

RENÚNCIA DE HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL

Rolf Madaleno¹

SUMÁRIO

1. Natureza jurídica do direito sucessório concorrential
2. Benefícios viduais e direitos sucessórios 3. O pacto antenupcial e o contrato sucessório 4. Os negócios jurídicos entre cônjuges e conviventes. 5. Os pactos negativos ou de renúncia 6. Bibliografia.

(...)

3 O PACTO ANTENUPCIAL E O CONTRATO SUCESSÓRIO

Embora o Direito brasileiro seja prolífero na previsão e regulação de mecanismos contratuais com vistas à comunicação patrimonial entre cônjuges e conviventes, e igualmente rico em figuras jurídicas destinadas a planejar a sucessão patrimonial do provedor da família, encarregando-se o próprio legislador de forçar proteções sucessórias por meio de benefícios viduais, o ordenamento jurídico brasileiro é totalmente avesso e reticente quando trata de prever e de viabilizar pactos de sucessão.

Os contratos sucessórios são concebidos, em sentido amplo, como qualquer convenção cujo objeto seja a herança de pessoa viva,² também conhecidos como *pacta corvina*, são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis acerca de uma sucessão.³

Ainda desbravando seus caminhos e as suas soluções, o *planejamento sucessório* é ciência relativamente recente, que compreende um conjunto de projeções realizadas em vida, para serem cumpridas como manifestação de um querer especial, sobrevivendo a morte do idealizador, sendo então cumprida sua vontade em sintonia com seus antecipados desígnios, tudo com vistas ao bem comum de seus herdeiros, construindo um

¹ Advogado e Professor de Direito de Família e Direito das Sucessões. Diretor Nacional e sócio fundador do IBDFAM. Mestre em Processo Civil pela PUC/RS.

² CRUZ, Guilherme Braga da *apud* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 170.

³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 170.

ambiente de pacífica transição da titularidade da herança, contribuindo o planejamento da sucessão para a melhor perenização do acervo do espólio.⁴

Contudo, viceja no sistema brasileiro um verdadeiro e inexplicável dogma da máxima de ser proibido *contratar herança de pessoa viva*, conforme expressa disposição legal contida no artigo 426 do Código Civil,⁵ que já constava *ipsis literis*, do artigo 1.089 do Código Civil de 1916.

J. M. Carvalho Santos, comentando o artigo 1.089 do Código Civil de 1916, referia ser absoluta a proibição dos pactos sucessórios, em razão dos princípios que a justificam, acrescida a vedação da pactuação do princípio de que ninguém poderia dispor de bens e direitos que não estivessem ainda em seu patrimônio e, especificamente sobre os pactos antenupciais disse serem inadmissíveis os pactos sucessórios, mas ressaltou em sua doutrina as duas exceções lembradas por Clóvis Bevilacqua: a) de ser lícito aos cônjuges regularem a sua sucessão recíproca; b) de poderem os pais, por ato entre vivos, partilharem seus bens com seus filhos.⁶

J. M. Carvalho Santos declina três motivos que reputa gravíssimos e que aconselham a proibição do pacto sucessório.

Em primeiro lugar, os pactos sucessórios são, em essência, contrários aos bons costumes e origem de consequências prejudiciais, despertando sentimentos imorais, como seja o 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)*.

Em segundo lugar, os pactos sucessórios dariam margem, se tolerados, para ilidir as disposições legais, que em razão de interesse de ordem pública, reservam os direitos hereditários a determinadas pessoas, ou privam outras, no todo ou em parte, da faculdade de conseguir a herança de um defunto, por isso que aquele a quem a herança pertence poderia, com a liberalidade da 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.

⁴ MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 01, jan./fev. 2014. p.12.

⁵ CC/2002 – Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁶ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 4ª e. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. XV. 1951. p. 192-194.

Em terceiro lugar, finalmente, os pactos sucessórios contrariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser essencialmente revogáveis, até o momento da morte do disponente.⁷

Realmente a disposição de herança de pessoa viva é, em princípio, vedada pela ordem pública, sendo o ato conhecido como *pacta corvina*,⁸ aludindo Araken de Assis o declínio de sua proibição perante legislações estrangeiras, como ocorre com o Direito alemão que rompeu com esta tradição que segue incólume no Direito brasileiro desde o antigo Direito romano.⁹ Araken de Assis põe em franca dúvida as razões pelas quais ainda subsistem razões técnicas, econômicas e sociais proibindo os pactos sucessórios, que têm por objeto regular relações que se originem e se individualizem em decorrência da morte de alguém, e acrescenta, como na mesma direção ensinava J. M. Carvalho Santos, que a sua vedação estaria no fato de o contrato sucessório ensejar sentimentos imorais, embalando expectativas mórbidas acerca da morte de um dos figurantes ou de algum parente dos contratantes.¹⁰

Observa existirem três espécies de contratos sucessórios, a começar pelos pactos aquisitivos (*de sucedendo*),¹¹ pelos quais alguém institui outra pessoa seu herdeiro ou legatário, por sinal, coisa que o próprio legislador já faz quando cria o legado *ex lege* e institui os herdeiros necessários e facultativos. Depois têm os pactos dispositivos, que não constituem negócios *mortis causa*, mediante os quais o herdeiro aliena ou promete alienar a futura herança e, por fim, os pactos *abdicativos* (*de non sucedendo*), subespécie dos

⁷ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 4ª e. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. XV. 1951. p.196-197.

⁸ Conforme SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência do pacto sucessório. *Revista Imes*, jan./jun. 2005. p. 47 *apud* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 170: “O nome do pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie corvídeos, especialmente aquelas do gênero *corvus*, de plumagem negra e que são encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul. O corvo é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto, necrófago. 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”.

⁹ ASSIS, Araken de *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. V.2007. p. 139.

¹⁰ ASSIS, Araken de *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. V.2007. p. 141.

¹¹ ASSIS, Araken de *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. V. 2007. p. 142.

dispositivos, através dos quais o herdeiro renuncia ao seu quinhão em favor de outro sucessor.¹²

Colin e Capitant tocam na ferida da proibição do pacto sucessório, afirmando ser muito grave permitir a uma pessoa dispor de sua herança em favor de outro por um ato irrevogável e ligar-se assim, talvez muito antes da sua morte, quando tantos acontecimentos imprevistos podem surgir e modificar o propósito,¹³ não obstante outras legislações repulsem a cega e genérica aplicação desta velha concepção romana.

Era costume na antiga França a utilização dos convênios sucessórios para inserir suas cláusulas em pactos nupciais, onde eram ditadas disposições acerca da transmissão da herança para o cônjuge ou filhos, com natureza jurídica semelhante a de um contrato de doação, mas dele se diferenciando por não transmitir nenhum bem em vida ao instituído, mas se referindo unicamente à herança do disponente que instituiu um sucessor e não um donatário.¹⁴

O Direito brasileiro absorveu sem ressalvas a orientação legal francesa e proibiu os pactos sucessórios, sem qualquer critério crítico ou alguma reflexão mais apurada, e vedou igualmente a renúncia da herança antes morte do *de cujus* e tampouco admitiu qualquer promessa de renúncia.

Miguel Maria Serpa Lopes já chamava à atenção deste flagrante e impensado equívoco do legislador brasileiro ao generalizar, sem qualquer meditação, a proibição do pacto sucessório e lembra que sequer o Código Napoleão foi tão intransigente ao estabelecer duas pequenas exceções; a doação matrimonial de todo ou de parte da sucessão do doador; e a partilha entre vivos feita pelo ascendente. Complementou dizendo que a *sucessão futura* representa uma importante massa de bens; até a abertura da sucessão, os direitos dos herdeiros são meramente eventuais, pois o doador não está impedido de dispor durante a sua vida de forma onerosa acerca dos seus bens para outra pessoa.¹⁵

Age o legislador de forma precipitada e sem nenhum juízo crítico de julgamento, causando verdadeira insegurança jurídica, notadamente depois de o inciso I, do artigo

¹² ASSIS, Araken de *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. V. 2007. p. 143.

¹³ COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. 3ª e. Madrid: Reus, t. 7. 1988. p. 668.

¹⁴ COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. 3ª e. Madrid: Reus, t. 7. 1988. p. 670.

¹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6ª e. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. III. 1996. p. 77-78.

1.829, do Código Civil de 2002 ter gerado o direito à herança sobre os bens particulares do sucedido, mesmo no casamento pelo regime convencional da separação de bens, por cuja escolha pactícia demonstram os cônjuges sua óbvia intenção de permanência dos bens nas suas respectivas famílias de origem.

A controvérsia fática é decorrência do artigo 426 do Código Civil, que proíbe qualquer convenção sobre a herança de pessoa viva e, aparentemente, veda os contratos rotulados de *pacta corvina*, de forma que a espontânea adoção, por pacto antenupcial, de um regime de separação de bens, embora afaste a meação dos cônjuges, seria meio inidôneo para arredar o consorte sobrevivente do direito hereditário incidental sobre os bens particulares do falecido, quando concorresse na herança com descendentes ou ascendentes do morto, salvo no regime obrigatório da separação de bens (CC, art. 1.641).¹⁶

Para Fabiana Domingues, o artigo 426 do Código Civil afasta de plano a possibilidade de constar em pacto antenupcial qualquer cláusula sobre a herança dos cônjuges, quer na modalidade dispositiva, que atribui uma herança futura ao parceiro supérstite sobre os bens particulares do falecido, quer na forma de renúncia,¹⁷ pela qual os cônjuges abdicam antecipadamente da herança oriunda da futura morte do consorte.

O pacto sucessório permite a duas ou mais pessoas convencionarem a sucessão por morte de qualquer uma delas, mediante a instituição de um ou mais herdeiros, e a atribuição de bens.¹⁸ No entanto, a genérica proibição do pacto sucessório nem sempre atende ao melhor direito, mesmo quando invocada a regra do artigo 1.784 do Código Civil, de a herança só ser transmitida com o óbito, conciliado este artigo com o parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil, que só admite a renúncia da herança efetivamente aberta, em cujo contexto legal consta a vedação da sucessão dita contratual.

Como visto, pela lei brasileira só seria possível renunciar a uma herança aberta, sendo escopo desta proibição genérica de contratar em pacto antenupcial sobre herança de pessoa viva impedir a renúncia antecipada de um direito, embora os cônjuges possam renunciar a esta mesma herança tão logo se produza a morte do consorte, sem olvidar que

¹⁶ MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM-Magister. v. 25. dez./jan. 2012. p. 24.

¹⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método. 2011. p. 183.

¹⁸ CARRASCOSA, Pedro del Pozo; ALOY, Antoni Vaquer; CAPDEVILA, Esteve Bosch. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Marcial Pons. 2009. p. 301.

a cega proibição nem mesmo era absoluta no Direito brasileiro, existindo as duas exceções denunciadas por Clóvis Bevilacqua e reproduzidas por J. M. Carvalho Santos.

Semelhante exceção contém o Código Civil alemão no artigo 312, de que a proibição do pacto sucessório não alcança aos futuros herdeiros legítimos, em relação à parte hereditária legal ou sobre a reserva de qualquer um deles, admitindo o Direito alemão as renúncias antecipadas e a instituição contratual, mesmo quando realizada fora do contrato de casamento.¹⁹

Esta interdição, como acima mencionado, decorre do fato de as convenções sucessórias serem, em tese, contrárias aos bons costumes e ensejarem sentimentos imorais, embalando expectativas mórbidas acerca da morte de um dos figurantes e tolhendo a liberdade de testar.²⁰

Dois básicos argumentos impulsionariam a proibição dos pactos sucessórios e podem assim ser sumariados: i) resultaria odioso e imoral especular sobre a morte de alguém para obter vantagem patrimonial, podendo suscitar o desejo da morte pela cobiça de haver os bens; ii) o pacto sucessório restringe a liberdade de testar.

À vista desses fatores é proibido contratar a herança de cônjuge em convenção antenupcial,²¹ é imperioso concluir que nada realmente se apresenta como odioso ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem eventuais heranças conjugais. Primeiro, porque o próprio regime da separação de bens tem o inequívoco propósito de afastar a comunhão de bens, e, em efeito muito mais próximo dos cônjuges, em realidade mediato, porquanto incidente sobre a meação dos bens construídos diariamente na constância do casamento, representando a renúncia de futura e incerta herança uma simples extensão deste incontestado escopo de separar os bens particulares de cada cônjuge, quanto mais a abdicação de uma herança ainda remota, e de mera especulação, mais ela ficaria

¹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. III. 1996. p. 78.

²⁰ ASSIS, Araken de *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. V. 2007. p. 141.

²¹ Recurso Especial. Sucessão. Cônjuge supérstite. Concorrência com ascendente, independente o regime de bens adotado no casamento. Pacto antenupcial. Exclusão do sobrevivente na sucessão do *de cujus*. Nulidade da cláusula. Recurso improvido. 1. O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2. Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendente e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3. Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito além de seu quinhão na herança do *de cujus*, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4. O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5. Recurso improvido. (STJ. REsp. 954.567/PE. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 10 de maio de 2011).

condicionada a um sem-número de futuras circunstâncias fáticas que a tornam muito mais remota do que seria a meação.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva reportam os pactos sucessórios abdicativos como instrumentos válidos e irreversíveis quando veiculados a título gratuito e até mesmo oneroso, dizendo que no primeiro caso, a renúncia decorre de mera liberalidade e sucede de forma recíproca, renunciando os cônjuges à sucessão futura um do outro no pacto antenupcial, enquanto no modelo oneroso haverá uma contrapartida pela renúncia, como por exemplo, alguma soma em dinheiro, bens ou direitos²² e, neste aspecto atendendo à *ratio legis* do direito concorrencial, cujo propósito é não deixar o parceiro sobrevivente materialmente desassistido, podendo os noivos ou cônjuges (quando contratam durante o casamento) pactuarem uma compensação financeira pela renúncia de uma herança concorrencial e com esta compensação financeira assegurar a subsistência do sobrevivente.

Quando se trata de questionar a excessiva intervenção estatal não está descontextualizado dessa perspectiva de autonomia privada o acórdão da Ministra Nancy Andrighi, no REsp. n. 992.749-MS, quando afastou da sucessão o cônjuge sobrevivente casado pelo regime convencional da separação de bens, concluindo ser preciso interpretar o inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil em harmonia com os demais dispositivos de lei e respeitados os valores jurídicos da dignidade humana e da livre manifestação de vontade, pois *não se pode ter após a morte o que não se queria em vida*.²³ Como na mesma linha de pensamento seguiu a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto do Des. Percival Nogueira, ao afastar no Agravo de Instrumento n. 0224175-94-2011.8.26.0000 o direito hereditário de viúva casada com o falecido pelo regime pactuado da separação de bens, arrematando que, considerá-la herdeira concorrencial necessária significaria admitir a colisão entre os artigos 1.829, I, e 1.687 do Código Civil.²⁴

²² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 180.

²³ REsp. n. 992.749-MS, STJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.12.2009: “Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brotou a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica...”

²⁴ “Inventário. Casamento. Segundas núpcias. Pacto Antenupcial. Regime. Separação total de bens. Participação da viúva como herdeira necessária. Impossibilidade. Viúva casada com o *de cujus* pelo regime

Esta é a única e lógica conclusão advinda de duas pessoas que casam escolhendo o regime da absoluta separação de bens, pois se de modo inequívoco não queriam que seus bens se misturassem meando com a dissolução em vida do casamento, muito menos o desejaram herdando com a dissolução do casamento decorrente da morte de um dos consortes, como se o regime da separação de bens não pudesse gerar efeitos com a morte de um dos esposos.

Quando os cônjuges ignoram que o pacto antenupcial restringe direitos hereditários garantidos em lei eles criam falsas expectativas creditadas ao contrato antenupcial, cujos intérpretes da lei teimam em não afastar os indesejados impactos da regra sucessória em vigor sobre o direito concorrencial do cônjuge e do convivente que são meros sucessores *irregulares*, e com esta contumaz proibição criam preocupações econômicas que depois da morte do consorte viram custos e frustrações.²⁵

Urge atualizar as conclusões legais sobre os efetivos efeitos jurídicos do pacto sucessório inspirado em outra realidade social de um passado que não considerava o cônjuge viúvo e muito menos o sobrevivente da união estável como herdeiros concorrentes e tampouco herdeiros necessários, como efetivamente não o são quando convocados em direito concorrencial com a classe dos descendentes ou ascendentes, só sendo chamada uma classe na falta da outra, nas duas primeiras em concurso com o consorte ou convivente como sucessores *irregulares*.

Estender o regime da separação de bens para adiante da meação e admitir a renúncia contratual da herança conjugal em pacto sucessório, externada a renúncia em ato de antecipada abdicação, nada apresenta de odioso e de imoral, como não é igualmente odioso e imoral renunciar à meação. O ato de renúncia pactícia da herança futura tampouco instiga a atentar contra a vida do cônjuge ou do convivente, e muito menos estimula a cobiça em haver os bens do consorte, como tampouco restringe a liberdade de testar. Muito pelo contrário, amplia esta liberdade ao permitir afastar um herdeiro *irregular* de um planejamento sucessório que o consorte se apressa em pôr em prática para excluir por outras vias legais o indesejado herdeiro concorrencial, sem deslembrar

da separação de bens não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento.” (julgado em 20.10.2011).

²⁵ KNIGEL, Luiz. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV. 2011. p. 107.

que os pactos renunciativos como negócios jurídicos bilaterais, são atos factíveis e irrevogáveis e diferem do testamento que é negócio unilateral e revogável.²⁶

Não há tanto rigor assim na proibição de contratar sobre herança de pessoa viva, como exemplos podem ser encontrados já na doutrina clássica e dominante, que imperava ao tempo de vigência do Código Civil de 1916, como acima foram destacados os ensinamentos de J. M. Carvalho Santos, Clóvis Bevilacqua e Miguel Maria de Serpa Lopes, ou mais modernamente, como sucede na rotina dos contratos constitutivos de sociedades empresárias, quando elas regulam em seus estatutos ou atos de constituição os direitos decorrentes do falecimento dos sócios e proíbem o ingresso do consorte sobrevivente ou de outros herdeiros no quadro societário.²⁷

Nada impede que o contrato social preveja o ingresso de certa classe de herdeiros nos quadros sociais, não sendo por isto estranha a ausência no contrato social de previsão de afastamento de cônjuge ou companheira na sociedade, dado o aspecto pessoal das quotas sociais e cujo direito não se transmite pela lei.²⁸ Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva inclusive realçam esta potencialidade prática dos pactos sucessórios, asseverando que as legislações normalmente admitem que o contrato social preveja a impossibilidade de ingresso de pessoas estranhas ao quadro social, sem a autorização dos demais sócios, preservando a *affectio societatis*,²⁹ e restando aos herdeiros preteridos em contrato ou em protocolos formais reivindicarem a correspondente apuração de haveres.

Sem oferecer alternativas para os casais que não querem baralhar seus bens pessoais, o legislador vira as costas para as angústias das pessoas com patrimônio particular e para aquelas famílias empresárias que buscam caminhos para a unicidade de seu patrimônio familiar,³⁰ mas que, por falta de soluções pragmáticas, precisam planificar a transmissão de seus bens particulares e das suas sociedades empresárias, quase sempre recorrendo a intrincados *planejamentos sucessórios* para tentar assegurar a continuidade

²⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 178.

²⁷ MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. t. I. 2010. p. 23.

²⁸ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na sociedade limitada*. Tutela da empresa, dos sócios e de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 86.

²⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 181.

³⁰ KNIGEL, Luiz. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV. 2011. p.106.

e o bom governo da sociedade empresária familiar e para preservar o acervo privado da sociedade conjugal.

Preocupação extensível aos terceiros credores e investidores da sociedade familiar, e aos próprios sócios que querem conferir à administração da sociedade empresária uma razoável previsibilidade aos atos de continuidade da direção da empresa,³¹ não confundindo o ente jurídico com a família do empresário, nem seus agregados e tampouco as uniões afetivas de seus sócios.

O complexo e caro planejamento sucessório envolvendo estatutos sociais, empresas *holdings*, acordos de quotistas e de acionistas regrando o exercício do direito de voto, ou o controle societário, a gestão familiar, o direito de preferência na alienação de quotas e de ações para familiares e terceiros, além dos testamentos e das doações modais com cláusula de reversão, os gravames, contratos de casamento ou de união estável,³² o planejamento sucessório tem servido como um instrumento alternativo para atender às expectativas materiais que contrastam com a legislação civil que sem explicar muito bem, não admite pactos sucessórios de renúncia de sucessão concorrente.

Descura-se o legislador brasileiro de um exame mais perfunctório da natureza jurídica dos pactos matrimoniais e dos contratos sucessórios, acerca dos efetivos efeitos do *pacta de corvina*, que se distanciam inteiramente dos seus reais propósitos quando o legislador proíbe qualquer contrato ou pacto acerca de herança de pessoa viva (pacto sucessório), perdendo a legislação brasileira e com ela doutrina e jurisprudência a oportunidade de granjearam avanços na releitura desta antiga regra que nega os lícitos desígnios dos contratos matrimoniais, ao revés do Direito argentino que criou uma nova *ordem moral* ao revisar seus conceitos no artigo 1.010 do seu vigente Código Civil,³³ excepcionando as convenções sucessórias quando elas se referirem a entes produtivos e

³¹ CARRASCOSA, Pedro del Pozo; ALOY, Antoni Vaquer; CAPDEVILA, Esteve Bosch. *Derecho civil de Cataluña*. Derecho de sucesiones. Madrid: Marcial Pons. 2009. p. 303.

³² KNIGEL, Luiz. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV. 2011. p. 46-47.

³³ CCC argentino. Art. 1010 – *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 empresarial o a la prevención 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.*

perseguirem a prevenção da solução de conflitos conjugais societários, sem afetarem a legítima hereditária e os direitos dos cônjuges e de terceiros.

Sobre esta flexibilização do Direito argentino escreve Marcos A. Córdoba que:

A evolução jurídica tende a encontrar um objeto fim da transmissão hereditária, diversa daquela imperante à época do Código Civil francês, que resultou como fonte originária da primeira parte da norma contida no artigo 1.010 do CCC argentino, e assim hoje o artigo 1.010 do Código Civil argentino, em seu segundo ponto, admite exceção à proibição. Sua motivação resulta como consequência da evolução verificada nos países cuja estrutura jurídica coincide com a argentina.³⁴

Pactos matrimoniais são projetados para momentos de crise e de ruptura conjugal, que podem suceder em vida ou inevitavelmente pela morte, mas que não mais se justifica ficar o legislador brasileiro atrelado ao Código Civil de Napoleão, editado em 1804, dispondo acerca da genérica proibição de contratar herança de pessoa viva e assim evitar com intransigência a proibição do suposto *pacta de corvina*, imaginando estar evitando a odiosa expectativa pela morte do parceiro, quando pela renúncia antecipada em pacto antenupcial o consorte não torce pela morte do seu cônjuge, pois nenhum benefício econômico lhe agrega a assunção do estado de viuvez, como igualmente concluem Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva ao prescreverem que “o pacto renunciativo não atrai a esperança de morte daquele cuja sucessão se trata. Ao revés, os herdeiros permanecem os mesmos, com exceção do cônjuge, que muito mais preferirá a vida do que a morte de seu consorte”.³⁵

Pactos matrimoniais devem atender, em respeito ao princípio da liberdade contratual, a todas as questões futuras, conquanto lícitas, recíprocas e suficientemente esclarecidas, acerca dos aspectos econômicos do casamento ou da união estável, permitindo que seus efeitos se produzam durante o matrimônio ou com sua dissolução pelo divórcio ou pela morte, conquanto as cláusulas imponham absoluta igualdade de direitos e de obrigações entre os cônjuges e conviventes no tocante ao seu regime econômico familiar e sucessório, merecendo profunda ponderação a constatação de que a *autonomia privada*, ao respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, confere amplo poder discricionário nas relações patrimoniais dos cônjuges e

³⁴ CÓRDOBA, Marcos A. In: LORENZO, Miguel Federico de; LORENZETTI, Pablo (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. t. V. 2015. p. 740.

³⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016. p. 192.

conviventes, como tampouco restringe suas decisões existenciais quando, por exemplo, permite que casais escolham selar seus relacionamentos pelo casamento ou pela via da união estável.

Em prol da autonomia privada, o artigo 1.513 do Código Civil chega corretamente ao extremo de vedar a intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pela família e segundo Samir Namur, são os próprios sujeitos da relação afetiva que constroem, quanto à convivência e patrimônio, o conteúdo de sua relação; por isso a lei deve ser a própria ausência da lei e essa convivência assunto exclusivo do casal, que é o seu próprio legislador.³⁶

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 a utilidade dos pactos sucessórios na concretização e na projeção da personalidade da pessoa humana, mesmo que os efeitos sejam produzidos para depois da existência física da pessoa, pois eles transcendem a existência da pessoa humana.

Recorda Carmen Bayod López que o pacto sucessório não corresponde a um testamento irrevogável, mas a uma disposição por causa de morte que produz um vínculo obrigatório e atual, entre o instituidor e a contraparte que recebe a sua vontade, e acrescenta que a essência desta vinculação consiste em que o instituidor fica privado de suas faculdades de disposição *mortis causa* (qualquer ato que o contradiga será inválido), porém, não perde a sua capacidade de disposição intervivos; pode dispor de seus bens, sempre que seus atos não prejudiquem as legítimas expectativas do herdeiro ou legatário,³⁷ mesmo porque, pactos antenupciais de renúncia de herança conjugal não se constituem em avença que atente contra o Direito natural, ou que contenha algo impossível e irrenunciável, como sugere o artigo 426 do Código Civil ao negar, sem a correspondente justificativa, que as pessoas estipulem a extensão de seus direitos sucessórios na proporção de seus recíprocos interesses.

³⁶ NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 160.

³⁷ LÓPEZ, Carmen Bayod. Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999 de 24 de febrero). In: SÁNCHEZ, Antonio Cabanillas (Coord.) *et al. Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Thomson-Civitas. t. IV. 2003. p. 5.123.

Débora Gozzo escreve em clássica obra editada na década de 1990 e na vigência do Código Civil de 1916, que a proibição oriunda do artigo 1.089 da lei civil de 1916 (correspondente ao art. 426 do CC/2002), admite exceções como a da doação *causa mortis* e a faculdade acenada aos consortes de disporem reciprocamente sobre suas sucessões em contratos antenupciais. Acrescenta que predominava a compreensão doutrinária de que no negócio jurídico pactício antenupcial podiam ser inseridas cláusulas regulamentando direitos sucessórios, desde que nelas não fossem afrontadas normas de ordem pública.³⁸ Comentando a vedação pactícia sucessória, Karime Costalunga diz que ela “atinge, frontalmente, o princípio da exclusividade; e em consequência, acaba por ferir lícita autodeterminação em matéria patrimonial, contradizendo a própria finalidade do regime da separação de bens”.³⁹

Embora os pactos não servissem para instituir herdeiros, pois da sua nomeação se encarrega impositivamente o Código Civil quando ordena a ordem de vocação hereditária, a par do uso do testamento quando permite que a instituição dos herdeiros emane do testador, afigura-se indubitável que os pactos antenupciais, como contratos sucessórios, servem tanto para instituir herdeiros como para afastá-los da herança concorrencial de um cônjuge em relação ao outro, do mesmo modo que cônjuges e conviventes podem renunciar às suas meações, mantendo idêntico poder de livre disposição, tudo estipulado em escritura pública de pacto antenupcial, escritura pública de renúncia sucessória, ou em escritura pública de convivência, só não podendo dispor sobre matérias que afetem aos filhos, ou que coloquem a um dos consortes em uma drástica situação desproporcional.

4 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENTRE CÔNJUGES E CONVIVENTES

Conforme Alma María Rodríguez Guitián, o Direito Civil Navarro (Espanha), prevê o princípio da liberdade contratual entre cônjuges e diz que no desenvolvimento deste preceito os consortes têm a faculdade de pactuarem garantias de caráter real e pessoal a favor do outro cônjuge, além de levarem a cabo atribuições patrimoniais a benefício do cônjuge, mercê de convenções matrimoniais como, doações, celebração de

³⁸ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva. 1992. p. 85.

³⁹ COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: Proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil*. Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método. v. 3. 2005. p. 411.

pactos sucessórios, renúncias de direitos, fixação de dote, estabelecimento de pactos sobre usufruto de fidelidade e qualquer disposição em razão do casamento, inclusive a renúncia de pensão compensatória.⁴⁰

O Direito de Família protege a autonomia da vontade dos consortes e conviventes quando admite sejam convencionados acordos nas relações afetivas horizontais, especialmente daquelas de conteúdo econômico, embora não descarte convenções de cunho existencial, sendo inconteste que cônjuges e conviventes podem optar livremente, em três momentos distintos, pelo exercício de sua autonomia privada, quer ela seja exercitada antes do casamento, pelo pacto antenupcial, seja durante o matrimônio, quando decidem redefinir ou reestruturar suas convenções iniciais e o fazem no casamento pela via judicial, ou por escritura ou contrato particular no caso de existir uma união estável, alterando o regime de bens e outras pontuais avenças; ou convencionam ao final da relação, durante a crise matrimonial, quando então transformam as suas dissidências em entendimentos ou composições consensuais, transportadas para divórcios e dissoluções de uniões fáticas judiciais ou extrajudiciais com ampla liberdade de disposição.

São ajustes denominados como *negócios jurídicos* e realizados entre cônjuges ou conviventes, superando antigos ranços conceituais do casamento ser uma intocável *instituição*, ou ao menos uma mistura entre contrato e instituição. Mesmo assim e sob toda a intervenção estatal, jamais os consortes foram impedidos de organizarem suas relações pessoais e econômicas, como melhor lhes aprouvesse, materializando suas vontades por acordos de separação, divórcio e dissolução de união estável, sempre em momentos de colapso e de ruptura conjugal,⁴¹ presentes sentimentos de insegurança ou de euforia matrimonial, sem que fossem empecilhos para a homologação ou a escrituração das rupturas oficiais; como não existem realmente impedimentos consistentes que inibam a pactuação de contratos de renúncia aos futuros e eventuais direitos sucessórios concorrenciais.

Samir Namur refere que nem todas as relações familiares exercem uma *função social* dependente da proteção estatal, sendo preciso saber separar este papel social de efeito *existencial* dos relacionamentos afetivos daqueles de conteúdo patrimonial,⁴²

⁴⁰ GUITIÁN, Alma María Rodríguez. *Los pactos de pre-ruptura conyugal*. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi. 2018. p. 83.

⁴¹ TRIAS, Encarna Roca i. *Libertad y familia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2014, p. 83.

⁴² NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 97.

ocorrendo amiúde, manifestações dispositivas dos consortes e conviventes mesclando harmoniosamente direitos materiais com os existenciais.⁴³

Em outro trecho de seu livro Samir Namur reforça suas conclusões doutrinárias acrescentando que:

Atualmente, imperioso compreender que a base da família é apenas a proteção da manifestação de vontade afetiva do indivíduo, devendo as relações patrimoniais ser reguladas pelo direito obrigacional e real. Desse modo, pessoas livres e em situação de pleno discernimento são obviamente livres para contratar, para dispor de seus patrimônios. Como as relações patrimoniais entre familiares são relações patrimoniais como quaisquer outras (com a mesma lógica, mesmos elementos) a tônica deve ser a mesma. Excetuam-se desse conjunto aquelas relações que, ainda que tenham conteúdo patrimonial, são inspiradas pelo valor da solidariedade e repercutem diretamente na esfera existencial, quanto ao sustento da pessoa, tais como os alimentos e a sucessão *mortis causa* dos bens.⁴⁴

Embora pareça que Samir Namur relute acerca da extensão da autonomia privada, sugerindo freios quando ela interferira nos aspectos subjetivos da existência das pessoas, não parece ser esta a tendência verificada no âmbito das experiências judiciais e doutrinárias que defendem o amplo poder de disposição dos cônjuges sobre seus direitos de crédito e sobre suas expectativas materiais. Remonta neste particular ao ideário francês que considerava qualquer pacto contrário às leis e aos bons costumes, em uma época na qual a autonomia privada não podia servir de subterfúgio para diminuir a autoridade do marido e nem alterar uma suposta ordem natural das coisas, que no passado cada vez mais distante assinava papéis às pessoas em função de seu sexo (atividades de gênero),⁴⁵ sendo aquela a epopeia histórica de uma decantada *supremacia masculina*, verdadeiro preconceito que se ainda não o foi, ao menos deveria ter sido erradicado do sistema jurídico brasileiro desde a conquista constitucional da igualdade conjugal.

Com os olhos desta limitação não é como enxerga a quase totalidade do Direito continental, como disso é um bom exemplo da autonomia privada dos cônjuges o sistema jurídico alemão, cujo parágrafo 1408 (1) do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁴⁶ se atém a

⁴³ NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 96.

⁴⁴ NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p.180.

⁴⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. *Autonomia privada y matrimonio*. Madrid: Reus. 2016. p.113.

⁴⁶ § 1408 Convenções matrimoniais, liberdade contratual

(1) Os cônjuges podem regular suas relações patrimoniais mediante contrato (convenções matrimoniais), em especial extinguindo ou modificando o regime econômico da celebração do casamento.

admitir a existência dos contratos matrimoniais (*Ehevertrag*), sem assinalar seus limites de validade.

A despeito disso aponta Alma María Rodríguez Guitián que, não obstante o parágrafo 1408 (1) do BGB aluda a um conceito de contrato matrimonial muito restrito, na prática o sistema jurídico alemão se utiliza de um julgamento muito mais amplo, que abarca toda a classe de acordos sobre as consequências econômicas do divórcio, como a partilha do patrimônio dos esposos; a manutenção alimentar pós-divórcio; a compensação dos direitos de pensão (a autora se refere ao reparto igualitário no divórcio da pensão por aposentadoria, invalidez ou incapacidade laboral); a atribuição da vivenda conjugal e dos bens móveis⁴⁷ e inclusive nos seus aspectos sucessórios.

Como igualmente tem previsão o Direito aragonês (Espanha), ao permitir entre as diversas opções de pactos sucessórios o *pacto de renúncia*, visto como uma modalidade de pacto que tem como finalidade, a que ambos os cônjuges renunciem à herança do consorte que vier a falecer em primeiro lugar. A cláusula de renúncia está regulada pelo artigo 84.1. da Lei de Sucessões aragonesa ao dispor serem *válidos os pactos de renúncia ou transação sobre a herança futura entre o renunciante ou renunciantes e a pessoa de cuja sucessão se trate*.

Explica Carmen Bayod López que a diferença dos pactos positivos é que no pacto de renúncia o disponente é precisamente o próprio herdeiro ou legatário que renuncia à sua expectativa e à sua efetiva designação, liberando o sucedido do vínculo que lhe impedia de dispor de seus bens de outra maneira, e aduz que os pactos de renúncia podem abarcar todos os direitos sucessórios do renunciante ou parte deles, seja a título gratuito ou oneroso e sujeitar-se inclusive à condição, sendo possível renunciar até mesmo à legítima.⁴⁸

Quando cônjuges pactuam casamentos com regimes consensuais de separação de bens, certamente querem evitar de todas as formas a comunicação do seu patrimônio troncal para com o da família de seu consorte, tanto na dissolução do matrimônio pelo divórcio como na hipótese da morte em que exista a imposição sucessória, pois estes

(2) Em convenções matrimoniais, os cônjuges podem excluir também mediante pacto expreso a compensação de pensões. A exclusão é ineficaz se durante o ano seguinte ao outorgamento das convenções matrimoniais se apresenta uma demanda de divórcio.

⁴⁷ GUITIÁN, Alma María Rodríguez. *Los pactos de pre-ruptura conyugal*. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi. 2018. p. 84.

⁴⁸ LÓPEZ, Carmen Bayod. Las novedades en matéria de pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999 de 24 de febrero). In: SÁNCHEZ, Antonio Cabanillas (Coord.) *et al. Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Thomson-Civitas. t. IV. 2003. p. 5.136.

casais não almejam que seus bens lineares ou troncais restem em mãos do cônjuge ou convivente sobrevivente, especialmente quando a eles sobrevivam seus descendentes ou ascendentes, aos quais retornam os bens como representantes consanguíneos do núcleo familiar. Somente quando ausentes herdeiros vocacionados em primeiro e em segundo lugar é que o consorte sobrevivente será chamado a recolher a herança como um herdeiro universal, e somente neste estágio fático é que desaparecem ou desinteressam os efeitos da renúncia meatória e sucessória constantes dos pactos antenupciais.

Nem seria demasia asseverar acerca do alcance da autonomia privada em matéria familiar e a figura do *negócio jurídico familiar*, que objetiva a constituição, modificação, extinção e regulamentação de uma relação jurídica familiar,⁴⁹ sendo extremamente fácil verificar a presença da autonomia dos cônjuges no sistema jurídico brasileiro quando decididamente, são eles que, por exemplo, reconhecem se os bens são comuns ou privativos. Tem pertinência reproduzir lição exarada por Mário Luiz Delgado quando escreve que o cônjuge concorre excepcionalmente com herdeiros de primeira e de segunda classe, mas que ele é sucessor da terceira classe, lembrando que *concurso* significa o chamamento de pessoas com qualificações jurídicas diversas, trazendo como reforço de argumento o que dispõe o artigo 1.810 do Código Civil, ao ordenar que, se um herdeiro renuncia à herança, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da *mesma classe* ou é devolvida aos da *classe subsequente*, sendo o renunciante o único de sua classe.⁵⁰

Inclina-se para esta mesma direção Valéria Julião Silva Medina, ao observar que, em conformidade com a Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), ao dispor sobre a mediação em seu artigo 3º situa que, *pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*, como é possível a transação, sem a menor sombra de dúvida, nas questões que tratem dos aspectos patrimoniais dos direitos de família.⁵¹

A consolidação da igualdade constitucional dos cônjuges e conviventes foi claramente responsável pelo aumento do âmbito de liberdade de atuação dos esposos e companheiros, ao mesmo tempo que foi ajudando a superar a natural repugnância que

⁴⁹ TORRES, Marta Figueroa. *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura em España, Estados Unidos y Puerto Rico*. Madrid: Dykinson. 2016. p. 61.

⁵⁰ DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método. v. 3. 2005. p. 422.

⁵¹ MEDINA, Valéria Julião Silva. *Processo de família e o novo CPC. Prática processual versus direito material*. Curitiba: Juruá. 2017. p. 154.

deitava sobre esta mesma noção de autonomia externada em contratos antenupciais, e que no passado tinham pouco trânsito entre os casais brasileiros. Os pactos antenupciais e os contratos convivenciais vêm sendo cada vez mais utilizados pelos pares afetivos, estendendo o seu conteúdo que, anteriormente se limitava a eleger os regimes primários de bens para o casamento. A autonomia privada dos cônjuges e conviventes se encontra na atualidade, fortemente assentada no sistema jurídico continental, sendo extremamente amplo o conteúdo dos pactos matrimoniais com suas cláusulas e convenções materiais consignadas antes, durante e para depois da ruptura do casamento pelo divórcio ou para a previsão de falecimento de um dos consortes.

Para Tainara Issler Spies, mais forte do que a autonomia privada dos cônjuges é o *princípio da confiança* aplicável a todos os negócios jurídicos, inclusive os de Direito de Família, que estão presentes no contrato de convivência e no pacto antenupcial, como instrumentos jurídicos de organização das relações patrimoniais entre os parceiros e termina dizendo que: *se o cônjuge supérstite ocupa indevidamente a posição de herdeiro do de cujus, como preconiza a doutrina majoritária, permite-se que se esquive da vontade manifestada do perfazimento do pacto antenupcial*.⁵²

Negócios jurídicos familiares realizados entre cônjuges e conviventes têm sido largamente admitidos quando contêm disposições de ordem patrimonial, dentro da perspectiva de *contratualização* do Direito de Família entre pessoas adultas, com inquestionável capacidade e autonomia de decisão, não importando sua prática em uma suposta *mercantilização dos vínculos conjugais*, como tampouco que ela siga sendo proibida porque a sua admissão significa algo ruim para os casais, sendo em realidade, demasiado que, nesta seara familista e sucessória ainda possa prevalecer a exagerada proteção dos cônjuges e conviventes que terminam sendo comparados aos consumidores que enfrentam empresários.

Desequilíbrios sempre existiram e seguirão existindo entre as posições conjugais contratuais, tanto antes, como durante ou depois do matrimônio, mas deve o intérprete da lei partir da noção de plena capacidade de obrar dos cônjuges e conviventes, como de regra ela é presumida para qualquer pessoa adulta que vive em uma sociedade desenvolvida, e dentro de um processo de igualdade de oportunidades e de igualdade de protagonismos dos membros de uma união afetiva, os quais são cada vez mais

⁵² SPIES, Tainara Issler. O regime da separação de bens e seus aspectos jurídicos. In: NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). *Reexaminando as novas formações estruturais do ente familiar na atualidade*. Porto Alegre: Sulina. 2018. p. 344-345.

independentes e cada vez mais a outrora *dependência econômica* tem-se tornado uma regra da mais absoluta exceção.⁵³

Cônjuges e conviventes podem livremente projetar para o futuro a renúncia de um regime de comunicação de bens, tal qual podem projetar para o futuro a renúncia expressa ao direito concorrencial dos incisos I e II, do artigo 1.829 do Código Civil brasileiro, sempre que concorram na herança com descendentes ou ascendentes do consorte falecido. A renúncia de direitos hereditários futuros não só não afronta o artigo 426 do Código Civil (*pacta corvina*), como diz notório respeito a um mero benefício vidual, passível de plena e prévia abdicação, que, obviamente, em contratos sinalagmáticos precisa ser reciprocamente externada pelo casal, constando como um dos capítulos do pacto antenupcial ou do contrato de convivência, condicionado ao evento futuro da morte de um dos parceiros e da subsistência do relacionamento afetivo por ocasião da morte de um dos consortes e sem precedente separação de fato ou de direito.

⁵³ GIMENO, Gemma Rubio. *Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el Derecho Civil catalán)*. Madrid: Dykinson. 2014. p. 18.