



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME SÁ GUIMARÃES

**A (IM) POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE HERDAR NO
REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: UMA
ANÁLISE À LUZ DA (DES) PATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE
FAMÍLIA.**

Salvador
2019

GUILHERME SÁ GUIMARÃES

**A (IM) POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE HERDAR NO
REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: UMA
ANÁLISE À LUZ DA (DES) PATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE
FAMÍLIA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME SÁ GUIMARÃES

A (IM) POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE HERDAR NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: UMA ANÁLISE À LUZ DA (DES) PATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação _____ e
Instituição: _____

Nome: _____
Titulação e
Instituição: _____

Nome: _____
Titulação _____ e
Instituição: _____

Salvador, ____/____/2019.

Aos,

Meus pais, avós e irmãos, os quais me deram força e seguem sendo fonte de inspiração para que a luta não cesse.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, pois sem Ele, eu não seria.

Agradeço também aos meus pais, Rita de Cássia Costa Sá e Mário Henrique Rodrigues Guimarães, que tanto fizeram por mim, conduzindo minha educação com importantes valores e, sobretudo com muito amor.

Sou grato aos meus irmãos, Helena Sousa Guimarães e Mateus Sá Berbel, os quais foram meus verdadeiros cúmplices, sempre me apoiando nos momentos mais difíceis.

Não posso olvidar dos meus avós, Terezinha Maria Costa Sá e George Antônio Guimarães Sá, professores, verdadeiros mestres, fonte de inspiração pela vida e por esta profissão, pela qual me encantei.

Gostaria de destacar que este momento não pode ser observado como um conquista individual, mas sim como um triunfo de todos os meus familiares, amigos, colegas e professores.

Obrigado!

“Como se não fosse tão longe
Brasília de Belém do Pará
Como castelos nascem dos sonhos
Pra no real, achar seu lugar.
Como se faz com todo cuidado
A pipa que precisa voar”.

Oswaldo Montenegro

RESUMO

Este presente trabalho tem como finalidade, em linhas gerais, o estudo do novo entendimento dado ao longo dos anos ao Direito das Famílias e das Sucessões. Para tanto, faz-se uma análise acerca de alguns institutos que derivam destes ramos do direito, traçando uma perspectiva evolutiva e as naturais conseqüências. O recorte acerca da possibilidade do cônjuge supérstite, casado em regime de separação convencional de bens, concorrer à cota parte da herança, é dado através da importância de se observar princípio da Livre Estipulação quando da realização de pacto antenupcial. Para tanto, é estudado a fundo a evolução do conceito de Família desde a Roma Antiga até a atualidade. Com a promulgação da CF de 1988 e a conseguinte elaboração no Código Civil, este ramo jurídico ganhou status constitucional e outros sim, ganhou nova interpretações pela doutrina e tribunais pátrios no intuito de se permitir uma flexibilização e por que não afeiçoar a caracterização das relações familiares à realidade social. Para tanto, traz-se o aspecto afetivo como elemento basilar na constituição de família, aplicam-se uma lógica de mais liberdade e humanidade ao instituto. Em que pese esta mudança legislativa e interpretativa, o caso da sucessão do cônjuge, casado em regime de separação convencional, mostra-se como um posicionamento da jurisprudência que se contrapõe veementemente aos avanços trazidos até então. Este trabalho volta-se a questionar essa posição dos tribunais pátrios em permitir a concorrência hereditária nestes casos, pois, a enxerga como grave afronta ao princípio da autonomia privada, busca-se, portanto, a tentativa de se proteger uma relação matrimonial sem repercussão na esfera econômica dos cônjuges, dando vazão ao vínculo único e exclusivamente afetivo.

Palavras-chave: Direito de Família; Separação Convencional; Sucessão Legítima; Autonomia Privada; Princípio da Afetividade.

ABSTRACT

This work aims, in general terms, the study of the new understanding given over the years to the Law of Families and Succession. For this, an analysis is made of some institutes that derive from these branches of law, drawing an evolutionary perspective and the natural consequences. The clipping about the possibility of the surviving spouse, married in a regime of conventional separation of assets, to compete for part of the inheritance, is given through the importance of observing the Principle of Free Stipulation when performing a prenuptial agreement. In order to do so, the evolution of the concept of Family from Ancient Rome to the present day is studied in depth. With the promulgation of the CF of 1988 and the consequent elaboration in the Civil Code, this legal branch gained constitutional status and also gained new interpretations by the doctrine and courts of the country in order to allow flexibility and why not to embellish the characterization of family relations to social reality. For that, the affective aspect is brought as a basic element in the family constitution, logic of more freedom and humanity apply to the institute. In spite of this legislative and interpretative change, the case of the succession of the spouse, married in a regime of conventional separation, is shown as a positioning of jurisprudence that vehemently opposes the advances brought to date. This work returns to question the position of the patriot courts in allowing hereditary competition in these cases, since it sees it as a grave affront to the principle of private autonomy, we seek, therefore, the attempt to protect a marriage relationship without repercussion in the economic sphere of the spouses, giving vent to the only and exclusively affective bond.

Keywords: Family Law; Conventional Separation; Legitimate Succession; Private Autonomy; Principle of Affectivity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Ed.	Edição
P.	Página
Rev.	Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
V.	Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO DE FAMÍLIA	13
2.1 Evoluções Históricas	13
2.2 Conceitos Atual	18
2.3 A Afetividade como elemento estruturante e sua natureza jurídica	21
2.3.1 Natureza Jurídica da afetividade	25
2.3.2 A liquidez das relações e a conseqüente minimalização do direito da família	28
3. O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	31
3.1 Noções Gerais sobre os regimes de bens	31
3.2 O Princípio da autonomia privada e seus limites	32
3.2.1 Autonomia e a liberdade de estipulação	36
3.2.1.1 Autonomia e seus Limites	36
3.2.1.2 Liberdade Plena de Estipulação do direito da Família	39
3.3 A Natureza do pacto antenupcial e suas formalidades	40
3.4 O Conceito do regime da separação convencional de bens	42
4. ASPECTOS RELEVANTES DOS DIREITO DAS SUCESSÕES	47
4.1 Evoluções históricas e conceito	47
4.2 Fundamentos Justificadores	53
4.3 Meação e Herança: Distinção entre os institutos	57
4.4 Da sucessão legítima	60
4.5 Da sucessão testamentária	62
5. A (IM) POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE HERDAR NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL	64
5.1 Patrimonialização x Despatrimonialização do direito de Família	64
5.2 A (Im) possibilidade da percepção da herança pelo cônjuge supérstite, à luz da doutrina e jurisprudência	69
5.3 A Questão da percepção da herança pelo cônjuge supérstite quando não há descendentes ou ascendentes	77
6. CONCLUSÃO	82
7. REFERÊNCIAS	86

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a (im) possibilidade de o cônjuge supérstite herdar no regime da separação convencional de bens.

O Direito de Família passou por grandes revoluções desde a Roma Antiga até os dias atuais. Com o advento da constituição federal de 1988 e edição do Código Civil de 2002 é iniludível a tamanha transformação oportunizada no que se trata do Direito das Famílias e Sucessões.

Ao longo dos anos, através do entendimento da doutrina e jurisprudência, pôde-se perceber a importância de se observar princípios como o da autonomia privada, pluralidade da entidade familiar e afetividade no âmbito das relações familiares, isso para que o sistema jurídico voltado à Dignidade Humana não criasse antinomias teleológicas.

Neste diapasão, nota-se que a entidade familiar com fins em si mesma preconizada pelo Código Civil de 1916, não tem mais espaço na atualidade, desse modo, a família passa a ser um ambiente propício ao desenvolvimento da personalidade e dignidade de cada integrante desta.

Não obstante a importância da quebra de paradigma familiar trazida pelos diplomas normativos supracitados, ainda há alguns pontos a serem discutidos para que a efetivação de tais princípios em prol da dignidade humana seja observada.

Seguindo ainda na pertinente discussão sobre este tema, insere-se a possibilidade do cônjuge sobrevivente poder concorrer com os descendentes do *de cujus*, mesmo casado em separação convencional de bens.

A problemática em questão guarda respaldo nos artigos 1639 CC e 1829 CC que tratam respectivamente da liberdade de escolha dos regimes de bens do casamento e as conseqüências de natureza sucessórias destes.

O último entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça afirma que haveria a possibilidade da concorrência entre os descendentes e o cônjuge, pois o regime de casamento escolhido não teria o condão de promover conseqüências no *post*

mortem, ademais seria como uma espécie de premiação ao cônjuge supérstite quedou-se ao lado do *de cuius* em seus últimos momentos, em outras palavras, ponderou-se, muito discutivelmente, a questão da autonomia privada e o respeito à liberdade individual dos cônjuges ao tempo da eleição do regime de bens do casamento.

Com este mesmo olhar analítico, percebe-se o quão importante se faz discutir a temática em questão com a finalidade de estudar mais profundamente a hermenêutica dada pelos tribunais e juízes pátrios.

Em um sistema jurídico de família no qual se tem o afeto como um de seus pilares fundamentais, é importante enxergar que a (des) patrimonialização das relações familiares pode ser observada de maneira positiva pelo ordenamento jurídico pátrio, de modo a permitir a liberdade de escolha. Para tanto, faz-se mister a análise dos institutos pertinentes e a evolução histórica destes.

É no âmbito familiar que vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. Sem dúvida então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade.

Corroborando com esta tese, o nobre escritor português Diogo Campos Leite nos ensina que a família em termos jurídicos passa a ser integrada pelas pessoas que guardam vínculos, seja de casamento, parentesco ou até mesmo afinidade, em suma, em terras portuguesas o Direito de Família trata de regulamentar tanto as relações pessoais quanto às relações patrimoniais.

Não se pode olvidar que em tempos onde as relações são líquidas, ou seja, superficiais, o direito urge como real instrumento de concretização da dinâmica social, sendo inclusive debatida no trabalho a substituição do regime supletivo para o da separação absoluta de bens, o qual condiz mais com o paradigma da família nuclear contemporânea.

Acerca da metodologia a ser utilizada no presente trabalho, ter-se-á a prevalência do método dedutivo. Para tanto, será feita uma análise legislativa robusta, tanto da

constituição federal, código civil e orientações jurisprudenciais que tratam sobre o tema, as suas respectivas linhas evolutivas ao longo dos anos.

Não obstante, será trazido todo arcabouço doutrinário pertinente à discussão, sendo selecionada aprioristicamente a fonte bibliográfica de modo a colaborar com a construção do raciocínio dedutivo.

Ao cabo, após delinear os institutos pertinentes ao tema, se possível consolidar o entendimento da importância do alinhamento do Direito Sucessório junto ao Direito de Família, pois só assim dar-se-á efetividade ao conjunto de princípios e regras de ambos os ramos do direito de maneira constitucional.

2. DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS

Neste primeiro momento far-se-á um estudo da evolução do direito das famílias tomando como ponto de partida a civilização romana do ocidente, pois a partir desta, grandes transformações ocorreram para que hoje possamos conceituar a atual família brasileira.

Segundo Orlando Gomes, o Direito Contemporâneo se organizou e fundamentou como unidade jurídica a partir do Direito Romano.¹

Em Roma, dado ao *modus operandi* da sociedade à época, pode-se encontrar a origem, do depois chamado pela legislação brasileira, do “pátrio poder”, pois a família era organizada sob o princípio da autoridade.

O *pater familias* tinha como prerrogativa o exercício de um poder absoluto perante os filhos – podendo vendê-los, impor castigos de ordem física e até mesmo sacarlhes a própria vida, como também exercia autoridade sobre a esposa, nas hipóteses do casamento haver sido com *manus* – matrimônio no qual os bens do casamento formam somente um patrimônio.²

Nesse sentido, verifica-se que o papel do pai nas famílias romanas era o de único e exclusivo protagonista daquele núcleo, sendo ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz.

A família era então, tanto uma unidade econômica, política e jurisdicional, sendo que o patrimônio desta, era unicamente administrado pelo pater.³

A quebra desse paradigma da paterfamília romana foi sendo construída com a perda de alguns direitos autoritários e absolutos do então chefe familiar – patriarca, direitos como o de deliberar sobre vida e morte de seus filhos é um exemplo.

Em consonância, a mulher casada sem manus e a possibilidade da emancipação dos filhos, também foram aquisições pela sociedade romana rumo à liberdade das relações familiares.

¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, Direito de Família. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 31.

³ WALD, Arnoldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva 2019, p. 11.

Um aspecto importante no que tange a família àquela época é a questão da afetividade como sendo um pressuposto da relação matrimonial, não só no momento da celebração, mas também era pressuposto preponderante à continuidade da relação matrimonial, assim não havendo mais a *affectio*, o casamento não deveria continuar, abrindo a possibilidade para o instituto do divórcio.

Nesse tocante, o começo da Idade Média e o monopólio da Igreja Católica para reger sobre as regras das relações familiares encontrava um sério problema.

Os canonistas da Idade Média obviamente se opunham a dissolução do vínculo conjugal, fundamentando essa posição de acordo com a sacralidade do matrimônio religioso, que, aliás, era a única forma possível naquele período para se constituir uma família.

Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontade, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus. Tanto no Velho Testamento quanto no Novo Testamento encontramos a idéia de que o marido e mulher constituem uma só carne.⁴

Em sendo assim, a família medieval foi fortemente influenciada e por que não dizer controlada pelos referenciais cristãos daquele período. Outrora, destaca-se também que mesmo com forte impacto cerceador de liberdades individuais como exemplo, a indissolubilidade do vínculo de matrimônio, o Direito Canônico trazia como requisitos de validade o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, podendo-se verificar então requisitos de natureza subjetiva.

Faz-se necessário destaque deste ponto, pois havia ali uma incipiente forma de “respeito à escolha” na relação da sociedade conjugal, diferentemente do que ocorria por muitas ocasiões nos casamentos medievais:

O casamento na Idade Média tinha uma importância fundamental em vários aspectos (familiar, econômico e político), porém não tinha nada haver com o amor. A preocupação maior era não descentralizar a herança da família. O casamento era a forma mais fácil de formar e manter alianças, os casais algumas vezes chegavam a ser prometidos um ao outro ainda no berço. Era uma forma do pai da noiva escolher quem de certa forma o iria suceder.⁵

⁴ WALD, Arnoldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva 2019, p. 15.

⁵ FALCÃO, Juliana. **O Casamento na Idade Medieval**. Disponível em: <<http://fazendoahistoriapor aqui.blogspot.com/2012/07/o-casamento-na-idade-medieval.html>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

A partir de então, destacar-se-ia a grande questão patrimonial das relações familiares, como sendo uma característica quase que intrínseca a toda e qualquer união formalizada, e objeto de estudo do presente trabalho que se enviesa de modo a buscar uma (des) patrimonialização das relações familiares sopesando a atual conjuntura capitalista do século XXI.

Seguindo nessa breve leitura cronológica do direito das famílias, têm-se primeiramente na questão patrimonial e em seguida nos aspectos pessoais do matrimônio uma rachadura no paradigma católico:

O grande problema que surge, no fim da Idade Média e especialmente após a Reforma (protestante), é o conflito entre os tribunais civis religiosos, inicialmente quanto a certos aspectos patrimoniais do direito de família e, em seguida, em relação aos seus efeitos pessoais. Para os protestantes, a competência da matéria de direito de família devia pertencer ao Estado, não se justificando a atribuição de caráter sagrado ao casamento. Tratando-se de simples ato da vida civil, de contrato natural, nada impedia que a vontade dos cônjuges dissolvesse o vínculo matrimonial, no entender da igreja reformada.⁶

Essa rachadura provocada evidencia que na idade média coexistiu tanto o Direito Canônico quanto o Direito Consuetudinário Medieval, este último baseado em nos costumes e regras sócio-políticas vigentes.

Assim sendo, foi dado aos pais o direito de assentir ou não em relação aos casamentos dos filhos sob pena de nulidade. Todavia, a coexistência entre os ditames do Direito Consuetudinário e o Canônico se mostrou dificultado com a evolução social que pugnava pela liberdade das relações familiares.

Nessa toada, o Direito das Famílias passou pelo processo paulatino de codificação e absorção das competências das autoridades eclesiásticas, pela competência das autoridades civis.

A doutrina tem forte influência neste processo, pois destacou a distinção entre os aspectos civis e religiosos do casamento, embora o muito influente Direito Canônico fosse perdendo a sua, antes, autoridade absoluta.⁷

⁶ ⁶ WALD, Arnaldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva 2019, p. 17.

⁷ WALD, Arnaldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva 2019, p. 19.

Esse movimento histórico cultural vivido na Idade Média e no Renascimento desemboca no Código Civil de 1916 brasileiro, grande marco legislativo, que simboliza a absorção de muitos dos ditames tanto canônicos quanto mediáveis na sua feitura.

O referido livro, influenciado pelos ideais da Revolução Francesa de 1789, claramente reproduziu muito do paradigma canônico-medieval, nesse sentido ensina Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indiciado novos elementos que contrapõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam sua formação.⁸

O então novo diploma normativo consagrou a impossibilidade da dissolução matrimonial, sacrificando-se muitas vezes a felicidade individual dos membros da relação somente em nome da manutenção do “lar familiar”.⁹

No mesmo tom, ensinam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

Mais ainda, compreendia-se família como unidade de produção, realçada os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.¹⁰

Denota-se portanto, a consolidação do direito das famílias patriarcal difundido pelo Direito Romano, a autoridade volta a ser do chefe de família que será detentor do “pátrio poder”, como se verifica em diversos artigos do CC de 1916, a exemplo do art. 233¹¹, no qual se disciplinou os direitos e deveres do chefe da família, cabendo-lhe a representação legal da família como também o dever de sustentar a mulher.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, **Direito de Família**. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 32.

⁹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 6: Famílias- 7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015, p. 5.

¹⁰ Ibid., p. 162, p. 5.

¹¹ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)Compete-lhe:

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

A família era então tratada como uma finalidade de vida, o objetivo das pessoas era a constituição familiar do paradigma romano-canônico, sacramentalizada através do matrimônio, hierarquizada, heteroparental e biológica.

Impede destacar uma vez mais, que o fundo das relações era patrimonial, sendo Código Civil de 1916 a primeira norma regulamentadora da propriedade privada no Brasil, sendo que para que houvesse a transmissão destas propriedades para os herdeiros, fazia-se necessário que os mesmos fossem casados.

A partir de então, dada a necessidade clemente da população em obter liberdade e dignidade nas relações familiares, vários institutos normativos foram criados com a finalidade da proteção familiar.

Com destaque tem-se a Lei n. 4121/62, a qual emancipou a mulher casada, sendo reconhecidos direitos iguais aos do marido e situação jurídica análoga, restaurando igualmente, o pátrio poder da mulher bínuba.¹² Outra Lei que merece enfoque foi a de número 6.515/77, pois regulou a dissolução da sociedade conjugal, dando origem ao que viria ser chamada – separação judicial.

Em que pese aos avanços sociais promovidos por diversos diplomas normativos tendentes a quebra do paradigma anterior da família heteroparental, hierarquizada e matrimonializada, esse diplomas ficaram esparsos no ordenamento jurídico brasileiro provocando imensa confusão interpretativa.

No mesmo olhar analítico, tem-se que, desde a família romana até a família do CC brasileiro de 1916, foram paulatinos os ganhos da sociedade no que tange à liberdade de escolha nas relações matrimoniais e dignidade dos membros da família.

Em consonância, até a CF de 88, as Leis que davam proteção à família, observando-se mais as relações afetivas aos regramentos da Igreja, encontravam-se esparsas, promovendo um retalho jurídico.

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer à mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III).

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V reenumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11472170/artigo-233-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916#>

Acesso em: 28 de setembro de 2018.

¹² WALD, Arnoldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva 2019, p.25.

Todavia, é de suma importância salientar que este foi um período de grande importância para que houvesse a proteção dos direitos das famílias de caráter amplo, para chegar-se ao paradigma atual da família brasileira.

Destarte, numa mesma direção evolutiva social, a família se adequou às necessidades humanas, correspondendo aos valores que inspiram um tempo e espaço.¹³

Desse modo há uma quebra do paradigma antigo conceitual de família e aporta-se a mais nova interpretação de que a família pós-moderna funda-se portanto, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade entre eles.¹⁴

2.2 CONCEITO ATUAL

A CF de 1988 conferiu o status constitucional ao Direito das Famílias, definindo-a como base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado¹⁵.

Observe-se porém, que para além da igualdade entre homens e mulheres estabelecida no Art. 5º, inciso I da CF88¹⁶ a nova Carta quebra com o paradigma da

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, Direito de Família. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 10.

¹⁴ Op cit., p.12

¹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2018

autoridade patriarcal, prevendo igualdade a ambos no trato dos direitos e deveres provenientes da sociedade conjugal.

Em verdade, houve uma profunda revolução a respeito do Direito das Famílias, desvincula-se o critério matrimonial como o único gerador de entidade familiar, pois a definição inflexível do instituto já não comportaria as necessidades sociais evolutivas, nessa linha ensinam os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

“Posto isto, é forçoso convir que nenhuma definição nessa seara pode ser considerada absoluta ou infalível, uma vez que a família, enquanto núcleo de organização social, é, sem dúvidas, a mais personalizada forma de agregação intersubjetiva, não podendo, por conseguinte, ser aprioristicamente encerrada em um único standard doutrinário.¹⁷”

Isto é, as relações familiares passaram a ser tratadas de maneira democrática, igualitária e plural, sendo reconhecidos direitos em prol da autonomia deliberativa em relação aos vínculos familiares, preponderando o aspecto afetivo como balizador do conceito familiar

O mundo pôde observar uma dessacralização da família, termo utilizado pelo escritor Rolf Madaleno¹⁸

O mundo testemunhou, com o início da Revolução Industrial, um súbito enxugamento da família, que migrou do campo para os grandes centros industriais, e assim reduziu a quantificação dos seus componentes. Essa mutação social da família Patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização pessoa sejam atingidas, perdendo importância a sua áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família.

Desse entendimento, tem-se que os fatores sociais, históricos e culturais permitiram que o paradigma da institucionalização patrimonial e autoritária familiar fosse sendo desconstruída, percebe-se o crescimento das liberdades individuais perante o Estado.

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2018

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: **Direito de Família, As famílias em perspectiva constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015, p. 44.

¹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família** – 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.39.

Partindo-se então em rumo ao que a doutrina chama de fim da família-instituição, ao atual paradigma da chamada família-instrumento, a qual se caracteriza como berço social e promotor de dignidade social dos indivíduos.¹⁹

No âmbito do paradigma atual do Direito de Família deve-se enxergar o aspecto afetivo como prevalente, nesse sentido nos ensina o Ministro Felipe Salomão, ora relator do recurso do qual se retirou este seguinte trecho:

(...) O que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico?²⁰

Assim, a partir desta nova abordagem deve a jurisprudência pátria acolher a dinâmica social vigente. O Direito Civil se modificou ao deixar de se preocupar com a atividade econômica do cidadão e passou a regulamentar a sua atividade social, cuidando de verticalizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa.²¹

Ou seja, o a relação familiar na contemporaneidade passou por uma transformação no que tange ao seu objetivo, como muito bem assevera os professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal:

“a família não tinha um significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade.”²²

Nessa tom, o Direito das famílias contrapõe-se aos direitos patrimoniais, por não ter valor puramente econômico. Diferencia-se nesse aspecto dos direitos das obrigações, pois se caracterizam pelo fim ético e social.²³

Não obstante aos avanços trazidos pelo novo paradigma, é importante ressaltar que o movimento de instrumentalização familiar não deve ser enxergado sem restrições,

¹⁹ AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **A Evolução do Direito de Família: uma análise de teses atuais envolvendo as relações familiares**. São Paulo. Revista Síntese n.108, p. 58. Junho/julho 2018.

²⁰ **STJ**, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6032903/recurso-especial-resp-945283-rn-2007-0079129-4/inteiro-teor-12161630?Ref=juris-tabs>, acesso em 20 de maio de 2018.

²¹ , ROLF. **Curso de Direito de Família** – 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.40.

²² ROSENVALD, Nelson e FARIAS Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 6: **Famílias**-7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015, p. 9.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, Direito de Família. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 18.

pois, serve como um mecanismo, outrora, que impulsiona a própria patrimonialização deste ramo do direito.

É nesse contexto de estímulo à pluralidade das relações familiares e de transformação da família-instituição para a família-instrumento, é que são trazidos os princípios que nortearam as relações familiares e que têm impactos também para fins sucessórios.

2.3 A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE E SUA NATUREZA JURÍDICA

Como o presente trabalho visa elucidar a questão interpretativa de ordem sucessória quando o regime de bens elegido é o da separação convencional de bens, nada melhor do que trazer à baila o princípio da afetividade que se relaciona fortemente com a temática, sendo inclusive elemento estruturante para as relações familiares atuais.

Nesse sentido ensina o professor e doutor Ricardo Lucas Calderón:

Em outras palavras: a problemática central atinente ao tema da afetividade envolve atualmente o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito e a possibilidade de sua inclusão na categoria de princípio. Esta discussão traz subjacente à própria visão de Direito que se adota as formas de expressão que se lhe reconhece, o conceito e o papel de princípio no sistema e, ainda, a escolha de alguns posicionamentos hermenêuticos que refletem na análise. Todas estas opções influenciam a maneira como se apreende a relação entre a família (como manifestação social) e o Direito que pretende regulá-la.²⁴

Na mesma linha segue o professor Cristiano Chaves:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade.²⁵

Entre outras palavras, o que se sustenta aqui, não é uma (des) patrimonialização por completa das relações familiares, pois as conseqüências de ordem econômica fazem parte do direito de família, todavia é de suma importância que se observe o afeto como cerne das relações, e o afeto é algo espontâneo desprendido de

²⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 mai. 2018.

²⁵ Op. Cit. p.31.

qualquer interesse secundário, é essa inclusive a razão dele ser inexigível juridicamente, pois não se pode forçar o nascimento da relação afetiva.

Não obstante, a concretização da afetividade como elemento chave à interpretação das relações familiares atuais exalta e se coaduna em grande parte com o princípio da autonomia privada, o qual viabiliza o jurisdicionado no intuito do exercício de seus direitos da maneira que lhes convier, opções intimistas e privadas não serão matéria de ordem pública se não houver óbice legal.

Nesse sentido também lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Palmplona: “Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e encontra sua raiz ôntica - da própria afetividade”.²⁶

Segue este entendimento professor Rodrigo da Cunha Pereira, cujo dentre outras funções exercidas em prol do aprofundamento do estudo do Direito de Família, fora presidente do IBDFAM:

A despatrimonialização do Direito Civil elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil. A ordem jurídica centrou-se mais na pessoa, ainda que em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas. Sem dúvida a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o lócus onde se inicia um desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde se vive as primeiras lições de cidadania e onde se reportará, mais tarde, para os laços sociais.²⁷

Nesse sentido, o art. 1639 do código civil de 2002 ²⁸ juntamente com o art.1513 ²⁹ do referido diploma, tem evidenciado o princípio da autonomia privada, o qual ratifica a afetividade como um balizador das relações familiares:

O individuo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais um elemento de força produtiva. Ocorreram, pois, a personificação a despatrimonialização da família e, a partir dessas vertentes, surgiu à necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nessa esfera relacional. A recolocação de valores na relação de família, isto é, uma valorização maior do sujeito em

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: **Direito de Família, As famílias em perspectiva constitucional**. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015, p. 90.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 6 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

²⁸ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

²⁹ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

detrimento das relações patrimoniais, não significa a não consideração dessas relações, mas tão somente ao princípio da dignidade humana.³⁰

Assim sendo, o princípio da afetividade, consubstanciado pelo valor da autonomia privada ou intervenção mínima, fez com que o Estado deixasse a figura de protetor-repressor, passando a ser observada a dignidade da pessoa humana como cerne do âmbito familiar.

Escolhendo a dignidade humana como fundamento básico republicano e subordinando as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, tem-se assim um movimento de (des) patrimonialização no que tange as famílias. Nessa esfera, o Estado deve conferir a proteção à família fora da órbita patrimonial, conseqüentemente, importando no dever de respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental.³¹

Os referidos artigos do CC 2002 guardam intensa relação com o nosso foco de estudo, qual seja, a possibilidade do cônjuge supérstite poder concorrer à herança mesmo casado no regime de separação convencional ou absoluta de bens, pois, a concretude dessa liberdade em escolher o destinos dos acervos patrimoniais pré-existentes quanto os supervenientes à relação matrimonial guarda relação com o princípio da intervenção mínima estatal.

Nesses termos, Maria Berenice Dias defende que a lei é clara ao dispor ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, presentes e futuros, o que desejarem.³²

Não obstante faz-se de grande importância trazer aspectos da psicologia para corroborar no entendimento sobre a temática em questão, pois logicamente o Direito de Família trata-se de um ramo do direito onde as ciências humanas encontram verdadeiro espaço.

Nesse mesmo sentido, a psicóloga Nina Guimarães traz que:

Um paradoxo muito importante no sistema familiar, então, reside na relação antiética entre a individuação e a lealdade familiar. Essa é uma tarefa difícil

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Op cit. p. 186.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 6 ed. atual. – São Paulo: Saraiva 2016, p. 189.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual e ampliada. – São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 313.

de ser superada pela família, pois cada passo dado na direção da autonomia é também uma ameaça à lealdade (unidade) familiar.³³

A partir de este olhar analítico pode-se então estabelecer uma relação entre a questão individualista do indivíduo, e, por conseguinte a autonomia patrimonial, ao desrespeito à lealdade, em outras palavras a mente humana associa em certas ocasiões de forma equivocada liberdade e deslealdade, ponto que será retomado no quinto capítulo deste trabalho.

2.3.1 NATUREZA JURÍDICA DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses e grupos sociais) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.³⁴

A partir da segunda metade do século passado a sociedade contemporânea apresentou características que sinalizaram o momento de outra e peculiar modernidade. As marcas deste período passaram a ser a complexidade, a fragmentalidade e uma constante instabilidade. Estes fatores disseminaram-se no meio social e também influenciaram os relacionamentos familiares³⁵.

É notável que a família atual incorporasse, profundamente, o afeto como o seu essencial fundamento. Ao elevar esse sentimento a esse patamar inseriu condições favoráveis ao seu próprio crescimento e fortalecimento, reforçando a ideia da família ser a entidade primordial para o desenvolvimento do sujeito e conseqüentemente possibilitar a estruturação da vida social, uma vez que a família desempenha o papel de formador de seus membros por ser o primeiro núcleo de integração social³⁶.

Nesse sentido, nas palavras de Rehbein e Schirmer destacamos:

³³ GUIMARÃES Nina Vasconcelos. **Autoridade e Autonomia em Tempos Líquidos**, A teoria sistêmica na contemporaneidade. Salvador: Oficina de Arte e Prosa, 2014, p. 125.

³⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

³⁵ Ibidem

³⁶ ALBINANTE, Isabel Cristina. **Paternidade socioafetiva – famílias, evolução, aspectos controversos**. 2012. p. 17

[...] o afeto surgiu e passou a perdurar na vida dos seres humanos, tornou-se um sentimento necessário para que o indivíduo possa encontrar sua verdadeira felicidade, passando esta a ser a existência e a razão de viver do sujeito, porquanto toda a sua vida é baseada no amor, companheirismo, compreensão, ou seja, em sentimentos.³⁷

É fácil entender que sentimentos como o amor, companheirismo, compreensão, respeito são determinantes na relação familiar e levados para o longo da vida, porquanto inicialmente foram ensinados e valorizados entre os que integram a família, e que irão se perpetuar para a vida. Maria Berenice Dias considera que a família que preserva esses sentimentos é: “a estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um lar no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito³⁸”.

Um vasto mosaico de entidades familiares foi reconhecido, uniões livres e parentescos vinculados apenas por laços afetivos passaram a ser vistos com maior dignidade. A igualdade e a liberdade foram gradativamente conferidas aos relacionamentos e alteraram o quadro de estabilidade anterior, uma vez que a qualidade dos vínculos passou a ser objeto de análise constante. Estas consequências acabaram por gerar diversas uniões, separações, novas uniões em um quadro de combinações e recombinações sem precedentes. A instabilidade alcançou os relacionamentos familiares, outrora tidos como exemplos de segurança e de estabilidade.

A legislação expressa não tratava de muitas situações existenciais afetivas que eram postas para análise do Direito, de modo que uma interpretação que restasse limitada à estrutura codificada trazia dificuldades na tutela destes novos conflitos. Ainda assim, doutrina e jurisprudência não se furtaram a constatar a afetividade imanente a tais relações pessoais e passaram a conferir respostas a estas demandas mesmo sem expressa previsão legislativa.³⁹

Encontramos em nossa Constituição as disposições do art. 1º, inciso III e § 7º do art. 226 da CRFB/88 como fundamentação jurídica base do Princípio da Dignidade

³⁷ REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. **O Princípio da Afetividade no Estado Democrático de Direito**, 2010. p. 07.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015. p 29.

³⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Humana e atentando para o art. 226 que trata especificamente da família, podemos identificar a preocupação do legislador em inserir esse princípio como alicerce da família, uma vez que a família é o núcleo inicial da existência do sujeito e por tal deve preservar a unidade e respeito, proporcionando a dignidade necessária para o desenvolvimento adequado do indivíduo, temos, portanto que a “família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas que a integram.”⁴⁰ .

Referente a este princípio, nos apontamentos de Maria Berenice Dias verificamos que a autora considera o princípio da dignidade humana como “o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais”⁴¹. Esse princípio contribuiu para elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, desencadeando uma valorização pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade⁴².

Dos ensinamentos de Maria Berenice Dias temos destacamos que:

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.⁴³

A breve análise deste princípio nos leva a verificar que sua principal contribuição está na elevação do patamar do indivíduo que desencadeia os demais aspectos, uma vez que leva a o fortalecimento dos sentimentos de afeto, carinho e respeito mútuo, solidificando os laços familiares e possibilitando o surgimento de outros princípios próprios do direito de família.

Houve um movimento crescente na defesa do reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, já que apenas os elos matrimoniais, biológicos e registrais não davam conta das variadas situações que se apresentaram. A partir da distinção entre o papel de pai/mãe das figuras dos ascendentes genéticos restou mais claramente perceptível à relevância que era

⁴⁰LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62

⁴¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015. p. 44.

⁴² Ibidem p. 45.

⁴³ Ibidem p. 45.

conferida à afetividade, bem como se desnudaram diversas possibilidades oriundas de tal concepção. Legislação, jurisprudência e doutrina progressivamente trataram da temática, embora não sem enfrentar resistências e sobressaltos.

Em outras palavras: a problemática central atinente ao tema da afetividade envolve atualmente o seu reconhecimento ou não pelo Direito e a possibilidade de sua inclusão na categoria de princípio. Esta discussão traz subjacente à própria visão de Direito que se adotam as formas de expressão que se lhe reconhece o conceito e o papel de princípio no sistema e, ainda, a escolha de alguns posicionamentos hermenêuticos que refletem na análise. Todas estas opções influenciam a maneira como se apreende a relação entre a família como manifestação social e o Direito que pretende regulá-la.

2.3.2 A LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES E A CONSEQUENTE MINIMALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Os laços familiares tornaram-se frágeis com o avanço da tecnologia, a liquefação relacional é constante e vista como normal. Essa liquidez dos relacionamentos toma rumos irreparáveis, não há uma solidificação, quase atingindo um estágio de aniquilação das relações interpessoais. A situação pode agravar se não conseguirmos cessar os vazamentos que exterminam de forma mansa e contínua a estrutura até hoje edificada.

Porém, com o advento da crise tecnológica, percebem-se grandes mudanças nos hábitos da população mundial, sendo uma dessas modificações as realizadas no campo das relações de famílias. Bauman traz a modernidade líquida que vivenciamos, a qual traz uma misteriosa fragilidade humana, ou seja, um amor líquido e inseguro. Essa fragilidade e esse amor podem ser percebidos nos relacionamentos pessoais, familiares e no convívio com estranhos no contexto atual.⁴⁴

Salienta também em sua obra que:

Em nosso mundo de furiosa “individualização”, os relacionamentos são bênçãos ambíguas. Oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro.⁴⁵

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt **Amor Líquido Sobre as Fragilidades dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Mediros.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁴⁵ Ibidem p.6

Assim, no imenso cenário da vida líquida moderna, os relacionamentos estão sempre se desfazendo, as pessoas sentem-se inseguras e insatisfeitas com o outro.

O relacionamento não é apenas viver feliz, sem enfrentar problemas e dificuldades.

Na verdade, as relações se tornaram como “relações de bolso”, das quais será possível se dispor quando necessário e depois tornar a guardar no mesmo lugar. Diferentemente das relações antiquadas, conectar-se a uma rede virtual é mais interessante diante da líquida era moderna.

Conforme exposto, um relacionamento é um investimento como todos os outros, ao qual é dedicado tempo, dinheiro, emoções e sentimentos. Relacionar-se significa dividir emoções, dores, sofrimentos e também aspectos patrimoniais, ou seja, é necessário que haja uma “cultura de renúncia”, a qual se mostra cada vez mais escassa por conta da vigente “cultura hedonista” em que se vive.

A desestruturação familiar é iminente na ausência de uma base composta por confiança, amor e respeito. A falta de apenas um desses elementos desfalca o tripé sustentador a ponto de se ver a relação entrar em ruínas. Falta diálogo entre as pessoas. Só a exposição de sentimentos, positivos e negativos, combinados com um compromisso de cessão mútua, é capaz de salvar um relacionamento.

Cabe neste momento, explicitar uma premissa básica do direito de família mínimo. Trata-se do princípio da liberdade ou da não intervenção nessa seara. Percebe-se que a liberdade constitui um dos direitos mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro. Tanto é assim que esse direito é garantido, de maneira ampla, pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, *caput*.⁴⁶

Em verdade, Leonardo Barreto Moreira Alves defende que:

O Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. -, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de

⁴⁶ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família.⁴⁷

Entende-se então, que diante de tais considerações, a intervenção estatal deve ocorrer de forma equilibrada, nem sempre o Estado deverá ficar inerte, porém quando for atuar no âmbito familiar deve o fazer de forma limitada.

⁴⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**, ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.145.

3. O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS REGIMES DE BENS

Não por acaso, após tratarmos da temática da afetividade e autonomia privada, entrar-se-á no estudo dos regimes de bens do casamento, instituto de cunho econômico que se relaciona de diferentes formas com os princípios já analisados.

Desse modo o conteúdo histórico evolutivo e princípio lógico calharam a fim de oportunizar um debate sobre a problemática tomando por base uma interpretação sistêmica.

O regime de bens do casamento seria o conjunto de regras que disciplinam a interação econômica dos cônjuges, podendo ser em relação ao mesmo, mas como também no tocante a terceiros enquanto perdurar o casamento.⁴⁸

Já o falecido jurista baiano Orlando Gomes descreveria o regime de bens como:

Conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre os cônjuges, na constância do matrimônio. Ou seja, o regime de bens consiste no conjunto de regras que regulam as relações jurídicas referentes aos bens pertencentes ao casal, havidos ou não, durante o matrimônio, chamando-se de estatuto patrimonial do casamento.⁴⁹

Ora, como é de notório conhecimento, uma regulamentação patrimonial do casamento é fundamental, pois de qualquer sorte haverá efeitos extra pessoais após a celebração do mesmo.

É interessante observar todavia, que o novo paradigma familiar baseado na autonomia da vontade e na afetividade, e simbolizado pelo CC 2002, traz na legislação pertinente ao tema a o livre arbítrio na escolha do regime de bens, sendo três os princípios que regem o instituto, liberdade de escolha, variabilidade e mutabilidade.

O primeiro, justamente consiste que os nubentes poderão, de acordo com a sua autonomia privada e liberdade de opção, optar pelo regime que bem lhes aprouver.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6, Direito de Família**. 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014. PG 440

⁴⁹ GOMES, Orlando, **Direito de Família**, 9ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.167.

Não seria papel do Estado, interferir na opção dos cônjuges, salvo se amparado por legislação específica permissiva.⁵⁰

Em relação ao princípio da variabilidade temos que o ordenamento prevê uma multiplicidade na escolha do regime de bens, permitindo não só os quatro regimes descritos no CC 2002; da Comunhão Universal; Comunhão Parcial; Separação Convencional e Participação Final nos Aquestos, como a hibridez entre os mesmos.

Nesse sentido a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

Podem os contraentes adotar um dos quatro regimes retromencionados, ou combiná-los entre si, criando um regime misto, desde que as estipulações não sejam incompatíveis com os princípios e normas de ordem pública que caracterizam o Direito de Família. Podem as partes, ainda, adotar o regime simplesmente constante no Código (comunhão parcial, comunhão universal etc.), pelos artigos de lei que o disciplinam, bem como pelos preceitos que o regem.⁵¹

Desse modo, observar-se que junto ao princípio da mutabilidade, o qual, igualmente ratifica a liberdade de escolha nas relações econômicas matrimoniais, a legislação infraconstitucional promove isonomia, dignidade e democratização no âmbito familiar.

3.2 O PRÍNCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS LIMITES

A priori é importante destacar uma diferença terminológica em relação aos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada:

Cumprе salientar que no Brasil a autonomia da vontade estava no código Civil de 1916 e em todas as Constituições anteriores à Carta Magna de 1988, enquanto que a autonomia privada está presente no Código Civil de 2002 e na Constituição de 1988. A autonomia, hoje, não é mais um fim em si, essa era a autonomia da vontade. A autonomia privada é um instrumento que tem como finalidade a promoção de interesses que sejam úteis para a sociedade em geral, consolidando os fundamentos estabelecidos no preâmbulo da Constituição. Diante do exposto, resta claro que a autonomia da vontade e autonomia privada são lados opostos da mesma moeda, tendo em vista que a primeira é a vontade humana elevada à condição de base do

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de Família, As famílias em perspectiva constitucional . 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015, p. 312.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, **Direito de Família**. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva 2014, p. 10.

liberalismo e a segunda representa a vontade humana adapta às necessidades e expectativas da sociedade em geral.⁵²

Assim sendo, a autonomia privada permite com que o princípio da intervenção mínima estatal se materialize, abrindo espaço para que o indivíduo possa gerir a própria vida de forma digna e independente.

Entretanto, em que pese o avanço e a desconstrução do matrimônio com fins econômicos e políticos canônico-medieval, impede destacar que a legislação pátria ainda prevê dispositivos que contrariam este avanço, cabendo um questionamento acerca desta contrariedade.

Em verdade, pode-se verificar certo paternalismo remanescente no ordenamento do Direito de Família brasileiro, uma preocupação em relação manutenção de um senso de moralidade daquela sociedade ou Estado, como explica Carlos Santiago Nino:

O paternalismo deve ser claramente diferenciado do perfeccionismo, que justifica a intervenção pública para impor a materialização dos ideais morais considerados como verdadeiros, já que o paternalismo (não perfeccionista) não tem como fim o progresso moral da pessoa, mas sim facilitar consecução dos objetivos próprios.⁵³

Nesse sentido, não obstante ao constante movimento de (des) patrimonialização do Direito Privado, o art. 1640, § único do CC 2002⁵⁴, traz que os nubentes poderão optar por qualquer regime de bens que seja regulado pelo mesmo compilado normativo.

De sorte, a doutrina brasileira se mostrou favorável à concepção ampla do princípio da livre estipulação do regime de bens numa acepção, ou seja, que não restringe essa eleição do regime aos regimes regulados no Código.

⁵² GALVÃO, Camilla. Qual a diferença entre Autonomia Privada e Autonomia da vontade. Disponível em: <https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em 3 de Outubro de 2018.

⁵³ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación**, Ariel, Barcelona. 1989, p 414. Apud GONZÁLEZ, M. C. Paternalismo jurídico y derechos Del niño. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, 116 p.

⁵⁴ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

Nesse sentido, afirma-se que os nubentes podem não apenas escolher um dos quatro regimes legais, como também combiná-los, ou até criar regimes novos, desde que conformes à lei e à natureza do casamento.

Esse modelo foi adotado em legislações como a francesa e a espanhola. Há, no entanto, sistemas que optaram por circunscrever a liberdade de eleição do regime de bens àqueles elencados em lei, como a suíça e a mexicana.

Outro exemplo a ser dado, é o do equívoco na previsão legal do regime supletivo brasileiro, o supramencionado art. 1640 do CC2002, pois o mesmo evidencia um caráter dirigista no âmbito das relações familiares, neste sentido ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

É o que no direito argentino, se denominou presunção legal favorável à comunidade conjugal, reputando pertencerem à sociedade conjugal os bens existentes quando da dissolução, salvo prova em contrário. Com isso reforça-se a base financeira da entidade familiar, estabelecendo uma comunhão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, ao mesmo tempo em que se excluem da comunhão os bens já pertencentes a cada um antes das núpcias e os adquiridos a título gratuito, provenientes de herança ou doação, por exemplo.⁵⁵

Ainda sob o olhar crítico sobre os dispositivos que exemplificam a intervenção do Estado na liberdade de escolha do regime de bens, violando o princípio da autonomia privada, temos a hipótese da Separação Obrigatória aos matrimônios que envolvam nubente com idade superior a 70 anos, entendimento sumulado pelo STF pela súmula 377⁵⁶.

O referido diploma, atenta violentamente ao princípio da dignidade da pessoa humana ao reduzir a autonomia como pessoa e também constranger de forma pessoal e social, limitando o exercício de um pleno direito, nesse sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. Ambos os nubentes encontravam-se em pleno gozo de suas capacidades e não há nenhuma prova que invalide um contrato celebrado dentro dos ditames

⁵⁵ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil, volume 6: Famílias** - 7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015. p 276.

⁵⁶STF 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 2 de out de 2018.

legais. ACORDO DE VONTADES MANTIDO. REJEITARAM AS PRELIMINARES, À UNANIMIDADE E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70059211425, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 02/10/2014). TJ-RS - Apelação Cível AC 70059211425 RS (TJ-RS) Jurisprudência Data de publicação: 06/10/2014.

A separação obrigatória não tem subsidio nem econômico nem moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem justificativa técnica para subsistir. Se for possível a ocorrência de matrimônios por interesse nessas faixas etárias, certo também é que em todas as idades o mesmo pode existir.⁵⁷

Ademais, outra situação que mitiga a autonomia privada no âmbito das relações familiares e objeto de estudo deste trabalho é o da regra de que cônjuge casado em separação convencional de bens é herdeiro necessário e concorre na sucessão com descendentes.

A omissão dada pelo art. 1829⁵⁸ do CC 2002, conquanto a sucessão do cônjuge casado em separação convencional de bens vem sendo interpretada de modo à possibilidade da concorrência hereditária.

Entendimento que evidencia extrema contradição é o fato de a autonomia privada, respeitada à época da eleição do regime de bens, não ser observada ou ser preterida conquanto haja o evento morte de um dos cônjuges.

Sobre a temática Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona lecionam: “É como se, em vida, houvesse uma separação patrimonial – escolhida pelo casal – e, após a morte de

⁵⁷ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil, volume 6: Famílias** - 7 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. PG 276.

⁵⁸ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

um dos cônjuges, uma forçada comunhão de direitos – determinada coercitivamente pela própria lei”.⁵⁹

Se já é difícil para nós bacharéis em Direito, compreendermos essa situação, violadora do bom-senso, imagine para o brasileiro comum, desprovido de conhecimento técnico,⁶⁰

Seria plausível pensar ainda numa hipótese da tentativa de renúncia da herança para que a finalidade precípua da união em que vigora o regime da separação absoluta tenha efetividade.

Entretanto como é de conhecimento notório não se pode tratar de herança de pessoa viva, ou seja o *pacto de corvina* é hipótese de nulidade absoluta, vide art. 426 CC.⁶¹

Em assim sendo, conclui-se que o princípio da intervenção mínima/autonomia privada no que tange à escolha do regime de bens do casamento é matéria de direito privado, não sendo papel de o Estado interferir de modo a ferir a evolução do Direito em prol a dignidade humana.

3.2.1 AUTONOMIA E A LIBERDADE PLENA DE ESTIPULAÇÃO NO DIREITO DA FAMÍLIA

3.2.1.1 AUTONOMIA E SEUS LIMITES

Tradicionalmente se considerou que o contrato era um instrumento deixado à exclusiva vontade dos particulares, e disso a doutrina jurídica deduziu o princípio da autonomia da vontade, autonomia privada ou, mais propriamente, autonomia contratual. Autonomia significa, etimologicamente, dar-se a si próprias normas de comportamento, autorregular-se. Por conseguinte, o princípio da autonomia privada é uma expressão sintética que serve para ressaltar que o ordenamento jurídico

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 7: Direito das Sucessões. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015, p. 207.

⁶⁰ Ibidem p. 372.

⁶¹ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. 225BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 de out 2018.

reconhece aos particulares um amplo poder de autodeterminação da pessoa e de auto regulação de suas relações patrimoniais.⁶²

Nos últimos tempos, as coisas mudaram. As normas imperativas, restritivas da vontade individual e dirigidas a conseguir a realização de interesses supra individuais, aumentaram grandemente, tanto quantitativamente como qualitativamente. As limitações impostas pela ética à autonomia privada ganharam posições e concretizam o reconhecimento explícito dos princípios da probidade, da lealdade contratual, da boa fé objetiva e da justiça e o equilíbrio contratuais.

Como cita Roxana Borges:

Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar licitamente, sem que esta conduta tenha como consequências a aquisição, a transferência, a modificação ou a extinção de direitos.⁶³

As expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimas, ao contrário, cada uma possui um significado diferente. A distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade é de grande relevância e implica em consequências práticas importantes, pois modifica a própria noção de negócio jurídico.

É necessário atentar-se para a transição da autonomia privada para a autonomia da vontade, como defende Roxana Borges:

A distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade importa em consequências práticas importantes. A evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada termina por modificar a própria noção de negócio jurídico. GIOVANNI ETTORE NANNI alertou para essa necessária “assimilação da transição” da autonomia da vontade para a autonomia privada, pois essa se vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim à valorização da pessoa humana.⁶⁴

⁶² GÓMEZ, J. Miguel Lobato. **Autonomia privada e liberdade contratual**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, **ano 15, n. 2397, 23jan. 2010**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14238>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁶³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5,2005 p.70.

⁶⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5,2005 p.72, NANNI, Giovanni Eto. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. In LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**, Curitiba: Juruá, n.2, 2001, p. 157.

Autonomia da vontade é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX. Marcada por uma ideologia individualista, onde o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

Respeitados os limites institucionais da autonomia privada, Maurício Requião defende:

A autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana, passa pela consideração da necessidade de tratar o próprio sujeito como ser concreto e não ente abstrato. Assim, a falta de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana é, muito em parte, derivada da falta de concreção do trato à pessoa. Ainda hoje se tem o tratamento da pessoa dentro de padrões genéricos, cuja origem moderna data dos ideais liberais do século XIX.⁶⁵

Assim sendo, a autonomia privada segue sendo um princípio fundamental do Direito dos contratos, reconhecendo-se com isso aos particulares a possibilidade de auto regulamentar seus interesses, conformando-os sob sua própria responsabilidade, para que possam desenvolver sua personalidade e afirmar-se como pessoas.

Porém, a liberdade contratual deve estar submetida a certos limites, só se justificando a sua utilização em compatibilidade com outros princípios como a lealdade contratual, a boa fé objetiva, a justiça contratual e o justo equilíbrio entre as prestações que traduz "a ideia de razoável equilíbrio que deve haver entre direitos e deveres das partes, nos contratos comutativos" ⁶⁶.

3.2.1.2 LIBERDADE PLENA DE ESTIPULAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da autonomia privada é uma expressão sintética que serve para ressaltar que o ordenamento jurídico reconhece aos particulares um amplo poder de autodeterminação da pessoa e de autorregulação de suas relações patrimoniais.

Mediante a afirmação do princípio da autonomia privada significa que, via de regra, o ordenamento jurídico reconhece às pessoas algumas possibilidades no âmbito contratual, entre elas a liberdade de estipulação.

⁶⁵ REQUIÃO, Maurício. **Discutindo a Autonomia**. Salvador, 2014, p.18

⁶⁶ NORONHA, F., **O direito dos contratos e seu princípio fundamental**. Cit., p. 182

A liberdade de estipulação, é a possibilidade de fixar livremente o conteúdo do contrato, incluindo as cláusulas que tenha por conveniente e dando-lhes a redação que lhe pareça mais adequada aos interesses das partes⁶⁷.

Desse modo, embora os contratantes recorram aos tipos legais preestabelecidos, conservam a possibilidade de combinar separar-se da regulação legal, substituindo as normas dispositivas ditadas pelo legislador, por outras normas nascidas do interesse comum e expressas através da manifestação de sua livre vontade⁶⁸.

Poderia objetar-se que a liberdade de fixar o conteúdo do contrato sofre hoje amplas restrições, pois muitos contratos são verdadeiros contratos de adesão cujas cláusulas são predispostas por uma das partes sem que o aderente tenha a menor oportunidade de negociá-las, e portanto impostas a toda pessoa que queira contratar, ou, em outros casos, o conteúdo do contrato depende de aprovação prévia de organismos governamentais. Tal objeção esquece que a vontade exigida para formar o contrato é a vontade comum, consciente, concordante e livremente manifestada de ambas as partes sobre o objeto e o conteúdo do contrato.

Por isso pode se dizer que nos contratos de adesão o mútuo consenso que pressupõe o princípio da autonomia privada foi sequestrado, transitando-se de "um mútuo consenso sobre um conteúdo para um consenso na celebração do negócio, e não propriamente sobre as cláusulas constitutivas deste"⁶⁹.

3.3 A NATUREZA DO PACTO ANTENUPCIAL E SUAS FORMALIDADES

O pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, pelo qual os nubentes, a partir do princípio da liberdade de estipulação, escolhem o regime de bens a ser aplicado entre os mesmos após a celebração do casamento.

⁶⁷Com independência das regras concretas que as reconhecem (por exemplo, o art. 405,1 do DC português de 1966 ao dispor: « Dentro dos limites de la lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover »), essas possibilidades são destacadas em todo o Direito comparado, cf. Dieter Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales*, I (trad. espanhola de Martínez Sarrión), Bosch, Barcelona, 1995.

⁶⁸GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Autonomia privada e liberdade contratual. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23jan. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14238>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

⁶⁹ASCENSÃO, José de Oliveira, «Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil », *Revista de EMERJ*, 26, 2004, p. 80.

O referido instituto só terá razão de existir quando o regime a ser adotado não for o da comunhão parcial de bens, pois este segue a regra do regime supletivo brasileiro, deste modo se reconhece o pacto como sendo facultativo, porém necessário se o objetivo é a escolha de determinados regimes patrimoniais ⁷⁰.

Em análise crítica, em que pese às formalidades para se obter a eficácia do pacto antenupcial, este se trata de um instituto de direito privado, somente interessando a vontade dos particulares.

Em consonância com este entendimento, há parte da doutrina que já enxerga a possibilidade de cláusulas extrapatrimoniais, desde que estas não interfiram na dignidade de um dos nubentes:

Nessa toada, interessante é discussão é descortinada, dizendo respeito à possibilidade, ou não, de inserção de cláusulas dispensando deveres conjugais. Efetivamente, toda e qualquer cláusula dizendo respeito às múltiplas e diferentes formas de vida conjugal como a disposição eventualmente atinente à fidelidade e à coabitação, será válida, a depender da liberdade de manifestação de bondade e seriedade dos propósitos desde que não afronte a dignidade de qualquer dos noivos. Afinal o preceito não é, a toda evidência de interesse pública, dizendo respeito essencialmente, à vontade dos particulares – e a mais ninguém! Se o casal pretende dispensar, reciprocamente, a fidelidade ou a coabitação é prerrogativa privada, até porque se quiserem assim proceder, não será a lei que obstará⁷¹.

Esta posição doutrinária evidencia a natureza claramente negocial do instituto, ou seja, trata-se de um negócio jurídico dispositivo, pelo qual, desde que observada à regra do art.1655⁷² do CC, as partes disporão livremente.

Iniludível é, e aqui peço vênia à utilização do dito: “que quem pode mais, pode menos”, que o objeto principal deste contrato de núpcias será as estipulações de caráter econômico.

Nesse sentido, deve o solo ser fértil ao exercício da autonomia da privada dos nubentes, admitindo-se, inclusive, a possibilidade da adoção de um regime híbrido de bens, como ensina o enunciado 331 da IV jornada de Direito Civil , do conselho da Justiça federal:

⁷⁰ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 7:Sucessões- 3 ed. - Salvador: Juspodivm , 2017, p.315.

⁷¹ Ibidem, p.316

⁷² Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 de out 2018.

O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial⁷³.

Neste contexto, não resta dúvidas de que, em prol da (des) patrimonialização do Direito das Famílias, o pacto antenupcial é um instrumento fundamental à concretização dos princípios da afetividade e da liberdade de estipulação.

Não sendo condizentes com a sistemática principiológica baseada na afetividade das relações familiares, diplomas normativos que, por resquício da influência canônica moralista, limitem a eficácia do pacto antenupcial.

Sobre isso, trataremos no 5º capítulo do presente trabalho, pois uma hipótese de violação à vontade contratual das partes debruçada sobre o pacto é a impossibilidade de o regime de separação convencional de bens repercutir para efeitos sucessórios.

A vedação do já referido art. 426, neste caso em especial, possui embasamento único e exclusivo numa perspectiva antiga de não isonomia entre homem e mulher, uma perspectiva assistencialista que vai de encontro ao cenário atual das relações familiares nucleares.

Em relação às formalidades necessárias à validade e eficácia do pacto antenupcial, temos que a solenidade diz respeito à forma para a realização do contrato, neste sentido ensina o art. 1653⁷⁴ CC, que nulo será o pacto não realizado mediante escritura pública.

Condiciona também à eficácia do negócio jurídico a celebração do matrimônio, ademais, por ser um instituto acessório ao casamento, este se considerado inválido importará outrora na invalidade daquele, todavia a recíproca não se faz verdadeira⁷⁵.

3.4 CONCEITOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

⁷³ **Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/353>. Acesso em: 2 de out 2018

⁷⁴ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2018

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Sucessões- 3 ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, p.214.

O regime de separação de bens é aquele que traz consigo não só o exercício do princípio da autonomia privada, mas como também traz à prova a questão da afetividade como cerne das relações familiares.

É o regime de bens no qual cada consorte conserva, com exclusividade, a titularidade posse e administração de seus bens presentes e futuros e a incumbência pela dívidas anteriores e posteriores ao casamento⁷⁶.

A máxima de que o amor não se confunde com patrimônio encontra aqui seu amparo jurídico⁷⁷.

Sobre essa alusão trazida pelos professores, caberia uma importante complementação, pois neste regime se houver o evento morte de um dos cônjuges e não houver disposição testamentária a se acionar, o amor irá sim se confundir com patrimônio, vide artigo 1829 do Código Civil.

Entretanto, irá se falar mais especificamente nesta situação ao decurso do trabalho. Por hora, faz-se mister identificar características do referido regime que também pode ser conhecido como separação absoluta de bens.

Para tanto, é importante trazer o texto de lei que trata do tema, quais sejam os artigos 1687 e 1688 do Código Civil de 2002:

1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial⁷⁸.

Observa-se que como trazido por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, cada cônjuge manterá o seu patrimônio próprio, compreensivo dos bens anteriores e posteriores

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família: 26ª ed. –São Paulo. Saraiva, 2011, p. 206

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de Família, As famílias em perspectiva constitucional . 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015, p. 369.

⁷⁸ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em 28 de mar de 2018.

ao casamento, podendo, como visto livremente aliená-los, administrá-los ou gravá-los de ônus real⁷⁹.

Por outro lado como é perceptível, o dever de rateio das despesas que garantem a manutenção do lar se mantém intacto. Ou seja, mesmo eleito o regime de separação absoluta de bens, haverá um ponto de convergência patrimonial entre os cônjuges, qual seja o a contribuição de forma proporcional dos ganhos ao suporte do lar.

Desse modo, como alerta Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, a única hipótese de comunhão dívidas no regime separatório convencional se dá em relação aos débitos assumidos para a manutenção da família.⁸⁰

De sorte, a oportunização do conferida pelo código civil à liberdade de escolha do regime de casamento, encontra-se como verdadeiro instrumento de concretude da dignidade humana.

O Direito é uma ciência jurídica efetivamente humana, portanto deve abarcar as diferentes demandas que surgem com a evolução social.

Neste mesmo enfoque analítico, o regime da separação convencional vem sendo utilizado, nos dias atuais, por casais que já possuem patrimônio ou quando um deles exerce profissão que comporta riscos financeiros, permitindo uma maior liberdade do titular sobre os seus bens.⁸¹

Neste mesmo sentido, leciona o autor português Diogo Campos Leite:

Como referi no início, o bom entendimento entre os cônjuges transformará em comunhão qualquer regime de separação de bens. Enquanto que o desentendimento levará a graves diferenças no aspecto patrimonial, e, normalmente, ao bloqueio da atividade econômica dos cônjuges durante o período que precede o divórcio ou a separação.⁸²

Desse modo, verifica-se que, na atualidade, a separação convencional de bens é o regime que melhor traduz a o princípio da igualdade de gêneros, uma vez que a

⁷⁹ Ibidem, p.370.

⁸⁰ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 6: Famílias- 7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015, p. 333.

⁸¹ Ibidem, p.332.

⁸² DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997, p. 413.

crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, não justificaria uma proteção especial à mesma, estaríamos diante de uma discriminação às avessas.

Não obstante, o crescimento exponencial no número de divórcios, e a maior independência pessoal e patrimonial dos cônjuges, torna a separação absoluta como o regime que mais corresponde os princípios norteadores do Direito das Famílias, quais sejam: a afetividade e a dignidade da pessoa humana.

Devendo este, ser adotado como o regime supletivo legal pelo ordenamento pátrio, defensor desta tese, Cristiano Chaves Nelson Rosenvald leciona:

De fato, procurando dar sentido e coerência a uma compreensão afetiva da família, nos parece que o regime de separação convencional separa o casamento de uma concepção patrimonialista. Casar é ato de comunhão afetiva e solidária promovendo uma integração fisiopsíquica. Logo, deveria o sistema jurídico disciplinar às famílias sem retribuir bens reciprocamente, afastando as conseqüências econômicas. Dividir o patrimônio e permitir a comunhão patrimonial tem de decorrer, exclusivamente, de ato de vontade dos interessados. Por isso, o regime legal supletivo deveria ser a separação de bens, como, alias, ocorre no Japão e na maioria dos estados norte-americanos.⁸³

Desse modo, estando ao sabor de cada cônjuge a administração e a disposição de seus respectivos acervos patrimoniais, a separação absoluta se mostra como um regime que tende a diminuir por muito o número de litígios de natureza econômica no âmbito da judiciário.

Restando somente um possível ponto de intersecção patrimonial entre os cônjuges, qual seja, a divisão das despesas relativas à manutenção do lar, isso de modo proporcional aos respectivos rendimentos, vide art. 1688⁸⁴ CC.

Desse modo, pode-se afirmar que as únicas dívidas que podem ser de ambos os cônjuges são aquelas assumidas para a manutenção familiar.

Por manutenção familiar, consideram-se os custos com sustento e educação dos membros da família, alimentação, conservação e ampliação do imóvel residencial e do respectivo mobiliário, empregados, transporte, água, luz, telefones. As dívidas

⁸³ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 6: Famílias-7 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 332

⁸⁴ Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out 2018

que não se enquadrarem nesta idéia de “economia doméstica”, devem ser entendidas como de interesse individual do cônjuge, sendo de responsabilidade daquele que a contraiu.⁸⁵

Entretanto, uma contradição acerca da plena eficácia de vontades e o exercício da autonomia privada dos cônjuges surge a partir do art. 1829 CC que trata da ordem de vocação hereditária, autorizando-se, pela omissão, a concorrência do cônjuge supérstite, casado em regime de separação absoluta, com os descendentes ou ascendentes.

Não parece plausível que o Direito das Sucessões impeça a materialização da livre estipulação dos nubentes quando da realização do pacto antenupcial.

Feita a devida relação entre o regime de separação convencional de bens e os princípios norteadores que vigem sobre o direito de família na atualidade, principalmente no tocante à afetividade como elemento estruturante das relações pós-modernas e também deste regime sobre o qual se debruça, é o momento de tratar dos principais institutos do Direito das sucessões pertinentes à problemática.

⁸⁵ DE CARVALHO, Laura Roncadiglio. **Regime da separação total de bens**. Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/regime-da-separacao-total-de-bens/> Acesso em 22 out 2018.

4. ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO DAS SUCESSÕES

4.1 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITO

À luz de toda essa problemática trazida, é de fundamental importância falar primeiro sobre algumas características do Direito Sucessório para que após, sejam analisados os fundamentos dos tribunais pátrios em decidir pela possibilidade da concorrência do cônjuge supérstite pela herança, mesmo que o regime de separação seja convencionado.

O Direito de suceder trata-se da inserção de alguém na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, sendo assim, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa.⁸⁶

O vocábulo “sucessão” guarda vínculo com o sentido de substituição na titularidade de terminados bens. Já para o Direito das Sucessões, essa alternância de propriedade, dar-se-á em função da morte de alguém:

É inquestionável, a importância do Direito das Sucessões no direito civil. Porque o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e continua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte.⁸⁷

Como pode se observar, a sucessão pressupõe o evento morte. O falecimento em termo jurídico, vide 6º ⁸⁸ CC 2002, seria tanto a ocorrência da morte natural, cessação das atividades cerebrais do indivíduo, como do acometimento da chamada morte presumida, a qual pode ocorrer com ou sem decretação de ausência como disciplina o art.7º ⁸⁹do Código Civil.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume VI, Direito das Sucessões. 24 ed. rev. e atual por Carlos Roberto Barbosa Moreira – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 7, Direito das Sucessões. 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2017, p.21

⁸⁸ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁸⁹ Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do

Todavia, não se mostra suficiente para que haja a transmissão sucessória a simples morte jurídica do indivíduo, faz-se imprescindível a vocação hereditária, a qual pode ter sido objeto de deliberação do de cujus enquanto vivo, (fonte imediata), como também pode em caso de omissão da manifestação da vontade em vida ser suprida pelo legislador, segundo critérios de probabilidade sobre a quem o autor da herança gostaria de transmitir seu patrimônio (fonte mediata).⁹⁰

Estes critérios probabilísticos abarcados pela legislação sucessória brasileira são extremamente questionáveis, pois, muitas vezes são aplicados de forma a mitigar o exercício da autonomia privada e a eficácia da dignidade da pessoa humana na transmissão imediata, ou seja, o poder de se indicação de herdeiros é limitado ao sabor do legislador, a exemplo do art. 1789 CC⁹¹ que estabelece a impossibilidade de se testar para além da metade de seu próprio patrimônio.

Desse modo, o Direito Sucessório se caracteriza por ser o ramo jurídico que disciplina a transferência patrimonial de um indivíduo, em razão da sua morte. Para tanto, o instituto da propriedade privada, conectado aos Princípios norteadores do direito das famílias devem ser pontos de referencia para que o direito sucessório tenha aplicação correta.

Seria assim, o reconhecimento da manifestação da autonomia privada no âmbito das relações jurídico-pessoais do indivíduo, através da garantia da propriedade privada e do entendimento de que os Direitos das Famílias precisam ser tratados conjuntamente para que o sistema jurídico materialize sua razão de ser, qual seja, a representação dos anseios e necessidades advindas com a evolução social.⁹²

Em verdade, a origem do Direito das Sucessões nos remete aos tempos em que ainda era incipiente a idéia da propriedade privada, sendo a congregação familiar o movimento que propiciou o campo fértil a aquisição e manutenção patrimonial após o evento morte.

falecimento. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Direito das Sucessões**, 2ª Ed atualizada – Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 2.

⁹¹ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018

⁹²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015, v.7, p.35.

No início, os povos germânicos, como toda a sociedade indo-europeia viviam em comunhão patrimonial familiar. Desse modo as alterações internas desta unidade não implicavam em quaisquer fenômenos de natureza sucessória.⁹³

Somente em Roma, com a afirmação da família patriarcal, fundada na autoridade da “pátria protestas”, que o patrimônio familiar passou a ser de propriedade do então chefe da família, podendo este dispor no que lhe aprouvesse.

Nesse sentido, impende destacar também a influência da religião na construção evolutiva do Direito Sucessório pois, nas civilizações antigas o patrimônio do “pater” era transmitido ao seu sucessor no culto religioso, sendo que somente os homens poderiam ser sacerdotes doméstico.

Isto explica a transmissão sucessória pela linha masculina, preferencialmente ao primogênito, conhecido como varão⁹⁴, em sendo assim:

Um homem morria sem filhos; para saber quem seria o seu herdeiro, bastava procurar aquele que deveria ser o continuador do seu culto. Ora, a religião doméstica transmitia-se pelo sangue, de varão em varão. Só a descendência em linha masculina estabelecia entre dois homens a ligação religiosa, permitindo a um continuar o culto do outro. Como já vimos, o parentesco era apenas a expressão dessa relação. Era-se parente porque se tinha o mesmo culto, o mesmo lar originário, e os mesmos antepassados. Mas não se era parente por ter nascido da mesma mãe; a religião não admitia o parentesco pelas mulheres. Os filhos de duas irmãs, ou os de uma irmã e de um irmão, não tinham entre si laço algum, pois não pertenciam à mesma religião doméstica nem à mesma família.⁹⁵

A preferência também se dava pelo fato de que a mulher não daria continuidade ao culto familiar, pois ao casar estaria abdicando da linhagem paterna passando a integrar a família do marido, tendo-a como sua, gerando, então, incompatibilidade para administrar dois lares diferentes.⁹⁶

Com o passar do tempo, no Direito Romano o advento da Lei das XII tábuas possibilitou o “pater” a dispor dos seus bens para depois da morte. Dessa forma,

⁹³ DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997, p. 442.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, SUCESSÕES 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

⁹⁵ Bruna Karoline Resende Ricardo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18945&revista_caderno=7 A evolução histórica do direito das sucessões. Acesso em: 3 out 2018

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, SUCESSÕES 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

permitiu-se a realização das primeiras espécies de testamento, e quando o de cujus não deixava testamento primeiro sucediam os filhos, netos e esposa (sui iuris); depois os parentes colaterais de origem exclusivamente paterna que fossem próximos no momento da morte (agnatus proximus); e por fim, na ausência de outras categorias, o grupo familiar como um todo (gentiles) ⁹⁷

Importante foi o avanço no sentido da possibilidade da sucessão testamentária, pois, para os germânico-medievais a transmissão não poderia ser feita por disposição prévia do morto, mas somente eram reconhecidos os herdeiros vinculados por sangue.

Desse modo, a conciliação entre a tradição de origem dos povos germânicos que defendia a propriedade familiar, conjuntamente com o advento da possibilidade da sucessão testamentária pelos romanos, fez com que o patrimônio do de cujus fosse separado em duas diferentes massas, uma de livre disposição e outra de devolução forçada aos parentes mais próximos.⁹⁸

O art. 1845⁹⁹ CC, é grande exemplo dessa congregação de valores germânico-romanos, de modo a prever que só se poderá dispor (parte disponível), no tanto que não ultrapasse a metade do patrimônio, pois a outra metade tem de ser destinada aos herdeiros necessários.

Do período que sucedeu a idade média, dando vazão a revoluções industriais e aos movimentos iluministas que desembocaram em grandes revoluções à época, importante é ressaltar que com a forte tendência liberal, individualista e a conseqüente negação do moralismo baseado na religião católica, há grande defesa da propriedade privada, situação que disseminou o objetivo de se deixar riquezas para as próximas gerações.

Na França revolucionária, as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade, diferentemente do que parece, estavam intimamente relacionados à noção da propriedade privada como pilar precípuo da sociedade.

⁹⁷ Ibidem p. 22

⁹⁸ DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997, p. 443.

⁹⁹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

Nesse contexto, surgiu o código civil napoleônico:

Em seu interior, o direito das sucessões é colocado no Livro III reservado às diferentes maneiras de como se adquire a propriedade (o art. 711 estabelece: “A propriedade dos bens se adquire e transmite por sucessão, por doação inter vivos ou testamentária e por efeito das obrigações”).

Fica evidente o posicionamento do legislador francês por ocasião da feitura do Código: o direito a sucessão está intimamente relacionado ao direito de propriedade. Está geograficamente longe do direito de família, pois está inserido como forma de aquisição da propriedade e é seguido do direito das obrigações e dos contratos.

Esse tipo de afastamento entre o Direito de Família e o Direito Sucessório, verificável também na estruturação do CC 2002, não assiste à razão em existir na atualidade em razão da fundamentalidade da interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo.

Como se sabe, ambos os ramos do direito guardam extrema relação de causa e efeito, sendo imprescindível à técnica de interpretação sistemática, pela qual, o interprete não pode desconsiderar que os dispositivos legais se interdependem e se inter-relacionam, vez que as fontes formais (no caso a lei) do direito devem ser analisadas em conexão e, de forma alguma, tal análise pode ser efetivada de modo isolado, evitando-se assim a ocorrência de antinomias.¹⁰⁰

Já no Código Civil de 1916, tanto a normatividade relativa ao Direito das Famílias quanto relativa ao Direito Sucessório ficaram engessadas pela forte influência católica naquele diploma. Ou seja, em que pese a forte tendência liberal oriundas das revoluções do século XVIII, a hermenêutica jurídica à época estava voltada à manutenção do patrimônio na classe dominante, os aristocratas.

Em assim sendo, visando a proteção patrimonial dos bens da família, os filhos nascidos fora do matrimônio poderiam ser reconhecidos. Na mesma toada, o CC de 1916 não conferia direitos à prole advinda de uma relação extramatrimonial, mesmo que fossem as partes solteiras ou separadas, e que tivessem filhos, o concubinato

¹⁰⁰ AULA DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA, Disponível em: <http://repensandodireito.blogspot.com/2007/10/aula-de-hermenutica-jurdica-interpretao.html>. Acesso em: 3 out 2018

não era reconhecido como relação que tivesse o condão de promover direitos tais quais à família matrimonializada eram conferidos.¹⁰¹

Com o advento da CF 88, algumas foram às transformações das Sucessões. O ponto de destaque, deve-se ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor para a hermenêutica sistemática da aplicação neste âmbito jurídico.

Aporta-se também, vide art. 5º, XXX da CF, o direito à herança como uma garantia fundamental, passa-se por tanto a mitigar a subjetividade econômica das relações sucessórias em prol da eficácia dos direitos fundamentais:

E o valor máximo desta nova ordem jurídica é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, haurida como motor de impulsão de todo o sistema jurídico, elevando o ser humano ao centro das relações do Direito. As normas devem ser compreendidas em razão da pessoa humana e de sua realização existencial, garantindo-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para proporcionar-lhe vida com dignidade.¹⁰²

Em que pese, a evolução no ponto de vista social, a CF/88 e o Código Civil de 2002, não representou estas intensas transformações, ou seja, apenas poucos dispositivos foram modificados em relação ao CC 1916.

Em verdade, dado esta legislação atual engessada por fortes valores de influência religiosa e patrimonial do código passado, faz-se necessária a interpretação do diploma normativo de modo a corresponder ao processo evolutivo social, a exemplo da real necessidade da efetivação da autonomia privada no âmbito das relações familiares quando da realização do pacto antenupcial.

Não se pode permitir a ingerência passada do Estado tanto nas relações de Direito de Família quanto nas relações de Direito sucessório, pois o conteúdo princípio lógico constitucional vigente se encontra no sentido da desprivatização das relações familiares e por conseguinte no âmbito também do direito sucessório.

A linha evolutiva, permitiu o a quebra do paradigma da família como instituição mas sim como um instrumento que potencializar a individualidade e a dignidade dos seus

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 30

¹⁰² ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil, volume 6: SUCESSÕES** - 7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015.

membros, cai-se portanto, o fim meramente patrimonial das relações familiares e sucessórias, sendo o princípio da mínima intervenção estatal basilar à materialização da afetividade como cerne da entidade familiar.

4.2 FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES:

A morte ainda é tabu na sociedade brasileira, todavia, mais cedo ou mais tarde, ela é inevitável. Fato é que a morte se mostra como a única certeza da trajetória de todos os indivíduos. Ao olhar através de um espectro do Direito, a morte é, em verdade, um fato jurídico, ou seja, gera efeitos de cunho jurídicos na vida das pessoas.

Ao pensar nos fundamentos que dão vazão ao direito de suceder, devemos ter em mente que o momento histórico, e, portanto social e cultural da sociedade à época deve ser o verdadeiro guia rumo à análise destes fundamentos.

O que embasa a possibilidade à transmissão do acervo patrimonial do autor da herança, seja por sua vontade, seja por opção legislativa varia de acordo com a linha cronológica, refletindo os valores sociais de cada época.¹⁰³

O fundamento inicial era de natureza religiosa. Neste aspecto, a sucessão se operava, tão somente, quando da morte do chefe da família e a sua substituição pelo varão mais velho. Assim, ao filho mais velho, ou seja, detentor de maior autoridade incumbia o dever de condução da religião e administrar o patrimônio no âmbito familiar.¹⁰⁴

Ao passo que a propriedade privada passou a vigorar, o fundamento da sucessória começou a basear-se na intenção de dar-se continuidade ao patrimônio conquistado em vida pelo indivíduo. Em sendo assim, o objetivo era transmitir o acervo patrimonial ao primogênito, para que efetivamente alguma riqueza fosse passada e não houvesse uma dispersão do patrimônio entre vários filhos, nesse sentido Clovis Bevilacqua:

Juristas e filósofos há, para os quais o direito hereditário é uma criação obnoxia da lei, que deve, quanto antes, ser eliminada. Montesquieu achava que a lei natural ordenava aos pais que alimentassem os seus filhos, mas

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, SUCESSÕES 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

¹⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Direito das Sucessões**, 2ª ed atualizada – Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p 3.

não os obrigava a fazê-los herdeiros. Augusto Comte, julgando imoral a sucessão legítima, dizia, por seu turno, que no estado normal da civilização, os filhos, depois de receberem uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem. A origem da riqueza, sendo social, em proveito da sociedade deveria ela reverter com o falecimento dos indivíduos, que a detinham. Stuart Mill, ao passo que justifica a sucessão testamentária e contratual, opõe-se, tenazmente, à sucessão intestada, principalmente quando esta vai beneficiar parentes colaterais. Outros escritores têm insistido nas mesmas ideias depreciativas do direito hereditário, preparando assim o terreno para a propaganda dos socialistas de todos os matizes que, por seu lado, quebram lanças pela abolição da sucessão causa mortis em proveito dos indivíduos.¹⁰⁵

Em relação aos socialistas, estes ao rejeitarem a idéia de propriedade privada, sendo todos os bens de única e exclusiva titularidade estatal, deslegitimam a idéia da transmissão causa mortis, pelo evidente motivo que aceitando a possibilidade de se haver sucessão, as desigualdades sociais seriam aumentadas, dando vazão à aquisição de bens de outras formas que não as admitidas pelo Estado.¹⁰⁶

Os bens não pertenciam às famílias e muito menos eram administrados pelo varão, na sociedade de cunho socialista, os bens eram de propriedade estatal e encontravam-se nas mãos dos particulares por título ilegítimo, sendo esta situação tolerada pelo Estado até o momento do falecimento do possuidor (indireto), voltando-se a legítima propriedade estatal a posteriori.¹⁰⁷

Partindo da análise fática de que o socialismo não prevaleceu em larga escala mundial, a exemplo do Brasil, tomamos a licença de vincular a fundamentação do direito sucessório à consolidação propriedade privada, sendo este instituto propulsor da economia e maior interesse social na produção de riquezas.

Autores como Carlos Maximiliano, intentaram estabelecer uma conexão biopsíquica, de ordem genética para fundamentar o direito sucessório, todavia, não parece ser plausível uma justificação sucessória pela via sanguíneo-genética haja vista que o instinto sexual é o que prepondera no quesito perpetuidade da espécie, e para além,

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015, v.7, p.33

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, SUCESSÕES 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Direito das Sucessões**, 2ª Ed atualizada – Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p.4

essa vertente não poderia explicar o caso da sucessão se dá em prol do cônjuge, por exemplo.¹⁰⁸

Certo é, que a mera justificação fundamentando a existência do Direito Sucessório somente pelo espectro da propriedade privada, é falho, pois, em que pese, a inegável importância da possibilidade de acumular riquezas, ser mola propulsora da economia, a agregação familiar deve ser alinhada ao direito de propriedade.

Valores familiares, como proteção, coesão e perpetuidade familiar, consubstanciam o princípio da afetividade na livre estipulação ao escolher o regime de bens, por exemplo, ou na plena liberdade em testar.

O que se defende neste trabalho é que o direito sucessório é uma continuidade, extensão, do direito das famílias. Existindo portanto, com a finalidade protetiva e assistencialista, porém, observando a priori, os princípios basilares das relações familiares, como a afetividade e a autonomia privada.

Desse modo, em plena sociedade atual, na qual se verifica a mulher como protagonista de um núcleo familiar plural, sendo-lhe garantida isonomia em relação ao homem, tanto como chefe de família tanto em relação ao poderio econômico, não há justificativa plausível para a ingerência estatal subsidiado por uma legislação sucessória ultrapassada.

Exemplo disto é a concorrência do cônjuge supérstite, casado em separação absoluta, com os demais herdeiros no *de cuius*. Não é papel do Direito das Sucessões obstar a vontade anteriormente manifestada pelo falecido, quando do goza de sua plena liberdade de estipulação.

Em que pese o Direito Sucessório tenha base patrimonial e cunho assistencialista, o alinhamento com o novo paradigma constitucional da família como instrumento, pautado na afetividade, liberdade e dignidade da pessoa humana, devem ser os pressupostos da hermenêutica sucessória, dada a intrínseca conexão entre estes dois rumos do direito.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, SUCESSÕES 11ª ed – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26

Como se sabe a sucessão pode ter origem da vontade humana, como é o caso da sucessão testamentária mas também pode ser operada “*ope legis*”, ou seja, por determinação legal.

Nesse sentido Caio Mário

“Da sucessão *causa mortis*, ou hereditária, não se exclui a participação volitiva, que subsiste ao lado da que opera apenas *ope legis*”. Esta última chama-se sucessão legítima, e aquela outra recebe o nome de testamentária, porque o testamento é instrumento de manifestação de vontade destinado a produzir conseqüências jurídicas com a morte da pessoa¹⁰⁹

Essa incipiente síntese do conceito de sucessão e sua divisão entre legítima e testamentária se fazem de suma importância, pois guarda forte relação com o tema trabalhado.

Corroborando nesta tese, temo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald trazendo um pouco do aspecto histórico do Direito das Sucessões,

É certo e incontroverso, todavia, que, a partir do Texto Constitucional de 5 de Outubro, O Direito das Famílias vem ganhando notória evolução, alterando os seus marcos fundamentais para ganhar base segura na proteção avançada da dignidade humana e na proteção da solidariedade familiar. Figuras novas foram sendo incorporadas pelo sistema familiariza, como a paternidade socioafetiva, a pluriparentalidade, a monoparentalidade etc.¹¹⁰

Como visto no âmbito do Direito das Famílias, o princípio da autonomia da vontade também deverá ser observado no Direito das Sucessões, mais especificamente no tocante à sucessão testamentária, havendo inclusive um princípio derivado e que consubstancia por demasiado a discussão por esse projeto levantada que é o princípio do respeito à vontade manifestada.¹¹¹

4.3 MEAÇÃO E HERANÇA: DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS

De origem latina, a palavra sucessão significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Da a idéia de substituição de pessoa no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política

¹⁰⁹ Ibidem, p.2.

¹¹⁰ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Sucessões- 3 ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, p.47.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 7: Direito das Sucessões. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

ou empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca dos titulares, tal seu emprego nos negócios jurídicos, em que alienante sucede o adquirente.¹¹²

A abertura da sucessão se dá, pelo falecimento do *de cujus*, ocorrendo este evento os bens que a ele pertenciam, serão arrolados e quantificados, visto, por conseguinte a separação entre seus herdeiros, cuja ordem se dá por graus.¹¹³

O art.1.784 do Código Civil expressa:

“Aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”¹¹⁴.

Interessa a determinação do lugar da abertura da sucessão, porque a lei o tem condição de alguns efeitos. Por ele se determina a competência para processar o inventário dos bens deixados. Determina igualmente, o foro das ações dos co-herdeiros, legatário e credores, relativas às heranças e legados. Atos compreendidos no direito sucessório devem praticar onde se deu a abertura da sucessão. Tais, dentre outros, a renúncia e a abertura da sucessão.¹¹⁵

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou a redação do dispositivo, não mais falando em transmissão do domínio e posse da herança, como o fazia o art. 1.572 do Código de 1916. O vocábulo domínio tem acepção restrita aos bens corpóreos, enquanto a palavra herança tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do *de cujus*, que não é constituído apenas de bem materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico.¹¹⁶

O art. 1.792 e 1.997 do Código Civil afirmam:

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo.¹¹⁷

¹¹² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 3 v. (Concursos públicos) (v.6).

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006- 2009. 7 v

¹¹⁴ BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, p.219.

¹¹⁵ GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sucessões**. 12. Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 351 p.

¹¹⁶ BRASIL. **Código civil**. 59. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, p.31.

¹¹⁷ BRASIL. **Código civil**. 59. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, p.31.

Os bens incorpóreos não se enquadram no termo domínio. Daí a sua correta substituição, no dispositivo em apreço, pela palavra herança¹¹⁸.

Com a morte, a que se refere o legislador é a morte natural. Não importa o motivo que a tenha determinado. A expressão “abertura da sucessão” é, todavia, abrangente. Por conseguinte, mesmo no caso de suicídio abre-se a sucessão do de cujus.¹¹⁹

A lei prevê, ainda, ao lado da morte natural, a morte presumida do ausente, como referido. O art.6º do Código Civil, com efeito, refere-se à ausência como morte presumida. O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente. Os direitos e deveres meramente pessoais, como a tutela, a curatela, os cargos públicos, extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos.¹²⁰

Ensina Venosa sobre a herança e o patrimônio:

Durante o período em que a herança tem existência, patrimônio hereditário possui caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é. Cada herdeiro se porta como condômino da herança. Embora a herança seja uma unidade abstrata, ideal, que pode até mesmo prescindir da existência de bens materiais, não se deve acreditar, de plano, que seja indivisível. Quando existem vários herdeiros chamados a suceder o de cujus, divide-se entre eles em partes ideias, fracionárias, de metade, um terço, um quarto etc. desse modo, a unidade da universalidade concilia-se com a coexistência de vários herdeiros, porque cada um deles tem direito a uma quota-parte ou porção ideal da universalidade. A idéia é de condomínio, como já dito. Disso decorrem muitas consequências, como se pode prever. Cada um dos herdeiros é potencialmente proprietário do todo, embora seu direito seja limitado pela fração ideal.¹²¹

Os princípios aplicáveis à matéria são; os atos praticados pelo sucessor são validos; o sucessor não deve enriquecer-se à custa do ausente; o ausente não pode diminuir o patrimônio do sucessor; o ausente não tem o direito ao recebimento dos frutos.¹²²

¹¹⁸ NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2005. P. 227.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006- 2009. 7 v

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v

¹²¹ Ibidem p. 22

¹²² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 3 v. (**Concursos públicos**) (v.6).

Com relação aos bens comuns, marido e esposa são co-proprietários, tecnicamente chamados de meeiros. É importante dizer que a meação não surge com a morte de um dos cônjuges; ela existe durante o período em que durar o casamento. A meação é instituto de Direito de Família já que mantém relação com o regime de bens. Não constitui, portanto, instituto de Direito Sucessório.¹²³

A meação do cônjuge, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, vão-se dividir pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal da meação segue as regras da partilha, dependendo do regime de bens adotado. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes¹²⁴.

Venosa esclarece com propriedade que:

O cônjuge meeiro, bem como o convivente na união estável, também tem interesse na partilha, para separar sua meação, que não é herança, mas está em condomínio com os herdeiros. Tanto o cônjuge sobrevivente como o convivente também podem concorrer à herança. Seu direito decorre, no novo sistema, não só do fato de ser condômino, o qual pode, a qualquer momento, pedir a extinção da comunhão, como também porque pode ser herdeiro.¹²⁵

Assim, o cônjuge, em qualquer hipótese mesmo concorrendo com descendentes ou ascendentes, receberia metade do patrimônio familiar a título de meação, como se sempre lhe tivesse pertencido, constituindo a corporificação e a concretização

¹²³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 3 v. (**Concursos públicos**) (v.6).

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v

¹²⁵ Ibidem p. 104

daquela fração a que tinha direito na comunhão existente durante a vigência da sociedade conjugal.¹²⁶

Como meação não se confunde com herança, se o sobrevivente do casal desejar atribuí-la a herdeiros, tal atribuição se constitui num negócio jurídico inter vivos. Não existe, na verdade, uma renúncia à meação. O que se faz é uma transmissão aos herdeiros do *de cuius*, ou a terceiros.¹²⁷

4.4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

A transmissão do acervo patrimonial pela morte pode ocorrer de 2 diferentes formas: a legal e a voluntária. A sucessão por força da vontade ocorrerá por intermédio de um testamento, negócio jurídico unilateral. Já a sucessão por mandamento de lei, é conhecida como legítima, na qual, haverá obrigatoriamente quota da qual o autor da herança não poderá dispor.¹²⁸

Desse modo, ao pensar pelo viés de cunho positivista, a sucessão legítima seria fundamentada numa “vontade da lei – *volunta legis*”¹²⁹, sendo esta modalidade a mais difundida no Brasil, pois a questão testamentária como se relaciona com a morte, ainda é um tabu a ser enfrentado.

Ao estabelecer a destinação obrigatória de 50% do acervo patrimonial do autor da herança (legítima), o fundamento básico a ser perseguido foi o mesmo que serve de norte ao próprio Direito das Sucessões, qual seja, à vontade.

A peculiaridade do caso em questão, é que como houve omissão de vontade enquanto perdurou a vida, o legislador traçou pela linha de proximidade os critérios a

¹²⁶ WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 496 p. (Curso de direito civil brasileiro (Saraiva)).

¹²⁷ WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 496 p. (Curso de direito civil brasileiro (Saraiva)).

¹²⁸ DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997463.

¹²⁹ FERREIRA, Eder. **A Hermenêutica Jurídica na obra de Francesco Ferrara**: uma (re) leitura do “Trattato del diritto civile italiano *voluntas legis* é a vontade do texto da lei, e a *voluntas legislatoris* é a vontade do legislador, expressa em lei”. Na interpretação, o aplicador deve analisar a vontade da lei, aquilo que do texto pode ser extraído independente da vontade do legislador. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5786/a-hermeneutica-juridica-na-obra-de-francesco-ferrara>. Acesso em: 23 out 2018.

serem observados quando da transmissão patrimonial, a fim de garantir a proteção e a manutenção dos familiares.¹³⁰

Verifica-se portanto, que, a partir da leitura dos arts. 1786¹³¹ e 1788¹³², ambos do Código Civil de 2002 faz-se necessária crítica à subversiva intenção de se proteger um núcleo específico, conhecidos como herdeiros necessários, violando portanto a constituição no que tange tanto ao princípio da autonomia privada (liberdade de testar), como também o pleno direito à propriedade (fruir, reivindicar, gozar e dispor).

Nesse sentido ensina Washington de Barros Monteiro:

Essa legítima tão combinada por Le Play e seus sequazes, porque contrária à limitada liberdade de testar, é fixa em face do nosso direito, ao inverso do que ocorre em outras legislações como a francesa, a italiana e a portuguesa, em que varia de acordo com o número de pessoas sucessíveis, e é sagrada, nesse sentido de que não pode, sob pretexto algum, ser desfalcada ou reduzida pelo testador.¹³³

Iniludível é que o verdadeiro fundamento justificador para que haja a transmissão patrimonial post mortem é o vínculo afetivo que une o testador aos seus herdeiros. A extensão da proteção e a conseqüente restrição da liberdade de testar, guarda subsídio motivador o *modus operandi* da família antiga, na qual a maior riqueza da família era seus bens – família patrimonialista institucional, o que não ocorre nos dias atuais do paradigma da família afetiva instrumental.

4.5 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Em outra via, a sucessão testamentária é aquela tombada mediante em um testamento válido, o qual para se caracterizar como válido deve ser livre e espontâneo, o testamento realizado mediante coação é tido com nulo. Este aspecto guarda intensa relação com a temática do presente trabalho, pois a autonomia

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Sucessões- 3 ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 261.

¹³¹ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

¹³² Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

¹³³ MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**, 3 ed SP: Saraiva, 1959, p.205 VOLUME VI.

privada para a realização do pacto antenupcial deve também ser respeitada quando da feitura do testamento.

Todavia, mesmo que haja o substrato legislativo permissivo quanto à disposição do acervo patrimonial do auto da herança. Há também uma limitação ao princípio da livre estipulação, que a nosso ver viola constitucionalmente o princípio da autonomia privada no âmbito das relações familiares e sucessórias, como também a dignidade *do de cujus*, ao não projetar a eficácia do pacto para além da vida.

Assim sendo, só poderíamos conceber, vide legislação pátria atual, a plena liberdade de testar, caso o autor da herança não possua os chamados herdeiros necessários, estipulado vide art. 1829 CC¹³⁴.

O testamento, como já mencionado, ainda é tabu para a maioria das famílias brasileiras por tratar-se de morte. Deste modo, a solução atribuída pela doutrina quando da vontade de não se misturar patrimônio *post mortem*, aos cônjuges casados sob o estatuto patrimonial da separação absoluta, não parece razoável, visto que o testamento não aparece como uma solução efetiva socialmente. Predomina no cotidiano do Direito brasileiro a sucessão legítima como regra geral, e de forma excepcional a testamentária.

Observa-se outrora, que a sucessão legítima terá caráter excepcional/supletivo em relação à transmissão do acervo patrimonial por ato de vontade – sucessão testamentária. Pois a redação do art. 1.788 do CC/02, prevê que somente quando alguém morre sem deixar testamento, este for considerado como ineficaz ou incompleto, é que os herdeiros legítimos recolhem a herança.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil Brasileiro**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 27

5. A (IM) POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE CONCORRER PELA HERANÇA NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

5.1 PATRIMONIALIZAÇÃO X DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA

Essa problemática surge no momento em que se indaga se ao não se permitir que o cônjuge supérstite herde no regime de separação convencional, estaríamos diante de uma visão patrimonialista ou despatrimonialista do Direito de Família.

Para responder tal questionamento faz-se necessário retomar a ideia de que o regime de bens inaugura o Direito Patrimonial de Família, assim como o usufruto e os alimentos. Diferindo-se portanto da ideia dos direitos pessoais oriundos também do casamento.¹³⁵

Nesse sentido disciplina o ministro Luiz Edson Fachin:

“Propriedade dos bens, administração e disponibilidade, informam o estatuto patrimonial das pessoas casadas, seus direitos e responsabilidades. A doutrina tradicionalmente vincula à existência do casamento a própria incidência de uma regime de bens”¹³⁶

Assim, sendo a família um ambiente de relevância enorme para a realização pessoal de cada membro, difere-se o Direito pessoal de família, este vinculado estritamente aos direitos da personalidade, do direito patrimonial de família que deve ser observado segundo as soluções mais equilibradas nas várias questões pecuniárias entre os cônjuges¹³⁷

É também verdade, que existem autores como escritor português Diego Leite de Campos, que assevera que a comunhão de vida na qual o casamento se traduz, necessariamente deve existir num duplo plano: pessoal e patrimonial,

¹³⁵ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu, **Direito Patrimonial de Família: A mutabilidade do regime de Bens entre cônjuges no Código Civil de 2002**. Ed Método. São Paulo 2005

¹³⁶ FACHIN, Luiz Edson, **Direito da Família: Elementos Críticos à Luz do novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro. São Paulo 2003 – p. 177

¹³⁷ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu, **Direito Patrimonial de Família: A mutabilidade do regime de Bens entre cônjuges no Código Civil de 2002**. Ed Método. São Paulo 2005p.151

concomitantemente, sendo que a disponibilidade dos bens de cada cônjuge refletiria o amor existente na naquela união.¹³⁸

Aliás, em que pese o contraponto, importante é discorrer sobre o casamento e sua natureza jurídica na dinâmica jurídico-social atual. O conceito de família matrimonializada tida como uma instituição de ordem pública, cede espaço para os ideias de liberdade e dignidade trazidos pelo advento da CF 88.

Desse modo, deve se ressaltar a importância de se contextualizar os conceitos de acordo com a devida localização temporal, pois há uma mutabilidade incessante que permeia as noções de cada instituto, conforme ensina o professor Camilo Colani:

“Em outras palavras, atualmente o casamento devido à liberdade contratual conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje, características que o aproximam mais de contrato do que de instituição.”¹³⁹

Em sendo assim, verifica-se que tanto o casamento como o regime de bens e suas repercussões patrimoniais passaram por contundente alteração interpretativa, da qual nos debruçaremos adiante.

É possível depreender também que a dinâmica social que tinha a família como finalidade precípua ruiu, dando às relações uma característica de incerteza e fluidez, assim, não raro é o crescimento de casamentos que têm como regime de bens eleito, o da separação convencional. Nesse sentido, em uma perspectiva crítica, nos ensina Diego Leite de Campos:

“Reafirmo”, a terminar, e em nível de direito a constituir, que, com o regime de separação, a inexistência das relações jurídicas especiais entre os cônjuges, é particularmente adequado a refletir a instabilidade do casamento contemporâneo, e a maior independência profissional e patrimonial entre os cônjuges.¹⁴⁰

É verdade que diversos são os motivos, muitas vezes desconfianças, ou inseguranças, quanto ao quão longo será este matrimônio que acaba de iniciar, em

¹³⁸ DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997, p. 379

¹³⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, **Casamento**: Atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Ed Forense, Rio de Janeiro 2006 P. 316

¹⁴⁰DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões** – 2ª Ed. Coimbra: Almedina S.A, 1997, p. 380

outras oportunidades são aspectos mais nobres como o do intuito de que somente a afeição e o amor sejam as verdadeiras causas daquela união.¹⁴¹

Posto que seja indissociável contextualizar os institutos trazidos neste capítulo, passará ao estudo da natureza jurídica do casamento para que se possa concluir se no caso em concreto estaríamos diante de uma interpretação em prol de uma despatrimonialização ou patrimonialização do instituto da separação convencional e sua repercussão no Direito das Sucessões.

A definição sobre a natureza jurídica do casamento se subdivide em 2 correntes principais, seria uma espécie de instituição de ordem pública ou ao revés estar-se-ia diante de um contrato?

De acordo com a corrente institucionalista, o casamento seria uma instituição social pois, em que pese ser consequência da vontade dos nubentes, tem seus efeitos e normas já preestabelecidos em lei.

Nessa perspectiva, mesmo em havendo as adesões ao estado patrimonial, as normas de ordem pública ou cogentes devem obstar qualquer tentativa de normatização que seja a ela contrária.¹⁴²

No mesmo sentido, ensina o escrito Arnold Wald:

‘É evidente que a densidade do vínculo existente no casamento e a sujeição a normas de ordem pública, que inspiram todo o direito de família, descaracterizam o casamento como contrato. Não é contrato na sua formação, pois necessita de uma intervenção da autoridade pública, que é essencial e tem caráter constitutivo e não meramente probatório. Não é contrato nos seus efeitos, pois cria deveres legais que não têm caráter obrigacional. É assim, uma verdadeira instituição, à qual não se aplicam as normas ferais referentes ao direito das obrigações.’¹⁴³

Nessa perspectiva, o casamento não pode ser observado como espécie contratual ante a impossibilidade de se estipular livremente as condições e termos, existindo normas extremamente rígidas quando observadas pelo espectro da autonomia da vontade.

¹⁴¹ ROCHA, Cesar Asfor. **Direito Patrimonial no direito de Família**. Ed LTR São Paulo, Junho 2003, p. 1320

¹⁴²CHINELATO, Silmara Juny de Abreu, **Direito Patrimonial de Família: A mutabilidade do regime de Bens entre cônjuges no Código Civil de 2002**. Ed Método. São Paulo 2005 p.146

¹⁴³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, **Casamento: Conceito e Natureza Jurídica**. Atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Ed Forense, Rio de Janeiro 2006, P. 315

Por outro lado, a corrente contratualista vêm ganhando força ao passo que a sociedade altera seu próprio funcionamento, a autonomia da vontade é elevada ao ápice com o advento da CF 88, sendo relacionada aos conceitos de dignidade e democracia.

Nesse ínterim a para estes pensadores, o casamento seria uma espécie contratual haja vista que o elemento volitivo é visto de forma contundente, seja no início, na continuidade, como também no exercício de escolhas, tais como a eleição do regime de bens.¹⁴⁴

Neste sentido explica a autora Ana Prata:

“Por outro lado, o prevalecimento da noção da autonomia no conceito de negócio jurídico veio traduzir-se no generalizar da sua aplicação a atos de conteúdo extremamente heterogêneos, mas em que tal característica de liberdade da vontade era comum.”¹⁴⁵

Assim sendo, ao pensar na ideia de que estaríamos diante de uma patrimonialização do direito de família, estar-se-ia admitindo que o instituto do casamento principalmente quando contextualizado em um regime capitalista gera efeitos econômicos e por eles também pode ser motivado, aliás, inequívoca me parece ser esta afirmação.

Outrossim, é importante ressaltar a diferença entre contrato e negócio jurídico, como assevera o professor Camilo Colani:

“O propósito desta discussão é a dissociação entre contrato e negócio jurídico, mesmo porque um dos grandes argumentos contrários às teorias contratualistas do matrimônio é justamente a sua equiparação a outros contratos – por exemplo, comerciais”

Ainda sob esta ótica, é verificável que não se pode minimizar a interpretação contratual somente a repercussão econômica que ele provoca, pois, em que pese serem influenciados por leis econômicas, não são uma simples consequência destas.

Isto posto, dada a importância da contextualização atual das uniões matrimoniais celebradas na contemporaneidade, cumpre compreender que sendo o casamento

¹⁴⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, **Casamento**: Conceito e Natureza Jurídica. Atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Ed Forense, Rio de Janeiro 2006. P. 311

¹⁴⁵ Op cit.

mais próximo a ideia contratual que de instituição, deve se fazer valer o princípio da liberdade de estipulação para que o ato de vontade de unir-se seja produzido de forma mais clara e livre possível.

Nesse sentido, o casamento passa a ser analisado segundo as características do negócio jurídico, que já demonstrou ser um ato – cuja finalidade é produzir efeitos nas relações entre particulares.¹⁴⁶

Ou seja, o Direito de Família pode e deve ser enxergado segundo o espectro patrimonial capitalista em que se vive, porém essa interpretação não pode se dar de maneira desenfreada, pois, existem institutos de Direito Pessoal das famílias, como as obrigações oriundas da visitação da prole, por exemplo.

Nesse sentido, entende-se que ao defender a impossibilidade do cônjuge supérstite perceber herança, quando casado em regime de separação convencional, este trabalho busca uma ideia que tende despatrimonializar este instituto, em outras palavras, deixar que só o aspecto afetivo permeie àquela união.

Entretanto, sabe-se que ao o fazer, acaba-se por também de certo modo tratar de uma patrimonialização do Direito das Famílias, pois identifica critérios restritivos à repercussão econômica deste ramo jurídico.

Importante é ressaltar que existem questões do Direitos das Famílias que são tipicamente patrimoniais e questões que são por origem de Direito pessoal, entende-se portanto que ao escolher o Regime de Separação Absoluta de bens, os consortes que minimizar ao máximo o entrelacem pecuniário daquela relação, devendo assim esta opção ser respeitada pelo Direito Sucessório, e portanto adquirir uma relação onde permeia a ideia da despatrimonialização.

5.2 A (IM) IMPOSSIBILIDADE DA PERCEPÇÃO DA HERANÇA PELO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

¹⁴⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, **Casamento**. Atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Ed Forense, Rio de Janeiro 2006. P. 313

Como anteriormente mencionado no terceiro capítulo deste trabalho, a opção ao regime de separação absoluta de bens implica na completa diáspora patrimonial entres os cônjuges.

Elegendo-se, portanto, uma modalidade de estatuto patrimonial que sedimenta, a partir do atendimento de todas as formalidades do pacto antenupcial, o vínculo afetivo como cerne daquela relação matrimonial, rechaçando a união com fulcro em um interesse econômico.

Este é o regime de bens caracterizado pela livre titularidade e administração patrimonial entre os cônjuges, sendo inclusive defendido aqui como o melhor regime para ocupar a posição de supletividade, quando da omissão dos nubentes em relação à feitura do pacto antenupcial.¹⁴⁷

Em verdade, ao tratarmos da temática sucessória do cônjuge casado em regime de separação absoluta de bens, faz mister uma análise sistemática e teleológica da normatividade familiar e sucessória do CC 2002.

Tanto a doutrina como a jurisprudência não se ajustaram no que tange à consolidação da ordem da vocação hereditária do art. 1829 CC, em relação ao tema. Uma tese que culturalismo assistencial de origem do código passado se fortalece:

Como reiteradamente tivemos oportunidade de esclarecer, o Código Civil ora vigente não pode ser compreendido com abstração dos paradigmas culturais que conduziram à concepção da direito como experiência, daí resultando a necessidade de concepção das suas normas, polarizadas por valores que adquirem entidade na experiência concreta da vida civil. Segundo essa concepção, os dados culturais não podem ser afastados na formulação das “situações formadas”, de modo que a idéia de o fenômeno sucessório consistir na projeção da personalidade do morto informa cultural e juridicamente a sua inteira disciplina jurídica.¹⁴⁸

Nesse sentido, parte da doutrina brasileira, defende a vinculação da transmissão sucessória à livre estipulação do regime patrimonial do casamento, pois este seria produto da livre vontade manifestada.

¹⁴⁷ **Revista dos Tribunais**. Vol. 688 , Fevereiro de 93. P. 11

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A interpretação do ART. 1829**. *Revista Trimestral de Direito Civil* – São Paulo: PADMA LTDA, v 24, p. 207, outubro/dezembro.

Por outro lado, há também quem entenda haver a impossibilidade de vinculação, pois para estes, o estatuto patrimonial só deveria vigorar enquanto perdurasse o regime matrimonial, não podendo o regime de bens interferir na presunção legislativa no tocante aos herdeiros necessários.¹⁴⁹

Fato é que o único ponto de convergência econômica resultante do regime separatório de bens, consiste no dever de rateio da despesas necessárias à manutenção do lar, de maneira proporcional ao quantum percebe cada cônjuge

Contudo, a má redação do dispositivo 1829¹⁵⁰ CC, tem sido objeto de grande questionamento, pois o silêncio em relação à possibilidade da concorrência do cônjuge supérstite, casado em separação convencional, concorrer pelos direitos sucessórios, deu vazão a julgamentos contrastantes, vezes de cunho mais assistencialista – literal, vezes com fulcro em uma interpretação mais teleológica e sistemática.

Nesse sentido, não é razoável a interferência estatal na esfera privada do direito contratual familiar dos cônjuges. Essa ingerência impede a materialização da *pacta sunt de servanda*, obstando também a interpretação sistêmica, pautada na idéia da afetividade como princípio percussor da relações familiares e sucessórias.

Na mesma linha, se deu a relatoria da ministra Nancy Andrighi, em sede Do Resp. 992.749/MS:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art.1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais

¹⁴⁹ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido. Disponível em: [HTTP://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442](http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442) Acesso em 22 out 2018

150 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autor responsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer

dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

Em que pese esta decisão ser de fato grande marco no que tange a melhor interpretação do art. 1829 CC, o último posicionamento do STJ, manteve a possibilidade da concorrência sucessória em prol do caráter assistencial da herança, defendendo a desvinculação com o estatuto patrimonial:

Recurso especial. Direito das sucessões. Inventário e partilha. Regime de bens. Separação convencional. Pacto antenupcial por escritura pública. Cônjuge sobrevivente. Concorrência na sucessão hereditária com descendentes. Condição de herdeiro. Reconhecimento. Exegese do art. 1.829, I, do CC/02. Avanço no campo sucessório do código civil de 2002. Princípio da vedação ao retrocesso social.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo no regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes necessários para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de

administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2 da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido. (STJ, RESP 1.472.945, Relator: Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, J. 23/10/2014).

Ora, com tudo o que se foi aprofundado até então, poderia se chegar à conclusão, como por acaso a doutrina majoritária o fez, de que a solução para o problema da repercussão econômica dada aos casos de sucessão dos cônjuges casados em separação convencional seria a feitura de um testamento?

“A idéia de testar, portanto, no presente contexto, é de dispor, por meio de um instrumento formal, chamado de testamento, de seus bens, de forma total ou parcial, após o advento da morte.”¹⁵¹

Todavia, como asseveram os escritores Hugo Passareli e Mariana Camargo do Estado de São Paulo: “Pensar na morte e falar de herança não são temas fáceis. Ainda assim, entre não tocar no assunto ou organizar a transmissão dos bens para

¹⁵¹ Ibidem, p.256.

os herdeiros, a segunda opção é sempre a mais indicada por especialistas em finanças, pois evita burocracia.”¹⁵²

Em outras palavras, a cultura do testamento ainda sofre muito preconceito no âmbito social, mostrando-se dessa forma, um instrumento um tanto quanto ineficaz e impreciso para solucionar a questão sucessória sobre a qual se debruçou estudar.

Ademais, condizente com esta análise está a ementa de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: “ A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”¹⁵³

Em que pese essa decisão proferida em 2009, o que vige na atualidade nos tribunais encontra base no posicionamento do Excelentíssimo Ministro do STJ Ricardo Vilas Boas, que como relator destacou que, no precedente invocado pela recorrente (Resp. 992.749), afirmou-se que "se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu conjuntamente a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge após sua morte. Concedendo a herança.”¹⁵⁴

Observa-se, portanto que o entendimento jurisprudencial que prevalece na atualidade, dificulta a possibilidade do jurisdicionado se relacionar sem que haja um eco na seara patrimonial dos conviventes.

Tomando por base a decisão de relatoria de ministro Ricardo Vilas Boas, juntamente com a construção doutrinária e sobre a interpretação do art. 1829, I CC o fundamento precípua para tal posicionamento se dá em razão ao princípio da dignidade humana do cônjuge supérstite.

¹⁵² PASARELLI, Hugo e Mariana Congo O Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/seu-dinheiro,tabu-entre-as-familias-planejamento-de-heranca-evita-burocracia-e-diminui-gastos,154540>> Acesso em: 22 de março de. 2018.

¹⁵³ STJ, Conjur, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9/inteiro-teor-13675032>, acesso em 24 de mar de 2018.

¹⁵⁴ STJ, Conjur, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/151441467/conjuge-casado-em-separacao-convencional-de-bens-e-herdeiro-necessario-e-concorre-na-sucessao-com-descendentes>, acesso em: 24 de mar de 2018

Isto é, a justificativa perpassa pela associação de uma interpretação assistencialista em prol do cônjuge sobrevivente, prevalecendo esta interpretação em relação à própria dignidade humana, boa-fé e a liberdade de estipulação do autor da herança.

De modo a parecer um absurdo que tal posição possa prevalecer. Todavia, o STJ, através do seguinte informativo:

No mesmo sentido, o destaque ao Informativo 562 do C. STJ:
DIREITO CIVIL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO EM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E SUCESSÃO "CAUSA MORTIS".

No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão causa mortis com os descendentes do autor da herança. Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador, que pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez, estabelecendo um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. Se a mulher se separa, se divorcia, e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São, como se vê, coisas diferentes. Ademais, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nesta hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar. Essa, aliás, é a posição dominante hoje na doutrina nacional, embora não uníssona. No mesmo sentido, caminha o Enunciado 270 do CJF, aprovado na III Jornada de Direito Civil, ao dispor que: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes". Ressalta-se ainda que o art. 1.829, I, do CC, ao elencar os regimes de bens nos quais não há concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do falecido, menciona o da separação obrigatória e faz constar entre parênteses o art. 1.640, parágrafo único. Significa dizer que a separação obrigatória a que alude o dispositivo é aquela prevista no artigo mencionado entre parênteses. Como registrado na doutrina, a menção ao art. 1.640 constitui equívoco a ser sanado. Tal dispositivo legal não trata da questão. A referência correta é ao art. 1.641, que elenca os casos em que é obrigatória a adoção do regime de separação. Nessas circunstâncias, uma única conclusão é possível: quando o art. 1.829, I, do CC diz separação obrigatória, está referindo-se apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional. Assim, de acordo com art. 1.829, I, do CC, a concorrência é afastada apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do CC, uma vez que o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do CC). Precedentes citados: Resp. 1.430.763-SP, Terceira Turma, Dje 2/12/14; e Resp. 1.346.324-SP, Terceira Turma, Dje

2/12/14. Resp. 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/15, Dje 26/5/15. - grifou-se

Portanto, para os defensores da tese permissiva quanto à concorrência, não é pelo motivo de o regime de bens prevê a incomunicabilidade patrimonial entre os cônjuges enquanto perdura o casamento, que se deve esticar esta situação para além da vida, para que na sucessão *causa mortis*, a solução seja semelhante.¹⁵⁵

A crítica que se faz é que o elemento da afetividade e o princípio da autonomia da vontade, ambos, fatores propulsores da escolha pelo regime da separação convencional de bens não prevalecem em relação ao antiquado modelo normativo do Direito Sucessório do art. 1829 CC.

Deve-se mencionar aqui, que a regra da exclusividade no tocante às particularidades elegidas pelo casal, diz respeito a não interferência de terceiro ou até mesmo do Estado nas diretrizes escolhidas pelo casal, haja vista que o movimento de (des)patrimonialização da família foi conquistado à duras penas, nessa linha, o não cabe ao direito sucessório tolir o que foi alcançado em termos sócio-culturais pela privatização do direito das famílias, neste sentido Rodrigo da Cunha:

Sem dúvida, até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a atual Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação eram com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez com que fossem revistos as regras e os institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Nesse sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares.

Verifica-se, portanto, que urge uma melhor interpretação do art.1829, I, no que tange à concorrência do cônjuge supérstite casado em regime de separação total, pois a os princípios da dignidade humana no seu sentido de poder o individuo se autodeterminar deve ser observado.

Como também o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, sendo este princípio responsável por estabelecer o dever das partes se comportarem de acordo

¹⁵⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.69.

com os valores da eticidade e lealdade, materializando o princípio da confiança no âmbito das relações privadas.

Dessa forma, evidente é a contradição entre a vontade manifestada pelo *de cujus* em relação a não confusão patrimonial e a habilitação futura do supérstite visando concorrer na herança daquele.

Nesse sentido, seria inclusive cabível uma análise acerca do instituto do regime legal, em países desenvolvidos o regime que vige na omissão das partes é o próprio regime da separação absoluta de bens, pois em verdade este se caracteriza como uma tendência em um mundo onde a igualdade de gênero se faz cada vez mais presente, oportunizando o protagonismo da afetividade nas relações humanas.

Em um cenário jurídico-social no qual as relações se modificam continuamente, o direito não pode permitir que o retrocesso legislativo vigore. Tendo em vista a equiparação sucessória da União Estável ao Casamento, as pessoas acabam por ficar sem opção se não quiserem envolver patrimônio no momento de se relacionar. Daí surge à máxima de que não existiria Direito de Família, mas sim Direito Patrimonial de Família.

5.3 A QUESTÃO DA PERCEPÇÃO DA HERANÇA PELO CONJUGE SUPÉRSTITE QUANDO NÃO HÁ DESCENDENTES OU ASCENDENTES.

Entre tantas inovações trazidas pelo novo Código Civil, onde algumas atenderam de forma efetiva aquilo que representa o mais justo anseio da sociedade brasileira, deve ser destacado que uma delas causa muitas controvérsias. Trata-se daquela que altera a posição do cônjuge na vocação hereditária. Enquanto anteriormente, marido e a mulher eram herdeiros facultativos, no Estatuto ora em vigência desde 12 de janeiro de 2.002, o consorte foi erigido à condição de herdeiro necessário.

A literalidade do artigo 1.838 do CC é bem clara:

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente.¹⁵⁶

¹⁵⁶ BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Ou seja, inexistindo parentes vivos em linha reta e em condições de herdar, a herança destina-se, integralmente, ao cônjuge, independente do regime do casamento adotado.

No entanto, essa convocação somente ocorre caso o cônjuge atenda aos requisitos do artigo 1.830 do CC, que, aliás, é pressuposto de qualquer legitimidade do viúvo para ser chamado à sucessão legítima:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.¹⁵⁷

A primeira parte do artigo 1.830 segue a previsão do artigo 1.611 do CC/16, que já antevia a proibição de herdar do cônjuge caso a sociedade conjugal já estivesse dissolvida.

A segunda parte representa uma inovação, pois também a separação de fato por mais de 2 anos gera o afastamento do cônjuge.

Para Rodrigues:

A solução deve ser aplaudida, porém com o registro de que essa disposição foi reintroduzida no ordenamento, já que as antigas Ordenações Filipinas prescreviam.¹⁵⁸

Como sabemos, a sociedade conjugal se dissolve, quando o casamento é válido, pela separação judicial¹⁵⁹ e, nesse caso, o vínculo matrimonial permanece, encerrando-se apenas a sociedade conjugal; pela morte, pelo divórcio direto ou pela sentença que declara aberta a sucessão definitiva do ausente patrimonial, em que é presumida a morte desse, hipóteses extintivas do vínculo matrimonial e, por consequência, da sociedade conjugal¹⁶⁰ (art. 5º da Lei do Divórcio e art. 1.571, incisos I, III e IV e seu § 1º; art. 6º, 2ª parte; e art. 37, do CC/2002).

¹⁵⁷ Ibidem

¹⁵⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**, 25 ed., São Paulo: Saraiva 2002 P. 115.

¹⁵⁹ Art. 1.576 do CC atual: "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens."

¹⁶⁰ Art. 5º da Lei do Divórcio e art. 1.571, incisos I, III e IV e seu § 1º; art. 6º, 2ª parte; e art. 37, do CC/2002.

Assim, sob o ponto de vista dessa afirmativa, é de se indagar sobre a questão da percepção da herança pelo cônjuge quando não há descendentes ou ascendentes.

Nessa direção declama Paulo Lôbo:

“Admitida à incompatibilidade com a Constituição, o art. 1.830, decotado dos requisitos extravagantes, deve ser interpretado no sentido de não ser investido em direito sucessório o ex-cônjuge que se encontrava separado de fato na data da abertura da sucessão do outro, independente de tempo de separação ou de verificação de culpa do falecido (...) Considera-se separada de fato o cônjuge que venha a falecer antes de transitada em julgado a sentença do Divórcio judicial”.¹⁶¹

Discorre, igualmente, com propriedade, a sempre citada Maria Berenice Dias:

Para o cônjuge preservar a qualidade de herdeiro, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento do outro. A separação de fato, subtrai do viúvo a condição de herdeiro. Admitir possibilidade de o cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato, é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim. Não há como assegurar direito hereditário a quem nem mais cônjuge era. Tal afronta aos princípios éticos mais elementares, além de gerar enriquecimento sem causa, pois o ex-cônjuge herdaria o patrimônio amealhado depois da separação (...)

Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fatural separação (art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente.

Se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois anos no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação judicial ou do divórcio.

Nesse sentido, compreende-se que a atual concorrência sucessória estabelecida pelo art. 1829 do CC/2002 substitui o usufruto do viúvo ou viúva que foi introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62). Conforme redação original, o artigo 1611 do Código Civil de 1916 destaca que: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados”. Destaca este concorrente com os

¹⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 125.

ascendentes em igual direito, não havendo ascendentes, a herança é cabível de forma integral ao cônjuge sobrevivente¹⁶²

No entanto, esclarece ainda Simão (2017) que havendo entre o casal bens adquiridos em condomínio, mesmo estando estes em regime de separação convencional de bens, o entendimento quanto à concorrência é diverso.

Isso porque, mesmo observando-se que pelo Código Civil o cônjuge deverá concorrer com os descendentes quanto a 50% do bem, por interpretação teleológica, apesar de não ser meeiro, tem 50% do bem por força do condomínio, não concorrendo com os descendentes quanto aos outros 50%. Isso se dá porque o entendimento observado presume que se o cônjuge já é proprietário de 50% do bem, não há que se falar em concorrência.

Percebe-se pelos detalhes legais, que nova redação introduzida pelo CC/2002 procura amparar os direitos do cônjuge e descendentes (se houver), sendo a premissa indutória da questão não está diretamente relacionada ao patrimônio, mas em assegurar a sobrevivência do viúvo e daqueles que, por conseguinte necessitavam do apoio do falecido.

O cônjuge, aquele que contribui para manutenção da família juntamente com o de cujos, tem nesta forma de avaliação respeitada e assegurada a proteção à dignidade, não lhe sendo discriminados os direitos, mas sendo reconhecido seu papel na união existente.

Corroborando com este pensamento, Garcia ao relatar os aspectos sucessórios da separação convencional de bens, enfatiza que, como não há comunicação de bens, todos os bens anteriores e posteriores ao casamento são considerados particulares, não há o que se falar em meação. A herança estabelecida é evidenciada como um bem em condomínio, divisível em igual parte entre o cônjuge e os demais que assim conseguiram atender ao critério de herdeiro conforme lista sucessória. Desta forma, não havendo filhos e restando os pais do falecido, o cônjuge sobrevivente concorrerá em igualdade de condições com estes, sendo o patrimônio repartido

¹⁶² SIMÃO, José Fernando. **Concorrência Sucessória na comunhão universal e na separação convencional**. 13/10/2017. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>. Acesso em: 03 fev. 2018.

entre ambos, ou seja, a cada um caberá um 1/3, e não havendo ascendentes, serão respeitados os demais critérios estabelecidos pelo art. 1829 do CC/2002.¹⁶³

Em verdade, o que se entende por ser mais compatível à Carta Constitucional, é a hipótese de que se extinta a vida em comum, este seria o marco da incomunicabilidade dos bens e da exclusão da vocação hereditária do cônjuge que ficou viúvo tão somente no plano formal, e inexistindo de fato descendentes ou ascendentes toda herança deveria ficar em poder do Estado.

A ideia de se admitir esta cláusula geral se mostra como um instrumento garantidor da dignidade e da efetividade do que fora pactuado pelos nubentes à época do matrimônio, sendo uma interessante opção legislativa a ser criada, a fim de se materializar o princípio da autonomia privada nas relações de família.

¹⁶³ GARCIA, Camila Barbosa. Como funciona a sucessão de casal sem filhos? 12/03/2018. Disponível em: <https://www.planejar.org.br/consultório-financeiro/como funciona - sucessão - de - casal - sem - filhos/>. Acesso em 03 fev 2019.

6. CONCLUSÃO

Tratar de questões sucessórias na atualidade constitui um grande desafio para o campo do Direito de Família, principalmente, quando se verifica que a próprio conceito de família venha se caracterizando a partir de vários arranjos, incluindo-se aí, a família homoafetiva, por exemplo, ou mesmo a poliafetiva).

Entretanto, diante de tudo que foi exposto, é correto afirmar que o movimento de (des) patrimonialização do Direito das Famílias é um produto real das intensas modificações sociais promovidas desde a Roma antiga até a contemporaneidade.

O período da Roma antiga, onde a família começou a ganhar contornos de um grupo indenitário, se fundou como grande mola propulsora para toda a influência que se tem até os dias de hoje na legislação de família e sucessões do Brasil.

A priori a família era um núcleo de pessoas chefiado pela figura masculina do “pater”, este tinha o direito absoluto naquele âmbito de convivência, inclusive podendo deliberar sobre a vida e morte de seus filhos e esposa.

Contudo aquele tipo familiar viria a passar por diversas modificações sociais em rumo à liberdade, a exemplo tem-se o casamento do casamento *sem manus*, no qual já não se misturava os bens dos cônjuges.

É importante ressaltar, que mesmo nesta época os bens da família não eram de administração nem propriedade do “pater”, somente com a possibilidade tardia desta administração, o interesse sucessório começou a vigorar naquele sistema.

A partir da Idade Medieval os casamentos se concretizam como verdadeiro instrumento político-social, de maneira que o afeto, que antes era visto na sociedade romana – *affectio*, não tinha muita importância para a constituição matrimonial.

Em verdade, o que causou muita discussão à época da grande influência do Direito Canônico era esta questão da *affectio* como justificativa da possibilidade da dissolução do matrimônio. Para os católicos o que Deus uniu o homem não poderia separar.

Todo este arcabouço histórico traz importância porque através dele podemos observar as diferentes fases tanto do Direito de Família quanto do Direito Sucessório que o mundo civilizado vivenciou.

A influência canônico-medieval desembocou no CC de 1916 brasileiro, e este, em matéria de Direito de Família e Direito Sucessório não teve reforma que satisfizesse as imensas transformações da sociedade de lá para a atualidade.

A família como uma objetiva em si mesma, o chamado paradigma da família como instituição, voltada aos critérios medievais, de cunho social e econômico, previa uma constituição familiar somente pela via do matrimônio, de forma heteroparental, biológica e com a autoridade paterna comandando aquele núcleo familiar.

Já no paradigma atual, com a família como instrumento materializador da potencialidade individual de cada membro, em busca da concretização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e tendo como elemento estruturante a afetividade, faz-se necessária interpretação sistemática dos antigos dispositivos tanto de Direito de Família quanto de Direito Sucessório, a fim de se voltar à constitucionalidade dos respectivos diplomas.

Desse modo, partindo do novo pressuposto familiar, qual seja o entendimento de que se mostra impossível caracterizar este instituto, pois é o afeto que o norteia, verifica-se um paradigma plural, monoparental, democrático e digno.

Após o subsídio teórico acerca das evoluções ocorridas em sede do Direito de Família, concluiu-se, portanto, a necessidade de este estar intimamente ligado às evoluções de posicionamento também do Direito Sucessório, este ramo jurídico esta intrinsecamente relacionado ao poder de materializar os princípios precípuos do direito das famílias.

Dessa maneira, a questão da possibilidade de concorrência do cônjuge, casado sob o estatuto patrimonial da separação absoluta, se mostra uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, como os princípios da autonomia privada e também da boa-fé objetiva no âmbito das relações privadas.

A dignidade do *de cuius* deve ser respeitada, deve-se projetar a vontade manifestada em relação ao pacto antenupcial para além da vida, pois se mostra um absurdo esta violação ao princípio de livre estipulação do autor da herança.

Não podendo ser o Direito Sucessório um mecanismo contrário à própria sistemática principiológica constitucional do Direito de Família. Aliás, esta ingerência estatal, ainda parece ser um resquício das remotas épocas onde a família era tratada como uma entidade pública/instituição, na qual, ao revés de se consolidar o amor e o afeto, preponderavam-se os interesses de cunho econômico.

Uma vez ultrapassado este paradigma retrógrado, deve o legislador brasileiro, alterar o art. 1829 CC, fazendo nele constar expressamente a situação da impossibilidade da concorrência do cônjuge em separação convencional, pois se verificar esta proposição como a mais correta diante da hermenêutica jurídica contemporânea.

Avaliando-se este aspecto, conclui-se que o atendimento ao posicionamento da jurisprudência nesse âmbito contrapõe-se ao princípio da autonomia privada, busca-se portanto, a tentativa de se proteger uma relação matrimonial sem repercussão na esfera econômica dos cônjuges, dando vazão ao vínculo único e exclusivamente afetivo.

Ao passo em que a mudança legislativa não ocorre, devem os tribunais pátrios, como o exemplo da Ministra Nancy Andrighi, atender ao comando constitucional do princípio da intervenção mínima estatal em prol dessa despatrimonialização das relações de família.

O estudo em questão, não teve a intenção de criar uma solução jurídica para o caso, mas apresentar a problemática quanto à temática proposta, e diante desse impasse torna-se necessário ainda à busca por uma maior harmonização na interpretação do Direito de Família, quando se avalia a questão sucessória. Não se quer dizer que seja descartado o princípio afetivo na avaliação dos objetos jurídicos propostos no âmbito das sucessões, mas constituir a estes limitações em respeito a princípio da autonomia privada, já que se entende que as questões familiares são dessa natureza.

Pelos resultados encontrados, percebeu-se que o estudo em questão atendeu ao seu objetivo, bem como respondeu ao problema proposto. No entanto, não tem este um fim em si mesmo e, sugere novas pesquisas que acompanhando as ideias iniciais aqui apresentadas possa trazer novas reflexões quanto ao Direito de Família e a concorrência existente entre aplicação do Princípio da Autonomia Privada e do Princípio da Afetividade nos casos de sucessão.

7. REFERÊNCIAS:

ALBINANTE, Isabel Cristina. **Paternidade socioafetiva – famílias, evolução, aspectos controvertidos**. 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito da família**. Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro - 2010

ASCENSÃO, José de Oliveira, «**Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil** », *Revista de EMERJ*, 26, 2004.

AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **A Evolução do Direito de Família: uma análise de teses atuais envolvendo as relações familiares**. São Paulo. Revista Síntese n.108. Junho/julho 2018.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, **Casamento**. Atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Ed Forense, Rio de Janeiro 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar,2001.

BAUMAN, Zygmunt **Amor Líquido Sobre as Fragilidades dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Mediros**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. In LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**, Curitiba: Juruá, n.2, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Autonomia Privada e negócio jurídico**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS. Porto Alegre: Síntese, v.5,2005

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 de março de 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 28 de março de 2018

BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. **Vade Mecum Universitário RT**, Ed. 4. Editora: Revista dos Tribunais. 2012. p.2878.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CARVALHO, Jorge Morais. **A Moral como limite à autonomia privada**. Ed Revista de Direito Civil, 2016.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu, **Direito Patrimonial de Família: A mutabilidade do regime de Bens entre cônjuges no Código Civil de 2002**. Ed Método. São Paulo 2005.

DE CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões – 2ª Ed.** Coimbra: Almedina S.A, 1997.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Evolução do Direito de Família**. Aula ministrada no curso graduação em Direito, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 11 de agosto de 2016.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 3.ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed revi, atual e ampliada. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo. Vol. 5. Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson, **Direito da Família: Elementos Críticos à Luz do novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro. São Paulo 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar,2001.

FALCÃO, Juliana. **O Casamento na Idade Medieval**. Disponível em:<<http://fazendoahistoriaporaqui.blogspot.com/2012/07/o-casamento-na-idade-medieval.html>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

FERREIRA, Eder. **A Hermenêutica Jurídica na obra de Francesco Ferrara**: uma (re) leitura do “Trattato del diritto civile italiano voluntas legis é a vontade do texto da lei, e a voluntas legislatoris é a vontade do legislador, expressa em lei”. Na interpretação, o aplicador deve analisar a vontade da lei, aquilo que do texto pode ser extraído independente da vontade do legislador. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5786/a-hermeneutica-juridica-na-obra-de-francesco-ferrara>. Acesso em: 23 out 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, Volume I: parte**

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: Direito de Família, As famílias em perspectiva constitucional . 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva,2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 7: Direito das Sucessões. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva,2015.

GARCIA, Camila Barbosa. **Como funciona a sucessão de casal sem filhos?** 12/03/2018. Disponível em: <https://www.planejar.org.br/consultorio-financeiro/como-funciona-sucessao-de-casal-sem-filhos/>. Acesso em: 03 fev. 2019

GOMES, Orlando. **Direito de família**, 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sucessões**. 12. Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Autonomia privada e liberdade contratual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23jan. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14238>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6. São Paulo: Saraiva, 2005.

IBGE. Disponível

em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FED304&sv=13&t=tipos-de-familia>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006- 2009. 7 v

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, Direito de Família. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva,2014.

GUIMARÃES, Nina Vasconcelos. **Autoridade e Autonomia em Tempos Líquidos: A teoria sistêmica na contemporaneidade**. Salvador: Ophicina de Arte e Prosa, 2014, p. 125.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2ª Ed. Atualizada, Belo Horizonte, Ed. Delrey, 2007

KRUCHEWSKY, Eugênio. **Teoria geral dos contratos civis**. Ed. Podivm. 2006

LÔBO, Paulo. **Famílias**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MADALENO, ROLF. **Curso de Direito de Família** – 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAGALDI, Nuria. **Derecho, a saber, filiación biológica y administración publica**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

DO NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde. **Direitos Fundamentais: A expansão da autonomia da vontade nas relações privadas internacionais e seus reflexos no direito brasileiro**. São Paulo: Ed Revista de Direito Privado, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2006.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2005.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo desc. **A concorrência do cônjuge sobrevivente com os endentes do falecido**. Disponível em: [HTTP://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442](http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/442) Acesso em 22 out 2018.

PASARELLI, Hugo e Mariana Congos **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <[http://economia.estadao.com.br/noticias/seu-dinheiro, tabu-entre-as-familias-planejamento-de-heranca-evita-burocracia-e-diminui-gastos,154540](http://economia.estadao.com.br/noticias/seu-dinheiro,tabu-entre-as-familias-planejamento-de-heranca-evita-burocracia-e-diminui-gastos,154540)> Acesso em: 22 de março de. 2018.

FILHO, Rodolfo Pamplona; JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas Andrade. **Contrato de Namoro: Amor líquido e direito da família mínimo**. A Torre de babel da novas adjetivações do dano. Revista Fórum de direito Civil – Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**, volume VI, **Direito das Sucessões**. 24ª ed. rev. e atual por Carlos Roberto Barbosa Moreira – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 6 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PLATÃO. **O Banquete**. São Paulo. 380
Evolução da família nos vinte anos de Constituição Federal Brasileira. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942>. Acesso em: 25 de abril de 2012.

REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. **O Princípio da Afetividade no Estado Democrático de Direito**, 2010.p. 07.

REQUIÃO, Mauricio. **Discutindo a Autonomia**. Salvador, 2014.

ROCHA, Cesar Asfor. **Direito Patrimonial no direito de Família**. Ed LTR São Paulo, Junho 2003,

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**, 25 ed., São Paulo: Saraiva 2002

ROSENVALD, Nelson e DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Famílias** volume 6 - 7 ed. São Paulo: Atlas S.A , 2015.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, volume 7:Sucessões- 3 ed. - Salvador: Juspodivm , 2017

SOUZA, Felipe Soares de. **A Sucessão dos descendentes**: Análise Crítica da impossibilidade sucessória dos bens entre os cônjuges e os efeitos do regime de bens do casamento em relação a legítima. Ed. Revista de direito Privado, 2018

STJ, **Conjur**, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9/inteiro-teor-13675032>, acesso em 24 de março de 2018.

STJ, **Conjur**, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/151441467/conjuge-casado-em-separacao-convencional-de-bens-e-herdeiro-necessario-e-concorre-na-sucessao-com-descendentes>, acesso em: 24 de março de 2018.

STJ, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6032903/recurso-especial-resp-945283-rn-2007-0079129-4/inteiro-teor-12161630?ref=juris-tabs>, acesso em 20 de maio de 2018

SIMÃO, José Fernando. **Concorrência Sucessória na comunhão universal e na separação convencional**. 13/10/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>. Acesso em: 03 fev. 2018.

SZYMANSKI, HELOÍSA. **Teoria e “teorias” de família**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=wtHiLCNtqXEC&oi=fnd&pg=PA23&dq=as+rela%C3%A7oes+familiares+no+contexto+atual&ots=ev2lz_tZ20&sig=Hagod9FAmXpUvUAs_E_4YJnNPYw#v=onepage&q=as%20rela%C3%A7oes%20familiares%20no%20contexto%20atual&f=false>. Acesso em: 25 de abril de 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 3 v. (**Concursos públicos**) (v.6).

TEPEDINO, Gustavo. **A interpretação do ART. 1829**. *Revista Trimestral de Direito Civil* – São Paulo: PADMA LTDA, v 24, p. 207, outubro/dezembro.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010,

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de família.3ª edição. São Paulo: Atlas,2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas,2015.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Curso de direito civil brasileiro , Saraiva).

WALD, Arnaldo e FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Direito Civil**, volume 5, **Direito de Família**. 17^a ed. – São Paulo: Saraiva 2019

