito de Família no Brasil passa por três fases:

1.1. AS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS

Desde o início, quando o sistema jurídico foi trazido pelos europeus, regras de cunho religioso, eram a matriz de todas as regulações, o que contemplava, evidentemente, o Direito de Família. O direito no Brasil era sistematizado pelas ordenações portuguesas, sendo três diplomas sucessivos: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, tendo sido a última o mais longevo código de leis aplicados no nosso país (promulgadas em 1603 até serem substituídas pelo Código Civil de 1916).³

Nessas ordenações, não havia margem alguma para planejamento entre os familiares, posto que a família era algo sagrado e de interesse do Estado. Tudo na família deveria ser analisado sob o prisma religioso. Dentre estas concepções, o afeto, elemento essencial da família desde o Direito Romano (*affectio maritalis*⁴), era hierático, balizado pelo sagrado. Apenas a família matrimonial era reconhecida protegida pelo direito, marginalizando outros modelos tratados com atenção pífia ou deletéria pelos legisladores.

Ainda neste sistema, havia uma proeminência absolutista do *pater familiae*, diante de outros membros daquele agrupamento, com poderes de autorizar ou vetar qualquer ato conduzido pelos membros da família, de validar o futuro deles e o único com pleno exercício da capacidade civil. Quando o pai de família morria, segundo as Ordenações Filipinas, em seu livro IV, Título XCV, “a mulher só pode ficar em posse e cabeça do casal, tendo vivido conjuntamente com o marido *em casa teúda e manteúda*”⁵, o que ratificava o protótipo patriarcal e tradicionalista, baseado na exegese bíblica – poderíamos

³ Cf. COSTA, Célio Juvenal (et. al). *História do Direito Português no período das Ordenações Reais*. Congresso Internacional de História, 2011, Disponível em: < <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/153.pdf>>. Acesso em 7 de junho de 2023.

⁴ “Intenção presumida dos cônjuges de fazer perdurar o casamento”. (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo : Rideel, 2011, p. 898)

⁵ GARCEZ, Martinho. *Do direito da família* : segundo o projeto de Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro : Cruz Coutinho, 1914, p. 145.

suscitar como analogia o livro de Rute, capítulo 1, ou no “Poema da Mulher Virtuosa”, contido em Provérbios, capítulo 31, versículos 10 a 31.

1.2. O CÓDIGO CIVIL DE 1916, O TRADICIONALISMO E O LIBERALISMO

A próxima era do Direito de Família no Brasil viria com a promulgação do Código Civil de 1916, de índole liberal e conservadora. A necessidade de criação de um código de leis civis totalmente brasileiro não veio apenas por questões nacionalistas. Clovis Bevilacqua anuncia os motivos da criação do que viria a ser o Código Civil de 1916: redige que “testemunhos irrecusáveis desse estado de espírito se no deparam nos livros de doutrina que a signalam, deplorando, a dissonancia entre o instrumento legislativo de que se servem e a expansão científica que o deslumbra”⁶, já deixando patente a sina positivista-científica que teria o Código Civil.

Pairava um furor revolucionário sobre o projeto de lei, desacorrentado da exegese religiosa. Martinho Garcez, que escreveu em 1914 uma obra sobre o projeto do Código Civil, reputava um ânimo reformista. *Exempli gratia*, em sua obra⁷, destaca a admissão legal das convenções antenupciais atípicas para formatação do regime de comunhão de bens do casal, algo que era delimitado pela linha tradicionalista.

Contudo, o Direito de Família do início do século XX sempre manteve “um pé e meio” no tradicionalismo. Se lermos a obra “Direito de Família” do grande idealizador do Código Civil de 1916, Clovis Bevilacqua⁸, publicada vários anos antes, em 1896, notaremos que o autor não traz muitas críticas ao espírito conservador das Ordenações Filipinas, ao contrário, endossando muitas vezes.

É correto dizer que a “revolução” do Código Civil de 1916 foi, em parte, trocar a base jurídica: do dogmatismo da Igreja para o positivismo do Estado. Com efeito, a família deixou de ser sagrada, passando a receber tratamento

⁶ BEVILACQUA, Clovis. *Em defeza do projecto de codigo civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1906, p. 13.

⁷ GARCEZ, p. 128-129.

⁸ Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*. Campinas(SP) : Red Livros, 2001. (Reprodução da obra original)

como um agrupamento objetivo e indisponível colocado acima dos interesses individuais e da felicidade de seus próprios membros, como uma célula, uma partícula constituinte do Estado⁹, contexto no qual ele avocava para si o poder de estabelecer todas as regras e diretrizes do direito de família. O afeto não era mais religioso, porém estatizado¹⁰ - o matrimônio permanecia a um nível superior aos interesses dos cônjuges, cúmplices de uma sorte comum e cativos da intervenção estatal¹¹.

O Código Civil de 1916 não se sustentou na defesa dos cânones da religião, mas manteve em boa parte o tradicionalismo. A religiosidade foi substituída pelos bons-costumes. Lendo os ensinamentos de Bittencourt¹², depreendemos que o Código Civil de 1916 se pautava pela defesa da moralidade da família, estipulando critérios discricionários legais que zelavam pela sua integridade. Esta defesa institucional acabava por segregar pessoas historicamente colocadas em um limbo, como através da limitação de filhos adulterinos reconhecíveis e pela proibição de reconhecimento filial enquanto durasse uma sociedade conjugal legítima¹³.

No mais, a figura do pai de família ainda se manteve quase intacta no Código Civil de 1916, com comandos legais que “atribuíam ao cônjuge-varão preeminência na relação familiar”, enunciados de maneira preclara nos incisos I e III do art. 233 e no art. 240¹⁴.

Resumindo, as normas, no âmbito do Direito de Família, assim como no tempo das ordenações, ainda eram predominantemente cogentes, com reduzido

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das família*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 27.

¹⁰ “No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do poder público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira estatização do afeto.” (Ibidem, p. 17)

¹¹ O casamento era quase indissolúvel, salvo pontuais exceções legais. Mesmo com o advento da Lei nº 6.515 de 1977 e desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, permanecia uma obrigação legal de residirem os cônjuges sob o mesmo teto, situação na qual o legislador consideraria como uma fase de teste para verificar se as partes se reconciliavam ou não.

¹² BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito* : segundo volume. Rio de Janeiro : Alba, 1961, p. 111 e ss.

¹³ Dispunha o artigo 358 do Código Civil de 1916, que “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”, revogado somente com o advento da Lei nº 7.841 de 1976.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 5 : direito de família. Rio de Janeiro : Forense, 2016, p. 15.

espaço para o exercício da autonomia privada entre os seus membros, normalmente em questões meramente patrimoniais, como no regime de bens do casamento e alguns temas personalíssimos. *Ex positis*, alguns autores, como Silvio Rodrigues¹⁵ e Eduardo Espínola¹⁶, classificaram o Direito de Família como ramo do Direito Público.

1.3. O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CÓDIGO CIVIL DE 2002

Finalmente, chegamos à última fase, encetada com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁷, com uma proposta de *Welfare State*¹⁸. Neste cenário, a família deixa de ser uma célula estatal, passando a ser uma célula social, de interesse privado acima do interesse público¹⁹. Para explicar essa mudança de visão, tomamos como supedâneo a lição de Rodrigo da Cunha Pereira²⁰ que analisa com maestria os fatores de relevância que permitem chegar a esta conclusão, podendo separar o seguinte trecho:

Sem dúvida, até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém,

¹⁵ “Já foi afirmado acima que a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares (...).” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. V. 6. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.)

¹⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas(SP) : Bookseller, 2001, p. 17.

¹⁷ No arcabouço da Constituição Federal de 1988, temos como matriz do Direito de Família os artigos 226 a 230, embora ainda possamos encontrar determinações úteis também nos artigos 5º e 6º. O parágrafo 7º do artigo 226 foi esculpido à semelhança do Direito de Família mínimo, consagrando a liberdade da família e de seus membros em relação ao Estado.

¹⁸ Com a valorização da autonomia privada e a derradeira intervenção mínima, houve uma incontestável mudança no papel do Estado, que passou de protetor-repressor para protetor-provedor-assistencialista, uma sinalização clara ao movimento global de garantia dos direitos fundamentais da pessoa, inicializado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte: Magister, n. 00, p. 144-159, out./nov. 2007, p. 47.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 154 e ss.

com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez que com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva sobretudo no âmbito das relações familiares (...). A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição

(...)

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é o que deve interessar ao Estado.

Com a ascensão do movimento constitucionalista e a superação do positivismo, todas as normas infraconstitucionais o controle de constitucionalidade ganhou nova feição. Ao revés do que acontecia anteriormente, não se questionava apenas a validade formal, hierárquica e abstrata. A substância das normas se tornou objeto de análise capital com a Constituição Federal de 1988.

No ideal do Estado do Bem-Estar Social que serviu de fôrma para o Estado Brasileiro, considerando na Constituição Federal o fundamento da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal) e os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos (incisos I e IV do art. 3º), é epistemológico dizer que o direito sempre deverá desembocar no bem-estar social. No caso do Direito de Família, o bem-estar social está mais latente em sua vertente da ordem social (art. 193). Portanto, sempre que olharmos uma lei, devemos ter como valor a função social dela. Sucede, portanto, uma constitucionalização dos direitos civis²¹ - exigência que a aplicação de um direito respeite os direitos

²¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

fundamentais, que abrangem os sociais, no que se conhece por horizontalização dos direitos fundamentais.

As principais mudanças no Direito de Família foram a consolidação do princípio da intervenção mínima (sobre as relações privadas) e a desestatização do interesse de índole pessoal, fomentando a busca da felicidade e dignidade humana do indivíduo - movimento intrínseco ao constitucionalismo social²², que tornou os direitos sociais em direitos fundamentais²³. A família continuava sendo a base da sociedade (art. 226 da CF de 1988), apenas alterando a maneira de como a família seria tratada juridicamente.²⁴

No parágrafo 7º do art. 226 da Constituição foi esculpida a possibilidade do planejamento familiar com a participação independente de seus membros, desde que respeitados os requisitos da capacidade civil. Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, este dispositivo possui duas faces, uma exigindo a abstenção do Estado em qualquer ato de ingerência sobre a vida privada, outra postulando os recursos do estado para garantir esse direito fundamental.²⁵ Cabe a nós frisarmos que a ideia central deste planejamento não é outorgar aos familiares o planejamento, mas de reconhecer na própria essência do conceito de família essa liberdade²⁶.

No modelo anterior, ficávamos diante de uma situação teratológica na qual o Estado poderia participar na vida pessoal e intimidade dos membros da família, bastando a superveniência de interesse estatal para justificar essa

²² MARTINS, Flavio. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021, p. 1003 e ss.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 601-624

²⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil* : volume V : família. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 1-15.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 6. ed. ampl. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.206

²⁶ LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil Comentado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 651-652.

“supervisão” nos moldes patriarcais²⁷, com uma submissão autocrática²⁸. A situação mudou e os indivíduos ganharam este direito de liberdade para planejar²⁹.

Neste conseqüentário, o afeto ganhou nova feição no Direito de Família, sendo considerado talvez “o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da

²⁷ “O Código Civil de 1916 regulava essa família patriarcal sustentada pela suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo. Era interesse do Estado que esta família monolítica, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente. Mas, a partir das modificações políticas, sociais e econômicas, foi inevitável o declínio do caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade até então baseada no casamento. Surgiu uma nova família, que valoriza o afeto, a solidariedade e a cooperação entre seus membros. Vê-se o fim da hierarquização de seus componentes, que se igualam em direitos e deveres, em que se encontra presente uma autonomia de vontade que deve ser respeitada, sobretudo, pelo Estado.” (PEREIRA. Op. cit., p. 155-156)

²⁸ “O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as conseqüências punitivas aos filhos. As transformações desse paradigma ampliaram radicalmente o exercício da liberdade para todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. Em 1962 o Estatuto da Mulher Casada emancipou-a quase que totalmente do poder marital. Em 1977 a Lei do Divórcio (após a respectiva emenda constitucional) emancipou os casais da indissolubilidade do casamento, permitindo-lhes constituir novas famílias. Mas somente a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos ilegítimos, enfim, a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade.”(LÔBO, *Princípio da solidariedade familiar*, p. 46-47.)

²⁹ “Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade (...). A partir disso, percebe-se, sem embaraços, que o Estado começa a se retirar de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se que venha, em futuro próximo, a cuidar com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação). Foi vencido na guerra. E o vencedor (a pessoa humana, revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua fundamental privacidade, como expressão de sua dignidade) pode, agora, desenvolver amplamente os seus projetos existenciais e patrimoniais, como corolário de sua liberdade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21-22).

dignidade humana”³⁰. A entidade “família” transformou-se em uma instituição muito mais aberta, inclusiva e democrática, propiciando a felicidade individual de seus membros, com vistas à preservação de sua dignidade, com concomitantemente valorização da autonomia privada. Significou uma adoção do conceito de família com base em vínculos reais de afeto, e não por mera dicção legal ou burocracia, abrindo trilha para o reconhecimento de várias espécies familiares.

A atribuição do afeto real como elemento essencial da família implica, necessariamente, no reconhecimento do exercício da autonomia da vontade e da autonomia privada³¹. É um sentimento intimamente relacionado à liberdade na formação, manutenção e extinção de laços familiares. Ao afeto, tudo pode, desde que “não se descurem dos fundamentos basilares do seu núcleo familiar”³².

Como corolário da Constituição Federal de 1988, veio a derrocada do Código Civil de 1916, mormente seu espírito já não mais correspondia à matriz constitucional. Assim, a diferença precípua do novo Código Civil de 2002 com seu antecessor foi a materialização dos princípios do Direito de Família desenhados pela Constituição Federal de 1988, algo que o antigo Código não poderia mais oferecer³³.

O princípio da intervenção mínima viria a ser positivado infraconstitucionalmente no artigo 1.513 do Código Civil de 2002, segundo o qual: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, em uma reprodução do parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

³⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 47.

³¹ “a liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade”. (PEREIRA, Op. cit., p. 182)

³² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63.

³³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* : volume 5 : direito de família. 27. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 32-40.

Dimas Messias de Carvalho³⁴, ao comentar o dispositivo em questão, ressalta que “a liberdade é um dos mais importantes princípios do Direito de Família e realçada no atual Código Civil ao vedar qualquer forma de imposição ou restrição na constituição da família (art. 1.513)”. Seria dizer, por outras palavras, que se “garantiu à família liberdade de administração e condução, não devendo ela sofrer intervenção do Estado ou de qualquer outra entidade.”³⁵

Vale advertir, entretanto, que a liberdade não é absoluta, devendo ser ponderada também a função social da família, em harmonia com o objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I do art. 3º da CF /88). No Código Civil de 2002, esta contenção se justifica pelo princípio da socialidade, a “solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses (particulares) diversos e recíprocos”³⁶.

Podemos afirmar, dessarte, que a intervenção estatal deve ocorrer tão somente de forma excepcional, quando autorizado por lei, e apenas quando estritamente necessário para a proteção de outros direitos fundamentais. Do contrário, deverá prevalecer a autonomia dos membros da família, e da comunhão de vida por eles instituída.

2. OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Muito se discute, atualmente, acerca de instrumentos legítimos para o planejamento sucessório, de forma a permitir que, em vida, sejam resolvidas questões atinentes à sucessão *causa mortis*, obstando litígios familiares e dispensando a burocracia e morosidade do inventário ou arrolamento. O planejamento no domínio familiar vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade, com o fito de “precipualemente corrigir as eventuais distorções

³⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de família*. 2. ed. atual., rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.

³⁵ ASSIS NETO, Sebastião; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de direito civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador : JusPodivm, 2017, p. 1.630.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil : Parte Geral e LINDB*. 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015, p. 23-24.

causadas pelas anacrônicas regras do direito sucessório, mesmo respeitando os limites legais, entre os quais a intangibilidade da legítima”³⁷.

Aprendemos no estudo de Direito de Família que o casamento e a sucessão criam obrigações entre as partes, como se um contrato fosse. Neste diapasão, é possível falarmos de autonomia privada, até de dirigismo contratual. Caberia, dessarte, planejamentos no âmbito familiar, como em situações de matrimoniais e em sucessão.

É possível nos depararmos com negócios jurídicos no âmbito do Direito de Família, tanto bilaterais, no caso dos pactos, como unilaterais, mormente as doações e renúncias³⁸. Nos planejamentos familiares há um pensamento estratégico de otimização do patrimônio e organização de direitos e deveres.

Contudo, há três entraves à plena autonomia privada no Direito de Família: o afeto, a consanguinidade e as normas cogentes. O afeto e a consanguinidade são questões idiossincráticas, compreendendo, no caso do afeto, a intenção familiar, como nos casos de paternidade socioafetiva ou união estável, e, no que diz respeito à consanguinidade, impedimentos de matrimônio, regras de sucessão e deveres para com a ascendência e descendência. Por fim, temos as normas cogentes, que são aquelas de ordem pública, indisponíveis para negociação ou renúncia, como é o caso do reconhecimento de paternidade (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e os direitos de personalidade, em regra (art. 11 do Código Civil de 2002).

Por outro lado, é natural que encontremos no direito uma certa cautela quando falamos de planejamento familiar. Pairam imputações objetivas de fraudes contra credores e legitimação de atos espúrios contra a solidariedade familiar sobre o planejamento, exigindo um especial olhar do legislador.

Por tudo que foi aventado, a lei, realmente, coloca algumas hipóteses de vedação ao planejamento familiar. O embaraço ao planejamento familiar, no entanto, mira uma eficácia que, conforme a teleologia da função social, projetam

³⁷ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 180.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 271.

uma finalidade mais nobre do que a autonomia privada dos familiares em determinadas situações. Precisamos, portanto, estabelecer o fundamento da proibição, materializado como uma norma individual, a fim de confrontá-lo com sua função social.

Subsiste a necessidade de proibição dos pactos sucessórios? Quais os interesses protegidos pela regra proibitiva? É realmente um problema a validade de negócio jurídico cujo exercício ou aquisição da vantagem por ele prevista dependa da morte do estipulante? Em que medida esses interesses podem ser confrontados por outros de superior hierarquia axiológica? Haveria utilidade social na permissão, ainda que setORIZADA, dos pactos sucessórios? Todas essas perguntas se mostram óbvias quando se leva em consideração outros ramos do direito que foram alvo de grande intervenção da Carta Magna de 1988, e até mesmo dentro do próprio Direito Civil, principalmente em relação aos direitos de cunho existencial.³⁹

Há situações em que o próprio legislador impede a autonomia privada sobre determinadas questões. “A imperatividade absoluta de certas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade.”⁴⁰

De acordo com Guilherme Braga da Cruz⁴¹, essa proibição categórica dos pactos sucessórios veio desde o Direito Romano, vetando a *pacta corvina*, isso é, o pacto sobre herança de pessoa viva – algo considerado antiético pelos romanos. Muito embora na Baixa Idade Média alguns sistemas jurídicos permitissem hipóteses de planejamento sucessório, as Ordenações Filipinas⁴², mantiveram a proibição. Desde então, o mesmo comportamento legal se manteve, retransmitido nos diplomas legais sucessores.

Essa censura histórica do legislador sobre acordos que envolvessem direito sucessório trouxe um comportamento estigmatizado dos operadores do direito, até preconceituoso ao sequer contemplar sua possibilidade jurídica.

³⁹ SILVA, p. 81.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil* : volume I : teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 50

⁴¹ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 60, 1965. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>>. Acesso em 08 de abril de 2023.

⁴² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*, tomo I. Rio de Janeiro: 1936, p. 66.

3. VALIDADE DA RENÚNCIA AO DIREITO CONCORRENCIAL NO PACTO ANTENUPCIAL

A partir de uma interpretação literal, poderíamos concluir, *ab initio*, que estaria proibido qualquer ajuste, acordo, combinado, que envolvesse o patrimônio de pessoa ainda viva como herança. A vedação genérica amplia os efeitos da morte, um fato jurídico *stricto sensu*, para o exercício da autonomia privada, limitando-a, até a situações nas quais não há prejuízo à liberdade de testar, como ocorre com os pactos renunciativos.⁴³

Olhando por este prisma, o artigo 426 do Código Civil proíbe a ação da renúncia à sucessão, vez que ela somente poderia se dar após a abertura dela, com a morte, vez que neste exato momento, é que nasce para os herdeiros o direito, conforme o princípio de *saisine*, adotado expressamente pela legislação civil. A renúncia antecipada, ou mesmo um acordo envolvendo promessa de renúncia, implicaria no enquadramento como negociação sobre herança de pessoa viva, o que caracterizaria a *pacta corvina*.⁴⁴

Itabaiana de Oliveira⁴⁵, ao comentar dispositivo com o mesmo teor do art. 426 do Código Civil atual constante do Código Civil de 1916, já explicava que havia expressa vedação de contrato com objeto de herança de pessoa viva. Nem mesmo através de pacto antenupcial poder-se-ia estipular regras acerca da sucessão hereditária, aplicando-se o tratamento da nulidade virtual, por tratar-se de violação à disposição legal.

Contudo, a situação do *pacta corvina* é diferente da renúncia ao direito concorrencial no pacto antenupcial. Não nos parece haver qualquer impedimento legal, conforme veremos adiante.

Primeiramente, escolhendo a interpretação literal, devemos nos ater à ideia de que não se trata especificamente de uma renúncia à herança, vez que

⁴³ SILVA, p. 154.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

⁴⁵ ITABAIANA DE OLIVEIRA, p. 67.

esta, de fato, sequer existe ainda. Haveria, na verdade, renúncia ao direito de concorrência com os demais herdeiros, um objeto diverso do que o previsto no art. 426 do Código Civil.

Ainda na interpretação literal, se nos debruçarmos sobre a vedação à modalidade do ato jurídico, é necessário saber que está obsoleta a clássica distinção feita no direito romano entre pactos e contratos⁴⁶. A modernidade nos apresenta uma ressignificação do instituto contratual⁴⁷, que assume uma função relacionada ao trânsito jurídico do direito de propriedade, elevado à categoria de direito fundamental, sendo então considerado um direito abstrato, individual e absoluto.⁴⁸

A renúncia não é uma contratação, visto que esta tem natureza de negócio jurídico unilateral. Logo, se a renúncia de herança não tem natureza contratual, ela não é abrangida pela limitação do artigo 426 do Código Civil, ainda que esta conste de um instrumento negocial como o pacto antenupcial. Isto se deve porque a natureza da renúncia não tem o condão de alterar a natureza do instituto, sendo um compartimento menor do entabulamento geral do pacto. A partir desta premissa, não podemos classificar como um contrato todo e qualquer ato jurídico bilateral, ou nem mesmo todo negócio jurídico.

Se assim o fosse, deveriam ser aplicados institutos atinentes aos contratos, considerando que, "em relação ao contrato, no direito são estabelecidos preceitos gerais, como o distrato, a resolútoría tácita, a condição do contrato não cumprido, a proposta e a aceitação e muitos outros princípios"⁴⁹, os quais, por certo, são descabidos em questões familiares⁵⁰. Na separação entre o direito das obrigações, no qual estariam inseridos os contratos, e o direito de família, Pontes de Miranda inseria o pacto antenupcial em ponto

⁴⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 231 e 232.

⁴⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8.

⁴⁸ COMPORTI, Marco. *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*. *Rivista di Diritto Civile*, v. XXX, p. 285-331, maggio/ giugno, 1984, p. 289.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 21.

intermediário, como “figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento, mesmo, como irradiador de efeitos”.⁵¹ No entender de Débora Gozzo, o pacto antenupcial não seria um contrato, mas sim um “negócio jurídico de direito de família”, pois “ele é um ato jurídico (*lato sensu*) pessoal. Só os nubentes podem ser partes. É formal, sendo indispensável a escritura pública”.⁵²

Contudo, não sobeja dúvidas que “conquanto seja negócio jurídico de conteúdo patrimonial, o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações, afirmando-se que tem caráter institucional”.⁵³

Enquanto o contrato possui finalidade estritamente econômica, o pacto antenupcial, enquanto negócio jurídico do direito de família, tem natureza existencial, essencial ao desenvolvimento e realização pessoal dos envolvidos.

Partindo agora para uma interpretação sistemática⁵⁴, é forçoso analisar o tratamento idêntico ou similar em todo o ordenamento jurídico.

Ainda que se argumente que a renúncia ao direito concorrencial na sucessão no pacto antenupcial é um contrato, qual seria a diferença dessa regra de um ato constitutivo de sociedade empresária que prevê a forma de transmissão da participação do falecido, até mesmo proibindo o ingresso dos herdeiros na sociedade?

O ordenamento concede liberdade aos cônjuges na escolha do regime de bens de casamento (art. 1.639 do Código Civil de 2002), podendo eles valerem-

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: dissolução da sociedade conjugal; eficácia jurídica do casamento* [livro eletrônico]. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 8. § 876.1.

⁵² GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 30 e 34.

⁵³ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1983, p. 168.

⁵⁴ “Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104)

se de um dos regimes típicos, tratados no Código Civil⁵⁵, bem como estabelecer um regime próprio, com regras distintas de todos os previstos pelo legislador, procedendo, por exemplo, à combinação de regras de regimes distintos⁵⁶. Sabemos, também, que existem regimes que excluem o cônjuge supérstite da condição de herdeiro na concorrência com os descendentes, como se dá no regime da comunhão universal, na comunhão parcial quanto aos bens comuns e na separação obrigatória⁵⁷.

Por fim, refutamos o argumento pela impossibilidade da renúncia firmada em pacto antenupcial pela condição de herdeiro necessário do cônjuge, pois esta condição visa impor limites à liberdade de testar, ou mesmo de dispor gratuitamente dos bens em vida, em prejuízo de tais herdeiro, reduzindo a autonomia da vontade do testador, na elaboração de ato unilateral. Obviamente, esta hipótese limitadora não se aplicaria ao cônjuge supérstite.

Portanto, a interpretação desarrazoada do artigo 426 do Código Civil tem abarcado situações que não estariam abrangidas pela restrição. A melhor interpretação, assim, é a que limita a vedação aos pactos dispositivos, não sendo, por outro lado, aplicáveis aos renunciativos e aquisitivos⁵⁸. Como salienta Mario Luiz Delgado⁵⁹, nas situações em que o Código Civil quis vedar a renúncia

⁵⁵ Se casados pelo regime da comunhão parcial, o cônjuge concorrerá com os herdeiros naqueles bens adquiridos antes do casamento, mas não nos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio, sobre os quais terá resguardada a sua meação.

Já no regime da comunhão universal, os bens adquiridos em momento anterior à constituição do vínculo matrimonial tornam-se bens comuns com o casamento, fazendo jus o cônjuge supérstite a 50% deles, a título de meação.

⁵⁶ “Por exemplo, o casal pode adotar as regras pertinentes ao regime da comunhão parcial de bens e, por outro lado, afastar a comunicação das benfeitorias pagas exclusivamente por um dos cônjuges em bens comuns ou particulares. Ainda, poderiam os companheiros usar as normativas que versam a respeito da comunhão universal, que exclui da comunhão, entre outras situações previstas no artigo 1.668 do CC, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade. Se, todavia, desejam afastar também a comunicação dos frutos, não incidindo a previsão do art. 1.669 da codificação civil. Outra situação de regime misto seria a possibilidade de que os aquestos advindos da relação sejam divididos de forma desproporcional, por exemplo 30% para um e 70% para outro.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Planejamento sucessório – Teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 89-90)

⁵⁷ De acordo com o disposto no artigo 1.829, I, do Código Civil, a concorrência do cônjuge à herança com os herdeiros descendentes, dependerá das regras atinentes ao regime de bens adotado quando do casamento com o de cujus. Mais do que reconhecer o direito à concorrência, o regime de bens determinará sobre quais bens recairá o direito do cônjuge.

⁵⁸ DELGADO, Mário Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro>>. Acesso em 10 de abril de 2023.

⁵⁹ “Em muitas situações além dessas, é verdade, há vedações à renúncia de direito futuro, mas o fato é que a regra é a sua renunciabilidade, assim como a possibilidade de renúncia à

a direito futuro o fez expressamente, como em seu artigo 556⁶⁰, ou no artigo 424⁶¹.

Finalmente, poder-se-ia discutir sobre a eticidade da renúncia ao direito concorrencial no pacto antenupcial. Para esta ocasião, valemo-nos da interpretação teleológica do direito.

No modelo anterior, do Código Civil de 1916, era preponderante o juspositivismo e a interpretação jurídica-científica, em especial na esteira do kelsenianismo, na qual se retiraria da atividade interpretativa conceitos alheios ao dogma jurídico contido na norma, onde se discutiria somente as possíveis significações da norma no plano concreto⁶². Portanto, era compreensível que não se questionasse o efeito moral e ético de determinado direito, outorgando essa missão ao legislador. No caso do Direito de Família, boa parte da doutrina reforçava o papel do legislador de ditar os valores através do normativismo⁶³

Em detrimento destas mudanças profundas trazidas pelo movimento constitucionalista, a função social dos direitos passou a ser de interesse do operador do direito. A partir daí, existe a teleológica, método que procura “atribuir um propósito às normas”⁶⁴, no caso, de adequação ao bem-estar social.

Na interpretação teleológica, a crucial finalidade do direito deve ser a paz, a harmonia na sociedade, colocando-o a norma um meio⁶⁵. Este fim não é um

expectativa de um direito. Quando o legislador quis proibir os pactos dispositivos ou de hereditate tertii ele também o fez expressamente. Assim é que o artigo 1.793 proíbe a cessão de direitos hereditários antes da abertura da sucessão. Mas não há nenhuma disposição que proíba, por exemplo, a renúncia a direitos hereditários antes da abertura da sucessão.” (Ibidem)

⁶⁰ Art. 556: Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário.

⁶¹ Art. 424: Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Tradução de João Baptista Machado. Portugal : Armênio Amado, 1979, p. 472-473.

⁶³ “Juridicamente – isto é sob o ponto de vista legal, tecnico – o casamento é a protecção jurídica das uniões efectuadas conforme certas normas e formalidades fixadas nos codigos. Nesse sentido – como a fonte mais importante da familia legal – é que o matrimonio deve ser tratado pelos juristas technicos, e cabe aos sociologos o estudo das uniões actuaes e suas varias formas, e ao jurista philosopho a comparação do facto natural ou social com o fenómeno jurídico do casamento”. (MIRANDA, Pontes de. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917, p. 11-12)

⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2016, p. 253.

⁶⁵ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo : Martin Claret, 2009, p. 23.

valor, mas uma “expressão metodológica” de como o objetivo colimado será cumprido. Agora, “o alvo a ser atingindo é representado sempre por um valor”⁶⁶. Segundo Aristóteles⁶⁷, o valor é princípio que se utiliza para identificar uma virtude, que levará a um caminho do que é valoroso, e do vício, que é o oposto⁶⁸. Convém mencionar que o bem-supremo era a felicidade (*eudaimonia*), o último objetivo das pessoas que motivaria todos os meios⁶⁹.

Não há qualquer inconstitucionalidade do direito à renúncia ao direito concorrencial no pacto antenupcial. Pelo contrário, isto torna viável o Direito de Família mínimo, permitindo aos familiares decidirem, por autonomia privada, uma questão de cunho pessoal, sem a intervenção do Estado. Não pode o Estado interferir na vontade dos consortes de regularem os rumos da sociedade conjugal, inclusive quanto à sucessão *causa mortis*.

Uma vez que não há proibição expressa na Constituição Federal sobre este tipo de planejamento, cumpre analisarmos se ele ofende, de alguma maneira, o princípio da socialidade do direito.

Rolf Madaleno⁷⁰ sustenta não haver nada de imoral ou odioso na renúncia ao direito de herança entre os cônjuges, até mesmo porque a opção pelo regime da separação de bens tem efeito imediato para afastar o direito de meação dos bens constituídos na constância da sociedade conjugal⁷¹. Cristiano Vieira Sobral Pinto⁷² vai até além disso, dizendo que “o contrato sobre herança de pessoa viva só é nulo quando é de iniciativa do herdeiro sem o conhecimento do autor da herança”, somente assim podendo ser considerado imoral.

⁶⁶ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2017, p. 63.

⁶⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009., p. 27-28

⁶⁸ Essa inferência de Aristóteles está despejada em várias partes do livro *Ética a Nicômaco*. No entanto, para sublinhar uma passagem que explicaria bem essa diferença, cf. *Ibidem*, p. 24 a 26.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 17-20.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. Renúncia antecipada de herança em pacto antenupcial. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*. N. 27. Belo Horizonte, ago. 2018, p. 72.

⁷¹ Desde o Código Civil de 2002, não há que se falar nem em usufruto viual (art. 1.611, §1º do Código Civil de 1916), vez que o art. 1.831 da lei atual estendeu o direito real de habitação a todos os cônjuges, independentemente do regime da união.

⁷² PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora JusPodivm, 2022, p. 388.

Diante da manifestação incontroversa de manter a separação dos patrimônios em vida, por que não permitir a manutenção da separação para momento depois da morte, de acordo com a vontade dos envolvidos?

Ora, se este direito está fundado numa autonomia que tem a parte, que transmuta o afeto em realização pessoal, sendo um ato unilateral de renúncia para favorecer outrem, sabendo que o Código Civil já estabelece diretrizes de justiça na divisão entre os herdeiros, não há nada que se demonstre antiético. A felicidade e realização individual de cada um dos membros do núcleo familiar é um direito fundamental que não pode ser vilipendiado pelo Estado sem uma justificativa de atentado ao bem-estar social.

Neste espectro, não vemos qualquer óbice à renúncia ao direito concorrencial no pacto antenupcial, sendo plenamente viável sua execução.

José Fernando Simão⁷³ sugere a inclusão de um parágrafo único ao artigo 426 do Código Civil: “Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado”. Seguindo a mesma linha de pensamento, Cilmara de Lima Corrêa Fante e Jéssica Lucachinski⁷⁴, que se baseiam no direito comparado, propõe uma emenda na lei no sistema pátrio seria necessária para relativizar a proibição de pactos sucessórios em vida.

Em que pese serem propostas compreensíveis, entendemos ser desnecessária a inclusão, pois, conforme defendemos no presente tópico, inexistente vedação legal.

A autonomia patrimonial da entidade familiar, e, em especial dos membros que a compõem, é capaz de transpor as fronteiras do direito de família, para alcançar o direito sucessório, como ocorre nos casos de utilização dos regimes

⁷³ SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório: de 'lege ferenda': divórcio e morte precisam produzir efeitos idênticos?* Jornal Carta Forense, 02 fev. 2017.

⁷⁴ FANTE, Cilmara de Lima Correa; LUCACHINSKI, Jéssica. *O pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório face a vedação do pacta corvina*. Academia De Direito, vol.1, n.1, p. 323-341. Dez. 2019.

de bens, sua mutabilidade, e a liberdade dos pactos antenupciais, como instrumento de planejamento sucessório do autor da herança⁷⁵.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assistimos a uma profunda mudança nas bases conceituais e estruturais do Direito de Família, e sua relação com a autonomia privada. O Estado passou a intervir menos nas relações familiares, e a autonomia privada se expande para além das fronteiras das questões meramente patrimoniais.

A concepção antiga de proibir a qualquer circunstância planejamentos com reflexos sucessórios se mostrou deficiente. Neste sentido, podemos notar pelo desenvolvimento histórico do Direito de Família no Brasil uma tendência de aprovação dos planejamentos sucessórios.

A liberdade de planejar está ligada à autodeterminação dos familiares, baseada no afeto, um direito fundamental que permite a pessoa agir como bem entender, desde que não fira a solidariedade dos membros da família ou a ordem pública. Não cabe ao Estado direcionar um ato que seria de realização pessoal quando não há interesse público.

Pela interpretação literal, vimos que este direito não se enquadra na proibição do artigo 426 do Código Civil, seja por se tratar de uma renúncia, um ato unilateral que não pode ser considerada como contrato, seja por não ser à herança, mas, sim, do direito concorrencial. Pela interpretação sistemática também não muda o tratamento legal, consoante atestado que esta liberdade não é diferente de outras formas de planejamentos e negócios jurídicos semelhantes, ao mesmo tempo em que, quando há proibição intencional da lei, a dicção expressa não deixa margem para dúvidas. Por fim, no que tange à interpretação teleológica, este tipo de planejamento é um brinde ao Direito de

⁷⁵ FONSECA, Priscila Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Família mínimo e aos postulados da Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar em inconstitucionalidade. Igualmente, não há qualquer ofensa à socialidade e os aspectos éticos e morais adotados pelo Código Civil de 2002.

Concluimos, assim sendo, pela validade incontestada da cláusula de renúncia ao direito concorrencial na sucessão no pacto antenupcial.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo : Rideel, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ASSIS NETO, Sebastião; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de direito civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPodivm, 2017

BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*. Campinas(SP) : Red Livros, 2001.

_____. *Em defesa do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1906

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito* : segundo volume. Rio de Janeiro : Alba, 1961

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

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de família*. 2. ed. atual., rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2009

COMPORTI, Marco. *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*. Rivista di Diritto Civile, v. XXX, p. 285-331, maggio/ giugno, 1984.

COSTA, Célio Juvenal (et. al). *História do Direito Português no período das Ordenações Reais*. Congresso Internacional de História, 2011, Disponível em: <<http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/153.pdf>>. Acesso em 7 de junho de 2023.

CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 60, 1965. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>>. Acesso em 08 de abril de 2023.

DELGADO, Mário Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro> Acesso em 10 de abril de 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos da família*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil : volume I : teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil : volume V : direito de família*. 27. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas(SP) : Bookseller, 2001.

FANTE, Cilmar de Lima Correa; LUCACHINSKI, Jéssica. *O pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório face a vedação do pacta corvina*. Academia De Direito, vol.1, n.1, p. 323-341. Dez. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil : Parte Geral e LINDB*. 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015.

_____. _____. *Direito civil: teoria geral*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Priscila Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GARCEZ, Martinho. *Do direito da família : segundo o projeto de Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Cruz Coutinho, 1914.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1983.

- GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo : Martin Claret, 2009.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*, tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017
- _____. *Princípio da solidariedade familiar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte: Magister, n. 00, p. 144-159, out./nov. 2007.
- LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil Comentado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Renúncia antecipada de herança em pacto antenupcial*. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões. N. 27. Belo Horizonte, ago. 2018.
- MARTINS, Flavio. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 5 : direito de família. Rio de Janeiro : Forense, 2016.
- _____. *Filosofia do direito*. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2017.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil* : volume V : família. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 6. ed. ampl. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora JusPodivm, 2022

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.

_____. Tratado de direito privado: dissolução da sociedade conjugal; eficácia jurídica do casamento [livro eletrônico]. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 8. § 876.1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, v. 6. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. *Planejamento sucessório – Teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017

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

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

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). Manual de

direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.