



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Raquel Borges Alves Toscano

**DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA RECÍPROCA DOS
CÔNJUGES DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO**
(INSTITUTO DISPONÍVEL NO DIREITO PORTUGUÊS EM
DECORRÊNCIA DA LEI 48/2018)

(REDIGIDO EM PORTUGUÊS DO BRASIL)

Dissertação no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2020

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Raquel Borges Alves Toscano

**DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA RECÍPROCA DOS
CÔNJUGES DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO**
(INSTITUTO DISPONÍVEL NO DIREITO PORTUGUÊS EM
DECORRÊNCIA DO ADVENTO DA LEI 48/2018)

(REDIGIDO EM PORTUGUÊS DO BRASIL)

Dissertação no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

Gratidão à Deus, quem tão magnificamente orquestrou a ocorrência de todas as situações e a presença de pessoas, que me auxiliaram na elaboração desse trabalho.

RESUMO

O INTUITO DO PRESENTE TRABALHO É INDICAR UMA ALTERNATIVA, PARA O SISTEMA BRASILEIRO, QUANTO À POSSIBILIDADE DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL NO EVENTO SUCESSÓRIO, À SEMELHANÇA DO CAMINHO ENCONTRADO PELO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS, VIA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. O TRABALHO DESENVOLVIDO PONTUA OS DIVERSOS REGIMES DE BENS APLICÁVEIS NO BRASIL, INDICANDO A COMUNICABILIDADE PATRIMONIAL OU NÃO INSERTA NESTES; BEM COMO A COMUNICABILIDADE DECORRENTE DA SUCESSÃO E INERENTE À POSIÇÃO DE PARTE LEGÍTIMA ATRIBUÍDA AO CÔNJUGE, NA ATUAL CONFORMAÇÃO SUCESSÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO. O REGIME PATRIMONIAL VIGENTE NO CASAMENTO, EM PORTUGAL E NO BRASIL, AINDA QUE GARDA DIFERENÇAS DISCRETAS, PREVEEM A POSSIBILIDADE DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL, RESGUARDANDO SOBREMANEIRA AS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 48/2018, NA HIPÓTESE DE SUCESSÃO, A POSSIBILIDADE DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL ERA INVIÁVEL NO SISTEMA PORTUGUÊS, COMO AINDA O É NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. VERIFICADAS AS SIMILITUDES DA ESTRUTURAÇÃO SUCESSÓRIA, ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DOS DOIS PAÍSES, AVALIA-SE A COMPATIBILIDADE DA ADOÇÃO DE NORMATIVA QUE INSIRA A RENÚNCIA (ATO UNILATERAL DE VONTADE), RECÍPROCA ENTRE OS CÔNJUGES DA POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO, POR OCASIÃO DA ELABORAÇÃO DE INSTRUMENTO DE PACTO ANTENUPCIAL. AINDA, ESTA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO QUANTO À COMUNICABILIDADE PATRIMONIAL SUCESSÓRIA, DECORRENTE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA EM MUITO CONTRIBUI PARA EVITAR O AVANÇO DO ATIVISMO JUDICIÁRIO, QUE TANTO SE MANIFESTA EM TEMAS POLÊMICO, QUE POSSUEM GRANDE BARREIRA DE REGULAMENTAÇÃO JUNTO AO PODER LEGISLATIVO. PALAVRAS-CHAVE: INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL. REGIME DE BENS. CASAMENTO. SUCESSÃO. PACTA CORVINA. RENÚNCIA SUCESSÃO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

ABSTRACT

THIS WORK AIMS TO INDICATE AN ALTERNATIVE, FOR THE BRAZILIAN SYSTEM, REGARDING THE POSSIBILITY OF PATRIMONIAL INCOMMUNICABILITY IN THE SUCCESSION EVENT, SIMILAR TO THE PATH FOUND BY THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM, THROUGH LEGISLATIVE CHANGE. THE WORK DEVELOPED PUNCTUATES THE DIFFERENT PROPERTY REGIMES APPLICABLE IN BRAZIL, INDICATING THE PATRIMONIAL COMMUNICABILITY OR NOT INSERTED IN THEM; AS WELL AS THE COMMUNICABILITY RESULTING FROM THE SUCCESSION AND INHERENT TO THE POSITION OF A LEGITIMATE PARTY ATTRIBUTED TO THE SPOUSE, IN THE CURRENT SUCCESSION CONFORMATION OF BRAZILIAN LAW. THE PROPERTY REGIME IN EFFECT IN MARRIAGE, IN PORTUGAL AND BRAZIL, EVEN IF IT HOLDS DISCRETE DIFFERENCES, FORESEES THE POSSIBILITY OF INCOMMUNICABILITY OF PROPERTY, PRESERVING ASSETS FOR BLENDED FAMILIES. UNTIL LAW 48/2018 CAME INTO FORCE, IN THE EVENT OF SUCCESSION, THE POSSIBILITY OF PATRIMONIAL INCOMMUNICABILITY WAS UNFEASIBLE IN THE PORTUGUESE SYSTEM, AS IT IS STILL IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. ONCE THE SIMILARITIES OF SUCCESSION STRUCTURING BETWEEN THE LEGAL SYSTEMS OF THE TWO COUNTRIES ARE IDENTIFIED, THIS PAPER ANALYZES THE COMPATIBILITY OF THE ADOPTION OF RULES THAT INSERT THE WAIVER (A UNILATERAL ACT OF WILL), RECIPROCAL BETWEEN THE SPOUSES OF THE POSSIBILITY OF SUCCESSION, AT THE TIME OF THE ELABORATION OF THE PRE-NUPTIAL PACT. STILL, THIS POSSIBILITY OF MODIFICATION AS TO THE SUCCESSION OF PATRIMONIAL COMMUNICABILITY, RESULTING FROM THE LEGISLATIVE ALTERATION CONTRIBUTES A LOT TO AVOID THE ADVANCE OF THE JUDICIAL ACTIVISM, WHICH IS MANIFESTED IN CONTROVERSIAL ISSUES, WHICH HAVE A GREAT REGULATORY BARRIER WITH THE LEGISLATIVE POWER. KEY-WORDS: INCOMMUNICABILITY OF ASSETS. PROPERTY REGIME. MARRIAGE. SUCCESSION. PACTA CORVINA. SUCCESSION WAIVER. LEGISLATIVE CHANGE.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRegCiv – Código do Registro Civil

CPCB – Código de Processo Civil Brasileiro

CPCP – Código de Processo Civil Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

LRPB - Lei de Registros Públicos Brasileira

MP – Ministério Público

ORCPN – Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais

ORI – Oficial de Registro de Imóveis

ORTD – Oficial de Registro de Títulos e Documentos

RCPN – Registro Civil das Pessoas Naturais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

*** Registos = Registros no Brasil**

****Averbamento = Averbação**

****** Dissertação escrita em português do Brasil.**

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	9
2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA COMUNICABILIDADE PATRIMONIAL, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1. NO CASAMENTO	11
2.1.1. Implicações a depender do regime de bens adotado	12
2.2. NA UNIÃO ESTÁVEL.....	17
2.2.1. Implicações a depender do regime de bens adotado	19
3. NA SUCESSÃO	21
3.1. IMPLICAÇÕES A DEPENDER DO REGIME DE BENS ADOTADO	30
3.2. DA (IM)POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO, PELO CÔNJUGE	34
3.2.1. Por meio de testamento	36
3.2.2. Por meio de escritura de pacto antenupcial.....	38
3.2.3. Por meio de alteração legislativa.....	38
4. EXPERIÊNCIA PORTUGUESA	40
4.1. A EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA, LEI 48/2018.....	51
4.2. REFLEXÕES SOBRE A RECENTE LEI	55
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
6. BIBLIOGRAFIA.....	9

1. INTRODUÇÃO

Na prática notarial, é cada vez mais comum receber usuários que demandam a lavratura de testamento público, com o intuito específico de reservar a parte legítima e a parte disponível, de sua sucessão, apenas para os seus próprios descendentes, em especial na hipótese de casamento em segundas núpcias (família recomposta com ou sem descendência híbrida) atrelada, obviamente, à existência de descendentes de relação anterior¹.

Este fenômeno, cada vez mais frequente, seja pela dinamicidade atual de alteração das entidades familiares, seja pela maior familiaridade da população com institutos de disposição de última vontade (instrumento de testamento, com maior difusão e tradição no continente europeu²), indica apenas o início da dificuldade da orientação a ser ministrada pelo Notário no intuito de respaldar a vontade do usuário, vez que há limitação legalmente exposta à plena liberdade do testador em dispor sobre seus bens, na indicação de sua última vontade.

¹ Casar está em alta em São Paulo. Mas cada vez mais são divorciados e viúvos que trocam as alianças. Se em 2003 a união de solteiros somava na cidade 84,5% do total, em 2010 elas caíram para 79,8%, diante de uma fatia de 20,1% de noivos que já passaram das primeiras núpcias. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820267/mais-pessoas-se-casam-pela-segunda-vez-em-sao-paulo>.

² Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=60016>.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA COMUNICABILIDADE PATRIMONIAL, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Assim, muitos usuários, ao buscarem instruções para elaboração do testamento, surpreendem-se com as limitações de disposição no que tange à porção legítima, chegando ao choque ao verificarem ser o cônjuge, a depender do regime que rege o casamento, herdeiro necessário, ou seja, indubitavelmente, participante da sucessão legítima (desta somente se afastando nos casos de deserdação e indignação)³.

A comunicabilidade patrimonial, estabelecida ou evitada na constância do casamento (esmiuçada ao longo deste trabalho) traça caminho autônomo, caso decorrente do evento sucessório. Explico: enquanto no casamento, pode-se estabelecer, por pacto antenupcial, que não há qualquer comunicação entre os patrimônios dos cônjuges; na sucessão *causa mortis*, conforme legislação civil vigente, não há possibilidade de afastar a comunicação patrimonial, em decorrência da inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros legítimos, necessários, salvo no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens.

Assim, buscando estabelecer a transmissão dos seus bens para seus descendentes, o usuário esbarra em norma cogente sucessória, que limita esta possibilidade à parte disponível, excluindo a porção legítima de sua liberalidade, determinando regras rígidas para sua transmissão.

Mas nem sempre fora desta forma. Sob a égide do anterior Código Civil⁴, o regime legal supletivo aplicado na vigência do casamento era o da comunhão de bens ou comunhão universal de bens, independentemente de lavratura de escritura de pacto antenupcial para sua aplicação. Tal composição alterou-se ao longo dos anos, vez que anteriormente vigorou o regime legal da absorção dos bens advindos pelo dote⁵, alterando-se para o regime legal da comunhão universal com previsão de devolução do dote, por ocasião do fim do casamento⁶.

Com o advento da Lei Federal nº 6.515/77, alterou-se o regime legal supletivo para o da comunhão parcial de bens, o qual se mantém sob a égide do atual Código Civil

³ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/indignidade-x-deserdacao>.

⁴ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

⁵ Ao contrair núpcias, o patrimônio da esposa era transferido, automaticamente, para o do marido e em caso de dissolução este permaneceria com os bens.

⁶ Espécie de regime de unidade, no qual o patrimônio era transferido para o domínio do marido, mas no caso de dissolução, os bens eram partilhados com a esposa.

Brasileiro (CCB). Estes regimes legais supletivos referem-se aos que são estabelecidos sem a necessidade de elaboração de pacto antenupcial. Mas como a seguir indicado, outros podem ser estabelecidos, com base nas opções legais apontadas no CCB, bem como é lícita a composição de regime híbrido baseado num dos já existentes, desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes⁷.

2.1. NO CASAMENTO

A instituição da família decorrente do casamento possui plena proteção jurídica, seja decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), art. 226, seja do CCB, artigo 1511. Os tribunais superiores, STF⁸, bem como STJ⁹ garantem que esta composição familiar possa ser estabelecida, também, por pessoas do mesmo sexo.

O casamento, ato solene que se inicia com o procedimento de habilitação a ser realizado no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais competente para o domicílio dos nubentes, após sua efetiva celebração, gera dois grandes blocos de efeitos, os de âmbito pessoal¹⁰ e os de âmbito patrimonial, a depender dos regimes a reger a relação patrimonial entre os cônjuges ao longo do matrimônio.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro atual, há a possibilidade de incidência de dois regimes legais, que não necessitam de formalização por meio de escritura pública de pacto antenupcial, o da comunhão parcial de bens (ou supletivo)¹¹ e o da separação

⁷ O que a lei permite é que os cônjuges estabeleçam, conforme o regime escolhido – nas hipóteses em que seja possível – algumas disposições estranhas ao regime pactuado, como, por exemplo, excluir da comunhão um bem que não será considerado aquesto, permanecendo de propriedade particular de um só deles, contrariando a regra da comunicabilidade, ou, por outro lado, adotando o regime da separação, ajustam que certo bem passe a ser comum, quando não o seria, em face da natureza deste regime. Mas, daí a falar-se em regime misto vai uma enorme e intransponível diferença. Em nenhum dos exemplos citados haverá “regime misto”, mas regime determinado em lei: ou será regime da comunhão, contendo uma exceção com relação a algum bem, mantido de propriedade particular, exclusiva de um dos cônjuges, ou será regime da separação, excluindo-se da separação algum bem, de propriedade comum, contrariando a regra. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/regime-de-bens-regime-misto>.

⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>.

⁹ Resp 1.183.348, indicando o ministro relator Luis Felipe Salomão, em seu voto no qual deu provimento ao recurso: “Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>.

¹⁰ Artigos 1565 e 1566 do CCB.

¹¹ Artigo 1658 e ss, CCB.

legal (ou obrigatória) de bens¹².

A par destas possibilidades legais, por meio da elaboração e lavratura de escritura pública de pacto antenupcial, os nubentes podem estabelecer uma das outras três opções¹³ indicadas pelo CCB, bem como elaborar opção híbrida, em consonância com os princípios da livre escolha e da variedade.

O regime deve ser escolhido no momento da habilitação do casamento¹⁴, nos termos dos princípios que o estruturam¹⁵, cabendo alteração há poucos minutos da celebração. Como já exposto, se os nubentes escolhem o regime legal da comunhão parcial de bens ou incide na opção do regime da separação legal de bens, não há necessidade de elaboração de escritura de pacto antenupcial. Todavia, caso ocorra a opção por um dos demais regimes possíveis ou por um regime híbrido, deve-se elaborar a escritura de pacto, que traçará as diretrizes patrimoniais (podendo estender para efeitos pessoais), a serem seguidas ao longo da vigência do casamento. Há a possibilidade de alteração, mas apenas judicialmente, ainda que haja questionamento sobre a possibilidade de alteração na via extrajudicial, vez que a confecção do pacto ocorre naquele âmbito.

2.1.1. IMPLICAÇÕES A DEPENDER DO REGIME DE BENS ADOTADO

Por meio do estabelecimento do regime de bens, a vigorar ao longo da vigência do casamento, busca-se indicar as normas que irão regulamentar as relações patrimoniais estabelecidas, tanto quanto aos bens particulares que cada cônjuge adquire, antes e depois

¹² Artigo 1641, CCB, o qual mitiga a livre escolha do regime a vigorar na constância do casamento.

¹³ Artigo 1640, parágrafo único, CCB.

¹⁴ Idem 13.

¹⁵ "A estrutura e o regramento, acerca dos Regimes de Bens, estão disciplinados no ordenamento jurídico nacional, a partir do art. 1639, sendo aplicáveis a este tema os seguintes princípios: a) Princípio da Liberdade: os nubentes, antes da celebração do matrimônio, têm liberdade para escolher o regime de bens que seja mais favorável aos seus interesses e necessidades pessoais. Podem assim adotar um dos regimes-modelos estabelecidos em lei, bem como estabelecer regimes mistos com regras contidas nos regimes tipificados (art.1639, *caput*, do Código Civil). Este princípio, por sua vez, é excepcionado pela imposição do regime legal obrigatório da separação de bens nos termos do art. 1641 do Código Civil. b) Princípio da vedação do enriquecimento sem causa. c) Princípio da Variedade: como consequência do Princípio da Liberdade, o legislador oferece uma variedade de regimes de bens para que os nubentes possam escolher aquele que lhes seja mais interessante e oportuno, incluindo a possibilidade de comporem um regime misto e personalizado. Em se tratando de regime misto, os cônjuges, por exemplo, podem estabelecer o regime de comunhão universal de bens, com exclusão de certo imóvel que pertencerá somente a um deles. Da mesma forma, podem optar pela separação convencional de bens, determinando a comunicação de determinado bem entre os cônjuges. d) Princípio da Mutabilidade Condicionada: introduzido pelo Código Civil de 2002, este princípio possibilita que o regime inicial de bens seja modificado, durante a constância da sociedade conjugal, desde que haja motivação para tanto e inexistam prejuízos para terceiros. A alteração do regime de bens deverá ser requerida judicialmente e, em sendo concedida, será expedido mandado judicial para que se proceda à averbação desta modificação à margem direita do assento de casamento lavrado no Livro B do respectivo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, nos dizeres de Karine Boselli, Izolda Andrea Ribeiro e Daniela Mróz, in Registros Públicos, editora Método, 2019, p. 206 e 207.

do matrimônio, seja a título gratuito, seja a título oneroso. A depender da escolha das partes, haverá maior ou menor comunicação patrimonial, bem como necessidade de ingerência nos bens de titularidade da outra parte, por meio de outorga uxória.

A depender da opção do regime de bens, por ocasião da habilitação do casamento, diferentes serão os impactos e implicações no que tange ao aspecto patrimonial, podendo implicar em comunicação de aquestos ou formação de meação. Vejamos, nas diferentes hipóteses de regime.

2.1.1.1. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Considerada a opção ordinária¹⁶, refere-se ao regime legal supletivo, adotado ainda nos casos de escolha de outro regime, (mas que por alguma razão esta opção é invalidada), a comunhão parcial de bens implica na comunicação dos bens adquiridos, onerosamente, na constância do casamento, ainda que só em nome de um dos cônjuges¹⁷. Com esta máxima como norte, o CCB indica que não se comunicam os bens que cada um dos cônjuges já possuíam antes de se casarem¹⁸; os bens transmitidos a título gratuito, por doação ou por sucessão legítima ou testamentária, bem como os bens sub-rogados, na vigência do casamento, e ainda, os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares. Neste último caso, deve constar expressamente esta origem no título de transmissão para que não gerem questionamentos de terceiros¹⁹.

Ainda que não ocorra comunicação, em decorrência de uma das hipóteses retromencionadas, não se dispensa a outorga uxória, ou seja, a autorização do outro cônjuge nas hipóteses de: alienação ou incidência de ônus real, demanda como autor ou réu, referente aos bens imóveis²⁰, excetuando-se esta apenas na incidência do regime da separação obrigatória de bens.

Assim, verifica-se a necessidade de autorização conjugal para alienação ou demanda sobre bens imóveis, independente de comunicação desses, indicando clara ingerência do cônjuge em patrimônio alheio, em decorrência da instituição do casamento.

¹⁶ CCB, art. 1.640.

¹⁷ CCB, Art. 1.660.

¹⁸ CCB, Art. 1.661.

¹⁹ CCB, Art. 1.659.

²⁰ CCB, Art. 1.647.

2.1.1.2. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA (ABSOLUTA) DE BENS

Deve este regime ser aplicado, independentemente da vontade das partes, por ocasião da verificação de²¹: (i) inobservância de uma das causas suspensivas²² por ocasião da celebração do casamento; (ii) idade maior de setenta anos de um dos nubentes, por ocasião da celebração do casamento ou conversão²³ da união estável em casamento e; (iii) incidência de suprimento judicial de idade. Neste último caso, ocorrendo a autorização dos pais²⁴, inclusa em sua integralidade no instrumento de pacto antenupcial (caso haja escolha por um regime híbrido), não se verifica a necessidade de autorização judicial, descaracterizada a hipótese de suprimento judicial, podendo os nubentes escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver.

A primeira hipótese visa evitar confusão patrimonial entre o patrimônio a ser partilhado, seja por ocorrência de sucessão com descendentes (art. 1523, inciso I CCB), seja por divórcio (art. 1523, inciso III CCB), seja por prestação de contas decorrente de tutela ou curatela (art. 1523, inciso IV CCB), seja previsão da ocorrência de prole, a indicar descendente sucessível (art. 1523, inciso II CCB). Nestas hipóteses, há inclusive a vedação em constituir sociedade empresária (artigo 977 CCB)²⁵.

A imposição do regime de separação obrigatória de bens para aqueles que se casam com 70²⁶ anos ou mais recebe, inúmeras críticas da doutrina, vez que se trata de restrição que pode atingir a Dignidade da Pessoa Humana, princípio constitucional basilar do ordenamento brasileiro. Afinal, não há indício por si só, que a idade indique deficiência de discernimento para realizar a gestão de seus bens, podendo ser este o maior atrativo do cônjuge e este pode, certamente, administrar seus bens como bem lhe aprouver.

²¹ CCB, Art. 1.641.

²² CCB, Art. 1.523.

²³ O regime de separação de bens deixa de ser obrigatório no casamento de idosos se o casal já vivia em união estável antes de haver restrições legais à escolha do regime de bens. Assim decidiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo que envolvia um casal que viveu em união estável por 15 anos, até 1999, quando foi realizado o casamento com regime de comunhão total de bens. Em seu voto, Isabel Galotti ressaltou que a lei ordinária deve ter interpretação compatível com a Constituição: “No caso, decidir de modo diverso contrariaria o sentido da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º, a qual privilegia, incentiva e, principalmente, facilita a conversão da união estável em casamento”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-16/casamento-idosos-uniao-estavel-dispensa-separacao-bens>; e ainda, 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS, processo 1000633-29.2016.8.26.010023, Comarca de São Paulo-SP, ao enfrentar o tema, possibilitou o registro de escritura declaratória de união estável pactuando o regime da comunhão parcial de bens, não aplicando o comando estabelecido para o casamento.

²⁴ CCB, art. 1.517.

²⁵ CCB, art. 977.

²⁶ Lei 12.344/2010.

Este regime possui a essência intacta da incomunicabilidade de bens, seja durante a vigência do casamento, seja por ocasião da sucessão (melhor avaliada a seguir) e dispensa, expressamente, a outorga uxória conforme disposto no artigo 1647, CCB. Aplica-se integralmente a incomunicabilidade, e para evitar enriquecimento ilícito²⁷ de um dos cônjuges, adota-se a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado a seguir se transcreve: *No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*, independe de prova de esforço comum para a sua aquisição²⁸. Assim, em prol da vedação ao enriquecimento ilícito, há a possibilidade de comunicação de bens ainda que vigente o regime da separação legal de bens.

Em recente decisão (autos de nº 1065469-74.2017.8.26.0100) da E. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, visualiza-se a possibilidade de afastamento da Súmula 377 nas hipóteses de casamento regido pelo regime da separação obrigatória de bens, por meio da elaboração de pacto antenupcial. A base para este entendimento fixa-se na premissa de que a modalidade separação legal veda a comunhão de bens, mas *não veda o estabelecimento de uma separação absoluta, sendo possível afastar a Súmula 377 do STF e estipular a incomunicabilidade também dos aquestos*.²⁹

2.1.1.3. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Optando pelo regime da comunhão universal de bens, todos os bens que os cônjuges possuam por ocasião do casamento transmitem-se³⁰, um ao outro, por ocasião da celebração do casamento. Trata-se de uma forma de transmissão anômala de bens, visto que não há a confecção de título específico de transferência de titularidade.

Ressalvam-se os bens doados ou recebidos a título de sucessão, desde que gravados com a cláusula de incomunicabilidade, bem como os bens sub-rogados nestes (art. 1667, inciso I CCB); os bens gravados com a cláusula de fideicomisso e o direito de herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva (art. 1667, inciso II CCB); bem como as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 1667, inciso IV CCB). Mas dita incomunicabilidade não se estende aos frutos, nos termos do artigo 1669, do CCB vigente.

²⁷ CCB, art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²⁸ <https://vfkeducao.com/stj-moderna-compreensao-da-sumula-377stf/>

²⁹ <https://www.correioforense.com.br/direito-civil/a-uniao-estavel-para-pessoa-maior-de-70-anos-e-obrigatorio-o-regime-da-separacao-de-bens/#.WS1vq9wrKCh>

³⁰ Nos termos do CCB, art. 1.667.

Deve-se destacar a necessidade de elaboração de escritura de pacto antenupcial, conforme a data de habilitação e de celebração do casamento. Assim, para os casamentos celebrados antes do início da vigência da Lei nº 6.515/77, que alterou o regime legal supletivo (passou a ser o da comunhão parcial de bens), portanto, não mais se necessitava de escritura de pacto para a escolha deste último, mas determinava-se a necessidade de elaboração de pacto para os nubentes que escolhessem o regime da comunhão universal.

2.1.1.4. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Escolhido o regime da separação convencional de bens, cada um dos cônjuges possui seu próprio patrimônio, que não é comunicado entre as partes, por ocasião e na constância do casamento. Além de possuir a plena incomunicabilidade do patrimônio dos nubentes, não há necessidade de autorização para alienação ou oneração de bens imóveis ou direitos a eles relativos, nos termos do artigo 1687³¹.

2.1.1.5. REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL DOS AQUESTOS

O regime da participação final dos aquestos estrutura-se de modo assemelhado ao da separação convencional durante a vigência do casamento, mantendo cada cônjuge seu patrimônio próprio, autônomo e afastado entre si; e, por ocasião da extinção do vínculo matrimonial, em razão de divórcio, apuram-se os direitos e haveres das partes, com parâmetros semelhantes ao do regime da comunhão parcial de bens, atribuindo-se a participação final e igualitária nos aquestos, ou seja, corresponderá a cada um dos cônjuges metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Neste regime, vigora a incomunicabilidade dos bens ao longo de sua vigência, bem como determina-se a comunicação por ocasião de sua extinção. Por meio de disposição expressa na escritura de pacto antenupcial, pode ser dispensada a outorga uxória³².

Finalizada a indicação dos diversos regimes permitidos pelo ordenamento brasileiro, ressalta-se, ainda, que se pode formatar um regime misto ou híbrido, com a estrutura básica de um dos já mencionados e com incrementos específicos a suprir especial necessidade dos nubentes. Este irá regular as disposições patrimoniais a regerem as relações patrimoniais dos cônjuges, entre si e perante terceiros, desde que estas regras

³¹ CCB, Art. 1.687.

³² CCB, Art. 1.656.

não ofendam normas públicas, nem indiquem fraude a credores. Por fim, ressalta-se a inovação importante trazida pelo CCB atual, ao permitir a alteração motivada do regime de bens, desde que o seja realizado judicialmente³³, indicando a adoção da regra da mutabilidade do regime de bens no sistema jurídico brasileiro.

2.2. NA UNIÃO ESTÁVEL

O ordenamento jurídico brasileiro está em constante transformação, no intuito de atender às demandas e necessidades de estruturação familiar contemporânea³⁴. Assim, possibilitou-se, com a promulgação da CRF, a proteção jurídica da família formada a partir do casamento, bem como daquela decorrente da situação fática denominada união estável e, ainda, da composição monoparental³⁵.

No intuito de regulamentar o instituto da União Estável, foram editadas duas leis, 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, as quais buscavam traçar normas relativas aos direitos dos companheiros, aos alimentos e à sucessão.

Partindo de uma concepção individualista, tradicional e conservadora, indicando a família como núcleo de produção e reprodução, invocada pelo anterior código civil de 1916, e, pautando-se pelos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e, em especial, o da dignidade da pessoa humana, elaborou-se as bases do atual CCB. Num fenômeno de constitucionalização do direito civil, o CCB promoveu ampla evolução do direito sucessório, no que tange ao cônjuge e também ao companheiro, imprimindo a inspiração de um novo conceito de família, embasada no afeto e amor, não mais orbitando exclusivamente na instituição do casamento.

Sob a égide do atual CCB, em seu artigo 1723³⁶ e seguintes, buscou-se delimitar a união estável, situação fática, que visa formatar uma unidade familiar, sem que se altere

³³ CCB, Art. 1.639.

³⁴ Nos termos do art. 226 da CFB, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado com base no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º inciso III CRFB.

³⁵ A instituição da família decorrente do casamento possui plena proteção jurídica, seja decorrente da CFB, art. 226, seja do CCB, artigo 1511. A Constituição Cidadã de 1988, prevê a entidade familiar por meio da união estável, compreendida por situação fática, na qual há o comportamento externado de convivência mútua, pública e duradoura com o fim de instituir família, nos termos do § 3º do artigo 226 da CFB, expressamente visa facilitar a sua conversão em casamento. A família monoparental (§ 4º do artigo 226 da CFB), por sua vez, refere-se àquela formada por um dos membros de uma família, o pai ou a mãe e seu descendente. Há inclusive decisão judicial reconhecendo a família monoparental composta de avó e neto.

³⁶ São características da entidade familiar correspondente à união estável a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, ainda que do mesmo sexo. O ordenamento jurídico português, por sua vez, tem acentuado “a privatização da vida em comum, a rejeição de toda a legitimação externa do casamento – seja pela igreja, seja pelo Estado, rejeição que tem feito aumentar o número de pessoas que vivem em união de facto, legitimadas apenas pela gratificação que extraem da convivência e pelo prolongamento do

o estado civil de seus componentes, ainda que um deles ostente impedimento³⁷ referente ao estado civil de casado, (mas separado no mínimo de fato, conforme artigo 1723, § 1º) ou suspeição³⁸ (artigo 1723, § 2º) para casamento.

Assim, os companheiros, ao estabelecerem união estável, permanecem com seu estado civil inalterado (solteiro, casado, desde que separado de fato, separado judicial ou extrajudicialmente, viúvo) pelo período de sua vigência, alterando-se apenas por ocasião da habilitação e conversão³⁹ desta união estável em casamento ou por ocasião da habilitação e celebração de casamento direto.

Por se tratar de situação fática, os companheiros podem estabelecer documento idôneo⁴⁰ a servir de conteúdo probatório da existência de união estável, o qual indicará as diretrizes patrimoniais a vigorarem durante a sua constância, prescindindo da lavratura de escritura de pacto antenupcial, para indicação de regulamentação dos bens a reger a relação patrimonial dos companheiros entre si, bem como perante terceiros. Pode-se estabelecer, neste documento, um dos regimes retro mencionados e aplicados ao casamento: o regime da comunhão parcial de bens; da comunhão universal de bens; participação final dos aquestos; separação convencional de bens; separação obrigatória de bens⁴¹; regime misto ou híbrido, cujo registro é necessário junto ao Registro Civil das Pessoas Naturais competente⁴², bem como ao Registro Imobiliário competente⁴³.

Caso não seja possível⁴⁴ a publicidade da união estável junto ao Registro Civil das Pessoas Naturais correspondente, bem como do regime patrimonial que rege a união estável, deve-se providenciar o registro do documento declaratório a servir de conteúdo

seu acordo... E como se esta concorrência da união de facto não bastasse, os sistemas jurídicos enfrentam a pretensão dos casais homossexuais de celebrar casamentos ou, ao menos, de registrar as uniões para obter a aplicação dos efeitos próprios do casamento. OLIVEIRA, Guilherme de. *A Reforma do Direito da Família de Macau*. Universidade de Macau, Jornadas de Direito Civil e Comercial, Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito, Ano III, Nº 3, 1999.

³⁷ As causas de impedimento para o casamento são elencadas no artigo 1521. Tais hipótese são tão fortemente vedadas pelo ordenamento que podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

³⁸ As hipóteses de suspeição, as quais o sistema jurídico visa evitar pelas confusões, sejam patrimoniais, sejam de filiação, que podem propiciar ao casamento.

³⁹ Nos dizeres do item 87 das NSCGJSP, capítulo XVII.

⁴⁰ Pode este documento ser instrumentalizado pela forma particular (caso em que se exige o reconhecimento de firma dos pactuantes e o registro é possível apenas no ORTD) ou pela forma pública, com os requisitos dos termos do item 118 das NSCGJSP, capítulo XVII.

⁴¹ <https://www.correioforense.com.br/direito-civil/a-uniao-estavel-para-pessoa-maior-de-70-anos-e-obrigatorio-o-regime-da-separacao-de-bens/#.WS1vq9wrKCh>

⁴² Conforme expõe as NSCGJSP, capítulo XVII, item 118, no 1º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio”.

⁴³ Nos termos das NSCGJSP, capítulo XX, item 9, letra a, subitem 11, junto ao Livro Auxiliar 03.

⁴⁴ Nos termos do item 120 das NSCGJSP, capítulo XVII.

probatório, junto ao Cartório de Títulos e Documentos competente⁴⁵, a fim de gerar presunção de conhecimento perante terceiros.

Mas, na hipótese de os companheiros nada indicarem quanto ao conteúdo probatório da união estável que vivenciam, presume-se a incidência da regulamentação patrimonial atribuída ao regime legal supletivo do casamento, ou seja o regime da comunhão parcial de bens, conforme art. 1.725, CCB. Tal posição foi indicada com maestria pelo REsp 1.481.888 – SP, indicando que na união estável o regime de bens é o da comunhão parcial de bens, exceto se for realizada a escritura pública definindo regime diverso, conforme art. 2º, alínea g, do Provimento nº. 37/2014 do CNJ⁴⁶.

No âmbito patrimonial, o regramento aplicado à união estável espelha-se nos regimes propostos para o casamento, tornando-se apropriado recorrer ao quanto disposto neste arrazoado, no tópico que já tratou dos regimes de bens. Ressalva-se a desnecessidade de lavratura de escritura de pacto antenupcial para indicação de qualquer regime a vigorar na constância da união estável, seja o legal supletivo, seja um dos demais possíveis. Qualquer que seja a escolha de regramento patrimonial, tal pode ser determinado por instrumento declaratório, particular ou público.

2.2.1. IMPLICAÇÕES A DEPENDER DO REGIME DE BENS ADOTADO

No âmbito patrimonial, o regramento aplicado à união estável espelha-se nos regimes propostos para o casamento, tornando-se apropriado recorrer ao quanto disposto neste arrazoado, no tópico que já tratou dos regimes de bens. Ressalva-se a desnecessidade de lavratura de escritura de pacto antenupcial para indicação de qualquer regime a vigorar na constância da união estável, seja o legal supletivo, seja um dos demais possíveis. Qualquer que seja a escolha de regramento patrimonial, tal pode ser determinado por instrumento declaratório, particular ou público.

O sistema jurídico português, por sua vez, desde 1999 possui legislação sobre o regime jurídico da “união de facto”, determinando a proteção entre os conviventes referente aos benefícios da segurança social, fiscalidade, direitos típicos no que concerne ao direito de morada, bem como o direito de adotar crianças em situação análoga ao de pessoas casadas. Desde 2016, alteração legislativa⁴⁷ ampliou estes direitos aos

⁴⁵ Como exposto no item 2, letra g das NSCGJSP, capítulo XXI.

⁴⁶ Disponível em: <https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/667997204/o-idoso-e-obrigado-a-se-casar-com-separacao-de-bens-nem-sempre>

⁴⁷ Lei nº 02/2016.

companheiros do mesmo sexo que configurassem esta situação fática, permitindo a adoção de crianças por companheiros do mesmo sexo⁴⁸.

⁴⁸ Oliveira, Guilherme de. *Portugal! Um país de Contrastes...*, Metamorfosi del matrimonio e altre forme di convivenza afetiva, a cura de Marta Costa. Libreria Bonomo editrice, p. 180.

3. NA SUCESSÃO

No desenvolvimento de seu trabalho diário, o Tabelião, por inúmeras vezes, é demandado sobre a possibilidade de exclusão de cônjuge e companheiro da ordem de sucessão, em especial por pessoas que já possuam descendentes de relacionamentos anteriores e patrimônio, que gostariam que remanescesse junto aos seus herdeiros descendentes.

A solução, a contento da parte que busca o cartório, com tal indagação (que a princípio pareceria simples), por vezes é frustrante. Para ter resposta à indagação proposta, buscando uma opção que exclua o cônjuge ou companheiro da linha sucessória, seria necessária a reformulação do ordenamento sucessório brasileiro de modo a excluir o cônjuge da categoria de herdeiro legítimo⁴⁹ e superação da vedação expressa à *pacta corvina*⁵⁰.

A vedação à pactuação de qualquer contrato que possua por objeto herança de pessoa viva possui respaldo legal e na jurisprudência⁵¹, mas na doutrina há vozes de grande relevância que argumentam pela possibilidade de renúncia à sucessão, sem que esta corresponda a ofensa da proibição da *pacta corvina*.

O destacado doutrinador José Fernando Simão ao analisar esta vedação, esclarece: "A grande razão trazida pela doutrina é de cunho moral e seus efeitos perante a sociedade. É o chamado *votum alicujus mortis*. O contrato que transfere a herança de pessoa viva só produz efeitos após a morte daquele que tem o bem ou bens transferidos. Assim, desperta-se o desejo de morte ou de antecipação de morte, daquele de quem a herança se trata. Um segundo motivo é a possível pressão a que se sujeitaria o herdeiro. Se ele puder, com o autor da herança ainda vivo, dispor da herança, em momento de

⁴⁹ O quinhão correspondente à legítima contempla parcela do *monte mor* que apresenta blindagem legal (artigo 1848 CCB), na medida em que estes bens não podem ser onerados, pela imposição de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, salvo por testamento, no qual conste a justa causa para a oneração. A possibilidade de sub-rogação destas cláusulas em outros bens é viável, desde que seja realizada judicialmente e ocorra a conversão em outros bens, que ficarão sub-rogados na posição dos liberados. E por fim, em outro mecanismo de blindagem da porção legítima, há expressa vedação à conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

⁵⁰ Nos dizeres do artigo 426 do CCB, há expressa vedação de qualquer acordo, pactuação que tenha por objeto a herança de pessoa viva (*pactu corvinus*).

⁵¹ [...] A disposição de herança, seja sob a forma de cessão dos direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva" (STJ, Ag. Int. no REsp 1341825/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017). [...] Registro, que não se está aqui a sustentar o afastamento do (a) companheiro (a) à sucessão hereditária, porque nula seria tal ajuste a teor do art. 426, do CC, conhecida desde tempos imemoriais como PACTA CORVINA (STJ, REsp 646.259 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 22/06/2010).

dificuldade financeira momentânea, estaria tentado a cedê-la onerosamente. Há um outro motivo de ordem lógico-jurídica. Não há herança de pessoa viva. Simplesmente, antes da morte de certa pessoa existe o sujeito titular de um patrimônio. Herança pressupõe o fato jurídico morte. Se meu pai está vivo, herança não há. Há patrimônio apenas"⁵².

Por sua vez, outro doutrinador de grande impacto no ordenamento brasileiro, Rolf Madaleno, com propriedade e relativizando o entendimento de proibição da renúncia à sucessão por parte do cônjuge, conclui por não se aplicar o art. 426 do CCB à renúncia prévia da herança pelo cônjuge ou companheiro, por dois motivos: primeiro, porque se trata de renúncia abdicativa e não aquisitiva, como temiam os romanos com a *pacta corvina*; segundo, porque o herdeiro concorrente é herdeiro irregular e credor de um benefício *ex lege*, e não de uma herança universal, a que o cônjuge ou convivente sobrevivente só tem direito quando vocacionados em terceiro lugar, nos termos do art. 1.829 do Código Civil⁵³.

Ainda, a vedação a *pacta corvina* trata de proibição de pactuação de um contrato consistente de espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, carecendo, para sua formação, do encontro de vontade das partes. Trata a hipótese, evidentemente, distinta do instituto da renúncia de sucessão, referente a ato unilateral, irrevogável, irretroatável e definitivo, produzindo efeito de maneira imediata.

O artigo 1829 do CCB é claro ao indicar que há, na sucessão legítima, ordem de vocação que deve ser fielmente respeitada. Inicialmente, herdamos os descendentes; na sequência herda o cônjuge (com estes primeiros concorrendo⁵⁴, a depender do regime de bens aplicável), os ascendentes (também em concorrência com o cônjuge, independente do regime de bens adotado), o cônjuge por si, e por fim, os herdeiros colaterais (estes últimos podem ser facilmente excluídos da sucessão por disposição testamentária, vez que não compõem a legítima).

Os descendentes, o cônjuge e os ascendentes compõem o grupo dos herdeiros necessários legítimos (conforme o artigo 1.845 CCB), aos quais é garantida a transmissão da porção legítima, correspondente à metade da totalidade dos bens existentes e

⁵² SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório: de lege ferenda*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocaode-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁵³ MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. In. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 27, Belo Horizonte, IBDFAM, p. 9-57, 2018.

⁵⁴ Nos termos do artigo 1.832 CCB, caso o cônjuge concorra com os descendentes, não receberá o cônjuge sobrevivente quinhão inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

partilháveis, após o desconto das dívidas e despesas de sepultamento, acrescido de valores decorrentes de doação sujeita à colação.

A sucessão do cônjuge sobrevivente depende da ocorrência de dois requisitos: (i) não esteja o cônjuge sobrevivente separado judicialmente ou de fato, há mais de dois anos, do *de cuius*, a menos que se prove que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (artigo 1.830 CCB); e (ii) o regime de bens vigente seja tal que permita a comunicabilidade por decorrência da sucessão; como indica o artigo 1.829, inciso I, CCB, por exemplo, para as opções de regime da comunhão parcial de bens, em ocorrendo a existência de bens reservados.

Incluso pelo CCB na categoria de herdeiro legítimo, o cônjuge possui garantia da sua participação na partilha do *monte mor*. Mas na grande maioria das hipóteses de comunicação patrimonial decorrente do casamento, via regime da comunhão universal de bens ou da comunhão parcial de bens⁵⁵, a comunicação por meio da sucessão ocorre não por transmissão (salvo a hipótese de ocorrência de bem particular), mas pela atribuição da meação no momento da partilha. Assim, a possibilidade de o cônjuge sobrevivente ser qualificado como herdeiro, na hipótese de partilha de bens particulares possui menor impacto financeiro frente à hipótese em que lhe é atribuído bens por meação.

Diferentemente, a estrutura patrimonial legal adotada para aqueles então casados sob o regime da separação obrigatória (legal) de bens em muito facilita a não comunicação de bens por ocasião da sucessão, assim como ocorre nesta modalidade de regime de bens na vigência do casamento.

O ordenamento jurídico brasileiro não adotou a mesma sistemática de incomunicabilidade, ao não excluir o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, da ordem vocacional sucessória; pelo contrário, manteve a concorrência deste com os descendentes, nos termos do artigo 1829⁵⁶ CCB. E justamente

⁵⁵ No regime da participação final dos aquestos, o cônjuge sobrevivente não receberá herança, pois neste, a dissolução do casamento pelo evento morte, altera o regime que seguia as regras da separação total de bens, para o da comunhão parcial de bens e em seus termos, receberá meação, mas impedido de comunicabilidade da herança, por falta de previsão de sucessão junto ao artigo 1.829, inciso I, CCB.

⁵⁶ A interpretação da concorrência promovida entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente de relação, casamento ou união estável, na qual se adotou o regime da separação convencional de bens, é bastante controvertida. O nobre jurista Miguel Reale sustenta que o verdadeiro sentido do artigo 1.829, I, do Código Civil é de que não existe concorrência sucessória a ser deferida ao cônjuge supérstite quando este for casado pelo regime de separação convencional de bens, fundamentando seu posicionamento isolado na interpretação lógica e coerente das regras desse regime quanto a seus efeitos no direito de família e no direito sucessório". Ainda, Reale afirma que "o legislador ao estabelecer que no direito de família as regras do regime de separação convencional são as que nunca haverá comunicação patrimonial entre os bens dos consortes, e tal lógica deve perdurar quando do fim do regime de bens em decorrência da morte de um dos cônjuges. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias: *Mas há outra incongruência da*

nesta hipótese reside a maior fonte de indignação dos usuários que procuram o cartório para instrumentalizar documento que vise afastar a participação dos cônjuges dos bens, um do outro, na sucessão, acompanhando a justificativa de não comunicabilidade patrimonial que já possuem como determinada na vigência do casamento (via de regra pela adoção de escritura pública de pacto antenupcial devidamente registrado junto ao ORI competente).

Apesar do brilhante posicionamento ostentado pelos doutrinadores Miguel Reale, Maria Berenice Dias e a ministra Nancy Andrighi, esta posição é minoritária. Ou seja, ainda que casados sobre o regime da separação convencional e existindo descendentes, caberá ao cônjuge parte da herança, em concorrência com esses, em prol da função social da herança e da solidariedade familiar. Com exceção da incidência do regime da separação obrigatória ou legal, da comunhão universal e a comunhão parcial quando não se tenha deixado bens particulares, o cônjuge sempre herdará, em concorrência com os descendentes existentes. E, ainda, conforme orientação da VII Jornada de Direito Civil, Enunciado 609: “O regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido”.

Na hipótese de não existência de descendente, o cônjuge sobrevivente recebe, ao menos parte da herança, ainda que casados sob o regime da comunhão universal ou separação legal. Se ausentes descendentes e ascendentes, o cônjuge poderá receber, a depender da existência e conteúdo de testamento, integralmente a herança.

lei, que diz com o regime de separação convencional eleito pelo par por meio de pacto antenupcial. Entre as exceções ao direito de concorrência, a lei esqueceu de citar esse regime de bens (CC 1.829 I). Desse modo acabaria o cônjuge sobrevivente brindando com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido esse o desejo do casal. Ora, quando os cônjuges firmaram pacto antenupcial, elegendo o regime da separação de bens, queriam afastar qualquer efeito patrimonial do casamento. Desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a disponibilidade sobre seus bens fere de morte o respeito à autonomia da vontade. Ademais, há importante manifestação jurisprudencial (Recurso Especial 992.749, da 3ª Turma do STJ, que definiu a sucessão do cônjuge a partir de uma interpretação de forma inédita que a ministra Nancy Andrighi deu ao artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, expondo que: “o casal escolheu voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. Ressaltou, ainda, que se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do artigo 1.829, inciso I, do CC/02, em consonância com o artigo 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guiada pela eticidade, acrescenta”.

O posicionamento majoritário, cuja interpretação é extraída do conteúdo do REsp 992.749/2009, 3ª Turma, STJ, se inclinou a adotar a tese de que o cônjuge sobrevivente, que fora casado pelo regime da separação convencional absoluta, não concorria à herança com os descendentes do falecido. Isso porque, se o casal, no exercício da autonomia da vontade, escolheu um regime em que os bens de cada um não se comunicavam ao outro, tal escolha deveria prevalecer após a morte de qualquer deles. Mas como explica o advogado Luiz Paulo Vieira de Carvalho, diretor do IBDFAM/RJ, este tribunal “mudou o posicionamento anterior, declarando ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em qualquer hipótese. “A partir do entendimento doutrinário majoritário estampado no Enunciado n. 270 da III Jornada de Direito Civil, levando-se em conta que o direito a herança é garantido constitucionalmente (art.5º, XXX da CRFB), bem como o comando do art. 1.845 do Código Civil, a afirmar ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, uma vez que os efeitos patrimoniais do casamento se extinguem com a morte de qualquer dos nubentes (art.1.571, I e § parágrafo único), como também o fato de o legislador não excluir da concorrência sucessória o casado pelo regime da separação convencional absoluta (nos termos do retrocitado art.1.829, I do CCB), tendo tal norma caráter imperativo, portanto, de ordem pública, o mesmo Egrégio Tribunal, nos moldes dos Resp's 1.472.945 e 1.430.763/2014, consolidados pelo Resp 1382180/2015, julgado pela Segunda Seção, mudou o posicionamento anterior, declarando ser o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em qualquer hipótese, até porque a escolha do regime de bens em vida através de pacto antenupcial não pode ultrapassar os limites da morte, entendimento corroborado pelo Enunciado Programático N° 15/2015 aprovado no último congresso nacional do IBDFAM”.

Ainda, no âmbito tributário, vale ressaltar que na sucessão não há transmissão de meação⁵⁷, há apenas a partilha, inclusive não há tributação em partilha de meação, vez que não há fato gerador. Por ocasião da partilha da meação, esta adquire a estrutura de condomínio pro indiviso⁵⁸.

Nos regimes que possuem a meação, como o regime da comunhão universal de bens e comunhão parcial de bens, neste último no que se refere aos bens comuns, não há partilha porque não há transmissão. Como o próprio termo diz, no regramento da meação,

⁵⁷ Termo que se refere à metade do patrimônio comum do casal, sobre a qual tem direito cada um dos cônjuges. O direito à meação depende da opção de regime de bens adotada na vigência do casamento ou na constância da união estável.

⁵⁸ Termo relevante na composses, ou seja, quando mais de uma pessoa possui o mesmo bem, mas que se difere do condomínio *pro indiviso*.

por ocasião da partilha apenas se altera a natureza jurídica da titularidade do patrimônio: os bens que antes da sucessão se atribuía em regime de mancomunhão⁵⁹, com a sucessão e conseqüente inventário e partilha, passa a ser atribuído a título de condomínio *pro indiviso*.

Em flagrante proteção ao cônjuge sobrevivente, determina o artigo 1.831 do CCB que, qualquer que seja o regime de bens, é garantido ao cônjuge sobrevivente, o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência da família, caso verificado ser este o único daquela natureza a inventariar, independente de qualquer ato de registro.

Na hipótese de sucessão decorrente de união estável, houve extensa e intensa alteração de entendimento jurisprudencial quanto ao regramento inserto para a sucessão.

A regulação pioneira da sucessão, daqueles que convivam em união estável, pela CRFB no art. 226 §3º, foi seguida pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, bem como pelo artigo 1790 do CCB. Visando proteger a entidade familiar caracterizada pela união estável, a lei 8.971/94 regulamentou os direitos dos companheiros a alimentos, sucessão, bem como o direito do usufruto legal. Tratando de regulamentação complementar do instituto união estável, foi promulgada a lei 9.278/96, que estabeleceu o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, em relação ao imóvel destinado a residência da família.

O CCB trouxe mudanças impactantes para o tema união estável, ao tratar de seus aspectos patrimoniais e pessoais, em especial no artigo 1790 e seus incisos, ao indicar verdadeira ordem de vocação hereditária⁶⁰, permitindo que os companheiros tivessem participação na sucessão dos bens adquiridos onerosamente no convívio da união estável. Nos dizeres de Francisco José Cahali, estes referem-se “aqueles cuja aquisição se deu através de negócio jurídico em que ambos os contratantes auferiram vantagens, as quais, porém, correspondem a uma contraprestação. “[...] uma vez recebida a importância, ela

⁵⁹ Corresponde à situação jurídica de propriedade dos bens em relação ao casal, referindo-se aqueles que pertencem aos cônjuges ou companheiros de forma igual, sem qualquer distinção ou divisão ou preferência. Nos dizeres de Maria Berenice Dias: “A doutrina chama de mancomunhão o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens.

⁶⁰ Conforme expõe o CCB, em seu artigo 1.790.

automaticamente incorporou-se ao patrimônio dos companheiros – companheira supérstite e *de cujus*”⁶¹.

O padrão de isonomia propiciado pelas legislações relativas ao regime sucessório dos companheiros em união estável foi rompido pela regulamentação trazida pelo CCB, vez que artigo 1.790 acabou por trazer uma distinção entre as formas de estabelecimento de família, pelo casamento e pela união estável, distinção que a Constituição de 1988 não fez, restando em claro desacordo com os parâmetros constitucionais então estabelecidos. A aplicação do artigo 1.790 do CCB gera injustiça para os companheiros em união estável, ao desequipará-los em relação aos cônjuges, indicando que merecem menor proteção jurídica, situação com a qual o ordenamento constitucional vigente não coaduna.

Inspirada no espírito de resgate da isonomia a ser aplicada entre o regramento sucessório da união estável e o casamento, esta controvérsia jurídico-constitucional, foi enfrentada e sanada pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral ao tema, no RE 878.694 e RE 646.721.

A suprema corte brasileira indicou que a ordem de vocação sucessória aplicada para a entidade familiar da união estável será a mesma determinada para o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, salvo a pactuação entre os companheiros de regime diverso, aplicando o quanto indicado no artigo 1.829⁶². Ainda, o companheiro equipara-se ao cônjuge sobrevivente, compondo os herdeiros legítimos, nos termos do artigo 1.845⁶³ CCB, gozando das prerrogativas atribuídas aos que partilham quinhão da legítima entre si.

Este relevante tema, a equiparação da posição de vocação sucessória entre cônjuge e companheiro, bem como outros de igual importância, como possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, reconhecimento de filiação socioafetiva e possibilidade de alteração de

⁶¹ CAHALI, Francisco Jose. *Família e sucessões no Código Civil de 2002* – acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. V.1. editora RT, São Paulo, 2004.

⁶² Recurso Extraordinário nº Recurso Extraordinário nº 878.694, referente a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. Foi reconhecida a repercussão geral à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis.

⁶³ Recurso Extraordinário nº 646.721, pelo qual se determina, com repercussão geral, a aplicabilidade do art. 1.845 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas, indicando ainda o marco temporal de aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas. Ainda, a decisão recorrida é clara em estabelecer que “o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura finalizada”.

prenome e de sexo, sem a necessidade de laudo psicológico ou cirurgia configuram possibilidades juridicamente lícitas determinadas pelos Tribunais Superiores, respaldados pelo CNJ, sem a correspondente alteração legislativa que as amparem. Sustenta-se por posicionamento jurisdicional das altas cortes, STF e STJ, em franco e nítido movimento de judicialização da política e ativismo judiciário.

As lições do ilustre ministro do STF Luis Roberto Barroso no que concerne à judicialização da política são irreparáveis, vejamos: "*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo"⁶⁴.

Continua o nobre ministro: “o fenômeno do ativismo judicial⁶⁵ recorrente nas democracias contemporâneas, consistindo este na interpretação proativa, audaciosa e criativa da Constituição pelo Judiciário, de modo a sanar as omissões ou mora dos outros poderes, notadamente do Legislativo, na edição de seus respectivos atos normativos. Frise-se que a mencionada interpretação da Constituição deve ser implementada à luz das peculiaridades de cada caso submetido ao crivo do poder judiciário, notadamente das supremas cortes, observando inclusive o princípio instrumental da razoabilidade. A antítese do ativismo judicial é a autocontenção, que se dá quando o Judiciário busca tão-somente impugnar os atos normativos dos outros poderes, notadamente as leis, a partir de uma interpretação da Constituição muito limitada e restrita, para não dizer literal. Na autocontenção o judiciário, em especial as supremas cortes, cingem-se a detectar e fulminar os atos normativos dos outros poderes, principalmente a lei, demitindo-se, o Judiciário, do seu poder de suprir as omissões ou mora dos outros poderes, em especial do Legislativo, na edição de seus respectivos atos normativos”.

Por sua vez, "O ministro Luiz Fux, durante o 10.º Encontro Nacional do Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), expôs que o Poder Judiciário só faz isso porque há omissão do parlamento. “Há várias questões em relação às quais o Judiciário não tem capacidade institucional para solucionar. É uma questão

⁶⁴ in *Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO*, ed Saraiva, 5ª edição, p. 437.

⁶⁵ O ativismo judicial do STF se dá, na maioria das vezes, em defesa de direitos fundamentais e no sentido da inovação legislativa. Sendo assim, observa-se, em regra, um efeito *backlash* conservador, no sentido da manutenção do *status quo*.

completamente fora do âmbito jurídico. Mas, mesmo assim, temos que decidir. E por que temos que decidir? Porque a população exige uma solução”⁶⁶.

Ainda, o ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, demanda se no exercício das suas atribuições constitucionais de maneira moderada, responsável e prudente estaria praticando ativismo. Não, ele defende que não visualiza a prática de ativismo, verifica um ativismo judicial moderado, necessário pela injustificável omissão de outro órgão, o Congresso Nacional. Neste sentido, em 2008, o então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, propôs a criação de uma comissão no Congresso Nacional para tratar dos temas constitucionais que ainda não foram regulamentados. A não regulamentação ou ajustamento de normas sobre determinadas matérias é questionada no Judiciário, que não pode se omitir. O julgamento desses casos, cujas lacunas legislativas existem, “não é uma manifestação de despreço pelo Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal”, afirmou Mendes naquela ocasião.

Ainda, por meio da difusão da teoria da função contramajoritária⁶⁷, na qual os direitos fundamentais *servem justamente como um “escudo protetor” em face da vontade da dita maioria, isto é, existem justamente para conter a maioria*. Esta contenção ocorre para evitar a imposição da “vontade majoritária” a qualquer custo. Assim, os direitos fundamentais têm como característica o fato de conformarem a atuação do legislador ordinário, em um fenômeno denominado de “paradoxo da democracia”, que, nas palavras de Robert Alexy⁶⁸ “se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia”.

Nesse contexto de expansão das atribuições do Poder Judiciário, em um sistema político pautado na Constituição, verifica-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que leva ao ativismo judicial e tem reforçado a função do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, na proteção dos direitos fundamentais e na garantia do respeito às regras do jogo democrático. Como salienta o ministro Barroso, “eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia”⁶⁹.

⁶⁶ Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>.

⁶⁷ Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais#_ftn3

⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 447.

⁶⁹ *Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO*, ed Saraiva, 5ª edição, p. 371.

Entretanto, nas outras situações, em que não estejam em questão os direitos fundamentais ou os ritos democráticos, o Poder Judiciário deve, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, acatar as escolhas legitimamente feitas pelo legislador e o exercício da discricionariedade razoável de competência do administrador público.

Por todo o já exposto, este trabalho, busca-se contextualizar o impacto de não previsão legal de renúncia de sucessão recíproca do cônjuge, na hipótese de adoção do regime de separação de bens, convencional ou legal, como tentativa de manter o patrimônio na troncabilidade, mantendo a incomunicabilidade como percebida na vigência do casamento. Defende-se a edição de lei pelo congresso brasileiro, inspirando-se na Lei 48/2018, portuguesa; procurando-se evitar o, não raro, ativismo judiciário praticado na jurisprudência brasileira.

3.1. IMPLICAÇÕES A DEPENDER DO REGIME DE BENS ADOTADO

O direito à sucessão, reconhecido e garantido constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, *caput*, incisos XXII e XXXIII, demonstra corolário do direito à propriedade privada, garantida ao longo da vida, bem como após a morte.

O sistema sucessório brasileiro atribui uma ordem rígida de chamamento à sucessão, nos termos do artigo 1829 CCB, aplicado para as hipóteses de casamento ou união estável, equiparadamente⁷⁰; a iniciar-se, impreterivelmente, pelo quinhão correspondente à legítima. Uma vez identificados os herdeiros necessários, passa-se à análise de incidência ou não de concorrência entre cônjuge e descendentes, a depender do regime de bens aplicado por ocasião da constância do casamento.

Adotada a premissa de que a herança se refere ao patrimônio titulado pelo falecido e transmitido aos seus descendentes por ocasião de seu óbito; e a meação compreende a metade do patrimônio comum do casal, sobre a qual tem direito cada um dos cônjuges, a depender da regra de comunicabilidade do regime de bens adotado no casamento (ou união estável), conclui-se que herdeiro é aquele que tem direito a receber os bens deixados pelo *de cuius*, em transmissão por sucessão enquanto que meeiro é aquele possuidor de metade dos bens do falecido, em decorrência do regime de bens adotado, quando da união com o *de cuius*.

⁷⁰ Vide nota 57.

Assim, seguindo a ordem legalmente estabelecida e aplicando a máxima que indica que no regime em que há meação, não há herança sobre os bens comuns, conclui-se que, a depender do regime de bens adotado, pode o cônjuge⁷¹ também ser herdeiro. Desta forma, o legislador optou pela seguinte fórmula na hipótese de casamento sob regime que gera concorrência com descendentes: quem herda não tem meação e quem tem meação não herda. A herança (vinculada ao dever de solidariedade) torna-se relevante em relação ao patrimônio que não se refira à meação (dependente do regime de bens adotado, em franca proteção à família), pois nestes casos já teve o cônjuge direito a receber metade, em razão desta presumida colaboração.

Assim, vejamos: (i) se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime da comunhão universal de bens, será meeiro da totalidade dos bens e poderá ser herdeiro apenas em decorrência de disposição testamentária⁷², referente à porção disponível, salvo nas hipóteses de transmissão adquirida pelo *de cuius* com a cláusula de incomunicabilidade; (ii) se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime da comunhão parcial de bens⁷³, será meeiro da totalidade dos bens em comum e poderá ser herdeiro, em concorrência com os possíveis descendentes, nos bens particulares, salvo nas hipóteses de transmissão adquirida pelo *de cuius* com a cláusula de incomunicabilidade, se houver e, também em decorrência de disposição testamentária, referente a porção disponível; (iii) se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime da separação convencional de bens, será herdeiro da totalidade dos bens, que serão todos particulares, e poderá ser herdeiro ainda em decorrência de disposição testamentária, referente a porção disponível; (iv) se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime da separação legal ou obrigatória de bens, não haverá transmissão a título sucessório como herdeiro legítimo, sob pena de burla ao sistema legal, mas em decorrência de disposição testamentária, referente à porção disponível; bem como poderá receber os aquestos

⁷¹ Conforme o art. 1.830, do CCB.

⁷² Nesta hipótese, o raciocínio do legislador é o de que, no casamento constituído pelo regime da comunhão universal de bens, a comunhão patrimonial já se opera desde a celebração das núpcias, por isso a sua exclusão na concorrência com os descendentes. Esse entendimento também alude ao fato de que o cônjuge já é amplamente amparado pelo recebimento da meação, composta por metade dos bens comuns do casal, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.89- 104.

⁷³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, acompanhando grande parte da doutrina, defende a interpretação que considera que o dispositivo limita a concorrência dos descendentes com cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, exclusivamente aos bens particulares do *de cuius*. Já no que tange aos bens particulares do autor da herança, são eles partilhados pelos herdeiros a título de sucessão *causa mortis*, inclusive pelo cônjuge, já que é considerado herdeiro necessário. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89- 104.

decorrentes da incidência da Súmula 377 STF⁷⁴; (v) se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime da participação final dos aquestos, será meeiro da totalidade dos bens comuns e poderá ser herdeiro, em concorrência com os possíveis descendentes, nos bens particulares (adquiridos anteriormente ao casamento ou recebidos por doação com a inserção da cláusula de incomunicabilidade), se houver e, também em decorrência de disposição testamentária, referente a porção disponível.

Neste sentido, o Enunciado 270 proferido na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, indica que: O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) serem partilhados exclusivamente entre os descendentes.

A legislação pátria não trouxe previsão para a hipótese de sucessão que envolve descendentes híbridos, ou seja, descendentes somente do *de cuius* e comum do *de cuius* e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, configurando a sucessão híbrida. Nesta, os descendentes são chamados a receber a herança em concorrência com o cônjuge ou companheiro, se o regime de bens aplicado o permitir, entendendo por descendentes, tanto os comuns quanto descendentes exclusivos.

Grande divergência tem surgido na doutrina e na jurisprudência, em decorrência desta falta de previsão, e face a tantas críticas geradas, afirma a doutrinadora Giselda Hironaka⁷⁵: “não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança”. E, ainda, Sílvio de Salvo Venosa⁷⁶ afirma ser lamentável essa omissão do legislador, pois na atualidade é muito comum pessoas se casarem mais de uma vez e desses casamentos resultarem diversos filhos, expressando, inclusive que “essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável”.

⁷⁴ No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, Súmula 377, STF.

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imes*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692>.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.7, p. 145.

Face a esta grande omissão legislativa, a professora Hironaka sustenta três posições, que geram em torno da participação do cônjuge e sua garantia à quarta parte da herança: A primeira proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes comuns do *de cuius* e do cônjuge supérstite. Esta posição é partilhada pelo professor Venosa, vez que “a lei não fez distinção se essa concorrência é com os filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido”. A segunda seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes exclusivos do *de cuius*. Essa é a posição mais aceita pela doutrina, em especial por Maria Helena Diniz⁷⁷, por se tratar de interpretação que mais se coaduna com os preceitos constitucionais de igualdade. Já para Para Mário Delgado⁷⁸, a intenção do legislador seria “beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos.” Ainda que concorde com este segundo posicionamento, o jurista Zeno Veloso⁷⁹, alega que tratar os filhos de modo idêntico, como exclusivos, prejudica o quinhão do cônjuge, que veria sua parte na herança reduzida da quarta parte, ferindo a *mens legis*. Por fim, a terceira proposta promove uma composição híbrida, propondo a divisão da herança em sub-heranças proporcionais, conforme o tipo de descendente: uma referente à participação por cabeça na sub-herança dos descendentes exclusivos, e outra referente à concorrência na sub-herança dos descendentes comuns, garantido nessa porção sua reversa de um quarto sobre o acervo hereditário. Tal divisão traria desigualdade entre os filhos (comuns e exclusivos) do *de cuius*, o que fere o preceito constitucional da igualdade dos filhos bem como a regra do artigo 1.834 CCB, sendo, portanto, inaceitável.

Qualquer que seja a posição adotada, sem previsão legal que a respalde, haverá críticas. Mas não se pode negar solução a esta hipótese, cada vez mais comum face a maior incidência, na atualidade, de famílias recompostas, com ou sem descendentes comuns.

Daí, mais uma vez, a importância em se respaldar a possibilidade do cônjuge renunciar à sucessão com o fim de apelar possíveis litígios que poderiam resultar da partilha de bens com os descendentes, comuns ou exclusivos, bem como para fazer valer a vontade dos cônjuges ou companheiros, que, previamente, ao estabelecimento do

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6, p. 121.

⁷⁸ DELGADO, Mario Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones de Figueiredo (coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v.3. p. 438.

⁷⁹ VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2004. p. 531.

casamento ou da convivência pública, optaram pelo regime da separação convencional de bens e ampliando a incomunicabilidade à hipótese de sucessão.

Mas, apenas por alteração legislativa se faz possível esta renúncia. O atual ordenamento jurídico não permite tal instituto, seja por disposição em pacto antenupcial, seja por disposição testamentária, melhor explicitado a seguir.

3.2. DA (IM)POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO, PELO CÔNJUGE

Como já referido acima, o ordenamento jurídico atual posiciona o cônjuge como herdeiro legítimo, independentemente do regime de bens vigente no casamento, exceto na separação legal ou obrigatória de bens.

Tal situação gera inconformismo por parte de muitos cônjuges e companheiros, cujo regime adotado para regular os bens é o da separação convencional de bens. Não compreendem o porquê da vedação legal em determinar a incomunicabilidade dos bens na sucessão *causa mortis*, já que possível para a vigência do casamento.

Simplesmente não o podem porque se o fizerem, em prol da prática da autonomia da vontade⁸⁰ dos pactuantes, estarão infringindo, ao menos duas normas de ordem pública, disposição legal exposta no CCB: (i) a desconsideração do cônjuge como herdeiro necessário e como tal sucessível nas hipóteses permitidas pelos regimes de bens por ventura adotado; (ii) a vedação de contratação sobre herança de pessoa viva. Para a maioria da doutrina, sem a superação destes pontos, não há possibilidade de renúncia à sucessão, seja por ocasião da lavratura do pacto antenupcial, na habilitação de casamento; seja em documento que disponha a regulamentação patrimonial da união estável; seja por meio de testamento.

Crítica ao movimento de inserção do cônjuge com herdeiros necessário se faz imprescindível. Em tempos em que vínculo conjugal se torna cada vez mais dissolúvel, com muita facilidade, visualiza-se mutável e precária a posição do cônjuge, na realidade fática em franco paradoxo do incremento de sua proteção jurídica, com seu posicionamento como herdeiro necessário. Sustentar o cônjuge como herdeiro necessário indica adotar postura contrária ao intuito de maior liberdade que deve reger as

⁸⁰ Correlata à liberdade de disposição do *de cuius* pela via testamentária. Nestes casos, interpreta-se uma prevalência, quando das disposições patrimoniais, dos interesses dos sucessores, como ensina Ana Luiza Maia Nevares. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

conjugalidades, na atualidade. Neste sentido, cita-se crítica realizada por José de Oliveira Ascensão, em citação de Mário Luiz Delgado⁸¹.

Ainda que se estabelecesse o cônjuge como herdeiro legítimo, mas não necessário, direitos como aos alimentos e, dependendo do regime de bens, à meação estariam garantidos; preservando a liberdade positiva da autonomia da vontade (propiciando autorregulamentação patrimonial, por testamento, se a lei o permitir), sem ferir a proteção do cônjuge. Deveria o Estado apenas intervir para proteger o cônjuge ou companheiro em hipótese de vulnerabilidade patrimonial.

No que tange à vedação a contratação de pacto sucessório (*pacta corvina* conforme artigo 426 do CCB), como bem sustenta Rolf Madaleno⁸², há dois argumentos básicos em desfavor dos pactos sucessórios: “seria odioso especular sobre a morte de alguém para conseguir ganhos patrimoniais e haveria redução da liberdade de testar”. No entanto, este mesmo autor, aduz que a renúncia de herança por pacto sucessório não estimularia a atentar contra a vida do seu cônjuge, bem como aumentaria a disponibilidade testamentária ao se retirar um herdeiro forçoso, por meio da renúncia.

Qualquer disposição em desacordo é maculada pela nulidade virtual, nos termos do artigo 166, inciso VI, CCB, que dispõe ser “nulo o negócio jurídico quando tiver por objeto fraudar lei imperativa”. Da mesma forma, é nula a convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei, conforme artigo 1655, CCB.

No entanto, a renúncia ao exercício futuro (sucessão do cônjuge ou companheiro) do direito concorrencial de descendente ou ascendente não se amolda na vedação de contratação de *pacta corvina*. Sustentar o contrário seria ampliar de forma indevida a extensão do conteúdo da vedação expressa no artigo 426, CCB, qual seja, a proibição de contratação referente à herança de pessoa viva, sem participação dessa pessoa. Ora, esta vedação não contempla os pactos sucessórios⁸³ nas modalidades renunciativas e

⁸¹ Esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. (DELGADO, Mário Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente*. In: _____; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil: no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2006, p. 417-446.

⁸² MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012, p. 307-333.

⁸³ A doutrina classifica os pactos sucessórios em três modalidades: (i) pacto aquisitivo ou “de succendo”, referente ao negócio jurídico pelo qual alguém institui um herdeiro por instrumento diverso do testamento; (ii) pacto renunciativo ou “de non succendo”, na hipótese de um dos contraentes renunciar à sucessão do outro; (iii) os pactos sobre a sucessão de um terceiro ou “de hereditate tertii”, que são atos bilaterais intervivos efetuados entre dois interessados, acerca da sucessão de uma pessoa viva, que permanece estranha ao acordo celebrado.

aquisitivas, mas apenas os pactos renunciativos na modalidade dispositivos ou “de hereditate tertii”, como também o fez no artigo 1.793, CCB, ao proibir a cessão de direitos hereditários antes da abertura da sucessão, sendo plenamente válida a renúncia a direitos hereditários antes da abertura da sucessão.

E, ainda, como bem infere Mario Delgado⁸⁴, a vedação a contratação não coincide e não pode abranger a possibilidade de renúncia à herança, ou seja, ato unilateral de vontade, arbitrário, emanado dos poderes dispositivos do sujeito de um direito legalmente reconhecido. Consiste em lícita manifestação de vontade, livre e espontânea, de dispor de um direito próprio. Não existe qualquer restrição à renúncia de direitos na disposição de vedação de *pacta corvina*.

Por fim, a disposição do artigo 426, CCB é clara ao vedar a pactuação referente a herança e não à sucessão. São institutos distintos. Enquanto a sucessão constitui o direito por meio do qual a herança é transmitida a alguém, a herança refere-se ao acervo de bens transmitidos por ocasião da morte; de tal maneira que a vedação que alcança a herança, ou seja, o acervo de bens, não necessariamente afeta o direito sucessório em si.

3.2.1. POR MEIO DE TESTAMENTO

Nos termos do artigo 1.786 do CCB, a sucessão *causa mortis* dá-se por disposição de última vontade ou em virtude de lei. À primeira disposição, refere-se à sucessão testamentária, pois corresponde às disposições constantes no testamento; e, à segunda, à sucessão legítima⁸⁵.

Pode a sucessão ocorrer a título universal, sem a ocorrência de testamento, sendo o herdeiro legítimo ou testamentário o único herdeiro, ou ainda nos casos de existência

⁸⁴ Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/04/08/artigo-da-renuncia-previa-ao-direito-concorrencial-por-conjuges-e-companheiros-por-mario-luiz-delgado/>. Mesmo posicionamento sustenta MADALENO, Rolf. Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial. Revista IBDFAM, vol. 27, maio/junho de 2018, p. 09-58: Nada há que impeça, em regra, a renúncia dos direitos concedidos por lei, salvo se contrariar a ordem pública ou se for em prejuízo de terceiro, o que não ocorre na específica hipótese do direito à concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, que não se confunde com a hipótese de ser chamado sozinho à sucessão, como herdeiro único e universal. Assim, validamente renunciável é o direito concorrencial na hipótese em que o cônjuge é chamado a suceder em conjunto com descendentes ou ascendentes. Permitir a renúncia ao direito concorrencial não configura ato imoral, assim como não o é renunciar à meação, até mesmo porque se insere no quadro mais amplo da autonomia patrimonial da família, consentânea com a atual realidade social, muito mais complexa e mutável. E isso pode ser feito, ressalte-se, de lege lata, ou seja, sem necessidade de alteração legislativa do artigo 426 do Código Civil.

⁸⁵ Conforme Pontes de Miranda, a sucessão legítima tem o seu fundamento na existência de vínculo familiar, ou, na falta de elementos da família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal, in PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 258. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões: sucessão em geral; sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, t. 55, 2012.

de testamento, em que os herdeiros testamentários recebem uma porcentagem, fração da herança. Nesta, o herdeiro recebe parcela da herança ou todo o montante. Ou, ainda, pode a sucessão dar-se a título singular, na hipótese do herdeiro ser chamado a receber um bem individualizado, específico, como uma casa determinada ou um terreno individualizado a alguém.

A sucessão testamentária fundamenta-se na autonomia de vontade manifestada mediante testamento, que se define como um ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total (se não possui herdeiros necessários por ocasião de sua morte) ou parcialmente (na hipótese de incidência de herdeiros necessários), de seu patrimônio para depois da sua morte.

É possível a existência simultânea destas duas formas de sucessão. A sucessão será legítima quando não houver testamento, quando este for julgado nulo ou caducar e não poderão afastar a sucessão legítima, abarcando metade dos bens que compõe o *monte mor*, quando houver herdeiros necessários.

Ainda, a sucessão legítima (na qual o legislador impôs um dever de solidariedade, sobrepondo-se à autonomia privada⁸⁶) se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária. A sucessão legítima necessária é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cuius*, dando origem aos herdeiros necessários e à quota necessária, também denominada legítima. Em contraposição a esta, há a quota disponível, ou seja, aquela parte do patrimônio que o *de cuius* pode livremente dispor por meio do testamento.

O instituto do testamento visa expor a declaração de última vontade do testador, abrangendo a porção disponível de seus bens e por esta razão não configura instrumento hábil para excluir a incidência da sucessão decorrente da porção legítima, a qual pertence ao cônjuge, a depender do regime de bens adotado.

A vontade legal presumida pode ser alterada pela vontade real manifestada pelo autor da herança, através de testamento. Este serve justamente para que o autor da herança altere a vontade do legislador, no que tange a porção disponível, sendo rígida a aplicação do conteúdo legal no que tange a porção legítima. Corresponder-se-ia a uma mediação

⁸⁶ Se na sucessão legítima presume-se o afeto por aqueles contemplados, na sucessão legítima necessária o legislador impôs um dever de solidariedade, sobrepondo-se à autonomia privada. Pode-se dizer que o afeto está, sim, na base desta modalidade sucessória, mas como princípio na sua modalidade criadora de deveres jurídicos. Trata-se de um compromisso entre liberdade individual e família, um limite ao individualismo egoísta: “Sempre se questionou se o direito de dispor do patrimônio após a morte deveria ser absoluto, ou se o testador deveria sofrer certas restrições. O testamento pode ser instrumento de amor ou de ódio” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

entre a liberdade do testador e o direito dos descendentes e ascendentes (os herdeiros necessários à época da sucessão), entre interesses familiares e os contemplados por testamento⁸⁷.

3.2.2. POR MEIO DE ESCRITURA DE PACTO ANTENUPCIAL

Nos dizeres de Arnaldo Wald⁸⁸, “Uma lei de 1761, sancionando o uso anterior, permitia que, nos contratos antenupciais, as partes se fizessem doações para após a morte de um dos nubentes, ou regulassem as suas sucessões recíprocas, manifestando-se favorável a tal prática a doutrina dos praxistas, representada por Lobão, em suas Notas a Melo, Gouveia Pinto, em sua Prática, e Correa Telles, em seu Digesto. Ainda, na Consolidação das Leis Cíveis, Teixeira de Freitas, após proibir os pactos sucessórios em geral, ressaltou a hipótese especial dos pactos antenupciais em que se admitiam normas sucessórias, opinião acatada pela doutrina posterior, representada por Carlos de Carvalho e Lacerda de Almeida[...].

No direito pátrio, o art. 314 do Código Civil de 1916 consagrava a doação mortis causa incluída no pacto antenupcial, estabelecendo, ainda, que a doação aproveitava aos filhos do donatário, mesmo quando este falecesse antes do doador, caducando, todavia, se todos os filhos do donatário falecessem antes do doador.”

Apesar deste movimento prévio, na vigência do CCB, não cabe inserção de qualquer disposição em escritura de pacto antenupcial que tenha por fim subtrair direitos sucessórios, bem como alterar a ordem de vocação sucessória. Tais disposições são nulas de pleno direito, ainda que não invalidem o pacto firmado⁸⁹.

Dentre as disposições possíveis no instrumento de pacto antenupcial, encontra-se as referentes à regulamentação do regime de bens e demais disposições patrimoniais a vigorarem na constância do casamento, sendo estranho a este instrumento qualquer disposição acerca do afastamento do cônjuge da ordem de sucessão legítima.

3.2.3. POR MEIO DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 258 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões: sucessão em geral; sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, t. 55, 2012.

⁸⁸ WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das sucessões*. (Formato epub). 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.

⁸⁹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3/inteiro-teor-19085247?ref=juris-tabs>

Por mais que se milite pela possibilidade de renúncia à sucessão pelo cônjuge por meio de pacto antenupcial, previamente ao casamento ou por ocasião da alteração do regime de bens judicialmente demandada⁹⁰, a doutrina majoritária não acompanha a posição defendida pelos doutrinadores Rolf Madaleno e Mario Delgado de que não se trata esta hipótese de possível *pacta corvina*, expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como já retromencionado.

Assim, para que se torne possível a renúncia prévia ao direito sucessório por parte dos cônjuges, faz-se necessária previsão legislativa, como elaborada e promulgada no ordenamento português e a seguir analisada.

Neste sentido, propiciar-se-á a resposta pronta ao usuário que busca no Tabelionato a possibilidade de tornar incomunicável o regime patrimonial a vigor na constância do casamento ou da união estável, bem como na hipótese de sucessão, possibilitando verdadeira autorregulamentação sucessória.

⁹⁰ Conforme disposto no CCB, em seu artigo 1.639, § 2º. Tal previsão é reforçada pelo contido no *caput* do art. 734 do CPCB.

4. EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

A par da desejada autonomia da vontade, o instituto do casamento, no ordenamento jurídico português, é dotado de um estatuto patrimonial particular, composto, por vezes, por regras imperativas⁹¹, que geram fortes restrições à plena liberdade contratual, impondo um regime patrimonial mínimo⁹².

O regime patrimonial a vigorar no casamento (artigo 1577 CCP), ainda que trate os cônjuges como iguais (artigo 1671, CCP), institui restrições à autonomia da vontade, por meio da imposição de um conjunto mínimo de regras impositivas, como os deveres de colaboração e de respeito pelo património do outro. A comunhão de vida na igualdade, gerando interpenetração entre os patrimônios dos cônjuges, decorrente do casamento presume um vínculo jurídico entre os cônjuges, “donde emanam obrigações jurídicas recíprocas e, desde logo, no plano patrimonial, a obrigação de os cônjuges viverem em comum e constituírem uma unidade social e econômica”⁹³, implicando esta comunhão de vida, em certa medida, renúncia a independência patrimonial. Há, inclusive, tendência para a comunitarização dos regimes de bens separatistas (evitando a ocorrência de enriquecimento ilícito de uma das partes) e a tendência para a matrimonialização dos contratos do Direito comum.

Nos termos dos artigos 1671, 1672, 1673, 1676, 1678 (n.3), 1682 (n.1 e 3), 1682-A, 1682-B e 1683 (n.2), todos do CCP, forma-se um parâmetro mínimo de normas

⁹¹ Fora deste âmbito, os cônjuges seriam livre de regular as respectivas relações patrimoniais através da celebração de quaisquer negócios jurídicos que seriam regidos pelas normas de Direito comum, conforme Leite de Campos, *Lições...* cit, p. 379 e 380.

⁹² O artigo 1699 CCP indica as questões que as partes não podem pactuar livremente, não podendo ser objeto de convenção antenupcial, a saber: a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo as disposições previstas legalmente de pactos sucessórios lícitos; a alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais; a alteração das regras sobre administração dos bens do casal; a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados legalmente como incomunicáveis. Conferem estas hipóteses verdadeiro núcleo intransponível de propriedade individual que visa proteger a autonomia de cada cônjuge.

⁹³ XAVIER, RITA LOBO. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 434.

imperativas de cooperação entre os cônjuges, a seguir indicados: (a) o casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; (b) a direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre, a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro; (c) os cônjuges são reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência; (d) os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar; (e) salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família; (f) na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges; (g) o dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos; (h) se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação; (i) não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar; (j) cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal; os restantes actos de administração só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges; (k) a alienação ou oneração de móveis comuns cuja administração caiba aos dois cônjuges carece do consentimento de ambos, salvo se se tratar de acto de administração ordinária; (l) carece do consentimento de ambos os cônjuges a alienação ou oneração: (l.1) de móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho; (l.2) de móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os não administra, salvo tratando-se de acto de administração ordinária; (m) quando um dos cônjuges, sem consentimento do outro, alienar ou onerar, por negócio gratuito, móveis comuns de que tem a administração, será o valor dos bens alheados ou a diminuição de valor dos onerados levado em conta na sua meação, salvo tratando-se de doação remuneratória ou de donativo conforme aos usos sociais; (n) carece do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens: (n.1) alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns; (n.a) alienação, oneração ou locação

de estabelecimento comercial, próprio ou comum; (o) relativamente à casa de morada de família, carecem do consentimento de ambos os cônjuges: (o.1) a resolução ou denúncia do contrato de arrendamento pelo arrendatário; (o.2) a revogação do arrendamento por mútuo consentimento; (o.3) a cessão da posição de arrendatário; (o.4) o subarrendamento ou o empréstimo, total ou parcial; (p) a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges; (q) o repúdio da herança ou legado só pode ser feito com o consentimento de ambos os cônjuges, a menos que vigore o regime da separação de bens.

Com a tendência, na atualidade, de se valorizar a autonomia da vontade dos cônjuges e a liberdade da família, dispõe-se de um sistema patrimonial particular, de auto-regulamentação destas relações, adaptando-se os interesses e a situação específica dos envolvidos, mas sempre limitada pelo estatuto imperativo exemplificado acima. Para tal, pactua-se a convenção matrimonial, celebrada imprescindivelmente antes do casamento.

A par deste regramento, o instrumento de convenção antenupcial⁹⁴ indica o regime de bens a vigor na constância do casamento, considerando-os como a expressão da autonomia da vontade, nos termos do artigo 1698 CCP, podendo os nubentes fixar livremente o regime de bens, estipulado o que melhor lhes aprouver, desde que respeitados os limites da lei⁹⁵ e visando a aplicação dos Princípios da Livre Convenção quanto ao seu conteúdo (respeitados os limites da lei, normas imperativas de ordem pública e bons costumes) e o da Imutabilidade do quanto pactuado.

Assim, tendo os cônjuges um instrumento especificamente elaborado com a adequação necessária aos seus interesses, estes não se verão obrigados a recorrer à celebração de contratos de Direito comum.

Podem os nubentes optar por 3 diferentes regimes-base de bens, dois convencionais e um supletivo⁹⁶, a saber: o de comunhão ou de separação, podendo-se, ainda, determinar regimes diferentes, apurados a partir de introdução de modificações nos regimes bases. Visa-se vedar a alteração do regime-tipo que desnature ou descaracterize o fim específico do tipo, garantindo a obediência ao princípio da inalterabilidade dos

⁹⁴ Refere-se a um acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens, por meio de um contrato acessório do casamento, cuja existência e validade pressupõe a ocorrência do casamento, conforme dispõe Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *in Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 560-572.

⁹⁵ Nos termos do artigo 1720, CCP.

⁹⁶ Embasado na comunhão plena de vida igualitária, pautada pela colaboração na ordem patrimonial e no respeito pelo património de cada um, disciplinado pelo CCP.

pressupostos fundamentais do regime base. Ainda, em prol da vedação do enriquecimento injustificado de um dos cônjuges, vigora a regra da imutabilidade⁹⁷ do regime pactuado, mesmo que possam contratar entre si um negócio jurídico regido pelo Direito comum⁹⁸.

Na maioria dos casos, a determinação de imutabilidade dos regimes de bens não é justificável, seja pela noção de preservação dos pactos familiares, seja pela proteção das expectativas de terceiros, seja pela proteção de um cônjuge contra o outro. Dever-se-ia propiciar alteração legislativa no sentido de permitir a alteração do regime de bens, com ampla publicidade e possibilidade de impugnação por eventuais interessados e/ou prejudicados.

Nos dizeres de Guilherme de Oliveira, “o texto do actual art. 1576 é significativo quando define o casamento como um contrato celebrado *nos termos das disposições deste código*, sugerindo, deste modo, que o matrimónio é uma espécie de *contrato de adesão*, em que os aderentes não podem modificar as cláusulas contratuais, que se apresentam fixadas e iguais para todos. Afinal, duas pessoas casadas e que vivem numa comunhão de vida e de interesses, podem acordar a melhor forma de se organizarem financeira e patrimonialmente, por meio da constituição de uma sociedade.

Conforme dispõe Cristina Araújo Dias, “vigora entre nós o princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição e o reconhecimento da propriedade privada”. Continua a autora, ao indicar que, tem “na sucessão testamentária, a manifestação individualista da liberdade de testar”. Mas este sistema articula-se com o sistema familiar, traduzido essencialmente no instituto da sucessão legitimária⁹⁹. Ainda, neste espírito privatista, questiona-se qual a extensão da proteção que se deve atribuir ao cônjuge sobrevivente, após o falecimento do outro. E, em resposta a este questionamento, houve a edição da Lei 48/2018, que trouxe a possibilidade de renúncia recíproca dos cônjuges, no instrumento de convenção (pacto) antenupcial, estabelecendo a real incomunicabilidade na sucessão.

⁹⁷ É preciso ter em conta que a comunhão da vida patrimonial é dinâmica, pelo que pode vir a ser necessário alterar a sua regulação jurídica inicial em conformidade com as mudanças produzidas nas recíprocas relações patrimoniais dos cônjuges, in XAVIER, Rita Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 555.

⁹⁸ Como é o caso das doações entre os cônjuges, possíveis e lícitas, visando, por vezes, alcançar efeitos sucessórios, compensatórios e remuneratórios, ainda que revogáveis.

⁹⁹ Lições de Direito das Sucessões, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 25.

No que tange às uniões de facto, ocorre verdadeiro movimento de concubinarização¹⁰⁰ e de matrimonialização do Direito comum, vez que estas pessoas que vivem em situação análoga a de cônjuges, com a intenção de possuírem uma vida em comum, podem celebrar contratos de concubinato, possuindo plena proteção do Direito, na dissolução destas relações, por meio da aplicação das regras atinentes às obrigações naturais. Mas este viés de proteção, a tutela concedida na União de Facto é muito limitada, em especial se comparada à proteção oferecida pelo ordenamento brasileiro, que busca equiparar, pelo ativismo judiciário, os institutos do casamento e da união estável.

O sistema sucessório, brasileiro e o português encontram-se intimamente impactados pelo direito de família, mas à medida que o segundo busca a proteção da entidade da família, garantindo-lhe proteção patrimonial mínima (via garantia de pedido de alimentos), o primeiro prioriza a intervenção patrimonial, por meio da garantia da legítima, buscando orientar a manifestação da vontade do *de cuius* no regime sucessório, primando pela observância da noção de autonomia atrelada à liberdade de testar¹⁰¹. E mais, concretiza a função social¹⁰² da propriedade privada, na medida em que assegura a efetivação da dignidade humana ao permitir a transmissão patrimonial *causa mortis*, com a devida tributação, via imposto do selo. Note-se, ainda, que enquanto a quota legitimária¹⁰³ e sua regulamentação se respalda na proteção da família¹⁰⁴; a quota

¹⁰⁰ Mas não há compatibilidade entre os princípios de ordem pública internacional do Estado Português e disposição de última vontade que atribui a totalidade dos bens do *de cuius* ao unido de fato, conforme decidido no acórdão do STJ de 15/01/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

¹⁰¹ Segundo Galvão Telles, deve-se buscar o equilíbrio entre a maior razoabilidade na proteção dos familiares mais próximos em contrapartida ao arbítrio do *de cuius*, reservando-lhes uma quota e não a totalidade (que configuraria excessivo) do patrimônio, in *Direito das Sucessões: noções fundamentais*, 6ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 276-277. O direito anglo-saxónico, por sua vez, ignora a figura da legítima, sendo esta inexistente para o direito sucessório, dando primazia absoluta ao testamento, conforme VIRGIL M. HARRIS, *The importance of the last wil and Testament*, 1908. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/page?handle=hein.journals/blj25&collection=journals&id=391&startid=&end=397>

¹⁰² Luis A. Carvalho Fernandes. *Lições de direito das sucessões*. 4ª edição (revista e atualizada), QUID JURIS, sociedade editora, Lisboa, 2012, p. 21.

¹⁰³ Refere-se à quota indisponível (legítima), sucessão a favor da família nuclear, compreendida pelo cônjuge, descendentes e ascendentes, sobre a qual o *de cuius* não pode exercer a sua liberdade de disposição *mortis causa*. Com o fim de evitar a pulverização das unidades produtivas, são aplicados os institutos seguintes: (i) partilha em vida (artigo 2029, CCP); (ii) legado por conta da legítima (artigo 2163, CCP); e (iii) legado em substituição da legítima (artigo 2165, CCP). Por sua vez, a quota disponível, limitando reciprocamente a quota legitimária, possibilita a atuação da autonomia, liberdade do *de cuius* ao dispor sobre seus bens, seja por meio do testamento (nomeando legatário ou fazendo herdeiro), seja por pactuação, ainda que limitada, por meio dos pactos sucessórios.

¹⁰⁴ Nos termos da CRP, artigos 36 e 67, bem como nos termos dos artigos 67 e 68, CRP, para preservar e dignificar a família e a auxiliar a prosseguir as elevadas tarefas que lhe são reservadas na vida social, in *Lições de direito das sucessões*, Luis A. Carvalho Fernandes, 4ª edição (revista e atualizada), QUID JURIS, sociedade editora, Lisboa, 2012.

disponível embasa a possibilidade de maior expressão de disposição de vontade do testador, resguarda a solidariedade social inerente aos vínculos que se estabelecem entre os membros de uma família.

No momento da confecção, elaboração da convenção antenupcial, pode-se estabelecer algumas opções lícitas de exceção à regra geral que proíbe a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges (artigo 1699, n I, a CCP), conforme dispõe o artigo 1700, n I, CCP), a instituição de herdeiro ou a nomeação em favor de qualquer dos esposados, feito pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos, situação devidamente legitimada pelo exposto em legados (determinado em testamento) em substituição da legítima, nos termos do artigo 2165 CCP¹⁰⁵.

Mas não se confunde esta hipótese com a referida no pacto sucessório determinado na convenção antenupcial¹⁰⁶, vez que nessa hipótese, o disponente perde a possibilidade de modificar a disposição ou até mesmo de revogar, por ato unilateral, pelo resto de sua vida, bem como o beneficiário perde a faculdade de repudiar o legado, não possuindo possibilidade de recuperar o direito à quota legítima. Viola-se, assim regras relevantes, como a constante no Princípio da Liberdade de alterar o testamento; a que garante a faculdade da aceitação e o repúdio no momento da abertura da morte e a regra que indica pertencer ao chamado a sucessão, a liberdade de aceitar ou repudiar o chamamento da sucessão.

Instituto distinto da renúncia à legítima, o legado em substituição da legítima, disposto no artigo 2165.o do CCP é instrumento utilizado por aqueles que preferem não participar da partilha. Assim, renuncia-se (mas com o propósito de verdadeira substituição)¹⁰⁷ a todos os direitos sucessórios em troca de uma compensação. Mas com ela não se confunde, pois há substituição, outro valor é entregue a título de pagamento pela renúncia que não irá receber, demonstrando uma clara e expressa opção de aplicação da autonomia da vontade no regramento sucessório, com atenuação de suas regras e não simples alargamento da liberdade nas disposições testamentárias.

¹⁰⁵ É inquestionável que a aceitação do legado em substituição da legítima implica em renúncia à quota legítima, realizada em testamento, chamando o herdeiro legítimo à, livremente, aceitar ou repudiar este legado, no momento da morte do autor da sucessão.

¹⁰⁶ Estabelecido como forma de estimular e favorecer o casamento, poderia ser formalizado por uma das quatro modalidades: (i) atribuição patrimonial ao esposado, sob a forma de herança ou legado; (ii) atribuição patrimonial pelo esposado a terceiro, sob a forma de herança ou legado; (iii) disposição realizada por terceiro de não beneficiar o esposado; (iv) disposição de renúncia (pactos renunciativos) que visava obstar a passagem de bens de uma estirpe para outra, pelo critério da troncabildade, via de regra por meio da renúncia do esposado aos seus direitos sucessórios, visando manter os bens na linha de parentesco a que originalmente pertenciam.

¹⁰⁷ Possibilidade vedada no direito brasileiro, por expresse comando do artigo 1.848, parágrafo 1º, CCB.

Os pactos renunciativos, apreciados no ordenamento alemão (que privilegia a autonomia da vontade), mas combatido pelo direito romano (individualista), desapareceram nas Ordenações Afonsinas.

Inspirado no direito de troncalidade e possuindo a simpatia da sociedade, os pactos renunciativos, então vedados, foram objeto de estudo de Braga da Cruz visando a sua adoção, em alargamento das hipóteses permitidas de pacto sucessório, em específico ao que tange à parte disponível. Mas tal proposta não foi aceita na confecção do CCP de 1966, reafirmando a possibilidade de pacto renunciativo apenas nas hipóteses dos artigos 1701 (n. 1), 1702 (n. 2) e 1705 (n. 1).

Assim, eram considerados nulos os pactos sucessórios renunciativos e, fraude à lei, a nomeação de legatário em substituição da legítima, para obter o fim de renúncia de esposado a sucessão do outro; sendo imprescindível a alteração legislativa para trazer a opção lícita de inclusão do pacto renunciativo, no que tange à sucessão legítima, como exceção à proibição aos pactos sucessórios.

O regulamento sucessório, iniciado no artigo 2024 e seguintes do CCP, estabelece as regras de distribuição *pos mortem*, dos bens amealhados ao longo da vida, indicando a ordem e forma de efetivação do chamamento a sucessão, seja com base na lei, seja com base na vontade do *de cuius*.

O processo sucessório possui duas fontes de vocação sucessória: uma baseada na lei (*ex lege*), a chamada sucessão legal que desmembra-se na sucessão legítima (imperativa, por desenvolver-se independentemente da vontade do *de cuius*) e a sucessão legítima (supletiva, por se desenvolver na ausência de manifestação de vontade do *de cuius*); e outra, baseada na vontade (*ex voluntate*), desdobrando-se em sucessão testamentária (decorre de ato unilateral do *de cuius*) e sucessão contratual (por manifestação de negócio jurídico bilateral), este último, em geral, via contrato de doação¹⁰⁸.

Via de regra, a sucessão legítima justifica seu regramento por meio da proteção à família, devidamente inserta no artigo 2156 e seguintes do CCP, dispondo a atribuição de uma parcela do patrimônio do falecido aos familiares que formam o núcleo próximo e

¹⁰⁸ Plenamente revogável, cuja renúncia não é lícita, nos termos do artigo 1761 a 1766, do CCP. Conforme Rita Lobo Xavier, atrelada a esta revogabilidade e a imutabilidade do regime de bens pactuado servem ao nobre objetivo de impedir o enriquecimento injustificado e definitivo de um dos cônjuges à custa do outro (e não o de evitar o abuso da influência de um dos cônjuges sobre o outro). *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 134 a 136.

íntimo, a saber: cônjuge e descendentes e, na ausência desse, o cônjuge e ascendentes. Tudo em pleno atendimento do quanto exposto no artigo 2134, que indica no conteúdo do artigo 2133, a ordem de preferência das classes dos sucessíveis: (i) aplicáveis à sucessão legítima *ex vi* do artigo 2157; (ii) nos termos da preferência de graus de parentesco no interior de cada classe, nos termos do artigo 2135 CCP). Isto significa ordenar que os sucessíveis indicados na chamada segunda classe (cônjuge e ascendentes) apenas serão chamados se os componentes da primeira classe (cônjuge¹⁰⁹ e descendentes) não quiserem ou não puderem aceitar, conforme o artigo 2032 CCP.

Assim, dentro de cada classe acima indicada, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado, Assim, a título de exemplo, os netos apenas serão chamados a suceder se os filhos não puderem ou não quiserem aceitar.

A legítima¹¹⁰ ou quota indisponível¹¹¹, regida pelo Princípio da Intangibilidade da Legítima, é o foco da distribuição regulamentada pela sucessão legítima, composta pela “porção de bens de que o *de cuius* não pode dispor por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos”, nos termos do artigo 2156, em clara manifestação do princípio da proteção da família, garantindo a solidariedade entre as gerações que a titulam.

Pode esta corresponder a um terço do patrimônio, na hipótese de concorrência à herança de ascendentes de segundo grau e seguintes, segundo o artigo 2161.2 CCP; ou

¹⁰⁹ O cônjuge possui posição privilegiada, além do razoável, vez que: (i) compõe a primeira e a segunda classe de sucessores; (ii) não terá parte inferior a: um quarto da herança em relação aos descendentes; dois terços em relação aos ascendentes; (iii) possui o direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do recheio (artigo 2103-A, CCP); (iv) constitui herdeiro legítimo não obrigado à colação (artigo 2104 CCP), conforme PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p.66-67; JOSE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 28-30; INOCENCIO GALVAO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legítima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 45-50; CRISTINA ARAUJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 219-222; JOSE FRANÇA PITÃO, *A posição do Conjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, 4ª edição revista, actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2005, p. 66-70; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Estatuto Sucessório do Conjuge Sobrevivo*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl%7B502963ac-208f-4338-a083-dc52efee6333%7D.pdf> (1803.2020), P.455

¹¹⁰ O cálculo da legítima deve englobar o valor dos bens existentes no patrimônio do autor da herança à data da sua morte (*relictum*), o valor dos bens doados e as despesas sujeitas a colação (*donatum*), bem como as dívidas do *de cuius*.

¹¹¹ TELLES, Inocencio Galvão. *Sucessão legítima e sucessão testamentária*. Coimbra, Editora, Coimbra, 2004, p. 44-45.

dois terços do patrimônio herdável, na verificação de concorrência à herança entre cônjuge e descendentes, nos termos do artigo 2159.1 CCP; cônjuge e ascendentes, segundo o artigo 2161.1 CCP; ou quando se chama à herança mais do que um filho do autor da sucessão, conforme o artigo 2159 CCP. A legítima pode, ainda, englobar a metade da herança, se apenas concorre à mesma o cônjuge, nos termos do artigo 2158 CCP, um filho do *de cuius*, como expõe o artigo 2159.2 CCP, ou os seus pais, como disposto no artigo 2161.2 CCP.

O instituto da legítima gera verdadeira expectativa jurídica, visando proteger os herdeiros sucessíveis, gerando quase o direito à garantia do recebimento da legítima (subjativa), ou seja, o quinhão correspondente à quota indisponível do *de cuius*. Há verdadeira blindagem jurídica, com o fim de transmitir o quinhão legitimário, podendo este ser negado apenas em situações restritas (sem a possibilidade de interpretação extensiva) e excepcionais, como nas situações de deserdação dos sucessíveis legitimários, cujas causas se encontram previstas no artigo 2166 CCP; bem como a incapacidade sucessória decorrente da indignidade dos sucessíveis legitimários, nos termos do artigo 2034 CCP.

Visando a manutenção da intangibilidade quantitativa da legítima e real distribuição do quinhão legitimário aos respectivos titulares, podem ser necessárias a ocorrência de, ao menos uma, de duas manobras para garantir a efetivação do devido *quantum*, a saber: (i) redução por inoficiosidade, nas hipóteses em que após realizado o cálculo do valor total da herança e da respetiva legítima, se apura que o falecido disponibilizou, por liberalidade, de mais bens do que podia. Estas liberalidades excessivamente realizadas, serão objeto de redução até que se verifique o respeito à transmissão do correspondente quinhão legitimário, não se permitindo aos sucessíveis legitimários renunciar ao direito de reduzir as liberalidades enquanto o autor da sucessão ainda é vivo, conforme o artigo 2170 CCP; e (ii) colação, mecanismo de restituição pelo qual se visa igualar a partilha dos descendentes, que pretendem entrar na sucessão do ascendente, nos termos do artigo 2104 CCP. Por este último mecanismo, contabilizam-se na porção legítima as doações realizadas em vida, beneficiando algum dos herdeiros legitimários, mas não todos, equiparando os quinhões por meio do acréscimo de valor ao herdeiro que nada recebeu em adiantamento de valor, a fim de preencher e equalizar a legítima, nos termos do artigo 2168 CCP e seguintes. Tais doações indicam adiantamento sobre os direitos sucessórios, equivalendo estas à totalidade de transmissões realizadas pelo falecido gratuitamente em proveito dos descendentes, exceto as despesas com o

casamento, alimentos, estabelecimento e colocação dos descendentes, desde que compatíveis com os usos e com a condição sócio econômica do *de cuius*. (Este é o regime supletivo da colação que apenas assegura a igualação possível. Ou seja, se não existirem bens para fazer a igualação total ou parcial ela não será feita – sem prejuízo, clara está a regra de que cada um deve receber a sua legítima. Mas pode haver dispensa de colação e nesse caso não se faz qualquer igualação ou, ao invés, sujeição à colação absoluta.)

Em nítido contraponto às regras da sucessão legitimária, encontram-se as regras da sucessão testamentária, embasadas estas últimas em disposições testamentárias.

Assim, inserem-se no testamento, ato solene com natureza jurídica de negócio jurídico unilateral, livremente revogável¹¹², pessoal, livre e espontânea, singular e tendencialmente gratuito (ainda que constitua encargo). Por meio deste, o testador declara e determina sua última declaração de vontade, referente à distribuição de seus bens, nos dizeres do artigo 2187 CCP.

Há intensa preocupação com a espontaneidade da declaração testamentária, pregando que a autodeterminação sucessória apenas deve ser exercida por meio do testamento. Conforme o artigo 2028 CCP, os chamados pactos sucessórios serão nulos se: (i) referentes a pactuações em que o de cuius disponha da sua própria herança (pactos sucessórios institutivos ou designativos); (ii) correspondente a renúncia à herança de pessoa viva (pactos sucessórios renunciativos); (iii) disposição da herança de terceiro ainda não aberta (pactos sucessórios dispositivos).

A par da vedação de pacto sucessório, há específicas (nominadas)¹¹³ previsões legais nos termos do artigo 2028.2, que mitigam a proibição, como: “pactos sucessórios”, nos termos do artigo 1755, 1701 a 1703 CCP ou seja, as doações por morte, realizadas por um esposado em benefício do outro, ou por um terceiro em benefício dos esposados (doações para casamento), ou realizadas pelos esposados em benefício de terceiro, não se confundindo com as doações para casamento, nos termos do artigo 1700. Devem ser inseridos na convenção antenupcial, conforme artigos 1699 e 1756, ambos do CCP.

Há institutos jurídicos que caminham em paralelo à proibição de pacto sucessório, como a renúncia à colação¹¹⁴, que se equipara ao resultado prático da partilha em vida, alterando a legítima em termos qualitativos.

¹¹² O testador não pode renunciar, total ou parcialmente, à faculdade de revogação do testamento artigo 2311 CCP.

¹¹³ O ordenamento jurídico brasileiro veda a contratação de pactos sucessórios, ainda que mitigado por doutrina minoritária, indicada na nota 73 retro.

¹¹⁴ Instituto que visa assegurar, no mínimo, a igualdade na distribuição da partilha dos descendentes que

O carácter imperativo da sucessão legitimaria não possibilita que o *de cujus* preencha a legítima com bens determinados, contra a vontade do sucessível legitimário, nem onerá-la com encargos de qualquer natureza, nos termos dos artigos 2163 e 2164, ambos CCP. Não pode, ainda, o *de cujus* substituir a legítima por uma deixa testamentária, contra a sua vontade, conforme o artigo 2165 CCP.

Afinal, o carácter imperativo da sucessão legitimaria não permite que o *de cujus* preencha a legítima com bens determinados, contra a vontade do sucessível legitimário, nem onerá-la com encargos de qualquer natureza, nos termos dos artigos 2163 e 2164, ambos CCP. Não pode, ainda, o *de cujus* substituir a legítima por uma deixa testamentária, contra a sua vontade, conforme o artigo 2165 CCP.

Vale ressaltar, porém, que não é permitido que um dos presumíveis herdeiros legitimários prioritários renuncie aos seus direitos sucessórios, abrindo mão do seu direito a tornas.

Ainda, na hipótese de doação realizada a legitimários prioritários que sejam imputáveis na sua legítima refere-se também a doação com o teor de renúncia, à intangibilidade qualitativa da legítima. Esta necessita do mecanismo da imputação (colação) a fim de promover o enquadramento de uma liberalidade na quota necessária ou indisponível. Assim, a doação é realizada, e devidamente contabilizada no cálculo do valor total da herança e da legítima, prevendo-se se a doação é realizada por conta da quota disponível, ou se deve ser descontada da legítima que cabe ao legitimário-donatário, de acordo com o regime da colação escolhido.

Por derradeiro, caso a ilustrar exemplo de pacto sucessório renunciativo, em sua substancia, o divórcio por mútuo consentimento, exposto no artigo 1775 e seguintes do CCP, desde que o mesmo seja motivado apenas pela finalidade de exclusão dos direitos sucessórios do cônjuge, pois tal acordo de dissolução do casamento e de cessação dos seus efeitos, gera efeitos não apenas no plano pessoal, mas também no plano patrimonial, destacando os direitos sucessórios, assim como ocorre no sistema jurídico brasileiro.

Pelo exposto, o ordenamento sucessório português, dispensa relutância em permitir a implantação da plena autodeterminação sucessória (ou autonomia privada do direito sucessório), mas em menor grau se comparado ao sistema sucessório brasileiro, visto que este último encontra-se engessado, seja pela proibição de renúncia aos pactos

sejam sucessíveis legitimários prioritários e que concorram igualmente à herança, na hipótese de um deles ter recebido uma doação, classificada como adiantamento de quota hereditária legal, nos termos dos artigos 2104.1, 2105, 2108 e 2110, todos CCP.

sucessórios, seja pela ausência ou bem menor número de hipóteses de exceções a esta proibição.

O alargamento da autonomia privada no direito sucessório implica em aproximar-se o quanto possível à vontade real do *de cuius*, da manifestação de última vontade deste¹¹⁵, a ser produzida apenas no momento de sua morte e não necessariamente ampliar a liberdade contratual pura e simples, e por esta razão deveria ser prestigiada.

E, ainda, no que tange às proibições de pactos sucessórios, tal vedação é contornada pela possibilidade de realização de doações em vida, autênticos adiantamentos de legítima (na maioria dos casos, configurando pacto sucessório institutivo), concretizando um interessante fenômeno, qual seja: *no intuito de se proteger a liberdade de disposição por morte, sacrifica-se a liberdade de disposição em vida*¹¹⁶.

Vale lembrar que a vedação aos pactos sucessórios renunciativos possui características mais fixa que as demais espécies, vez que buscam garantir que o herdeiro tenha liberdade para repudiar (renunciar, na linguagem jurídica brasileira) seu quinhão sabendo efetivamente o seu valor e sem qualquer pressão do falecido, o que apenas será possível após a ocorrência de seu falecimento.

4.1. A EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA, LEI 48/2018

Traçado o panorama macro, com suas limitações no que tange à possibilidade de renúncia à sucessão e adotando uma ótica reformista, a possibilidade de pactuação de renúncia¹¹⁷ recíproca à sucessão do cônjuge indica expressivo instrumento de flexibilização das regras do sistema sucessório, vez que permite uma regulamentação sucessória personalizada à situação concreta de cada família. Isto a par da hipótese de incidência de indignação, deserdação, e de imputação de liberalidades realizadas em benefício de presumidos herdeiros legitimários prioritários, de redução das liberalidades por inoficiosidade, conceitos que por si só não afirmam a possibilidade de pactuação

¹¹⁵ Podendo inclusive caso específico que fuja à regra de sucessão legal; podendo gerar desigualdade no intuito de cumpri-la, já que as leis, por vezes, impõe uma estrita e rígida igualdade.

¹¹⁶Disponível em: https://pombalina.uc.pt/en/livro/em_torno_das_relacoes_entre_o_direito_da_fam%C3%A9Dlia_e_o_direito_das_sucessoes_-_o_caso_particular dos pactos sucessório no direito internacional privado

¹¹⁷ Sobremaneira importante a indicação de que o termo “renúncia” é ora indicado no sentido de pacto renunciativo que visa constituir uma “modificação da escala de acessíveis, anterior à abertura da herança que deve ser tida em conta”, segundo Manuel Trigo, *in* Lições de Direito da Família e das Sucessões, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, p. 231-233.

recíproca de renúncia à posição sucessória do futuro cônjuge, mas ajustam a distribuição do *monte mor*; noções contextualizadas com a rigidez das regras da aceitação e repúdio da herança, que atuam em prol do princípio protetivo da indivisibilidade da vocação sucessória.

Neste cenário jurídico, o Partido Socialista, por meio do deputado Fernando Rocha Andrade, apresentou o projeto de lei nº 781/XIII, de 20 de fevereiro de 2018, captando a atenção para a importância dos pactos sucessórios renunciativos no ordenamento português, que culminou na edição da Lei 48/2018.

São premissas, para aplicação da renúncia sucessória prevista por esta Lei, a reciprocidade¹¹⁸ da pactuação de renúncia sucessória do cônjuge, expressa em convenção antenupcial¹¹⁹, na qual se optou pelo regime da separação de bens, seja o convencional, seja o imperativo, visando a efetivação do direito da troncalidade, extremamente útil em famílias recompostas¹²⁰.

A existência de descendentes pode ser uma condição estipulada, sob a qualidade resolutiva, não sendo necessário que esta cláusula seja recíproca.

Esta lei promulgada e aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966, reconhecendo a possibilidade de pactuação¹²¹ de renúncia recíproca dos cônjuges, à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, possuindo o seguinte conteúdo e alterando os seguintes artigos do CCP, os quais passam a ter o seguinte teor: *Artigo 1700.º [...] 1 - ... a)... b)...; c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge. 2 - ... 3 - A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação. Artigo 2168.º [...] 1 - (Anterior corpo do artigo.) 2 - Não são inoficiosas as*

¹¹⁸ Possibilitar a renúncia unilateral de um dos nubentes seria indicar cláusula nula, nos termos do artigo 294 CCP, por violação do princípio da igualdade dos cônjuges, conforme dispõe o artigo 36, n. 03 e artigo 13, n 02 da CRP, bem como artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 12.

¹¹⁹ Instrumento lavrado antes da celebração do casamento, antes dos pactuantes serem investidos da qualidade de cônjuge, que lhe permitiria a imputação virtual de cônjuge, e como tal herdeiro legitimário em âmbito sucessório.

¹²⁰ Refere-se àquelas decorrentes de outras, consideradas primitivas, cujos vínculos foram rompidos, seja por separação, divórcio, dissolução de união estável ou, ainda, por casamento ou união de um pai ou uma mãe solteira. Advém de vários arranjos, e possui por única exigência a presença de filhos, quer de apenas um dos pares do casal ou dos filhos de um e de ambos. Pode-se ter uma família com *os meus, os seus e os nossos filhos*.

¹²¹ Nesta estipulação, cada nubente, contratualmente, renuncia e aceita a renúncia da outra parte. Não equivale ao ato de repúdio (renúncia abdicativa no sistema jurídico brasileiro), instituto cuja verificação pressupõe a abertura da sucessão e o chamamento sucessório do sucessível repudiante; e se realiza por ato unilateral de vontade e não por contratação em pacto sucessório renunciativo, esta sim, hipótese tratada pela alteração legislativo em conteúdo.

liberalidades a favor do cônjuge sobrevivivo que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse. Ainda, promove o seguinte aditamento ao Código Civil, por meio do artigo 1707.º-A, com o seguinte conteúdo: Artigo 1707.º-A Regime da renúncia à condição de herdeiro: 1 - A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca. 2 - A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivivo, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte. 3 - Sendo a casa de morada de família propriedade do falecido, o cônjuge sobrevivivo pode nela permanecer, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio. 4 - Excecionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar o prazo previsto no número anterior considerando, designadamente, a especial carência em que o membro sobrevivivo se encontra, por qualquer causa. 5 - Os direitos previstos no n.º 3 caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a razão dessa ausência lhe não for imputável. 6 - Os direitos previstos no n.º 3 não são conferidos ao cônjuge sobrevivivo se este tiver casa própria no concelho da casa de morada da família, ou neste ou nos concelhos limítrofes se esta se situar nos concelhos de Lisboa ou do Porto. 7 - Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o cônjuge sobrevivivo tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respetivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. 8 - No caso previsto no número anterior, na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. 9 - O cônjuge sobrevivivo tem direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título. 10 - Caso o cônjuge sobrevivivo tenha completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, o direito de habitação previsto no n.º 3 é vitalício.

Assim, criou-se a possibilidade de total exclusão do cônjuge da sucessão do outro, vez que a lei 48/2018 indica este mecanismo para a porção legítima e o testamento, para a porção legítima. Preservar-se, assim, a posição de herdeiro testamentário, se houver a vontade de tal determinação ou se pelo contrário, não houver

esta manifestação de vontade, há a completa desvinculação patrimonial, seja pelo matrimônio, seja pela sucessão.

Ainda, traz a alteração legislativa a solução jurídica para todos aqueles que, casados sob o regime da separação de bens, e que pressupõe que a lei não deve unir, juntar por morte o que a vontade dos cônjuges manifestou expressamente a vontade de manter separado em vida¹²².

E, mais, nas hipóteses de transmissão sucessória de empresas familiares, a possibilidade de aplicação de pactos renunciativos muito agrada os ramos do Direito Comercial e Societário, vez que favorece a antecipação da transferência de seus bens aos descendentes (geração mais jovem), com maior capacidade de trabalho¹²³ e poder de consumo, evitando a fragmentação decorrente do *iter sucessorio*, impactando de forma positiva na manutenção da empresa e de empregos.

Isso sem mencionar o benefício ao propiciar menor custo tributário na transmissão tanto na legislação brasileira, como na portuguesa, pois evita a dupla tributação que ocorreria na transmissão a título gratuito, visto que os pactos sucessórios renunciativos, permitem “salto de gerações”, ao possibilitar a atribuição da herança diretamente aos descendentes¹²⁴.

Com esta modificação legislativa, gera-se a possibilidade de notável alteração na posição dos ascendentes, como herdeiros, deixando a ordem primeira de sucessão, a qual passa a ser ocupada pelo cônjuge e pelos descendentes e, somente na hipótese de não existência destes últimos, são chamados os ascendentes a suceder, com as seguintes justificativas de que: (i) a obrigação alimentar já protege de forma eficiente os ascendentes; (ii) há preferência íntima pela proteção dos descendentes aos ascendentes; (iii) verifica-se maior dinamicidade econômica na opção de transferência de bens à gerações mais jovens; (iv) de forma ampla e geral, não devendo o direito sucessório

¹²² *A contrario sensu*, R. Capelo de Sousa in *Os Direitos Sucessórios do Conjuge Sobrevivo. Do Direito Romano à Actualidade*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1022-1024., defende que ‘Há razões públicas imperativas que impõem que o cônjuge sobrevivente, pela própria dignidade da instituição matrimonial, tenha o nível de vida mais próximo possível do que vinha usufruindo durante o casamento’. Completa este autor, que caso as partes não quisessem os efeitos sucessórios, poderiam providenciar o divórcio e pactuar a união de facto, que no sistema português não possui efeitos sucessórios como no ordenamento jurídico brasileiro.

¹²³ Apesar de com o atual aumento da perspectiva de vida, também o “futuro *de cuius*” deve prever o seu sustento, os meios financeiros para prover o quanto que eventualmente precise.

¹²⁴ Recorde-se que, no direito português, na partilha em vida, não é permitida uma renúncia às tornas por parte de um dos legitimários participantes no ato.

substituir o direito social, que em parte deve ser suprido pelo próprio Estado, no que diz respeito às despesas de saúde e velhice.

Outra circunstância específica justifica a possibilidade de renúncia da posição de sucessor pelo cônjuge: a hipótese de não necessidade dos bens da herança para a subsistência do cônjuge sobrevivente, que com a reforma legislativa de 1977 alcançou uma posição de privilégio em termos sucessórios, se comparado com os demais herdeiros legitimários. Em tempos de enfraquecimento do instituto do casamento, a valorização do cônjuge na posição sucessória, definitivamente, não parece proporcional. Mas nem sempre esta elevação e vinculação corresponde à vontade das partes, não representando assim, a melhor opção ou critério de escolha. Neste contexto, a opção por recorrer a um pacto sucessório renunciativo, possibilitando a liberdade dos cônjuges decidirem sobre seus direitos sucessórios ameniza a rigidez contida no sistema sucessório e homenageia a autonomia da vontade¹²⁵.

Por sua vez, o regramento sucessório português para o companheiro, convivente em união estável (união de facto) em muito se difere do atribuído ao cônjuge, a começar por não ser o primeiro englobado na categoria de herdeiro legitimário, sendo beneficiário apenas por disposição testamentária. O companheiro sobrevivente, possui direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência, dentre outros, nos dizeres do artigo 3º da lei 7/2001 e direito real de habitação sobre a casa de morada de família, nos termos do artigo 5º da lei 7/2001, bem como o direito de preferência na alienação deste imóvel e da transmissão do arrendamento, conforme o artigo 1.106, CCP. Ainda, é garantido o direito de alimentos ao membro sobrevivo sobre a herança do falecido, nos termos do artigo 2020 CCP. Em contraponto, o ordenamento sucessório brasileiro equipara o cônjuge e o companheiro na categoria de herdeiro legítimo, por entendimento jurisprudencial, comentado na nota 57 acima.

4.2. REFLEXÕES SOBRE A RECENTE LEI

Pelo exposto acerca da estruturação sucessória brasileira, bem como portuguesa e respectivas limitações, e retomando a ideia do projeto de lei que originou a lei

¹²⁵ Conforme Duarte Pinheiro, as regras da sucessão hereditária imperativa, que pode retirar ao *de cuius* a faculdade de dispor a título gratuito de uma porção substancial do seu património, são inadequadas numa época em que a riqueza é, sobretudo, fruto do trabalho e de decisões individuais de aplicação do capital, e tendo em conta que os sucessíveis legitimários são contemplados, independentemente do seu mérito, e apenas devido a um vínculo familiar que as liga ao *de cuius*. PINHEIRO, Duarte. *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 3ª edição, Almedina, 2019.

promulgada 48/2018, verifica-se que a edição desta normativa aplacou a lacuna no regime sucessório que muito efetivou a autonomia da vontade no regulamento sucessório.

Isso porque, ao se analisar a justificativa do projeto¹²⁶ que originou a lei 48/2018, conclui-se que esta é bem específica, ao visar proteger a posição sucessória dos descendentes existentes de ao menos um dos nubentes, tão característica nas famílias recompostas. O próprio artigo 1699, do CCP determina que nas hipóteses de casamento celebrado por quem já tenha filhos, o regime de bens escolhido pelos cônjuges não poderá ser o da comunhão geral, não podendo, igualmente, estipular-se a comunicabilidade dos bens que no regime da comunhão de adquiridos são próprios, ou seja, daqueles que se encontram previstos no artigo 1722.o/1 do CCP. Mas tal previsão não basta para impedir a comunicabilidade patrimonial por meio da sucessão, com possível consequência o prejuízo aos descendentes, pois trata apenas de hipótese incidente na constância do casamento. Com propriedade, pleitea-se a incomunicabilidade sucessória proposta pelo projeto português (e efetivada mediante a edição da lei 48/2018) junto ao ordenamento jurídico brasileiro (semelhante ao português em suas linhas mestras), vez que neste não se tem nem ao menos a previsão proposta pelo artigo 1699 do CCP, e padece-se da mesma problemática sucessória de incomunicabilidade de bens frente à concorrência destes com o regime estipulado.

Esta estipulação quanto aos direitos sucessórios faz-se necessária na atual conjuntura jurídico-social que tão facilmente assimilou o instituto do divórcio, tão numeroso na sociedade atual, tornando cada vez mais crescente o número de famílias recompostas. Nesta contextualização, foi editada a Lei 48/2018, que tão acertadamente possibilitou a pactuação, prévia ao casamento, da renúncia dos cônjuges, à posição de participante da sucessão, reciprocamente.

Mas, ainda que a Lei 48/2018 tenha possibilitado a manifestação da autonomia da vontade em matéria sucessória, propiciando a estrutura necessária para promover a distribuição da porção legitimária sem a respectiva inserção do cônjuge, em busca de proteção de descendentes, trata-se de mecanismo que recebeu muitas críticas, a seguir indicadas.

Dentre elas, destaca-se, primeiramente, a falta de conformidade entre os motivos expostos para a alteração legislativa efetuada, a proteção dos descendentes anteriores ao

¹²⁶ Visou o projeto trazer a possibilidade de pacto sucessório, para aqueles casados sob o regime da separação convencional e na presença de família recomposta, com o fim de tornar incomunicável o regime patrimonial tanto no casamento, quanto na sucessão, na esteira de privatização da vinculação familiar.

casamento, que em muito se distancia das soluções efetivamente adotadas decorrentes do ajuste legislativo, que por vezes pode levar a desproteção¹²⁷ prematura do cônjuge sobrevivente, via de regra, o do sexo feminino, gerando a chamada feminização da pobreza. Mas tal observação pode ser combatida, vez que esta renúncia em nada afeta o “apanágio” do cônjuge sobrevivente previsto no artigo 2018, CCP. Poder-se-ia, por vezes, indicar que a existência de dever moral e jurídico de cada um dos cônjuges deixar garantida ao outro cônjuge uma viuvez condigna. Combate-se esta crítica lembrando que esta renúncia não implica na igual renúncia do direito de habitação, nem de uso do recheio. Pelo contrário, estes direitos são resguardados, nos termos do quanto exposto no artigo 2103, CCP.

Como segundo ponto de crítica, indica-se que, ao ser estruturado como um contrato de renúncia antecipada, e não manifestação unilateral de vontade, os disponentes perdem a liberdade individual de dispor, em especial de revogar unilateralmente o quanto pactuado.

Como terceira crítica, questiona-se, ainda, se a alteração legislativa, ao tratar de uma “legítima virtual”, aquela a que o disponente teria direito se não tivesse celebrado o contrato renunciativo, esbarra na possível impossibilidade prática de realizar esta liberalidade “mortis causa”, sem infringir o Princípio da indivisibilidade da vocação sucessória.

A quarta crítica, refere-se à previsão indicada pela alteração legislativa restringe que a opção pela renúncia se realize por instrumento público de pacto antenupcial, nos casos de famílias recompostas, com descendentes, visando a celebração de casamento, desde que regido pelo regime da separação, imperativa ou convencional. Sendo vigente a imutabilidade do regime de bens, no sistema português, questiona-se sobre a possibilidade de ampliação para as hipóteses que tratem de casamento celebrado por outro regime.

Apesar das críticas expostas, a possibilidade de introdução e efetivação da incomunicabilidade patrimonial na sucessão é salutar, ainda que exposta como opção e não como única diretriz a ser aplicada nos casamentos regidos pela separação de bens, seja a convencional, seja a obrigatória.

¹²⁷ As “duas funções primárias” realizadas pela família são a “função de solidariedade entre gerações”, em geral, e em relação aos filhos, em especial; e a “função de solidariedade entre sexos”, particularmente no que respeita ao seu compromisso e empenhamento em ordem à realização da primeira função, segundo Rita Lobo Xavier, in *Jornadas no Quarenta Anos da Constituição da República Portuguesa - Impacto e Evolução*, Manuel Afonso Vaz, et alii (coord.), ed. Universidade Católica Editora, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 165-166.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, observa-se que, apesar das particularidades das opções existentes de regime patrimonial decorrente do casamento, bem como união estável, tanto no ordenamento português, quanto no brasileiro, tais sistemas carecem de regras que compatibilizem a incomunicabilidade patrimonial, tanto na vigência do casamento, quanto na sucessão.

O poder legislativo português, por meio da edição da lei nº 48/2018, providenciou a solução para esta demanda, a contento, no que tange ao reflexo do regime patrimonial do casamento no instituto da sucessão. A não menção à chamada união de facto não indica falha à abrangência da possibilidade de renúncia, vez que esta união fática no sistema português não possui a tendência à equiparação ao instituto do casamento presente e marcante no ordenamento brasileiro.

Conforme o estudo apresentado, a legislação brasileira não prevê a possibilidade de não comunicação patrimonial sucessória, salvo se vigente o regime da separação obrigatória de bens e não incidência da Súmula 377 STF. E agrava esta situação ao equiparar a ordem de vocação sucessória aplicada aqueles que firmam união estável aos casados pelo regime supletivo, o da comunhão parcial de bens, por posicionamento jurisprudencial, em franco ativismo judicial.

Visualizando no ativismo judicial uma forma de desequilíbrio, a ser evitado, entre o Legislativo e Judiciário, traz-se a possibilidade da edição de lei específica, nos moldes como realizado em Portugal, como solução, à fim de evitar a tão disseminada atuação legislativa por parte do judiciário brasileiro.

A lei 48/2018 (adotada em sistema jurídico que guarda nítida similaridade de estruturação com a legislação brasileira), que prevê a possibilidade de renúncia sucessória recíproca do cônjuge, em pacto antenupcial, durante a habilitação de casamento, na qual se opte por uma das duas forma de separação de bens, a convencional ou a obrigatória, satisfaria plenamente esta necessidade brasileira, em especial ao usuário que busca o Tabelionato para a redação de instrumento que harmonize a incomunicabilidade, seja na constância do casamento, seja na sucessão.

Esta possibilidade poderia ser pleiteada, por alteração legislativa do CCB, prevendo ainda a hipótese de pactuação na constância do casamento, vez que o ordenamento brasileiro possibilita a alteração judicial do regime de bens posterior ao matrimônio.

Ressalte-se, ainda que sem o instrumento de pactuação de renúncia a ser viabilizado por lei, os cônjuges bem como os companheiros se vêem obrigados a, no intuito de afastar parcialmente (pois não haveria a possibilidade de total afastamento, sob pena de desrespeito à legítima) o outro da sua esfera patrimonial sucessória, elaborar um testamento; vez que a posição de herdeiro legítimo seria garantida. Sem a pleiteada alteração legislativa, não podem os nubentes contratar o pacto sucessório de renúncia à condição (virtual) de herdeiro legal na sua totalidade, pois a renúncia¹²⁸ é limitada à condição de herdeiro legítimo, por expressa imposição legal.

Face à possibilidade de alteração judicial do regime de bens, na constância do casamento, sugere-se a propositura de alteração legislativa do ordenamento brasileiro, nos moldes da lei portuguesa 48/2018, em prol da adoção da figura do pacto sucessório recíproco renunciativo da posição de herdeiro legitimário de “futuro” cônjuge, ressalvada a opção de sua adoção na vigência do casamento, por ocasião da mutação do regime de bens.

Assim, traria-se ao ordenamento brasileiro a possibilidade, tão almejada por muitos nubentes e cônjuges, de plena e total incomunicabilidade patrimonial, seja na vigência do casamento, seja por ocasião da sucessão, já no momento da elaboração da escritura de pacto antenupcial. Por este instrumento, em livre e plena manifestação de vontade, as partes, reciprocamente, ao adotarem um dos regimes de separação de bens, ajustam a renúncia ao direito sucessório em relação ao outro cônjuge, em nítida demonstração de comunhão plena do aspecto pessoal, mas não patrimonial, coerente com o regime adotado para a vigência do matrimônio.

¹²⁸ Como já indicado no item 119, a lei não admite a renúncia, pois esta traduz-se em negócio praticado pelo futuro beneficiário. Admite é que o autor da sucessão afaste o seu cônjuge da sucessão à sua quota disponível, bastando para tanto dispor dela. Ainda, que conste de forma clara, a legislação portuguesa não admite que o autor da sucessão afaste o seu cônjuge da sucessão legitimária, permite é que o cônjuge potencial beneficiário renuncie, no instrumento de pacto antenupcial, por pactuação recíproca.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 447.
- ASCENSÃO, Jose Oliveira. *Direito civil – sucessões*. 5ª edição revista. Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 28-30.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO*, ed Saraiva, 9º edição, p. 437
- BOSELLI, Karine; RIBEIRO, Izolda Andrea; MRÓZ, Daniela. *Registros Públicos*. editora Método, 2019, p. 206 e 207.
- BRUNETTI, Paulo Henrique, *O idoso é obrigado a se casar com separação de bens ? Nem sempre*. Jusbrasil. 2018. Disponível em: <<https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/667997204/o-idoso-e-obrigado-a-se-casarm-com-separacao-de-bens-nem-sempre>>. Acesso em: 02 fev. 2020.
- CAHALI, Francisco Jose. *Família e sucessões no Código Civil de 2002 – acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. V.1. editora RT, São Paulo, 2004.
- CAMPOS, Diogo Leite De. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.
- CAMPOS, Diogo Leite De. *O Estatuto Sucessório do Conjuge Sobrevivo*. 1990, p. 455. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl%7B502963ac-208f-4338-a083-dc52efee6333%7D.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2020.
- CNB-SP, Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, *Testamento*. Disponível em: <<https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=60016>>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 37, de 07 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-disciplina-registro-de-uniao-estavel-em-cartorios-de-registro-civil/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.
- COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. vol. I, 5ª edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 560-572.
- CONSULTOR JURIDICO, *STJ reconhece casamento entre pessoas do mesmo sexo*. 25 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>>. Acesso em: 14 de jan. 2020.
- CONSULTOR JURIDICO, *Casamento de idosos que já viviam em união estável dispensa separação de bens*. 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-16/casamento-idosos-uniao-estavel-dispensa-separacao-bens>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

- CORTE-REAL, Pamplona. *Curso de direito das sucessões*. Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 66-67.
- CORREGEDORIA PERMANENTE, 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS, *processo 1000633-29.2016.8.26.01001*, Comarca de São Paulo - SP.
- DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. In: _____; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil: no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2006, p. 417-446.
- DELGADO, Mario Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones de Figueiredo (coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v.3. p.438.
- DELGADO, Mario Luiz. *Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros*. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2019/04/08/artigo-da-renuncia-previa-ao-direito-concorrencial-por-conjuges-e-companheiros-por-mario-luiz-delgado/>>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- DIAS, Cristina Araujo. *Lições de Direito das Sucessões*. 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 219-222.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição, RT, São Paulo, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Sucessões*. 4ª edição, RT, São Paulo, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6, p.121.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. 4ª edição (revista e atualizada), QUID JURIS, sociedade editora, Lisboa, 2012, p. 21.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. 4ª edição (revista e atualizada), QUID JURIS, sociedade editora, Lisboa, 2012.
- GENESTRETI, Guilherme, *Mais pessoas se casam pela segunda vez em São Paulo*, São Paulo, Revista São Paulo da Folha de São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820267/mais-pessoas-se-casam-pela-segunda-vez-em-sao-paulo>>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imes*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692>. Acesso em: 10 jan. 2020.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.89- 104.
- LEAL, José Hildor, *Regime de bens-Regime misto*. Brasília, CNB-Conselho Federal, 2011. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/notarial/regime-de-bens-regime-misto>>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- LOPES, Tiago Filipi, *Renúncia Recíproca dos Cônjuges à Condição de Herdeiro Legitimário*. Dissertação no Ambito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de Especialização, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro de 2019.
- MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2012, p. 307-333.
- MADALENO, Rolf. *Renúncia de herança em pacto antenupcial*. Revista de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27. Belo Horizonte, IBDFAM, p. 9-57, 2018.
- MADALENO, Rolf. *Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial*. Revista IBDFAM, vol. 27. maio/junho de 2018, p. 09-5.
- MARTINS, Kamila Mendes. *Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites*. Gazeta do Povo, Curitiba-PR, 09 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>>. Acesso em: 07 fev. 2020.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *A Reforma do Direito da Família de Macau*. Universidade de Macau, Jornadas de Direito Civil e Comercial, Direito Civil. Boletim da Faculdade de Direito, Ano III, Nº 3, 1999.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Portugal! Um país de Contrastes...*, Metamorfosi del matrimonio e altre forme di convivenza afetiva, a cura de Marta Costa, Libreria Bonomo editrice. 2007, p.180.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Renúncias recíprocas às quotas legitimarias através de legados em substituição de legítima” feitos em convenção antenupcial – estudo de caso*, 2016. Disponível em: <<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/renuncias-as-quotas-legitimarias.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89- 104.
- PINHEIRO, Duarte. *O Direito das Sucessões contemporâneo*. 3ª edição, Almedina, 2019.

- PITÃO, Jose França. *A posição do Conjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*. 4ª edição, revista, actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2005, p. 66-70.
- PLANALTO, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 30 de nov. 2019.
- PLANALTO, Lei nº 10/406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- PLANALTO, Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.344%2C%20DE%209,separa%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens%20no%20casamento>. Acesso: 25 de nov. 2019.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões: sucessão em geral; sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, t. 55, 2012, p. 258.
- PORTAL DO EXTRAJUDICIAL, *Normas de Serviço Extrajudicial Corregedoria Geral de Justiça (NSCCG) Tribunal do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=120537>>. Acesso em 10 mar. 2020.
- SILVA, Nuno Ascensão. *Em torno das relações entre o direito de família e o direito das sucessões – caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: de lege ferenda. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocaode-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- SOUSA, R. Capelo de. *Os Direitos Sucessórios do Conjuge Sobrevivo. Do Direito Romano à Actualidade*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1022-1024.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 15 out. 2019.
- STF. Recurso Extraordinário (RE) 646.721. Rel. Min. Marco Aurelio Melo. 07 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

- STF. Recurso Extraordinário (RE) 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. 08 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- STJ. EREsp 1.623.858-MG. Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018. Disponível em: <<https://vfkeducao.com/stj-moderna-compreensao-da-sumula-377stf/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- STJ. Ag. Int. no REsp 1341825/SC. Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017. Disponível em: <<https://www.correioforense.com.br/direito-civil/a-uniao-estavel-para-pessoa-maior-de-70-anos-e-obrigatorio-o-o-regime-da-separacao-de-bens/#.WS1vq9wrK Ch>>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- STJ. REsp 992.749 MS (2007/0229597-9) Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 26/05/2009. Disponível em: <<https://pdfslide.tips/documents/superior-tribunal-de-justica-resp992-nos-dois-casos-portanto-que.html>>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- STJ. REsp 1481888 SP (2014/0223395-7) Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 10/04/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567733440/recurso-especial-resp-1481888-sp-2014-0223395-7/inteiro-teor-567733489>>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- STJ. REsp 1382180/2015 PR Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 2ª T., j. 10/04/2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/5828/Sucess%C3%B5es:+STJ+decide+que+vi%C3%BAvo+de+casamento++com+separa%C3%A7%C3%A3o+total+de+bens+%C3%A9+herdeiro+necess%C3%A1rio>>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- TELLES, Inocencio Galvao. *Sucessão legítima e sucessão legitimária*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 45-50.
- TELLES, Inocencio Galvao. *Sucessão legítima e sucessão testamentária*. Coimbra, Editora, Coimbra, 2004, p. 44-45.
- TJDFT. Indignidade x Deserção. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/indignidade-x-deserdacao>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- TRIGO, Manuel. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. vol III, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, p. 231-233.
- VAZ, Manuel Afonso; et al (coord.). *Jornadas no Quarenta Anos da Constituição da República Portuguesa - Impacto e Evolução*. Porto, ed. Universidade Católica Editora, 2017, p.165-166.
- VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 531.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.7, p. 145.
- VINCI, Luciana Vieira Dallaqua e outro. A função contramajoritária dos direitos fundamentais. *Conjur*, 27 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais#_ftn3>. Acesso em: 25 dez. 2019.
- VIRGIL M. HARRIS, The importance of the last wil and Testament, 1908. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/page?handle=hein.journals/blj25&collection=journals&id=391&startid=&end=397>>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das sucessões*. (Formato epub). 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.
- XAVIER, Rita Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 134 a 136; 434.