

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

Daniela Russowsky Raad

**O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA
REFLEXÃO A PARTIR DA EFICÁCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS**

Porto Alegre
2018

DANIELA RUSSOWSKY RAAD

**O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA
REFLEXÃO A PARTIR DA EFICÁCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado
em Direito na Universidade Federal do Rio
Grande do Sul para obtenção do grau de Mestre
em Direito.

Orientador: Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2018

DANIELA RUSSOWSKY RAAD

**O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO: UMA
REFLEXÃO A PARTIR DA EFICÁCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS**

Dissertação apresentada no Curso de
Mestrado em Direito na Universidade Federal
do Rio Grande do Sul, para obtenção do grau
de Mestre em Direito.

Apresentada em _____, de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Dr. Carlos Silveira Noronha
Orientador

Porto Alegre
2018

CIP - Catalogação na Publicação

Raad, Daniela Russowsky

O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO
SUCESSÓRIO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA EFICÁCIA DO
REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS / Daniela Russowsky
Raad. -- 2018.

117 f.

Orientador: Carlos Silveira Noronha.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Autonomia privada. 2. Pacto antenupcial. 3.
Separação convencional de bens. 4. Contratualização do
Direito de Família. 5. Herdeiro necessário. I.
Noronha, Carlos Silveira, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto direto de dois anos de estudo na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mas também é resultado indireto de anos anteriores em diferentes escolas, com diferentes professores e colaboração de muitas pessoas próximas, outras nem tanto. A tarefa de compilar meu apreço e gratidão a todos que, de alguma forma, contribuíram para a chegada deste momento é árdua e dificilmente conseguirei a contemplar precisamente. Fica a minha tentativa.

Agradeço, de plano, à minha família como um todo, por ser da forma que é, por ensinar e manter valores vivos, emanando um amor sem limites. Aos meus pais, Manoelita e Munir, fonte de apoio incondicional para o enfrentamento de todos os desafios da vida, são desde sempre o meu impulso para buscar novos objetivos e aprimoramento. São a base que me dá segurança para querer – e poder – voar alto. Dedico o trabalho também aos meus avós (*in memoriam*) Bóris, Daniel e Georgette, que foram a fonte cultural e de valores que fundam a nossa família. À minha querida avó Clara, minha paixão.

Aos meus irmãos Marco e Georgia por servirem de exemplo, cada um da sua própria maneira. Obrigada pela cumplicidade e cuidado que temos entre nós. A minha também irmã, Gabriela. Minha entusiasta e cúmplice em desbravar novas portas dentro do mundo jurídico, agradeço pelos fundamentais e incansáveis conselhos para enfrentar os desafios que surgem a cada nova empreitada.

Aos meus amigos que me acompanham, torcem por mim e são a fonte de risadas e cumplicidade infinitas. Em especial, meu muito obrigada ao Maurício e à Marina, pois nos escolhemos como família. Agradeço ao meu namorado Arnaldo, pelo cuidado, compreensão e pelos planos e apoio de ir longe – junto comigo. Não poderia deixar de agradecer ao Daniel, meu sócio. Obrigada pelos conselhos, paciência e inspiração de uma visão crítica do Direito. Caminhos de sucesso são traçados com pessoas como vocês ao lado.

Aos meus professores, cada um a seu modo, que contribuíram para a elaboração do presente trabalho. Em especial ao meu orientador, Prof. Carlos Silveira Noronha, que confiou na minha competência para desenvolver a reflexão pretendida, e soube sabiamente alertar para que eu não me deixasse ir com a geração “dos iluminados”. Ao Prof. César Santolim, que possivelmente não saiba, mas foi através das abordagens realizadas em suas aulas do Mestrado que abri os olhos para uma nova perspectiva do Direito, conferindo maior sentido à prática da advocacia e da própria academia. À Gabriela (novamente), por inspirar e revolucionar a minha – e de muitos – visão sobre o mundo jurídico; a tenho como exemplo para a docência. Finalmente, às minhas colegas de Mestrado Anelize e Luciane, pelos ricos debates e compartilhamento de planos na área do Direito de Família e Sucessões, a nossa convivência fez com que os dois anos de muito trabalho fossem acompanhados de boas risadas.

“To be sure, a human being is a finite thing, and his freedom is restricted. It is not freedom from conditions, but it is freedom to take a stand toward the conditions.”

Viktor Frankl

RESUMO

O presente trabalho examina, em sentido amplo, o grau de autonomia privada conferida aos indivíduos no plano do Direito Sucessório. Para tanto, a reflexão se baseia na análise da eficácia do pacto antenupcial no qual os consortes elegem o regime da separação convencional de bens na ordem sucessória. A relevância do estudo se encontra pela sistemática jurídica atual, que impõe a confusão patrimonial entre os cônjuges pela alocação do viúvo na condição de herdeiro necessário na disposição do Código Civil de 2002. Analisa-se de forma crítica, assim, a possível relativização do dispositivo legal, a fim de fazer prevalecer a vontade das partes na forma expressada em vida. Para tanto, o trabalho é estruturado em introdução, dois capítulos de desenvolvimento e encerra com as considerações finais. Precedido pela introdução, que trabalha as razões da pesquisa, o capítulo 2 examina a concepção de autonomia privada como prerrogativa fundamental dos indivíduos e sua aplicação no Direito de Família como realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste ponto, verifica-se como instrumento de concretização do poder de auto disposição na esfera familiar o pacto antenupcial, que confere aos cônjuges o condão de definir a organização econômica do matrimônio. A seguir, o capítulo 3 aborda o regime da separação convencional como regramento que confere plena autonomia patrimonial aos consortes, constatado então o espírito de incomunicabilidade patrimonial do regime, impõe a averiguação de sua aplicabilidade na seara sucessória. Para isto, examina-se a situação do cônjuge no Direito das Sucessões, desde a vigência do Código Civil de 1916, quando ocupava terceiro grau na linha sucessória, até sua alocação atual como herdeiro necessário. A seguir, passa a se ponderar o panorama da concorrência sucessória do consorte sobrevivente na herança do falecido, levando em conta a nova ordem de vocação hereditária e os julgados dos tribunais regionais e superiores. Para finalizar, apresenta-se como possível solução à problemática a força negocial como fonte de Direito. Buscando responder o questionamento suscitado, explora-se a possibilidade de considerar a força normativa advinda do contrato matrimonial, capaz de afastar a condição de herdeiro necessário do consorte remanescente.

Palavras-chave: autonomia privada; pacto antenupcial; separação convencional de bens; contratualização do direito de família; herdeiro necessário.

ABSTRACT

The present research aims at analyzing the scope of private autonomy of individuals regarding Inheritance Law. The study is based on the efficiency of pre-nuptial agreements by which couples are able to elect the inheritance order through the regime of separation of assets. The relevance of the study resides in the current legal order which ordinarily imposes assets to be held by both parties and, thus, according to the Brazilian Civil Code, the widower is considered to be entitled to them. The possibility of mitigating such legal rule is critically analyzed in order to make way for the parties will as it has been explicitly manifested in life. Therefore, the work is structured into introduction, two chapters of development and ends with the final considerations. Preceded by the introduction, which explains the reasons that led to research on the topic, chapter 2 examines the concept of private autonomy as a fundamental prerogative of individuals in Family Law and also as a mean to achieve the principle of Human Dignity. Consequently, it is verified that the pre-nuptial agreement can be considered as an instrument of the will of the parties and their auto-determination regarding the economic aspects of marital life. Following, chapter 3 analyzes the regime of conventional separation of assets reveals the legal system that grants full autonomy for spouses, for which it is examined since it historically arose. Once it is identified the spirit of incommunicability of assets, it has to be verified how to apply it in Inheritance Law. Bearing that in mind, the situation of the spouse is investigated according to the Brazilian legal system, since the promulgation of the Civil Code in 1916 - when they were in third line in succession – until the current days as a necessary heir. Furthermore, the research examines the Brazilian court's decisions regarding the subject matter. Finally, the will of the parties as a source of Law is presented as a possible solution to the problem at stake. In light of that, the parties could be considered bound to the pre-nuptial agreement, avoiding the condition of necessary heir to the remaining spouse.

Key-words: private autonomy; pre-nuptial agreement; consented separation of assets regime; contractualization of family law; necessary heir.

ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

AI – Agravo de Instrumento

ago. – agosto

art. – artigo

CC02 – Código Civil de 2002

Coord. – coordenação

dez. - dezembro

DJe – Diário de Justiça eletrônico

ed. – edição

j. – julgado

jan. – janeiro

jun. – junho

jul. – julho

mai. – maio

mar. – março

MS – Mato Grosso do Sul

nº – número

out. – outubro

Org. – Organizadores

p. – página

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

set. – setembro

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

v. – volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A ESCOLHA DO REGIME DE BENS	15
2.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO DE FAMÍLIA	15
2.1.1 Introdução ao Princípio na Ordem Jurídica Privada	15
2.1.2 Autonomia Privada Aplicada ao Direito de Família	23
2.2 O PACTO ANTENUPCIAL COMO REALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA .	30
2.2.1 Pacto Antenupcial e a “Contratualização do Direito de Família”	31
2.2.2 Disposições Patrimoniais no Pacto Antenupcial	44
3 O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS NA ORDEM SUCESSÓRIA	51
3.1 O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	51
3.1.1 Resgate da Essência do Regime no Ordenamento Jurídico Brasileiro	52
3.1.2 A Situação do Cônjuge no Direito das Sucessões	66
3.2. OS EFEITOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS NA SUCESSÃO	75
3.2.1 Direito de Família na Ordem Sucessória: A Eficácia do Pacto Antenupcial	75
3.2.2 A Relativização da Posição de Herdeiro Necessário pelo Princípio da Autonomia Privada: a Força Negocial como Fonte de Direito	88
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

1 INTRODUÇÃO

A realização do particular projeto de vida do indivíduo é prerrogativa inerente à concepção de vida digna. Em suas várias possibilidades, o aspecto patrimonial, dentre tantas facetas, representa uma via repleta de oportunidades para a satisfação do projeto pessoal de vida que cada indivíduo carrega em si. Fundado nessa premissa que o presente trabalho procura sua relevância reflexiva no âmbito não apenas jurídico mas prático na existência de cada pessoa.

Para tanto, atingir esse grau de exame demanda a análise de preceitos civis-constitucionais, desde sua base conceitual até sua atual aplicação no mundo factível. O Direito, por meio de suas normas e valores, assegura ao indivíduo uma esfera de liberdade que julga essencial para que a vivência do ser humano seja correspondente ao princípio da dignidade, tão relacionada à prerrogativa de livre disposição individual. Nessa esfera particular, reservada a cada uma das pessoas, encontra-se a realização do projeto de vida patrimonial.

A liberdade, palavra medular ao estudo em questão, é uma ferramenta conferida ao indivíduo para que, dentro da sociedade, desenvolva, em sua máxima, suas capacidades e destrezas, dando razão de ser à sua existência. Princípio constitucional, base do ordenamento jurídico brasileiro, encaminha a aplicação do Direito como instrumento apto a garantir oportunidades ao sujeito para exercer seu poder de auto disposição e guiar o rumo de sua vida como melhor lhe convier.

É no terreno familiar, por sua vez, que a convergência de escolhas individuais atinge seu grau máximo capaz de gerar satisfação pessoal e razão essencial; é dentro do núcleo familiar que o indivíduo se abastece e projeta seus passos nos demais campos existenciais – e isso se reflete no próprio texto constitucional, que reconhece a família como base da sociedade. Inserida nessa alçada, a liberdade de autodeterminação tem vias extrapatrimoniais e patrimoniais. Ao que interessa, no âmbito econômico da organização familiar, a projeção de vida a ser realizada têm início da formalização do vínculo afetivo com o matrimônio, e as opções acolhidas pelos indivíduos quando de sua união.

A fim de se estabelecer uma linha condutora do raciocínio traçado ao longo do presente estudo, busca-se apresentar soluções à duas problemáticas centrais suscitadas: uma em sentido amplo e outra em sentido estrito. Em sentido amplo, o trabalho analisa o espaço de liberdade de auto disposição dos indivíduos acerca das questões econômicas no âmbito familiar, e até que medida o Estado pode – ou deve – intervir nessa esfera, sem que essa interferência seja excessiva. Já no que concerne a abordagem em seu sentido estrito, é onde o foco do trabalho se desenvolve. Busca-se uma reflexão crítica da eficácia do pacto antenupcial no âmbito sucessório. É examinado o caso da eleição do regime da separação convencional de bens pelos consortes, que pactuam a não comunicação de patrimônio entre si.

Quando dissolvida a sociedade conjugal em vida, o contrato matrimonial tem sua eficácia assegurada, de forma que a incomunicabilidade patrimonial avençada prevalece, tanto na administração de forma independente dos bens particulares, como após o divórcio, sem que haja confusão de bens. O mesmo não se verifica, contudo, quando a sociedade conjugal se resolve pelo falecimento de um dos cônjuges. Neste caso, o que se absorve da letra fria da lei, e de sua atual interpretação pelos tribunais regionais e superior, é que se impõe a comunicação de patrimônio, mesmo contra a expressa intenção das partes.

No plano fático, assim, se verifica a ineficácia do pacto antenupcial que elege o regime de separação de bens no regime sucessório. Logo, propõe-se esmiuçar este ponto que causa tamanha divergência doutrinária e jurisprudencial em busca de esclarecimentos e – possíveis – conclusões sobre a adequação da concorrência sucessória do consorte casado por esse regime. Com o propósito de viabilizar tal construção reflexiva, o estudo se divide em introdução, ora apreciada, e dois capítulos de desenvolvimento, encerrado com as considerações finais.

No capítulo 2, a abordagem se direciona especificamente ao conceito de autonomia privada como representação dos interesses particulares dos indivíduos, que se realiza na problematização entre a vontade (interesse particular) *versus* a norma (interesse coletivo). Como poder de autorregulação das pessoas, essa esfera de liberdade é balizada pelo Poder Público nas hipóteses de afronta a ordem pública e aos bons costumes. A autonomia privada está intimamente conectada aos princípios

da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, devendo assim ser interpretado, e não de forma isolada. Por meio de seu exercício as pessoas recebem a prerrogativa para negociar e contratar entre si de forma privada, gerando efeitos jurídicos aos partícipes da relação, conquanto à autonomia privada se reconhece poder normativo.

Em seguida, avalia-se a aplicação do princípio no Direito de Família, o exercício das suas liberdades de escolha dos indivíduos no âmbito familiar, em busca de sua realização pessoal. A Constituição Federal estabelece a família como base da sociedade, conferindo aos seus membros autonomia em face de terceiros e do próprio Estado para a constituição de seu núcleo e livre planejamento. Passa a se analisar, portanto, o papel do Estado nessa relação, e a consumação do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera familiar, pelo reconhecimento da capacidade de autodeterminação dos indivíduos, condizente a sua natureza e espírito livre.

Considerada ferramenta de realização da autonomia privada no Direito de Família, por viabilizar a escolha do regime de bens, o pacto antenupcial e suas disposições são objeto de exame. É através do exercício da liberdade de escolha do regramento patrimonial que regerá o matrimônio que os indivíduos são capazes de desenvolver sua organização econômica. Ao seu turno, se considerado o contrato matrimonial um negócio jurídico formal e válido, estando sujeito às limitações impostas aos contratos em geral, não há que se falar em ineficácia ou relativização do objeto avençado.

Passa-se então a tratar sobre a natureza do pacto antenupcial, avaliando o condão de criar lei entre as partes. Aborda-se, então, a chamada “Contratualização do Direito de Família”, teoria que trabalha o reconhecimento de contratos familiares – dentre os quais se encontra o pacto antenupcial – como matéria com menor ingerência Estatal, transportando regras do Direito Contratual. Nessa perspectiva, se reconhece a maior capacidade dos indivíduos de resolverem conflitos e questões de ordem particular de forma autônoma entre si, como é o caso da opção pelo regime de bens. O destaque é conferido, por conseguinte, ao exercício da autonomia privada pela feitura de pacto antenupcial e a aptidão de fazer valer as decisões individuais da seara familiar com força normativa.

No capítulo 3, analisa-se o regime da separação convencional de bens e seu papel dentro do sistema jurídico brasileiro. Conforme se constata, é do espírito originário do regime a não confusão patrimonial entre os cônjuges que o escolhem, tanto em vida, como após a morte. É o que se objetiva com a análise histórica do regramento até o advento do Código Civil de 2002: é implicação inerente à essência do regime a incomunicabilidade de bens ao matrimônio, caracterizando uma opção expressa pelos consortes a independência econômica. A reflexão sobre o conceito do regime da separação convencional de bens releva, ainda, que o casamento não significa a completa fusão de identidades entre os cônjuges, capaz de se anularem entre si. Mas uma relação na qual subsiste a identidade particular das partes, principalmente sobre a organização econômica. É, mais uma vez, a afirmação do poder de autorregulação do indivíduo em sua esfera familiar.

Se, no entanto, o regime da separação convencional representa a absoluta incomunicabilidade patrimonial entre os consortes, cumpre analisar se a eficácia do contrato matrimonial prevalece tanto em vida, como *post mortem* – e porque ocorre de tal forma. Quando da vigência do Código Civil de 1916, os efeitos do pacto antenupcial cujo objeto era o regime da separação convencional eram assegurados em sua completude: dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio ou pela morte, os bens permaneciam com o respectivo proprietário ou em sua linha sucessória. Com o advento do Código Civil contemporâneo, houve a realocação da posição do consorte dentro da ordem sucessória como herdeiro necessário, e, a partir de então, a problemática em foco atingiu grau nevrálgico. Procura-se compreender as razões para tais alterações legislativas.

Conforme revela a lógica exaurida, os efeitos da matéria abarcada pelo Direito de Família inferem diretamente do plano sucessório, o que demanda uma interpretação unitária e sistemática de todo o ordenamento jurídico. As formas de interpretação da lei e os julgamentos sobre a matéria passam a ser abordados, no intento de se entender o atual panorama em que a problemática está inserida.

Sedento por espaço de autodeterminação, por sua natureza, o indivíduo busca saídas para fazer sua vontade expressada em vida gerar os efeitos pretendidos, também após a morte. É o sobre o que versa o último momento do presente estudo.

Avalia-se a condição de herdeiro necessário – se é absoluta e universal, ou se há espaço para a sua relativização. Havendo a possibilidade de flexibilizar a norma, passa-se a trabalhar a hipótese de se afastar a posição de herdeiro necessário do consorte sobrevivente pelo reconhecimento da força negocial como fonte de Direito. O subsídio para esta reflexão encontra central apoio nos estudos de Miguel Reale. Por fim, procura-se cuidar das demandas inerentes a aplicação da conjectura apresentada, como a proteção do cônjuge sobrevivente, e as soluções que podem ser dadas a partir das ferramentas hoje disponíveis na ordem jurídica.

Predominantemente, a metodologia empregada para a elaboração do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, com base em obras científicas com abordagem específicas sobre o tema e manuais de Direito de Família e Sucessões. Então, passou-se à aplicação do método hipotético-indutivo, buscando soluções à problemática existente. Por outro lado, a pesquisa jurisprudencial contribuiu para a construção do panorama histórico e atual dos julgamentos sobre o tema, revelando posicionamentos diversificados, sendo finalmente a matéria pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A partir desse desenvolvimento lógico busca-se contribuir tanto academicamente, a fim de fomentar o debate e desenvolvimento de soluções à problemática apresentada, como também na seara prática e útil daquelas pessoas que buscam saídas jurídicas legítimas para assegurar a eficácia de seu planejamento patrimonial no plano de vida em comum.

2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A ESCOLHA DO REGIME DE BENS

O debate circunda, em suma, o constante diálogo entre o público e o privado, uma análise crítica entre autonomia privada e intervenção estatal, e, finalmente, “a proteção da pessoa humana compreendida em concretude, por intermédio da livre composição de sua personalidade.”¹ Esse constante contraponto na ordem jurídica brasileira reflete a realidade social, na qual o Direito é essencialmente espelhado e não pode se afastar, sob pena de se desvirtuar de seu propósito central.

Trata-se do reconhecimento do direito fundamental de liberdade, garantido pela Constituição Federal de 1988, no caput do seu art. 5º,² e aplicado à seara mais íntima das relações interpessoais constituídas: o casamento. Segundo será abordado, a liberdade, representada pelo princípio da autonomia privada, quando aplicado ao Direito de Família, se realiza – dentre outras hipóteses – por meio da escolha do regime de bens.

Por sua vez, o próprio regime da separação de bens, quando convencionado, é a expressão da auto disposição dos indivíduos que contraem matrimônio, ao elegerem um regime que afasta a comunhão de bens, decidindo, assim, sobre a organização patrimonial que desejam ter dentro no âmbito da sociedade conjugal. É, sob essa perspectiva, que impera a análise da concepção de autonomia privada inserida no Direito de Família, e seu adesivo reflexo na sucessão do cônjuge.

2.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1.1 Introdução ao Princípio na Ordem Jurídica Privada

De plano, para o adequado exame da autonomia privada no âmbito familiar patrimonial, sua possível aplicação e correta proporção, especialmente na escolha do regime da separação de bens pelos nubentes para a regulação do vínculo patrimonial

¹ FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: *Família*. Entre o Público e o Privado. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012, p. 158.

² 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: [...]

existente entre o casal, imperioso realizar abreviada, mas necessária, abordagem acerca do princípio e sua inserção no Direito Privado como um todo.

Princípio fundamental da ordem jurídica privada, a autonomia privada alcançou seu atual formato dentro do sistema legal brasileiro sob influências interdisciplinares até sua inserção no campo normativo e constituição da concepção hoje existente. O movimento individualista e o liberalismo prepararam um campo fértil para o desenvolvimento da ideia de liberdades individuais, transcendendo uma posição política: trouxe à tona uma nova percepção do próprio indivíduo, carregada em si de sentido de liberdade de sua natureza, fadado a buscar sua realização dentro da sociedade.³

Autonomia, em si, remonta a ideia de que o indivíduo é livre para a reger seus atos e sua vida conforme seus interesses, de modo que tal premissa permite a individualização dos sujeitos dentro da sociedade. Somado a noção do adjetivo privada, que acompanha a expressão, compreende, na ordem jurídica, o sentido do que é próprio de cada pessoa considerada isoladamente como indivíduo particular. Por sua vez, como conceito antagônico está a heteronomia, que concebe o estabelecimento de regras por terceiro não participante da relação vivida, um ente externo à razão individual do sujeito.⁴

Muito embora a autonomia privada seja uma representação dos interesses particulares do indivíduo, o instituto só se realiza, em seu real sentido, quando há a problematização das relações entre a vontade e a norma: a vontade, propriamente, confere significado subjetivo ao interesse do sujeito, enquanto, em contrapartida, a norma representa a preocupação com os interesses da sociedade como um todo.⁵ E é diante desse aparente choque, no qual a vontade particular do sujeito é inserida no âmbito jurídico, que a essência da autonomia privada é revelada.

³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8-9.

⁴ TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia Privada no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 116.

⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 6 mai. 2017.

Nessa linha, há que se referir a dissemelhança do instituto em questão com a autonomia da vontade, uma vez que possuem conotações diversas e seu emprego na realidade jurídica e social dos indivíduos ocorre, conseqüentemente, de maneira distinta. A autonomia da vontade é caracterizada pela subjetividade que carrega em seu sentido, expressando a vontade individual em si mesma, de conotação psicológica, e teve crucial papel na qualidade de fundamento jurídico da política econômica liberal, que tomava a vontade individual, em seu sentido mais puro, como motor das relações jurídicas.⁶

Ao seu turno, a autonomia privada cuida da vontade particular de forma objetiva, preocupando-se com o interesse individual que é capaz de gerar efeitos na esfera jurídica, mais precisamente no campo do Direito Privado.⁷ Evidente, portanto, que a essencial diferença entre os institutos reside na relevância que a vontade subjetiva, no seu sentido psicológico, possui em cada um deles.

Visualizando os institutos sob uma ótica rudimentar, a autonomia da vontade está relacionada “com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio).”⁸ Para o presente estudo, importa a consideração do princípio da autonomia privada e as implicações de seu exercício.

A partir do momento em que inserido no campo jurídico, o princípio passa automaticamente a ser balizado conforme a) os limites da ordem pública e b) os limites dos bons costumes. No que concerne a limitação proveniente da ordem pública, tem-se sua realização por intermédio das normas jurídicas, que traduzem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado – a exemplo daquelas que embasam a ordem econômica no Direito Privado. Por outro lado, a demarcação de sua livre realização por parte dos bons costumes advém do fenômeno cultural da sociedade, que envolve

⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 66.

⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada como Poder Jurídico. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 293.

⁸ CABRAL, Érico Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul.-set. 2004, p. 110-111.

regras morais advindas dos indivíduos, e espelham, da mesma forma, princípios legais que regem os atos jurídicos.⁹

Resta, assim, caracterizada a relativização do interesse e da vontade do particular em detrimento do público, que recebe, como medida de proteção, tutela fundamental do sistema jurídico. A Constituição Federal de 1988 cuida de prever a autonomia privada como garantia fundamental do indivíduo e, simultaneamente, se propõe a limitar o poder da vontade individual. Essa dicotomia de inserção da autonomia da vontade dentro dos limites legislativos é, justamente, a formação da concepção do princípio da autonomia privada.¹⁰

Especificamente, o art. 5º da Carta Magna garante ao indivíduo o direito à liberdade, enquanto, logo em seu inciso II, estabelece sua limitação conquanto reserva o espaço para disposição de ação particular de cada pessoa, a não ser que a imposição advenha da lei.¹¹ Em outras palavras, quando inserida no âmbito normativo, a vontade individual não é ilimitada e irrestrita, mas deve respeitar as disposições legislativas – assunção que evidencia a inerente relação entre liberdade e legalidade.

Neste ponto, José Afonso da Silva reafirma a predominância do princípio constitucional da legalidade como forma de garantir segurança jurídica à sociedade submetida ao sistema normativo vigente. Dessa forma, a liberdade pode ser condicionada, desde que suas restrições advenham de normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo, carregadas da legitimidade do sistema.¹² Constata-se, portanto, que a autonomia privada se revela característica própria de uma sociedade democrática, e, trazida essa premissa ao âmbito do Direito Privado, especificamente ao Direito Civil, o princípio rege os atos e a vida jurídica dos particulares.

⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Projeto do Código Civil*. Autonomia Privada. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>. Acesso em: 2 jun. 2017.

¹⁰ ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 195.

¹¹ Art. 5º. [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 235.

Passível de afirmação, o direito fundamental à liberdade, entre os demais direitos de personalidade, teve berço no Direito Constitucional, e sua comunicação à esfera privada se deu a partir da codificação hoje vigente. Inicialmente, os direitos fundamentais de primeira geração tinham como central finalidade a proteção do indivíduo em face Estado, reservando ao primeiro um espaço particular para autodeterminação, sem a ingerência do poder político.¹³

No entanto, o sentido e visão individualista do Direito, predominante no sistema jurídico brasileiro por décadas, passou a ser contrabalançado pela chamada socialização ou humanização do Direito. A autonomia privada não mais se reservou à proteção do indivíduo em relação ao Estado, mas, também, passou a ser empregada nas relações entre os particulares, tornando também horizontal a eficácia dos princípios fundamentais. O princípio da solidariedade social foi recebido pela ordem jurídica privada a partir do Código Civil de 2002, que, dentre tantas alterações substanciais, trouxe, com forte caráter, a função social dos direitos civis, fazendo com que o poder da autonomia privada conferido ao indivíduo fosse repensado em face do interesse coletivo da sociedade.¹⁴

O princípio da autonomia privada já era balizado pela própria Constituição Federal de 1988 desde sua concepção, e a aplicação dos demais princípios constitucionais – tal qual o da dignidade da pessoa humana – funcionalizam sua aplicação.¹⁵ Isso porquê, muito embora tenha nascido como ferramenta de proteção do indivíduo em face do poder arbitrário de imposição Estatal, a ilimitada liberdade nas relações entre os particulares revelou-se insuficiente para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, sendo necessária a leitura conjunta dos princípios constitucionais para assegurar os direitos dos indivíduos entre si.

Acerca dos princípios recepcionados pelo Código Civil de 2002, que regem as relações privadas, e explicados por Miguel Reale, merecem destaque: a) o princípio

¹³ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 74-75.

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 361-362.

¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106.

da autonomia privada, que trata do “reconhecimento de que a geral capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar certos atos ou abster-se deles, segundo os ditames de sua vontade”; b) o princípio da liberdade de estipulação negocial, que admite que esse poder “implica a faculdade de outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites da lei, dando existência a relações ou situações jurídicas, como [...] os contratos em particular”; c) princípio da intangibilidade familiar, que traduz “a ideia de que entre as situações jurídicas constituídas pelo livre querer dos indivíduos uma há que é a expressão imediata de seu ser pessoal, a família, a cobro de indébitas ingerências em sua vida íntima”; e, finalmente, d) o princípio da solidariedade social, que busca a conciliação das “exigências do todo coletivo com os citados poderes conferidos aos indivíduos.”¹⁶

Clarividente que a essência individualista dos princípios norteadores da codificação contemporânea é relativizada pela tendência constitucional da referida funcionalização do Direito. O princípio da solidariedade social se demonstra presente em todas as áreas jurídicas, merecendo destaque a ingerência sobre a liberdade contratual, que, anteriormente de caráter absoluto, a partir do Código Civil de 2002 auferiu novo formato.

Há o reconhecimento da necessidade de regulação dos interesses particulares dos contratantes, uma vez que são passíveis de gerar consequências a terceiros – eficácia externa do contrato –, que merecem tutela do Estado em razão da função social do contrato. O interesse individual manifestado por meio do contrato não é mais ilimitado, sendo balizado pelos princípios da ordem pública, da boa-fé e da função social do contrato.¹⁷

Notadamente inserida na legislação, tal sobreposição de princípios se dá no teor do art. 421 da codificação brasileira, em que está disposta a liberdade contratual limitada pela observação de sua função social,¹⁸ e, posteriormente, no art. 425, que

¹⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 361-362.

¹⁷ TARTUCE, Flavio. *Função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça*. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2006/docente/doc2.doc. Acesso em: 3 jun. 2017.

¹⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

permite a estipulação de contratos atípicos conforme a vontade das partes interessadas.¹⁹ Nitidamente há um conflito principiológico, em certa medida, acerca da autodeterminação contratual e sua limitação, de modo que o Enunciado nº 23, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, esgota a discussão ao discorrer que a função social do contrato “não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Esse fenômeno de transposição de princípios aplicados a ordem jurídica privada para a esfera constitucional é a chamada constitucionalização do direito privado. Em outras palavras, trata-se da submissão da matéria civil aos fundamentos impostos pela Constituição Federal, exemplificado pela própria funcionalização do direito de propriedade, ou pelo tratamento dispendido às questões de direito de família.²⁰ Segundo Gustavo Tepedino, a partir de 1988 a agenda do Código Civil passou a cuidar da manutenção de uma dogmática do Direito Privado que deve nutrir a coerência e unidade axiológica do ordenamento. Preservando, concomitantemente “a fidelidade ao compromisso metodológico, a despeito das mudanças políticas e econômicas que alteram o papel do Estado na sociedade e da crescente pluralidade de fontes normativas.”²¹

O fenômeno da constitucionalização do Direito acarretou consequências em todos os âmbitos do plano jurídico, de modo que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.” Luís Roberto Barroso observa também que a sobreposição dos princípios e valores da Constituição Federal como diretrizes para a interpretação da matéria civilística incluem, essencialmente, a) a função social do contrato; b) a proteção do consumidor diante da sua reconhecida vulnerabilidade; c) a igualdade entre os cônjuges no âmbito

¹⁹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 141, 1999, p. 100-101.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 371.

matrimonial; d) igualdade entre os filhos; e) a boa-fé objetiva; e f) o equilíbrio contratual.²²

Fato é que tais ponderações sobre a interpretação dos princípios da autonomia privada, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, se prestam a situar a lógica que rege o Código Civil de 2002 e as relações privadas estabelecidas. As normas de Direito Privado não devem ser tidas como limitadores do interesse particular, bem pelo contrário: o Estado, respeitando as condições de vulnerabilidade de cada parte, pretende garantir que todos os indivíduos possam exercer sua prerrogativa de liberdade no âmbito dos interesses individuais.

Pertinente registrar que a defesa do exercício da autonomia privada, tanto nas relações do Direito de Família, como nas demais esferas de Direito Privado, não é pela sua aplicação absoluta e ilimitada, porquanto nenhum indivíduo, em qualquer circunstância, age inteiramente livre e de forma autônoma.²³ As normas fazem parte da concepção autonomia privada, pois representam uma limitação interna do princípio, viabilizando a livre disposição por meio da proteção dos indivíduos, assegurado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Sem essa autolimitação que a ela é inerente, a autonomia privada estaria fadada ao fracasso, uma vez que sua eficácia depende diretamente de uma existência digna em harmonia à justiça social.²⁴

Sopesadas tais premissas, eis que o princípio da autonomia privada constitui “um verdadeiro poder de disposição ou poder normativo, no sentido de que o indivíduo, ao exercê-la estará ditando as normas jurídicas que serão aplicadas às suas atividades de cunho privado.”²⁵ Expressão da “liberdade, independência, poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses

²² BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 244-258.

²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p 280.

²⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

e necessidades particulares”,²⁶ a autonomia privada não se reserva a aplicação na esfera negocial, apenas; o princípio está comprometido a exercer influência em todos os ditames jurídicos, inclusive – e intensamente – na seara de direitos familiares.

2.1.2 Autonomia Privada Aplicada ao Direito de Família

Na linha do abordado, a serventia da autonomia privada se alastra a todo o Direito Privado. O princípio é a “possibilidade atribuída aos privados de auto definirem, com força normativa, os seus destinos. Isso se estende, por conseguinte, a todos os ramos do direito civil, do direito de família ao direito obrigacional.”²⁷

Em momento prévio ao advento do Código Civil de 2002, a família era tida como instituto sob ampla ingerência Estatal e possuía seu regramento ditado quase que em sua totalidade pela legislação, deixando pouco espaço para a manifestação da vontade e liberdade dos seus membros. No entanto, ainda dentro deste restrito espaço de liberdade de disposição, como revelação da expressão da autonomia privada, de longa data, encontra-se a prerrogativa de escolha do regime de bens – aspecto cuja análise específica fica reservada, desde já, para o próximo momento do estudo.

O fato é que, se de um lado a autonomia privada aplicada ao Direito de Família era praticamente inexistente antes da concepção contemporânea do instituto familiar, era na esfera patrimonial, quando da estipulação do regime matrimonial de bens, que a liberdade entre os agentes era averiguada.²⁸ A constante preocupação em conferir maior independência de autodeterminação dentro das relações familiares, sejam elas patrimoniais ou não, sobrevém da concepção de família que, como reflexo do movimento advindo da sociedade, foi trazida à tona também pela Constituição Federal de 1988.

²⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada como Poder Jurídico. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 297.

²⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 103.

²⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *Autonomia privada nas relações do direito de família*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Neste ponto, pertinente um breve adendo: em que pese a Constituição Federal seja a legislação de maior referência na concretização da nova formatação da família e seus valores, sua promulgação nos termos conhecidos foi o resultado de um movimento ainda maior – social e legislativo –, já passível de vislumbre desde o período de vigência do Código Civil de 1916. Dentre as legislações que demonstram a evolução gradativa do conceito familiar, destacam-se a) a Lei nº 883/49, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos; b) a Lei nº 4.121/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada; c) a Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio direto, alterou o regime de bens supletivo para a comunhão parcial e possibilitou o encerramento dos vínculos familiares pelo divórcio – antes providência vetada; e d) a Lei nº 6.697/79, conhecido por Código de Menores, que se preocupava em dar assistência à crianças desamparadas.²⁹

Em equilíbrio com este movimento fundamentalmente advindo das transformações sociais, a Constituição Federal veio a instituir, em seu art. 226, caput,³⁰ a família como base da sociedade, e não mais do Estado. Essa visão concebe os agentes do núcleo familiar como portadores de direitos e garantias, regidas pelo princípio da dignidade humana, e, como consequência, urge a prerrogativa de realização pessoal no seio dessas relações, sustentada pela liberdade individual e direito de autodeterminação no âmbito particular de seus vínculos familiares.³¹

O Estado, portanto, tende a deixar de gerir de forma impositiva as questões relativas ao Direito de Família através de normas cogentes. Admitindo a sua natureza fundamentalmente privada, e colocando em detrimento dos interesses patrimoniais a preservação da dignidade da pessoa humana, os enlaces afetivos na esfera familiar passaram a ser mais valorizados.³² É possível verificar que a partir desse momento – com base na Constituição Federal de 1988 e reafirmado pelo Código Civil de 2002 – a autonomia privada não mais era característica exclusiva do âmbito das questões

²⁹ BARRETO, Luciano Silva. *Evolução Histórica e Legislativa da Família*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

³⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 158.

³² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 97.

patrimoniais de família, ganhando enfoque também na seara despatrimonializada, ou seja, nas questões não econômicas inerentes ao núcleo familiar.

Nesse sentido, a Carta Magna trouxe à tona duas vertentes da liberdade na esfera familiar conferidas: a liberdade da entidade familiar, como núcleo, em face de terceiros alheios a sua relação, como o Estado e a sociedade; e a liberdade individual de cada parte constituinte da entidade familiar, entre si. A prerrogativa de autonomia no âmbito do Direito de Família se realiza, segundo Paulo Lôbo, “na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar [...] sem interferências públicas ou privadas; [...] na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.”³³

Destarte, tem-se que o texto constitucional representou grande passo, completado pela codificação contemporânea, na compreensão de família como um núcleo autônomo e merecedor de respeito por parte de entes externos. Bem como, internamente, é igualmente reservado a seus membros um espaço individual livre para melhor disposição de seus interesses particulares. Eis que, é no cerne da família, que os indivíduos podem buscar sua realização.

A família é o berço de desenvolvimento das pessoas, de sua dignidade e personalidade; é um vínculo privado em que são constituídas relações particulares entre seus entes, tanto de caráter afetivo, como econômico. “Na família, cada um deve ter garantida sua realização e seu bem-estar”, independentemente de sua formação.³⁴ Sob essa ótica, notório que a esfera familiar é o seio para o desenvolvimento dos indivíduos, sendo reservado, a estes, a liberdade de autodeterminação no âmbito familiar para disporem de seus interesses como lhes melhor convir, não havendo justificativa para a excessiva intervenção do Estado nesse domínio.

³³ LÔBO, Paulo. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: *Direito de Família e das Sucessões*. Temas Atuais. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 11.

³⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. In: *Direito de Família*. Giselda M. F. Hironaka (Org.). Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-23, v. 7.

Neste ponto, indissociável referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja essência reconhece a capacidade de autodeterminação do indivíduo e sua natureza livre. Inerente ao seu espírito, a autonomia e o direito de autodeterminação reservado às pessoas formam o fio condutor da noção de dignidade da pessoa humana.³⁵ Sob esse contexto, há que se admitir que, sendo a dignidade da pessoa humana princípio norteador do sistema jurídico brasileiro, e considerando a autonomia privada um aspecto intrínseco para a sua consumação, a prerrogativa de liberdade no âmbito da vida privada dos indivíduos é preocupação fundamental em matéria de Direito de Família.

Dessa forma, a questão central reside justamente na medida em que o Estado deve intervir nas relações particulares, porquanto exerce papel de tutela e garantidor de autonomia da instituição familiar, característica típica de um sistema democrático de direito. Fica evidenciado o caráter duplo do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual o Estado o recebe como tarefas o respeito e a proteção do princípio, constituindo o encargo de promover condições para que todas as pessoas vivam com dignidade. Assim, justifica-se a vinculação das relações privadas aos princípios fundamentais: cabe ao ente garantir um espaço reservado de interferência aos particulares, e, concomitantemente, assegurar condições de dignidade a todos os indivíduos dentro destas relações.³⁶

Por sua vez, a concepção privada do Direito de Família é adesiva a sua própria essência, visto que não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre.³⁷ Uma vez conduzido à esfera pública, preparado está o terreno para um “intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima.”³⁸ Não é afastada a importância que o Direito de Família possui na seara pública, tendo em mira que é ônus do Estado sua proteção; o que se tem é o predomínio do seu caráter privado,

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114.

³⁷ BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p.8.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 25, v. VI.

porquanto envolvem relação estranha ao Poder Público, cabendo a este a mera tutela do instituto.³⁹

Nessa linha de intelecção, o princípio da liberdade se realiza no Direito de Família, pelo “livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar”.⁴⁰ A autonomia conferida em tais questões fornece ao indivíduo sua existencial prerrogativa de desenvolver sua personalidade da maneira que entender mais adequada – assegurando a dignidade da pessoa humana no âmbito dos vínculos familiares.

Neste mesmo enfoque, reafirmando a autonomia conferida a comunhão de vida familiar, o art. 1.513 do Código Civil de 2002 se preocupa em estabelecer “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” Nesse particular âmbito dos indivíduos, não é tolerada a ingerência de estranhos – seja de natureza pública ou privada –, e as decisões tocantes a organização familiar competem exclusivamente a seus membros, até o limite de segurança dos princípios e interesses de terceiros.⁴¹

Cumprido apontar, ainda, que o teor do referido dispositivo legal reflete o princípio da intervenção mínima, sem precedentes legislativos no Código Civil de 1916, e aduz o papel de apoio e assistência estatal à família, coibindo uma interferência agressiva, tanto em seu formato de constituição, como em seu planejamento.⁴² O direito à liberdade é prerrogativa personalíssima do indivíduo, com origem e desenvolvimento nas relações privadas; a sua tutela, por outro lado, é de ordem pública.⁴³ É, nesse contexto, com fito de preservação dos interesses particulares, bem como de assegurar a estes a completude de seus direitos, que o

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 6.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: *Direito de Família e das Sucessões*. Temas Atuais. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 11.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15-16.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106, v. 6.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. À luz do novo Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 121.

constitucionalista José Afonso da Silva reconhece o Estado como protetor, e não tutor da família.⁴⁴

O que predomina nas relações familiares são os interesses pessoais de seus membros – concepção eudemonista de família.⁴⁵ É na esfera íntima dessas relações que os indivíduos põem em prática seus projetos de vida, e, portanto, o Estado deve se fazer ausente para conferir liberdade de auto disposição as pessoas. Mostrando-se presente, em contrapartida, a fim de assegurar que todos tenham a mesma prerrogativa de autodeterminação dos demais, verificados os princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana.⁴⁶

Nesse diapasão, o papel do Estado no âmbito da estrutura familiar se restringe a proteção e garantias – inclusive de ampla manifestação de vontade de seus membros,⁴⁷ de modo que a autonomia privada na seara familiar é relevante, e sua baliza, ainda que eventualmente necessária, deve ser justificada. Essa realização pessoal no âmbito privado é assegurada justamente pelo direito de liberdade de cada indivíduo, que encontra seu limite na prerrogativa de liberdade das demais pessoas. E “enquanto esses limites não forem atingidos, deve-se permitir que o indivíduo realize sua dignidade, sua personalidade e sua identidade sem a intervenção alheia”.⁴⁸

Nessa linha, é sustentada pela Constituição Federal a prevalência de valores existenciais para a compreensão das matérias de âmbito privado, como as relações na seara familiar: há latente preocupação com o desenvolvimento dos direitos de personalidade dos indivíduos. Trata-se do respeito e promoção do desenvolvimento da personalidade individual das pessoas, tanto física quanto psíquica, cujo berço é a unidade familiar. Nessa acepção, há a permanente ponderação entre a autonomia privada *versus* outro direito fundamental, viabilizada pela observância dos seguintes

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. O Estado é Protetor e não Tutor da Família. Belo Horizonte: 2016. Revista IBDFAM, ed. 27, jun.- jul. 2016, p. 5.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. À luz do novo Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 213.

⁴⁶ Art. 16.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10/12/1948. “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 157.

⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério; “c) preferencia para valores existenciais sobre os patrimoniais; e d) risco para a dignidade da pessoa humana.”⁴⁹

Realidade é que o ordenamento jurídico regula o Direito de Família, desde sua origem, sob a disposição de normas cogentes, abreviando o campo de atuação da autonomia privada.⁵⁰ Não é, contudo, este o panorama que deve prevalecer diante da concepção de entidade familiar advinda da Constituição Federal de 1988. Mantendo em foco a garantia de desfrute de liberdade por parte dos indivíduos, podendo estes, pelo emprego da autonomia privada, eleger as regras do próprio comportamento e de suas relações pessoais, o afastamento da ingerência estatal excessiva no Direito de Família encontra respaldo na ideia de livre planejamento familiar e na inviolabilidade da vida privada.⁵¹

Sobre a prerrogativa de livre planejamento familiar, prevista no art. 1.513 do Código Civil de 2002, concebe-se o denominado “Direito de Família Mínimo”, conceito trazido por Leonardo Barreto Moreira Alves para ilustrar o ideário de que o Estado deve se abster de intervir nas relações de Direito de Família, atuando apenas a fim da proteção dos bens jurídicos mais estimados. A primazia da autonomia privada nas relações familiares, a seu ver, resguarda a eficácia dos demais direitos fundamentais dos indivíduos.⁵²

Nesse ponto de vista, é pelo seu art. 1.513, que veta a interferência externa no núcleo familiar, que o Código Civil contemporâneo recepciona a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família, e não apenas do Direito Privado como um todo.⁵³ Assim, cumpre ao Estado respeitar o poder de autodeterminação dos

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 261.

⁵⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A autonomia de vontade no direito de família Contemporâneo. In: *Família e seus Desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Delma Silveira Ibias (Coord.). Porto Alegre: IBDFAM/RS/Letra&Vida, 2012, p. 10.

⁵¹ SILVA, Daniel Alt. *Família Simultânea*. Uma abordagem à luz da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 111.

⁵² ALVEZ, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 158.

indivíduos nas suas relações íntimas familiares, tanto em matéria pessoal como patrimonial.

O respeito à instituição familiar, por sua conta, impende do reconhecimento da família pelo Estado; esse reconhecimento, todavia, não se esgota em sua colocação na Constituição Federal e no Código Civil, auferindo-lhe regras sobre sua disposição e organização interna. Trata-se do endosso da autonomia e do autorregramento, “o casamento e a família só serão espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.”⁵⁴

Dessa forma, excetuadas ocasiões em que haja prejuízo de discernimento, os entes familiares podem constituir seu projeto de vida em comum de forma livre, “e essa descoberta do caminho de realização pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade”, fundamentalmente em se tratando de pessoas dotadas dos princípios de liberdade e igualdade. A ingerência do Estado, portanto, “é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades.”⁵⁵

Em abreviação indutora a uma reflexão sobre a família, bem aduz João Baptista Villela: “o modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade. Se não for resumir demais, a regra de ouro pode estar em atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família.”⁵⁶ Dito isso, possível depreender que a autonomia privada é, de fato, um princípio norteador do Direito de Família nos moldes atuais. Essa afirmativa, no entanto, não torna sua aplicabilidade absoluta, de modo que sua relativização é legitimada – tão somente – quando viabiliza outros direitos fundamentais possivelmente prejudicados pelo exercício extremo da liberdade de um singular.

2.2 O PACTO ANTENUPCIAL COMO REALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

⁵⁴ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Disponível em: http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 06. Jun. 2017.

⁵⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 99.

⁵⁶ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 1980, p. 40.

2.2.1 Pacto Antenupcial e a “Contratualização do Direito de Família”

Visto que a autonomia privada é princípio fundamental absorvido pela matéria jurídica familiar, a análise proposta se encaminha ao setor patrimonial das relações conjugais, com o fito de examinar como e em que medida a auto disposição se aplica em tais questões. Verificada, pois, a forte ingerência de normas cogentes na matéria de Direito de Família ao longo dos anos, sempre foi “na seara patrimonial, isto é, quando da estipulação do regime matrimonial, que ocorria maior liberdade.”⁵⁷

Segundo os ensinamentos de Luiz Edson Fachin, o Direito Privado brasileiro encontra fundamentação em três pilares: o contrato, expressão pura da autonomia privada; a família, base da sociedade e da organização do sistema brasileiro; e os institutos da posse e propriedade, que exprimem a relação entre os indivíduos sobre as coisas.⁵⁸ A vinculação entre os três alicerces resulta no exercício da autonomia privada no âmbito patrimonial do Direito de Família, e é por meio do contrato antenupcial que os nubentes livremente dispõe sobre a organização econômica – relação indivíduo-bem – que regerá o matrimônio.

Não obstante, vale observar que o ato de conferir liberdade às questões jurídicas relacionadas a família “não significa aniquilar uma vontade coletiva, mas dar eco ao livre-arbítrio de contratar como um direito fundamental da pessoa.” Rolf Madaleno chega a apontar que a liberdade de estipulação por parte dos nubentes no pacto antenupcial deve ser ainda mais ampla, permitindo a estipulação de direitos e obrigações alheios aqueles derivados da lei, “dentro de uma conclusão lógica de que qualquer abuso no uso da liberdade sempre permitirá reclamar a intervenção estatal para a proteção do bem comum e da função social do contrato.” E, sendo assim, a

⁵⁷BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *Autonomia privada nas relações do direito de família*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>. Acesso em: 2 jun. 2017.

⁵⁸FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil. À luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 13-14.

intervenção estatal justa deve ocorrer por meio de políticas públicas de defesa social, econômica e jurídica da instituição familiar.⁵⁹

Por esse ângulo, o contrato antenupcial, muito embora exprima a “liberdade contratual dos nubentes, está subordinado a princípios que condizem com a ordem pública, sejam aquelas de cunho patrimonial, sejam as de natureza pessoal e ainda aquelas que atentem os bons costumes.” Assim, dotados da prerrogativa de dispor como melhor lhes interessar acerca do regime de bens, ou demais questões atinentes à vida conjugal, a eles o ordenamento jurídico impõe como limitação de contratar sobre objeto de leis proibitivas ou imperativas.⁶⁰

O pacto antenupcial é “um negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhes aprouver, segundo o princípio da autonomia privada.”⁶¹ A Constituição Federal de 1988, que se propõe a valorizar o princípio da igualdade – aqui exemplificado pelo pressuposto de que os cônjuges devem receber tratamento igualitário –, influenciou a matéria familiar disposta pela codificação civilista superveniente neste quesito: “as partes são “iguais”, têm autonomia de vontade, e o contrato, grosso modo, faz “lei” entre elas.”⁶² Portanto, de natureza contratual – inequivocamente –,⁶³ um negócio jurídico formal e válido, sua eficácia deve ser reconhecida e respeitada pelas instituições, sob pena de provocar insegurança jurídica aos contratantes, que agiram de forma legítima.

Uma vez reconhecida a natureza do pacto matrimonial, pertinente trazer à tona não apenas os princípios e fundamentos das relações contratuais, mas igualmente suas limitações.⁶⁴ O contrato consiste na prerrogativa de liberdade dos indivíduos em

⁵⁹ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. In: *Família. Entre o Público e o Privado*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012, p. 313.

⁶⁰ PEREIRA, 2002, p. 210-211.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315, v. 6.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. À luz do novo Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 324

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 208, v. V.

⁶⁴ Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

contratar quando, como e com quem quiserem, dentro dos limites da a) lei, b) ordem pública, e c) dos bons costumes;⁶⁵ eis que o princípio da autonomia privada confere “vitalidade aos contratos”.⁶⁶

A busca de maior equidade das partes contratantes, quando da verificação da condição de vulnerabilidade de um dos agentes, com o fito de proteger o agente identificado como tal na relação, confere ao Estado legitimidade de intervenção por meio de normas cogentes⁶⁷ – conceito cuja aplicação no Direito de Família foi verificada como tendência, mas que está em constante processo de moderação. Nessa linha, a contratação entre consortes, que representa negócio jurídico bilateral, está subjugada também pela intervenção estatal em busca da preservação dos princípios constitucionais protetivos da pessoa humana.⁶⁸

Essa relativização não representa a negação do princípio de liberdade de contratação, mas, ao contrário, se perfaz como garantia própria do seu exercício por parte de todos os indivíduos. Todos, assim, têm autonomia para convencionar conforme sua vontade de agir, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, e o exercício da autonomia privada, que tem força normativa, viabiliza por meio da contratação mútua a criação de leis privadas.⁶⁹

Conquanto a isso, a liberdade de contratar, em suma, é balizada nas hipóteses de contrariar legislação vigente, ordem pública, bons costumes e, conseqüentemente a estes, a confirmação de equidade entre as partes – não total, mas suficiente para se ver configurado o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁰ Transportando tais premissas à esfera do Direito de Família, e as inserindo sob as regras particulares que regem as relações familiares, vede que, a autonomia privada dos consortes expressada no pacto antenupcial é legítima e merecedora de proteção – e não

⁶⁵ Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁶⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61, v. III.

⁶⁷ TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos. A concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009, p. 165.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 36-38, v. IV.

⁶⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. *Manual de Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

⁷⁰ NETO, Antonio Rulli. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102-103.

intervenção – do Estado, desde que respeitadas suas limitações. Não havendo, pois, enfrentamento de nenhuma dessas hipóteses, não há que se falar em intervenção estatal nas disposições ajustadas, de comum acordo, pelos consortes.

Merecem análise, portanto, alguns pontos focais sobre a baliza da autonomia nas disposições do pacto matrimonial, considerando sua essência contratual. Para tanto, o seguinte questionamento orienta o raciocínio: tendo em mira as hipóteses de intervenção estatal na liberdade de disposição dos contratos – enfrentamento da lei, dos bons costumes, ordem pública e proteção de parte vulnerável –, é legítima a relativização do conteúdo do pacto antenupcial, consensualmente ajustado pelos nubentes?

Primeiro, há que se falar da função das normas cogentes que orientam o Direito de Família, afastando a possibilidade de intervenção do Estado sob a justificativa de proteção de um dos consortes por incapacidade ou condição de vulnerabilidade na relação, e ofensa à ordem pública. Em relação a esta segunda, tem-se como matéria de ordem pública, “dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária.”⁷¹

Segundo alertam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz,

No direito de família, há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações jurídicas familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei.⁷²

Sob essa premissa, tem-se que o sistema jurídico, precisamente com o intento de afastar a possibilidade de convenção que afronte ordem pública e proteger os indivíduos de ajustes que firam o direito fundamental da dignidade humana, institui as regras base para o Direito de família, conferindo aos contraentes um campo livre,

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45, v. III.

⁷² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família. Direito Matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1990, p. 17.

dentro de suas barreiras, para a auto disposição. “Justamente por esta peculiaridade afirma-se que existe certa limitação no poder de disponibilidade dos direitos, não cabendo às partes decidir ou pactuar diferentemente das formas estabelecidas na lei.”⁷³

Dito isso, aquilo que os nubentes estão autorizados a compor em conformidade com a legislação é matéria de defesa de intervenção do Estado. É o que se tem, a exemplo, afirmado pelo art. 1.639 do Código Civil, que confere aos contraentes a liberdade de “estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” Os limites estabelecidos, por sua vez, aparecem pela própria previsão das modalidades dos regimes de bens disponíveis para disposição – liberdade esta que é estendida pela possibilidade de pactuação do regime híbrido –, e mais, no art. 1.640,⁷⁴ impõe que importa para a validade do contrato matrimonial a forma – habilitação para o casamento e escritura pública de pacto antenupcial.

No que tange a habilitação ao casamento, este controle estatal revela a preocupação e cuidado do ente com o casamento e sua respectiva convenção; “a habilitação visa justamente o exame da capacidade e da aptidão, a fim de conferir validade à celebração.”⁷⁵ Mais do que exigido para os atos gerais da vida civil, “o casamento é daqueles atos de direito privado para os quais os interessados devem demonstrar uma aptidão específica, legitimação para contrair matrimônio.”⁷⁶ E, assim sendo, habilitados ao casamento pelo Estado, os nubentes têm sua capacidade de auto disposição atestada previamente, legitimando as escolhas feitas no pacto antenupcial.

Não há, portanto, que justificar a intervenção estatal para relativizar as disposições contratuais estipuladas acerca do patrimônio no pacto matrimonial sob o pretexto da vulnerabilidade de um dos nubentes e de enfrentamento da ordem pública.

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 65, v. VI.

A capacidade dos agentes é devidamente certificada pelo Estado quando da habilitação para o casamento, e a possibilidade de disposição no contrato é balizada pela lei, por meio das normas cogentes. Logo, as cláusulas e o conteúdo contratado estão inseridos no sistema normativo – “considera-se ineficaz ou não escrita cláusula de impossível aplicação, ou que transgrida disposição de norma imperativa”⁷⁷ –, não podendo ser posteriormente mitigados.

Ratifica o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José S. Trindade, no julgamento do recurso de apelação nº 70012296398, da 8ª Câmara Cível, no qual concluiu pela impossibilidade de alegação de indução ao erro ou ausência de capacidade de um dos consortes ao firmar o pacto antenupcial, porquanto estes são requisitos averiguados pelo próprio Tabelionato quando da confecção do contrato matrimonial:

A escritura pública de pacto antenupcial (fl. 58) foi lavrada perante o Tabelião que certificou a capacidade e a concordância de ambas as partes com o que foi lido e pactuado por eles. [...] presunção de veracidade que emana das declarações do Tabelião (principalmente quanto à capacidade e concordância das partes).⁷⁸

Em respeito às normas estatais cogentes que regem a matéria de Direito de Família, encontra-se a forma solene exigida pelo Código Civil para a validade dos termos que compõem o pacto antenupcial: deve ser feito por escritura pública, condicionado ao casamento, e, para gerar efeitos em face de terceiros, deve ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio dos consortes.⁷⁹ Atendidas tais formalidades, que visam rigorosamente averiguar a validade das disposições do contrato matrimonial, não há razão para maior interferência do Estado no cerne das estipulações patrimoniais realizadas.

Nesse intelecto, possível aduzir que, estando o conteúdo essencialmente patrimonial do pacto antenupcial em conformidade com os limites legislativos, e a capacidade de auto disposição dos nubentes atestada pelo Estado, não há que se

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 642.

⁷⁸ TJRS, 8ª Câmara Cível, AC [Apelação Cível] nº 70012296398, Rel. José S. Trindade, j. 25.08.2005.

⁷⁹ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

falar em relativização da vontade exprimida em razão de contrariedade à lei, ordem pública e bons costumes. Isso porquê não resta e não se pode presumir configuradas nenhuma das hipóteses de intervenção estatal no conteúdo contratado.

Se os consortes elegem o regime da separação convencional de bens, a exemplo, cuja essência é a distinção absoluta de patrimônio entre os cônjuges – segundo será pormenorizado no próximo capítulo –, seus efeitos devem ser acertadamente aplicados à relação. Não caberia, por esta lógica, espaço para livre e desmotivada interpretação ou redirecionamento da situação jurídica constituída por parte da autoridade estatal, pois o pacto antenupcial está submetido às regras aplicadas aos contratos. Não é, contudo, o panorama vislumbrado atualmente, e é neste ponto que circunda o debate proposto no presente estudo – cujo foco também será destrinchado no próximo capítulo.

Por ora, cumpre manter a ênfase na concepção do pacto matrimonial como um contrato bilateral em que partes capazes e providas de legitimidade para tal, estipulam o estatuto patrimonial que regerá o casamento, dentro dos limites impostos pela lei.⁸⁰ Essa lógica contratualista inserida no âmbito familiar – tendência nova e crescente, que ainda encontra reticências – é nomeada “Contratualização do Direito de Família”.

O escopo dessa expressão se traduz na fundada ideia de que, com a evolução do instituto familiar, baseado nos princípios da igualdade entre seus membros e na democratização das relações dela decorrentes, os agentes negociam constantemente os termos da sua organização familiar, de modo que os consortes se tornam, enfim, legisladores de sua vida conjugal. Um modelo universal, em cuja “tabela de valores universais” e regras são dispostas pela legislação de forma geral para reger todas as relações matrimoniais, não mais se adequam à família em seu modelo contemporâneo; os cônjuges buscam liberdade para auto dispor sobre um projeto de vida individualizado, rejeitando imposições pormenorizadas por parte do Estado.⁸¹

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314-315, v. 6.

⁸¹ PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. *Mudam-se os tempos, muda-se a família*. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 82, 2008, p. 53-83.

Segundo destaca Flávio Tartuce, o cerne da questão está na viabilidade da dita contratualização do Direito de Família. Se de um lado, destaca, há a consideração da autonomia privada como um pêndulo, em que há maior peso na esfera jurídica familiar em contraponto às relações contratuais, verifica-se a demasiada convivência do Direito de Família com normas de ordem pública – cogentes. Do outro lado, por sua vez, a liberdade individual dentro do âmbito familiar deveria ser mitigada pela desigualdade econômica e vulnerabilidade de uma das partes, especialmente às mulheres. Para contornar este impasse, a contratualização somente seria possível valendo-se de parâmetros advindos de contratos que protegem partes vulneráveis, tal qual relações de consumo e de trabalho.⁸²

A última premissa – exposta, mas não aderida pelo autor – mostra-se descabida. Inicialmente, há que se retomar o conceito de igualdade perpetrado pela Constituição Federal de 1988, que retirou a mulher da condição de submissão no vínculo conjugal em relação ao marido. Em segundo plano, remete-se à dita plena capacidade dos consortes em contrair matrimônio e regular sua vida conjugal nos moldes que melhor lhes aprouver, de maneira legítima exercendo a autonomia a eles conferida quando da estipulação do regime patrimonial – foca-se, aqui, na relação econômica entre o casal.

Analisando o vínculo dos nubentes quando da contratação do pacto antenupcial, não se pode conceber a vulnerabilidade de um dos agentes, porquanto para a celebração do próprio pacto e posterior matrimônio, é exigida sua competente habilitação e verificação de capacidade e ausência de impedimentos. Diante da forma a que a validade do casamento está submetida, o matrimônio passa, desde o princípio, pelo aval do poder público.⁸³ Nessa senda, a intentada presunção de vulnerabilidade de uma das partes contratantes não encontra sólido respaldo.

⁸² TARTUCE, Flávio. *A contratualização do direito de família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/979/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direito+de+fam%C3%A4lia>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁸³ Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

Admitir a teoria contratualista das relações matrimoniais não implica, de modo algum, no desinteresse ou descuidado com os agentes vulneráveis. A técnica imposta às relações em que há, de fato, parte cuja vulnerabilidade para contratar seja característica, propõe a proteção destes dentro da relação patrimonial constituída.⁸⁴ Superando a argumentação proeminente acerca da vulnerabilidade, há que se admitir que a ordem jurídica vigente já se preocupa em tutelar os interesses das partes consideradas fragilizadas na relação matrimonial. Esse cuidado se dá pela relativização da autonomia privada, conquanto no art. 1.641 do Código Civil, o regime da separação de bens é obrigatório aos consortes a) que inobservarem as cláusulas suspensivas do casamento; b) maiores de setenta anos; e c) que dependerem de suprimento judicial para casar.

Em complexa sistematização, o significado de contratualização do Direito de Família, de acordo com Frederik Swennen, está na regulação da família e das relações entre os indivíduos nela inseridos por instrumentos privados juridicamente vinculantes. Não se trata, contudo, de afastar de forma absoluta o Estado da matéria familista; é pontualmente ao privatizar esse debate que o a ingerência pública entra. Partindo-se da premissa que o matrimônio é composto por indivíduos de personalidades diferentes – cuja particularidade não se perde com a união –, as posições individuais que possibilitam a negociação de questões interessantes aos nubentes devem ser preservadas, evitando uma imposição externa à relação, sob pena de inibir a realização do projeto de vida do casal.⁸⁵

Os princípios que regem o Direito de Família devem ser respeitados e sua eficácia não pode ser afastada por contratos particulares, pois estes últimos não são isentos ao sistema jurídico. O que se propõe é um maior campo de liberdade para que os consortes possam regular o seu estatuto patrimonial e os respectivos efeitos. Essa auto composição por parte dos nubentes encontra limitação em basicamente dois pontos: em disposições que envolvam crianças, prima-se pela preservação do seu

⁸⁴ BORRILLO, Daniel. *La Contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada*. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01234248>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁸⁵ SWENNEN, Frederik. *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*. Disponível em: http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003#content_FENR-D-13-00003.FENR-D-13-00003.11072013080618_163. Acesso em: 13 jun. 2017.

melhor interesse; e uma avaliação acessória dos termos contratados por parte do Estado.

A segunda limitação demonstra o respeito do poder público pela autonomia privada das partes, reservando a elas um espaço para maior liberdade no que concerne a relação horizontal familiar – consortes. Para tanto, reserva o Estado, para si, a prerrogativa de intervir nessa esfera particular em quatro hipóteses: primeira, quando o conteúdo do contrato contrariar ordem pública e bons costumes, e este parâmetro deve ter inferior ingerência comparado às regras dos contratos em geral; segunda, quando verificado caso de coação, ocasião em que a averiguação deve ter maior ingerência em relação aos demais contratos, tendo em vista a natureza da relação familiar envolvida; terceira, quando for verificada a inobservância da dinâmica familiar, ou de fato inerente à relação; e, finalmente, a quarta, que refere que são considerados contrários à ordem pública os pactos cujo teor interfere, de alguma forma, nos institutos de seguridade social.⁸⁶

A sistematização da interpretação contratual do Direito de Família aduz, em suma, a possibilidade de solução de impasses e regulação de interesses dos indivíduos dentro do próprio núcleo familiar, por meio de instrumento particular, imune da ampla ingerência estatal. Estes contratos familiares, categoria na qual o pacto antenupcial se enquadra, transportam as regras do Direito Contratual para a esfera familiar, estabelecendo um ainda menor grau de intervenção do Estado, presente, em maior medida, apenas quando envolvido direito de vulneráveis.

No que tange o conteúdo patrimonial dos pactos matrimonial, a receptividade dos conceitos trazidos pela contratualização do Direito de Família é mais ampla.⁸⁷ O Código Civil confere aos nubentes espaço para autorregulação dentro dos limites da lei, de modo que a concepção contratual do pacto antenupcial vem sendo consideravelmente aceita na doutrina nacional – em que pese ainda carente de

⁸⁶ SWENNEN, Frederik. *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*. Disponível em: http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003#content_FENR-D-13-00003.FENR-D-13-00003.11072013080618_163. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁸⁷ BORRILLO, Daniel. *La Contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada*. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01234248>. Acesso em: 13 jun. 2017.

análise mais aprofundada acerca das consequências da internalização deste conceito.

Por esse ângulo, a intervenção estatal por meio de normas cogentes ganha legitimidade quando regulam relações envolvendo risco de prejuízo substancial aos envolvidos – crianças e vulneráveis. Ou ainda, ao se tratar das questões jurídicas extrapatrimoniais. Quando se fala em planejamento e disposição econômica dos consortes, está sendo trabalhado o planejamento individual de uma vida comum, cujos termos devem e podem ser negociados unicamente entre eles, não cabendo a terceiro estranho à relação imposições de condições ou relativização da vontade expressa nessa esfera da vida conjugal.⁸⁸

Na concepção contratualista do Direito de Família, a organização familiar na forma estipulada pelos entes pouco importa ao Estado, desde que respeitados os interesses dos menores e as premissas contratuais ajustadas. Essa visão aduz uma reflexão das regras que regulam a família de forma horizontal, a partir da negociação e da contratação entre os consortes, resultando na democratização da vida privada, tratando o indivíduo como ser emancipado, capaz de escolher o caminho de sua vida e se subjugar às consequências de seus atos.⁸⁹

Se admitida a dita contratualização do Direito de Família, as implicações não são somente a restrição da intervenção estatal nas regras que regem a família, e a assunção de maior liberdade para estipulação entre os nubentes. Os efeitos se estendem, igualmente, às condições de validade do negócio jurídico e seus princípios regentes boa-fé objetiva e função social.⁹⁰ É como entendeu o Desembargador Francisco Loureiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 569.431.4/8-00, ao suspender os efeitos do pacto antenupcial firmado

⁸⁸ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Disponível em: http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁸⁹ BORRILLO, Daniel. *Por uma Teoría Queer del Derecho de las personal y las familias*. Disponível em: <http://dereitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo2.pdf>. Disponível em: 14 jun. 2017.

⁹⁰ Código Civil de 2002. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

pelos consortes, sob a justificativa de ausência dos pressupostos de validade do negócio jurídico, sendo inapto a gerar efeitos patrimoniais:

O pacto antenupcial nada mais é do que o contrato solene e condicional, pelo qual as partes regulam o regime de bens do matrimônio. Como qualquer negócio jurídico, está sujeito a requisitos de validade e deve ser iluminado e controlado pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social. É esta, de resto, a pedra de toque da inicial. Não se alega coação e nem vício de consentimento, mas nulidade por violação a princípios cogentes que regem os contratos.⁹¹

Flavio Tartuce, que afirma concordar com a decisão proferida, incorpora a percepção de que a controvérsia merece debate específico, ainda pouco explorado pela doutrina brasileira.⁹² A interferência Estatal, no julgado retro referido, ocorreu somente pela existência de lesão a princípio fundamental que rege a matéria dos contratos: a boa-fé objetiva. Uma vez reveladas as condições de ingerência pública no âmbito das relações particulares, esta pode ser concebida, mas com muito cuidado para não ultrapassar o limite basilar a ponto de cercear ou relativizar o exercício da autonomia privada das partes.

A intervenção do ente Estado na eficácia do contrato matrimonial é medida excepcional, considerada a legitimidade das partes em conjecturar o regimento econômico do casal. Uma vez convenionado pelos consortes, o pacto deve ser cumprido, seguindo-se o princípio-base das relações contratuais privadas: pacta sunt servanda. “Se o acordo de vontades se faz dentro da esfera da liberdade reservada à iniciativa particular, em se tratando de contratos de Direito Privado, as regras estabelecidas impõem-se coercitivamente às partes.”⁹³

O princípio da obrigatoriedade forma a base dos vínculos contratuais, visto que “não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade

⁹¹ TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI [Agravo de Instrumento] nº 569.461.4/8-00, Rel. Francisco Loureiro, j. 10.07.2008.

⁹² TARTUCE, Flávio. *A contratualização do direito de família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/979/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direito+de+fam%C3%A9Dlia>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁹³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25, v. III.

contratual, a intenção das partes.”⁹⁴ Esse posicionamento evidencia a preponderância da liberdade negocial dos indivíduos, que bem podem dispor de seu patrimônio, devendo lhes ser assegurado o cumprimento dos acertos, sempre que inseridos na realidade normativa.

A respeito da força obrigacional dos contratos, Silvio de Salvo Venosa razoa a relevância do intento das partes ao contratar, de modo que a vontade das partes deve ser preservada e prevalecer às circunstâncias – quaisquer que forem:

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral. [...] A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade à restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada.”⁹⁵

Observa-se, desse discurso, que a concepção de liberdade de contratar encontra, igualmente, seu efeito negativo: a liberdade de não contratar.⁹⁶ Os termos contratados manifestam a mais pura vontade das partes, de modo que, se optaram por dispor de tal forma, espontaneamente, o exercício da autonomia privada deve permanecer incólume.

É o que ocorre quando os nubentes, ao elegeram o regime da separação convencional de bens – por exemplo – por meio do pacto antenupcial. Eles assim o fazem porque são livres para tal, pois poderiam optar por permanecer em silêncio e o regime a reger a relação econômica do casal seria o da comunhão parcial; estão no legítimo exercício de sua autonomia privada.

Arnaldo Rizzardo, por sua vez, chega a discorrer sobre a obrigatoriedade do “contrato particular de sociedade conjugal” ainda mais expressiva, conquanto afirma que “embora o termo ‘pacto’, seu alcance vai além da conceituação obrigacional de

⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 411, v. II.

⁹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 411, v. II.

⁹⁶ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2016, p. 478.

contrato”.⁹⁷ Sendo assim, possível assumir que aqueles que pactuam estão cientes de suas consequências, razão pela qual não há motivação razoável para afastar sua plena eficácia. É, no mesmo sentido, o que observa Luis Felipe Brasil Santos:

Como se vê, ao inverso do que ocorre no âmbito do direito dos contratos, o direito de família tem avançado no rumo de reconhecer cada vez maior margem ao exercício da autonomia de vontade, afastando a intervenção estatal no âmbito da família e permitindo, cada vez mais, a autorregulação dos interesses privados.

Essa crescente tendência reflete a concepção eudemonista da família, vista agora não mais preponderantemente a partir de seu caráter institucional, mas na perspectiva funcional de instrumento de realização plena do ser humano, na busca permanente da realização do valor felicidade no âmbito das relações interpessoais.⁹⁸

Assumir que o Estado pode ditar a totalidade das regras que regem as relações familiares é como que se as partes aceitassem um “tipo de contrato de adesão”.⁹⁹ A família democrática percebida pela Constituição Federal de 1988 não coaduna com essa perspectiva demasiadamente intervencionista, porquanto, no final das contas, é dentro das relações familiares constituídas que os indivíduos se realizam e buscam seus interesses. A livre estipulação e contratação entre eles, na seara familiar, é premissa fundamental para que seja concretizado o planejamento de vida individual das pessoas.

2.2.2 Disposições Patrimoniais no Pacto Antenupcial

Ferramenta disponibilizada pelo ordenamento jurídico para o exercício da liberdade individual nas relações familiares, não apenas o pacto antenupcial é previsto pelo Código Civil de 2002, como também as acomodações permitidas em seu conteúdo. Verificada sua essência contratual e solene, interessa o direcionamento à análise dos aspectos econômicos que envolvem o contrato matrimonial, e suas respectivas implicações fáticas na vida dos agentes.

⁹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 637-638.

⁹⁸ SANTOS, Luis Felipe Brasil. A autonomia de vontade no direito de família contemporâneo. In: *Família e seus Desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Delma Silveira Ibias (Coord.). Porto Alegre: IBDFAM/RS/Letra&Vida, 2012, p. 26-27.

⁹⁹ SILVA, Marcos Alves da. *Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 308.

Sob o ponto de vista histórico, o máximo da autonomia privada reservada aos indivíduos na esfera familiar sempre foi, justamente, sobre questões patrimoniais: a escolha do regime de bens já previsto em lei.¹⁰⁰ Prevista no Código Civil de 1916, a prerrogativa conferida aos nubentes era conjecturada no art. 256, que declarava lícito aos nubentes, “antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”, respeitadas as exigências formais do pacto, sob pena de nulidade – escritura publica e sucessão do casamento.

Hoje a correspondência está no art. 1.639 do diploma civilista vigente, que manteve a redação anterior, e cuidou de permitir, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”, a alteração do regime de bens eleito. Na sequência, o Código Civil dita que, na ausência de elaboração de pacto antenupcial pelos nubentes – ou sendo a convenção nula ou ineficaz – o regime que regulará a organização patrimonial do casamento será o da comunhão parcial de bens.¹⁰¹

Interessante notar, neste ponto, que por mais que a legislação permita aos contraentes a liberdade de escolherem o regime de bens, salvo exceções a seguir abordadas, “a instituição do regime, qualquer que seja, é de tão relevante interesse público e particular, que se tornou necessário presumir-se a existência de pacto tácito, a fim de se submeterem os bens dos cônjuges a um dos sistemas cardiais.”¹⁰² É o que ocorre com a predominância do regime da comunhão parcial de bens, no caso de não haver estipulação por parte dos cônjuges acerca do regime matrimonial eleito.

Desde que enquadradas na concepção contemporânea de família eudemonista, as relações patrimoniais ganham poder de autorregulação cada vez

¹⁰⁰ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. In: *Família. Entre o Público e o Privado*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012, p. 312.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Direito Matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, p. 151, v. II.

maior. Mormente ao que dispõe o art. 1.639 da codificação civil vigente,¹⁰³ é conferido aos nubentes a prerrogativa de traçar o perfil econômico almejado, e tal preceito revela “como princípio reitor das relações patrimoniais no casamento a autonomia privada, [...] criando um regramento que melhor reflita seus anseios de um projeto de vida comum.”¹⁰⁴

Dito isso, tem-se que a liberdade de escolha do regime de bens não é, de fato, absoluta, de modo que de seu exercício emergem questões divergentes que merecem – ainda que breves – ponderações. É o que se passa a examinar. Desde a instituição dos regimes matrimoniais, em contrapeso à liberdade de contratação entre as partes, o ordenamento jurídico continuamente estabelece limitação ao exercício da escolha àqueles que julgava em situação de vulnerabilidade. Situação semelhante se encontra na atual codificação civil, que institui o regime da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.641, (a àqueles que casarem em inobservância das cláusulas suspensivas; (b dos maiores de setenta anos; e (c daqueles que dependem de suprimento judicial. Nestes casos, os nubentes têm seu poder de auto disposição acerca do patrimônio vetado, de modo que ficam impedidos de eleger o regime de bens que desejarem.

Essa imposição legislativa tem o fito de “proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância.”¹⁰⁵ Por outro lado, a eficácia da separação absoluta instituída pelo Estado nas relações entre os consortes é logo mitigada pela Súmula nº 377 do Superior Tribunal Federal, que estabelece que “no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Essa reviravolta nos efeitos do regime da separação obrigatória foi fruto da construção doutrinária quando da vigência do Código Civil de 1916, momento legislativo no qual a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento

¹⁰³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 95.

¹⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 675.

era um princípio basilar da matéria patrimonial do Direito de Família.¹⁰⁶ Entretanto, segundo reconhece Silvio de Salvo Venosa, tem-se que “se o legislador quisesse determinar que o casamento fosse regido pela comunhão parcial, não se teria referido ao regime da separação”, mas expressamente ao regime da comunhão parcial.¹⁰⁷

O ponto é que a Súmula 377 do Superior Tribunal Federal ratificou um posicionamento doutrinário já ultrapassado quando da elaboração do Código Civil de 2002. Logo da apresentação do Projeto de Lei nº 634, de 1975, o regime da separação obrigatória de bens era previsto de forma a afastar qualquer possibilidade de comunhão patrimonial, conforme a redação do art. 1.696, de que “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos”.¹⁰⁸ A redação final aprovada omitiu a previsão patente constante do projeto, de forma que abriu espaço ao prevailecimento do entendimento do Tribunal Superior.

Ainda sobre os efeitos da comunhão dos aquestos, o esforço comum, e sua possibilidade de presunção, é questão central a ser tratada. De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

Se ambos os cônjuges continuam casados e vivendo verdadeiramente como marido e mulher e, nessas circunstâncias, adquirem bens, esses bens se comunicam aos dois, aplicando-se o STF 377. O esforço comum está pressuposto, pois se presume que ambos colaboraram para a formação do patrimônio do casal, se casados e vivendo como marido e mulher.¹⁰⁹

Tem-se, portanto, que os bens adquiridos a título oneroso, na constância do casamento, são considerados fruto de esforço comum – independentemente de prova de aporte financeiro. “Para caracterizar a sociedade na constituição do capital, importa a participação do cônjuge na atividade de qualquer tipo, mesmo na restrita às lides domésticas”,¹¹⁰ de modo que a comunhão patrimonial daquilo adquirido na constância

¹⁰⁶ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1210.

¹⁰⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 176, v. VI.

¹⁰⁸ Projeto de Lei nº 634, de 1975. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso em: 19 jun. 2017.

¹⁰⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1211.

¹¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 677.

do matrimônio é a regra atual das relações econômicas regidas pela separação obrigatória de bens.

Dito isso, justamente sob a ótica do pacto antenupcial como ferramenta de disposição e organização patrimonial do casal, emerge uma questão cuja saída demanda análise em duas medidas: Poderiam os consortes, enquadrados nas hipóteses de imposição do regime da separação legal de bens, afastar a confusão patrimonial? Duas são as vias cujas reflexões encaminham à resposta: a possibilidade – ou não – de alteração do regime matrimonial após a celebração do casamento; e a validade de cláusula prevista no pacto antenupcial afastando os efeitos da Súmula nº 377 do Superior Tribunal Federal.

De plano, cumpre avaliar o cenário de alteração do regime de bens. No Código Civil de 1916, a modificação dos termos pactuados pelos consortes sobre a disposição patrimonial era imutável,¹¹¹ restrição há muito já criticada por Orlando Gomes:

Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão? Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-se a certas exigências.¹¹²

Verificada a preocupação de prejuízo a um dos cônjuges, bem como a terceiros, a alteração do regime de bens deveria, nos termos expostos, passar pelo crivo judicial, conferindo legitimidade à mudança pretendida. Tal perspectiva foi absorvida pelo Código Civil de 2002, que no §2º do art. 1.639, instituiu a possibilidade de retificação do regime eleito, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Sobre a mudança de panorama, Rolf Madaleno elucida:

Considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria herege aduzir em tempos de globalização, com

¹¹¹ Art. 230. O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável.

¹¹² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.

absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental em relação ao seu parceiro conjugal. Por esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, devendo homem e mulher gozarem da livre-autonomia privada e decidirem acerca da mudança incidental do estatuto patrimonial de seus bens, sem seguir o legislador presumindo possa um deles querer abusar da fraqueza do outro.¹¹³

Transpondo a mutabilidade do regime patrimonial dos consortes às hipóteses em que estão submetidos à obrigatoriedade do regime da separação pelos termos da lei, o Enunciado nº 262, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, esclarece que “a obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos inc. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.” A providência exclui a hipótese dos consortes que casaram acima da previsão etária da legislação – atualmente setenta anos.

A indagação já era feita por Silvio de Salvo Venosa, quando da instituição da possibilidade de alteração do regime matrimonial, de modo que cuidado o texto da lei – e aplicado de forma literal –, interpretação diversa não poderia ocorrer, a não ser aquela que entende não sendo permitida tal liberalidade aos nubentes cuja imposição da separação de bens é concretizada pela legislação:

Questão que ora se coloca diz respeito à possibilidade de ser alterado o regime compulsório de separação, com fulcro no art. 1.639, §2º. Pergunta-se: podem os cônjuges, mediante justificação e razões plausíveis, alterar voluntariamente um regime imposto pela lei? Certamente que a resposta, com base no texto literal e nos princípios gerais, é pela negativa. Dirá o exegeta estrito da lei que qualquer tentativa de alteração do regime legal imposto será fraudatória. Sem dúvida o texto não permitiria outra interpretação se estivessemos no campo obrigacional.¹¹⁴

No entanto, o Direito não é feito de regras absolutas e atemporais, de forma que há permanente e saudável contraposições doutrinárias e análises *in casu* – provocando a roda jurídica ao movimento. É o posicionamento de José Fernando Simão, que defende a impossibilidade de alteração do regime na hipótese da obrigatoriedade pela restrição de idade, afora o reconhecimento de inconstitucionalidade desse dispositivo, com reforma do Código Civil vigente, de modo

¹¹³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 760.

¹¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 174-175, v. VI.

que o Juiz poderia, caso a caso, excepcionalmente, autorizar aos nubentes a escolha do regime que lhes agradasse – independentemente da idade.¹¹⁵

Dito isso, como revelado exercício da autonomia privada, a eleição do regime patrimonial que melhor atenda os interesses dos consortes,¹¹⁶ pode ser perfectibilizado a partir de dois conteúdos: o regime de bens, quando diverso da comunhão parcial, o qual dispensa a adoção por pacto; e as estipulações especiais não incluídas no regime eleito, ou mesmo a combinação dos outros regimes.¹¹⁷ Esse poder de escolha, nada mais é do que o poder dos indivíduos, em sua esfera privada, autonomamente governarem e orientarem seus destinos, sob a proteção e força jurídica conferida pelo próprio Estado.

Destaca-se, assim, a possibilidade de autodeterminação dos consortes sobre a organização econômica de seu projeto de vida comum. “O acento, pois, não é posto na liberdade individual – em verdade, consequência da autonomia privada – mas na possibilidade de fazer valer as decisões individuais com força normativa.”¹¹⁸

E é sob este prisma, que se verifica justa a eficácia do contrato matrimonial em seus efeitos patrimoniais, porquanto os consortes livremente o estipulam, conscientes de suas sequelas.¹¹⁹ Passa-se, então, à análise dos efetivos efeitos do pacto antenupcial na seara prática, tanto do Direito de Família, como na esfera sucessória.

¹¹⁵ SIMÃO, José Fernando. *Mutabilidade do regime da Separação Obrigatória* – Decisão Surpreendente. Disponível em: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0908.html. Acesso em: 22 jun 2017.

¹¹⁶ Enunciado 331 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.639. 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 matrimonial.”

¹¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 641.

¹¹⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

¹¹⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Repercussões patrimoniais do desamor. In: *Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Ivone M. Candido Coelho de Souza (Coord.). Porto Alegre: IBDFAM/Letra&Vida, 2011, p. 191.

3 O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS NA ORDEM SUCESSÓRIA

3.1 O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

De plano, merece esclarecer que a relevância da análise histórica do regime da separação de bens reside na importância da compreensão da essência do regime e de suas disposições. Já disponível aos nubentes como forma de administração patrimonial desde as primeiras legislações brasileiras, o regime da separação convencional de bens representa a opção pela não comunicação patrimonial entre o casal. As consequências do regime, no entanto, tiveram a direção desviada ao longo do tempo pelas alterações legislativas, suas interpretações e aplicações pelo Poder Judiciário. Para entender como o regime da separação de bens chegou aos moldes atuais, impera a sua compreensão desde o princípio.

A análise do regime de bens eleito pelos nubentes para reger o matrimônio adentra a esfera patrimonial do Direito de Família, que aborda questões econômicas advindas dos vínculos familiares e suas implicâncias na vida dos cônjuges e demais entes.¹²⁰ Eis que o Direito de Família disciplina as relações interpessoais decorridas do vínculo afetivo¹²¹ e consanguíneo que une indivíduos em núcleos familiares, e, dentre as consequências da constituição deste instituto, estão as implicações patrimoniais entre os partícipes da relação e em face de terceiros externos.

Muito embora a essência da matéria de Direito de Família seja não patrimonial, considerado o elo pessoal entre os sujeitos, e compreendido que não são concebidas recompensas econômicas para negociação de prerrogativas fundamentais inerentes às relações no âmbito familiar, o conteúdo econômico é adesivo ao seu sentido. Isso, conquanto os membros de seu núcleo possuem direitos patrimoniais que são economicamente avaliáveis,¹²² tal qual a própria escolha do regime de bens a vigorar

¹²⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 741.

¹²¹ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2016, p. 923.

¹²² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile II. La Famiglia – Le Successioni*. 3. ed. Milão: A. Giuffrè, 2001, p. 16.

durante o casamento, trazendo implicações econômicas ao vínculo conjugal formalizado.

Por sua vez, os regimes matrimoniais são a concreta representação da relação de cunho patrimonial emergente do casamento, cuja finalidade é servir de alicerce ao sustento e demandas econômicas da entidade familiar. Essa organização econômica se dá fundamentalmente em duas premissas: separação e/ou comunhão de bens – em suas respectivas medidas.¹²³

Ponto crucial para a reflexão pretendida, o intento das partes em estabelecer a comunidade de determinados, ou todos, bens, ou ainda estabelecer o afastamento destes do casamento, é exprimido pela escolha do regime nos moldes pré-definidos pelo legislador no Código Civil brasileiro vigente. E, como opção concreta para evitar a comunhão de patrimônio, eleva-se o regime matrimonial da separação de bens.

3.1.1 Resgate da Essência do Regime no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A fim de viabilizar uma realística compreensão da representatividade do regime da separação de bens nos dias atuais, bem como o sentido de sua escolha pelos agentes, revela-se importante uma abreviação histórica que permita reconhecer, à altura, o original significado deste regime, juntamente com suas peculiaridades de aplicação na esfera familiar desde os primórdios da legislação brasileira. A observação do aparato histórico, entre a origem e a evolução do regime da separação de bens, em seu significado inicial e reconhecimento jurídico, logo, é medida de extrema relevância para o presente estudo, conforme se revelará a fio.

Como ponto de partida legislativo, as Ordenações Filipinas se revelam a altura para embasamento da análise da formação do Direito brasileiro, em especial a matéria de Direito Civil. Reconhecidas como as ordenações mais importantes para o país,

¹²³ MADALENO, Rolf. Efeitos Patrimoniais do Casamento. Regime de Bens. In: *Direito Civil: Direito de Família*. Ágida Arruda Barbosa e Claudia Stein Vieira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7, p. 103.

tendo em mira que vigoraram até a codificação de 1916, tinham pleno vigor quando da independência, e marcaram o embrionário projeto de sistema jurídico brasileiro.¹²⁴

O regime matrimonial da separação de bens já era uma opção aos nubentes conquanto autorizado nas Ordenações Filipinas, no Livro 4, Título XLVI, que colocava marido e mulher na condição de meeiros de seus bens, por Carta de ametade,¹²⁵ “salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado”.¹²⁶ Identifica-se, portanto, a comunhão de bens como regra geral para o casamento, sendo oportunizado às partes, em contraponto, estipular, entre si, o arranjo patrimonial que lhes melhor aprouvesse – essência da liberdade de pactuação no Direito de Família, conforme abordado nos capítulos anteriores.

À época, o regime representava, essencialmente, a incomunicabilidade dos bens de propriedade dos nubentes, sendo que a estes era reservada a faculdade de dispor a medida em que haveria a mistura patrimonial. Semelhante a previsão legal atual, a escolha do regime da separação¹²⁷ poderia ocorrer de forma a) expressa – atualmente por meio do pacto antenupcial –, sendo que poderiam deliberar sobre a separação de bens, a exclusão da comunhão de bens, ou ainda a incomunicabilidade de seus bens – todas opções englobadas na ideia do regime de separação de bens. E de forma b) tácita, cuja ocorrência era verificada pela impossibilidade de aplicação da comunhão em decorrência de cláusula estipulada, como a hipótese de que cada um dos cônjuges administraria seus bens, e só responderia pelas dívidas por ele contraídas.¹²⁸

¹²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 43-44.

¹²⁵ O conceito de Carta de ametade é correspondente à comunhão de bens, ou comunicação legal, à época das Ordenações.

¹²⁶ Título XLVI. Como marido e mulher são meeiros em seus bens. Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e nossos senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado. Ordenações Filipinas. Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=regimen+de+bens&qop=*&outp=. Acesso em: 24 mai. 2017.

¹²⁷ O regime era chamado de *Regimem da Simples Separação de Bens*.

¹²⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: B. L. Gariner, 1869, p. 135 – 140.

Importante absorver que, neste momento histórico, em que pese a característica central do regime de separação de bens fosse a incomunicabilidade, o grau em que essa distinção patrimonial ocorreria dependia diretamente de cláusula contratada entre as partes no momento do casamento. O isolamento total de patrimônios não era automaticamente decorrente do título geral separação de bens. Esse *modus operandi* era factível em uma mentalidade na qual a comunhão de patrimônio e interdependência material e afetiva entre os cônjuges era sobrecarregada. A simples prerrogativa de possibilidade de disposição para incomunicabilidade de bens e separação de patrimônio e responsabilidades reconhecida pela ordem jurídica, possuía, *per se*, cunho fortemente representativo no cerne do raciocínio lógico seguido ao longo dos anos.

Em outras palavras, o pacto de simples separação de bens, não sendo estipulado diversamente de forma específica, acarretava na incomunicabilidade do patrimônio particular de cada um dos cônjuges, mas não implicava na continuidade de separação patrimonial, de modo que os frutos e rendimentos advindos durante a união eram considerados bens comum do casal. A possibilidade de exclusão desta futura comunhão de patrimônio tida como regra geral era viável e prevista, desde que contratada previamente pelos nubentes.¹²⁹

Neste ponto, possível refletir acerca da existência de um instituto generalizado chamado regime da “simples” separação de bens, cujo âmago englobava as regras que hoje são aplicadas ao chamado regime da comunhão parcial de bens. E, àqueles que assim o desejavam, as disposições atualmente reconhecidas no regime da separação convencional de bens. Tendo em mira que o regime legal neste estágio era o da comunhão universal, e a relação de dependência entre os agentes casados era substancial, quaisquer que fossem as noções de desligamento de vínculo patrimonial entre os cônjuges eram compreendidas na classe de separação de bens, restando definir, ao fim, apenas o grau de ocorrência.

Ainda, o regime da separação total e suas regras era instituído como obrigatório nos casos em que as partes se reconciliavam após o divórcio. Para estes, o art. 89,

¹²⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: B. L. Gariner, 1869, p. 136.

do Decreto nº 181, de 1890, elaborado por Rui Barbosa, conferia a possibilidade de recomposição, vedado, no entanto, o reestabelecimento do regime de bens anteriormente vigente, de modo que a partir da reconciliação o patrimônio particular de cada cônjuge poderia ser administrado livremente.

Embasado nas Ordenações Filipinas, cujas muitas disposições seguiram sendo empregadas até a sanção do Código Civil de 1916, a primeira codificação brasileira deu continuidade à dialética exercitada anteriormente, mas de forma evoluída. Em sua Parte Especial, Livro I de Direito de Família, no Título III, dispendo sobre os regimes de bens entre os cônjuges, a legislação trouxe, de modo independente, o reconhecimento de quatro modalidades de regimes: a) comunhão universal; b) comunhão parcial; c) separação; e d) dotal.

Interessa perceber, portanto, a concretização do raciocínio previamente abordado, no que tange a essência dos regimes da comunhão parcial e separação de bens. Existentes no que anteriormente era chamado de regime da simples separação de bens, na codificação superveniente essa divisão foi esclarecida expressamente, passando, finalmente, a reconhecer a incomunicabilidade patrimonial total entre os cônjuges – mesmo que de forma embrionária – como um instituto independente e merecedor de especial atenção.

A teor do ordenamento jurídico de 1916, o art. 276 estabelecia que “quando os contraentes casarem, estipulando a separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá, livremente, alienar, se forem móveis”. Semelhante às Ordenações Filipinas, o vínculo marital seguiu extremamente valorizado na seara legal do matrimônio, de forma de a interdependência conjugal – principalmente mulher-marido – permaneceu aparente nas disposições do Código. Sublinha-se, nesta medida, que tamanha sujeição decorre de influências culturais e era refletida na ordem jurídica e nas relações interpessoais em sua totalidade, não sendo característica exclusiva do regime de bens.

Como contraponto a tendência do complexo vínculo imposto aos agentes casados, o próprio reconhecimento do regime da separação de bens e suas disposições como uma possibilidade de escolha aos nubentes demonstra a essência

deste regime matrimonial. Pois desde sua origem apresenta caráter individualista, representando a liberdade individual de pactuação e deliberação particular de patrimônio, dentro de suas respectivas limitações legislativas. Diante dos quadros sociais mais vinculativos entre marido e mulher, o instituto da separação de bens constantemente se revela uma saída àqueles que desejam maior autonomia patrimonial em relação ao cônjuge, esbarrando, de igual maneira, às paredes impostas pelo Estado por meio de disposições legais, mas sempre mantendo seu espírito.

Diversamente do que era previsto nas Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 reconheceu a completa distinção dos patrimônios dos cônjuges, destacando-se como consequências próprias de sua eleição: a incomunicabilidade dos frutos e aquisições, e a independência da cônjuge varoa na administração de seus bens particulares. Reitera-se, a independência e liberdade de gestão patrimonial seguiu balizada pelo Estado, mesmo que de forma mais sutil, comparado às disposições anteriores, visto que se limita aos bens móveis, enquanto para alienar, gravar, dispor sobre direitos reais e pleitear em juízo sobre bens imóveis, a mulher seguiu condicionada à autorização do marido.¹³⁰

A delicada análise do art. 276 da primeira codificação nacional permite ainda mais uma reserva: a observação da outorga marital era expressamente prevista em determinadas circunstâncias, e o regime da separação de bens não a afastava, a exceção de que a autorização exigida decorresse do regime da comunhão universal ou parcial de bens. Ou seja, possível concluir que a legislação claramente se preocupou em distanciar a comunicação patrimonial havida nos dois últimos regimes mencionados, enquanto, por lógica, reserva ao regime da separação de bens um estágio de compreensão de esfera material completamente diferenciado. A liberdade de disposição dos bens particulares é distinta e mais branda, traço que preserva o perfil do regime de separação de bens como aquele que promove a independência entre cônjuges e não confusão patrimonial – respeitadas as medidas de cada momento.

¹³⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, p. 200, v.2.

Na mesma seara, para Pontes de Miranda, restou claro e reconhecido o verdadeiro sentido do regime da separação de bens no Código de 1916, na medida em que denotada a sua central característica: a independência econômica entre a mulher e o marido.¹³¹ No entanto, uma controversa questão emergiu da codificação primária acerca da escolha do regime e do grau de sua aplicação, tendo em mira o teor do art. 259, que instituía a regra da comunicação dos bens adquiridos após o matrimônio, caso não afastada a hipótese pelo pacto antenupcial, mesmo quando o regime não era o da comunhão.¹³²

Outrora, os Tribunais brasileiros explicitaram o posicionamento de que a simples escolha do regime da separação de bens, por si, não afastaria a comunhão de aquestos, sendo necessária referência expressa a essa intenção por parte dos nubentes. Para Pontes de Miranda, a solução trazida pelos julgados não foi correta, uma vez que “quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil não se reporta, se bem que o permita”.¹³³

Essa linha de raciocínio ganha legitimidade ao se analisar os apontamentos já antes realizados por Augusto Teixeira de Freitas, na Consolidação das leis civis, oportunidade na qual institui que quando os nubentes optarem pelo regime da separação total de bens, estes estariam inteiramente excluídos da comunhão.¹³⁴ Tais circunstâncias demonstram que o regime matrimonial da separação de bens, em seu sentido mais puro de incomunicabilidade integral de bens, foi, desde o início da instituição das leis civis no Brasil, uma prerrogativa conferida aos indivíduos que, à sua vontade, poderiam optar por não misturar seu patrimônio ao do cônjuge.

Mesmo compreendida a necessidade de expressamente manifestar este isolamento de patrimônios, englobando os aquestos, o Direito brasileiro revelou respeitar o desígnio dos cônjuges em seu âmbito familiar patrimonial, fornecendo,

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Direito Matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, p. 291, v. II.

¹³² Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Direito Matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, p. 296, v. II.

¹³⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, p. 95, v. I.

como ferramenta disponível aos agentes, o regime da separação, instituindo a livre administração dos seus respectivos bens. Diante do perfil traçado, o regime é o “único em harmonia com a verdadeira natureza do casamento, que não pode consistir na anulação de uma individualidade em proveito da outra, e, sim, deve consistir no respeito recíproco de duas individualidades juridicamente eguaes”.¹³⁵

Essa ideia exprime justamente a inteligência do regime matrimonial da separação de bens, dado que o casamento não corresponde à completa fusão de identidades de forma a se anularem, tornando-se uma nova personalidade absolutamente interligada a outra. O matrimônio, sob a ótica de organização econômica, ao menos, deve preservar a identidade particular de cada um dos cônjuges, principalmente quando expressada pela escolha de um regime de bens que promete o respeito das esferas patrimoniais dos nubentes.

Reconhecendo, mas não se aliando integralmente a tal premissa, Clovis Bevilacqua apresenta reticência sobre a possível falta de comunhão de interesses dentro do casamento, no caso do regime da separação de bens. Em contrapeso, identifica que o primeiro Código brasileiro, de fato, faculta aos nubentes a prerrogativa de disposição de suas relações econômicas, dominando a autonomia das partes.¹³⁶ Essa balança bem demonstra o constante dilema vivenciado pelo Direito no que tange a regulação das relações no âmbito familiar patrimonial, ainda à flor da pele na sociedade moderna, em que de um lado há o Estado como protetor da instituição familiar, que se vê interferindo na esfera particular dos agentes, e, do outro, os indivíduos e sua prerrogativa de autodeterminação dentro das relações interpessoais mais íntimas, tal qual o matrimônio.

Assim como era instituído anteriormente ao Código Civil de 1916, o regime da separação não era apenas uma prerrogativa de escolha dos nubentes, mas também poderia decorrer da imposição da lei, como uma tentativa do Estado de proteger aqueles que entendia serem mais vulneráveis nas relações. Segundo previa o art.

¹³⁵ HUC, *Commentaire*, IX, n. 401. Apud BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, p. 200, v.2.

¹³⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, p. 160, v.2.

258,¹³⁷ a separação total era obrigatória àqueles que celebrassem o casamento com infração de impedimentos dirimentes relativos e todos os impedientes; homens maiores de sessenta anos e mulheres maiores de cinquenta anos; e órfãos de pai e mãe, mesmo com consentimento do tutor ou curador.¹³⁸

Em frente, acompanhando o contexto histórico sempre influente no seio das relações jurídicas, o Código Civil de 1916 logo se viu compelido a progredir juntamente com o desenvolvimento vivido ao seu redor. A concepção individualista predominante na primeira codificação passou a ser superada pela chamada socialização ou humanização do Direito, que visava a aplicação dos poderes e direitos conferidos aos indivíduos de modo harmonioso aos interesses e exigências da coletividade.¹³⁹

A partir deste momento, o Direito Civil deixa de ter como predominante os princípios condizentes unicamente com as prerrogativas particulares, e, é sob sete princípios-base que as regras do ordenamento jurídico passam a ser repensadas e elaboradas em forma da atual codificação brasileira. Os primeiros seis princípios constituíam a essência da legislação vigente até então, da sorte que o último adveio da referida modificação no panorama social: a) princípio da personalidade; b) princípio da autonomia da vontade; c) princípio da liberdade de estipulação negocial; d) princípio da propriedade individual; e) princípio da intangibilidade familiar; f) princípios da legitimidade de herança e do direito de testar; e (g) princípio da solidariedade social.¹⁴⁰

É inspirado neste plano de fundo que o Código Civil de 2002 começa a ser idealizado para adequar-se a nova realidade social dos indivíduos. Influenciado pelo nascimento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil contemporâneo adotou a

¹³⁷ Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor;

IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Direito Matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, p. 291-292, v. II.

¹³⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 361-362.

¹⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 361-362.

premissa de igualdade de gêneros no tocante aos direitos e deveres dentro da sociedade conjugal, e trouxe, desde sua concepção, o preceito de não interferência na seara familiar por parte de entes de direito público ou privado – ideia que será fundamental para a discussão proposta no capítulo a seguir.¹⁴¹ Dentro das modificações fundamentais acerca dos regimes de bens previstos, tem-se o estabelecimento do regime da comunhão parcial como regime legal, a revogação do regime dotal, e a instituição do regime de participação final nos aquestos.

No momento, interessa uma breve ponderação acerca da instituição do regime da comunhão parcial de bens como regime matrimonial supletivo àqueles que deixarem de convencionar regime diverso – além dos casos em que o pacto for nulo ou ineficaz –, nos termos do art. 1.640, do Código Civil de 2002.¹⁴² A mudança da regra anterior, que estabelecia a comunhão universal de bens como regime legal desvela que, acompanhando o desenvolvimento das relações dentro da sociedade, a integração patrimonial de forma tão intensa dentro dos vínculos matrimoniais já não mais reflete os interesses e demandas dos partícipes de tais relações – a ponto de ser presumida.

Trata-se, portanto, de mais um fator de reconhecimento de que a completa dependência dos núcleos patrimoniais dos cônjuges não retrata a realidade buscada pelos nubentes como regra. Merecendo seu lugar como prerrogativa de escolha, assim como ocorre com a possibilidade de independência total, por meio do regime da separação de bens, a comunhão universal passou a depender de estipulação por pacto antenupcial.

Dessemelhante às regras da codificação anterior, a nova legislação distinguiu, com clareza, a separação pura da separação mitigada de bens, tratando tais institutos de forma absolutamente distintas. A separação relativa de bens, na qual havia a comunhão de patrimônios em certa medida, a partir do Código Civil de 2002 passou

¹⁴¹ WALD. Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25-26.

¹⁴² 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.

a ser englobada pelo regime da comunhão parcial de bens, enquanto a separação pura, ou total, diz respeito ao regime da separação de bens propriamente dito.¹⁴³

De outra banda, o Código Civil de 2002 trouxe, ainda, modificações acerca das liberdades conferidas aos indivíduos que optassem pelo regime da separação patrimonial: os bens, anteriores e posteriores ao casamento, que não se comunicam, serão administrados pelo respectivo titular, que ganha a prerrogativa de alhear ou gravar de ônus real independentemente da outorga do cônjuge.¹⁴⁴ Em comparação a legislação anterior, a nova codificação se preocupou em conferir em maior grau a independência econômica entre o nubentes, cuja esfera patrimonial particular passou a ser mais valorizada, respeitando a individualidade de administração conforme a vontade do legítimo proprietário.

Para melhor compreensão, o regime da separação de bens não possui nuances complexas, porquanto suas regras aplicáveis são claras e simples: “subsistem com inteira independência dois patrimônios distintos: o do marido e o da mulher”, e as disposições e responsabilidades assumidas recaem sobre o cônjuge proprietário que praticou o ato. Mais, no caso de os cônjuges adquirirem bens conjuntamente, restará constituído um condomínio “regulado pelas disposições gerais de direito civil existentes sobre a matéria. Esse condomínio entre marido e mulher funciona como qualquer condomínio estabelecido entre estranhos.”¹⁴⁵

Outra questão relativamente ao regime da separação que foi mantida pela codificação contemporânea e já era abordada pelas legislações primordiais foi a obrigatoriedade de aplicação de suas regras em determinados casos. A previsão do regime da separação obrigatória passou a ser pelo art. 1.641, que, seguindo a mesma lógica interpretativa, estabeleceu a imposição para aqueles que a) casarem com

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236-237, v. V.

¹⁴⁴ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 246.

¹⁴⁵ WALD. Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129.

inobservância das causas suspensivas para a celebração do matrimônio; b) maiores de setenta anos;¹⁴⁶ e c) dependam, para casar, de suprimento judicial.

Pertinente observar que o diploma legislativo de 2002 excluiu de seu corpo o teor do art. 259, do Código Civil de 1916, que previa a comunhão dos aquestos em qualquer que fosse o regime de bens eleito pelos nubentes, se estes não estipulassem, expressamente, a incomunicabilidade – inclusive quando eleito o regime da separação de bens, conforme foi abordado previamente. Essa substancial alteração nas regras patrimoniais incitou inúmeras provocações ao judiciário para resolução de demandas que retratavam a situação de mulheres imigrantes que eram casadas pelo regime da separação de bens, e construíam toda a riqueza em comum esforço ao do marido, mas, pelas novas regras do regime, se viam prejudicadas pela incomunicabilidade dos aquestos.¹⁴⁷ Não somente casais imigrantes, mas a mudança igualmente afetava as consequências daqueles casados ainda sob a vigência da primeira codificação brasileira.

Diante das contendas carentes de solução emanadas da sociedade, por mais controversa que tal premissa se demonstrasse, o Supremo Tribunal Federal decidiu – segundo já analisado previamente –, por meio da Súmula nº 377, a comunicação dos bens adquiridos na constância no casamento quando vigente o regime da separação legal, de maneira a evitar o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges.¹⁴⁸ Ainda em vigência, a Súmula acarreta pertinentes discussões na seara familiar patrimonial, uma vez que, na prática, a consequência de sua aplicação é a comunicação dos bens adquiridos onerosamente após o casamento, característica típica do regime da comunhão parcial, e não da separação, conforme continuamente abordado.

Importa reconhecer que o Código Civil de 2002, sobre o regime da separação de bens, trouxe consigo a verdadeira separação de patrimônios, demonstrando que a anterior aderência da codificação de 1916 à comunhão de bens, através do incentivo

¹⁴⁶ Cumpre esclarecer, aqui, que a redação original do texto legislativo instituía a idade de sessenta anos, tanto para homens como para mulheres. A Lei nº 12.344, de 2010, aumentou a idade para setenta anos.

¹⁴⁷ WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 443, v. VI.

da comunicação de aquestos, finalmente havia sido superada. A legislação contemporânea estabelece o regime da separação como aquele que isola totalmente o patrimônio dos cônjuges, sendo reservado a estes, ainda, a prerrogativa de estabelecer a comunhão de determinados bens, como exceção à regra do regime, caso assim o desejem.¹⁴⁹

Neste ponto, reafirma-se a essência do regime da separação, cuja natureza foi mantida desde seu reconhecimento como uma possibilidade de eleição pelos nubentes, reservadas as relativizações decorrentes do panorama social vivido em cada época, até o diploma legal ainda hoje em vigência, que assegura a existência de duas massas patrimoniais distintas. Assim, resta caracterizado, fundamentalmente, pela a) plena e exclusiva propriedade dos bens adquiridos por cada cônjuge, antes e depois do casamento; b) livre e exclusiva administração e disposição destes pelo respectivo proprietário, dispensada a outorga ou consentimento do outro, tanto para bens móveis como imóveis; e c) responsabilidade única pela satisfação de encargos assumidos por cada cônjuge, a menos que tenham se destinado ao proveito comum do casal.¹⁵⁰

Proveitoso perceber, também, que muito embora os regimes matrimoniais digam respeito justamente da ingerência econômica que o casamento possui na vida dos contraentes, a separação de bens dita a não repercussão do matrimônio na esfera patrimonial dos cônjuges. Dessa forma, os nubentes unem suas vidas e destinos, mas afastam a unidade do campo econômico, afirmado por meio do pacto antenupcial.¹⁵¹

Nesse intelecto, possível verificar que o casamento, na sua atual percepção, não implica a comunhão de vida em todos os seus aspectos, obrigatoriamente. É reconhecido que o matrimônio reserva aos agentes uma esfera de independência voluntária – no caso patrimonial –, remetendo a definição trazida à baila previamente, de que o regime da separação de bens é a representação concreta da natureza do

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 196-197, v. VI.

¹⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 672-673.

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442, v. VI.

casamento. Isso porquê realiza o respeito das individualidades dos cônjuges, não os tornando uma unidade ilusoriamente indissolúvel e ausente de contradições.¹⁵²

Essa perspectiva vincula intimamente o regime da separação convencional ao princípio da autonomia privada, cuja relação se dá pela convergência da matéria com os capítulos anteriores. Satisfaz admitir que a separação patrimonial estipulada por pacto antenupcial pelos cônjuges concretiza a ideia de que “amor não se confunde com patrimônio”, e um casamento com isolamento das massas patrimoniais de cada nubente não prejudica seu reconhecimento como instituição familiar.¹⁵³

Para tanto, não se pode deixar de mencionar a – injustificada – resistência a despeito do tratamento do casamento e da sua competente organização econômica no padrão de independência conjugal. A utilização do regime da separação convencional de bens tem sido cada vez mais frequente nas circunstâncias da sociedade atual, traduzindo o interesse de muitos casais em que um cônjuge já possui considerável patrimônio antes do casamento, ou que exerce atividade que implica em riscos financeiros, pois confere maior autonomia de administração dos bens particulares. Não obstante, a crítica visão acerca do regime – sob a insinuação de que o isolamento econômico representaria ausência de afeto – deveria levar em conta seu justo contraponto, ao passo que a eleição da separação de bens pode evidenciar a importância essencial do amor para a constituição do matrimônio, pois dispensa quaisquer interesses materiais em sua contração.¹⁵⁴

Por sua vez, o regime corresponde, à altura, as atuais preocupações e demandas da sociedade. Enquanto vigorou o modelo legal e família patriarcal, dava-se razão a preocupação de que a separação de bens acarretaria em prejuízo a um dos cônjuges – especialmente a mulher, parte mais vulnerável no ultrapassado modelo familiar –, enquanto no contemporâneo regime igualitário de família o regime é o que melhor respeita a dignidade e liberdade de cada cônjuge. Mais: “em virtude

¹⁵² HUC, *Commentaire*, IX, n. 401. Apud BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, p. 200, v.2.

¹⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371, v. 6.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 387, v. VI.

de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o quantum de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam.”¹⁵⁵

Nesse sentido, uma vez que previamente organizados os bens pelo regime da separação, circunstância em que a disposição econômica dos cônjuges é definida voluntariamente no pacto antenupcial, “reduz, em grande escala, a potencialidade de litígios futuros de ordem patrimonial entre o casal”.¹⁵⁶ Sob essa ótica, destacados estão os pontos positivos da escolha do regime da separação de bens, cuja prerrogativa é exclusiva dos nubentes, caso entendam que assim melhor lhes convém.

Por fim, verificado o significado do regime, chegado o momento de examinar com cautela a ferramenta conferida aos indivíduos para traduzir seus desejos no que concerne um dos vínculos mais íntimos constituído durante a vida de uma pessoa, que é o regime de bens que regerá o casamento. A prerrogativa de escolha, representada neste caso pelo pacto antenupcial, é o legítimo exercício da autonomia privada na esfera familiar, e, portanto, sua relativização pelo Estado merece ponderações.

Essa garantia de liberdade contratual dos cônjuges assegura a estabilidade das relações familiares, porquanto, teoricamente, traria previsibilidade ao desfecho de possível partilha em vida e após o falecimento de um dos agentes; não é, contudo, o que ocorre. A intervenção estatal nos arranjos familiares, sob a ótica econômica, tem sido mal recepcionada pela sociedade contemporânea, fundamentalmente no que diz respeito aos efeitos do regime da separação de bens no Direito Sucessório: ao eleger, os nubentes acreditam afastar a comunhão de bens – em qualquer hipótese – porquanto este é o seu real sentido, e não é, entretanto, o que ocorre na prática atual.¹⁵⁷

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355.

¹⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 389, v. VI.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. In: *Família*. Entre o Público e o Privado. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012, p. 320.

De todo modo, a comunicação patrimonial imposta aos consortes quando da sucessão advém da condição atribuída ao cônjuge pela legislação vigente de herdeiro necessário. Enquadrado como tal, o nubente remanescente, independentemente do que contratou legitimamente em vida, é colocado no rol de herdeiros e resta configurada a mistura patrimonial antes tentada evitar. A questão reside, portanto, na análise do cônjuge como herdeiro necessário e suas implicações.

3.1.2 A Situação do Cônjuge no Direito das Sucessões

O cônjuge nem sempre ocupou lugar no rol de herdeiros necessários hoje instituído pelo Código Civil. Ser herdeiro necessário confere uma posição privilegiada na sucessão, porquanto reservada a estes a sucessão da legítima – quinhão indisponível de disposição pelo proprietário. O sentido da reserva de patrimônio da sucessão legítima atende a finalidade de proteção econômica da família do *de cuius*,¹⁵⁸ beneficiando os membros cujos vínculos afetivos são presumidos mais sólidos.¹⁵⁹

Imprescindível ao se falar do lugar consorte o direito de sucessão, a diferenciação conceitual entre meação e herança. A meação diz respeito a parcela a que cada partícipe tem direito sobre o patrimônio adquirido pelo esforço conjunto do casal enquanto unidos quando da dissolução da sociedade conjugal, que pode ocorrer tanto em vida como pela morte.¹⁶⁰ Depende diretamente do regime de bens eleito pelo casal: na comunhão universal e na comunhão parcial de bens, quando incidente no patrimônio adquirido na constância do casamento de forma onerosa.

No regime da separação obrigatória há a confusão patrimonial por força da Súmula nº 377 do STF. Enquanto o regime da participação final nos aquestos pressupõe mistura das massas de patrimônio dos cônjuges em certa medida, tendo

¹⁵⁸ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1330.

¹⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 108, v. VII.

¹⁶⁰ COMEL, Wilson J. Cônjuge Sobrevivente, Herdeiro Concorrente. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p.563, v. VI.

em vista que quando da dissolução da sociedade conjugal há a mensuração daquilo que foi adquirido durante o matrimônio.

A herança só existe em relação aos bens particulares deixados, e obedece a ordem sucessória, de modo que são dois institutos – meação e herança – que não se confundem. Colocam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que

É dizer: a herança diz respeito ao patrimônio pertencente ao falecido e que é transmitido aos seus sucessores com o seu falecimento; a meação é um direito próprio do titular, correspondendo à parte dedicada ao cônjuge ou companheiro que se mantém vivo, em razão do regime de bens estabelecido entre o casal.¹⁶¹

A herança é, portanto, dividida em duas partes: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A legítima, também conhecida como *ab intestato*,¹⁶² obedece a disposição em lei, então, não havendo disposição voluntária do falecido por testamento, todo o patrimônio deixado é passado aos herdeiros segundo a ordem da vocação hereditária.

Por outro lado, se deixado testamento, fala-se em sucessão testamentária, ocasião em que a transferência de bens se dá conforme designação do testador.¹⁶³ Nesse caso, há que se observar a existência ou não de herdeiros necessários para analisar a viabilidade de disposição da sucessão. Havendo, ocorre a reserva da legítima, que corresponde à metade dos bens do autor da herança, e “o testador não pode dispor por estar reservada aos herdeiros necessários”; é a parte intitulada indisponível.¹⁶⁴

A existência da sucessão legítima e da sucessão testamentária, bem como as limitações impostas à esta última em razão da primeira, não são novidades trazidas pelo Código Civil de 2002.¹⁶⁵ Já na codificação de 1916, respectivamente no art. 1.721

¹⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 34, v. 7.

¹⁶² Sucessão sem testamento.

¹⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7-8.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 78, v. 3.

¹⁶⁵ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art.1.847. Calcula-se a legítima sobre valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

e art. 1.722,¹⁶⁶ era limitado ao autor da herança dispor de mais da metade de seus bens quando tivesse descendente ou ascendente sucessível, constituindo a então conhecida legítima.

A quota legítima necessária é, em suma, “uma quota hereditária pertencente aos herdeiros necessários, que a gozam e detêm como coisa sua”. Por sua vez, o herdeiro necessário é colocado em visível situação privilegiada quanto à sucessão, segundo observa Luiz Paulo Vieira de Carvalho:

Em tal acepção, o herdeiro necessário, legitimário, reservatário ou forçado é aquele que, em sentido amplo, se apresenta como um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos, aqueles a quem a lei garante uma quota mínima da herança (Princípio da Reserva) [...].¹⁶⁷

A condição de herdeiro necessário, por conseguinte, se revela como uma ferramenta de proteção ao círculo de relações mais íntimas do falecido, merecendo destaque a consideração do dever de amparo do autor da herança para com estas pessoas, mesmo após sua morte. Esse tratamento especial instituído por lei decorre do grau de parentesco existente, bem como proximidade afetiva, caso que ocorre entre os cônjuges. São situações que pressupõem, segundo Arnaldo Rizzardo, “dependência econômica de certas pessoas em relação ao *de cuius* quando vivia”.¹⁶⁸

O Código Civil em vigor prevê como herdeiros necessários, em seu art. 1.845, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Não era esta, no entanto, a realidade jurídica dos tempos anteriores, quando pelo Código Civil de 1916 “os herdeiros necessários estavam limitados aos descendentes e aos ascendentes, considerando-

¹⁶⁶Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Art. 1.722. Calcula-se a metade disponível (art. 1.721) sobre o total dos bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas do funeral.

Parágrafo único. Calculam-se as legítimas sobre a soma, que resultar, adicionando-se à metade dos bens que então possuía o testador, a importância das doações por ele feitas aos seus descendentes (art. 1.785).

¹⁶⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 448-449.

¹⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54.

se, sempre, que os primeiros afastavam os segundos – situação jurídica que foi mantida.”¹⁶⁹

Ainda, mais remotamente, no direito anterior a primeira codificação brasileira, quando da vigência das Ordenações do Reino, o cônjuge sobrevivente dificilmente sucedia, uma vez que era colocado em quarto grau na escala hereditária, *ab intestato* após os colaterais.¹⁷⁰ A possibilidade de sucessão do consorte remanescente foi aproximada apenas no ano de 1907, com a promulgação da Lei nº 1.839, conhecida como “Lei Feliciano Pena”.¹⁷¹ Nessa ocasião o cônjuge supérstite passou a compor o terceiro lugar na ordem da vocação hereditária – mas ainda sem o reconhecimento como herdeiro necessário.¹⁷²

Essa lógica foi mantida pelo sistema do Código Civil de 1916, no qual não deixando descendentes e ascendentes, a herança do *de cuius* era deferida ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens eleito, desde que não estivessem separados judicialmente com sentença transitada em julgado.¹⁷³ A transformação da acepção da posição do cônjuge como herdeiro necessário não foi, de forma alguma, repentina; foi fruto de um conjunto de ideias e alterações legislativas que fizeram com que o consorte se enquadrasse sob tamanha proteção legal.

A colocação do cônjuge supérstite em tal situação era justificável, segundo defende Silvio de Salvo Venosa, porquanto quando casado pelo regime da separação de bens, o viúvo poderia se ver desamparado por não possuir patrimônio próprio.¹⁷⁴ Justamente, então, para evitar o desarrimo daquele consorte sem propriedade de

¹⁶⁹ COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 115.

¹⁷⁰ WALD, Arnoldo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110, v. 6.

¹⁷¹ Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjuge sobrevivo, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o *de cuius* for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal.

¹⁷² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 108, v. VII.

¹⁷³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 162.

¹⁷⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 108, v. VII.

bens, foi instituído o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que estabeleceu o direito de herança do cônjuge pela concorrência de usufruto de parcela dos bens deixados.¹⁷⁵

Interessa notar que o regime legal neste momento do direito era o regime da comunhão universal, de modo que a preocupação do legislador foi direcionada a todos aqueles que não optavam pelo regime supletivo quando do matrimônio. Dito isso, quando casado pelos regimes da comunhão parcial e participação final nos aquestos – regramentos em que há, em certa medida, a comunicação de patrimônio –, o consorte remanescente que já era proprietário de sua quota parte dos bens por meação, usufruiria também da prerrogativa de usufruto instituída pela Lei nº 4.121/62.

Diante disso, revelado que muito embora tenha sido o propósito de guarida do viúvo o estabelecimento do instituto do usufruto, pouco passou a interessar a circunstância de seu efetivo desamparo, sendo pressuposto exigido apenas a opção por regime que não o da comunhão universal.¹⁷⁶ Relevada possível proteção desmedida do consorte sobrevivente, este foi o passo legislativo inicial no caminho de firmar o cônjuge em uma situação privilegiada dentro da ordem sucessória.

Já em 1963 quando elaborado o Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, o cônjuge era colocado, segundo o art. 785, na classe de herdeiros necessários. A sucessão obedecia a mesma premissa utilizada pelo Estatuto da Mulher Casada, de que a concorrência do consorte era condicionada a vigência dos regimes que não o da comunhão universal de bens.¹⁷⁷ Todavia, o regime legal do

¹⁷⁵ Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

§2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 86, v. 7.

¹⁷⁷ Art. 785. Herdeiros Necessários – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 787. Concorrência do Cônjuge com Descendentes ou Ascendentes – Se o falecido não fôr casado pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança:

I - Se só houver deixado filhos de que o 'outro não seja também ascendente:

matrimônio veio a ser alterado, por meio da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), passando de comunhão universal para a comunhão parcial de bens,¹⁷⁸ tornando menos provável a situação de desamparo do viúvo, uma vez que este passa a ter o direito de meação.

Autores como Dimas Messias de Carvalho e Arnaldo Rizzardo reconhecem como marco fundamental para a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários a adoção do regime da comunhão parcial de bens como regime legal.¹⁷⁹ Considerado um rompimento de uma tradição secular, justifica a preocupação em relação ao viúvo o fato de que, afastada a comunhão universal como “regra”, passou a haver a possibilidade de não aquisição de patrimônio durante o casamento, e, portanto, inexistência de meação ou herança por parte do consorte. Sendo um receio deixar o cônjuge supérstite em debilidade econômica na ocasião do falecimento do outro, o direito de concorrência na herança do *de cuius* vem à tona como um remédio ao impasse.¹⁸⁰

O projeto do Código Civil elaborado por Miguel Reale, convertido na codificação vigente, supriu as demandas derivadas da modificação do regime de bens supletivo, e instituiu, definitivamente, o cônjuge como herdeiro necessário.¹⁸¹ Àqueles que agrada a condição de herdeiro necessário ao viúvo, a transmutação da legislação brasileira representa o movimento de priorização dos interesses social e familiar no âmbito da sucessão, identificando, a priori, a função social desempenhada pela vocação hereditária e sucessão legítima, atendendo aos novos princípios norteadores do direito de família contemporâneo.¹⁸²

A nova ordem, nesse prisma, parte do pressuposto de que beneficiar os membros da família cujas ligações são presumidas mais fortes com o autor da herança acompanharia o projeto de família atual, em que os conceitos anteriores não

II - Se forem chamados à sucessão os ascendentes. Parágrafo único. Havendo o concurso, a parte disponível será reduzida a um quarto da herança.

¹⁷⁸ Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

¹⁷⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 170.

¹⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 178.

¹⁸¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁸² COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 115-117.

mais se adequam. Essa visão implica na restrição do reconhecimento desse vínculo em relação aos colaterais,¹⁸³ e na valorização da posição do consorte supérstite dentro da ordem sucessória.

Segundo essa linha, uma vez afastada a comunhão universal de bens como regime legal, “torna-se necessário fortalecer a posição sucessória do cônjuge, a fim de evitar um verdadeiro enriquecimento sem causa por parte de terceiros. [...] Cuidar-se de valorizar de maneira mais intensa a família no seu núcleo mais importante.” Da mesma forma, o Código Civil de 2002 suprimiu o instituto do usufruto viual e, em contrapartida, “reconheceu a posição de herdeiro legítimo necessário concorrente com os descendentes.”¹⁸⁴

A concorrência sucessória, então, se identifica como um expediente que acarretou na substituição do usufruto legal viual,¹⁸⁵ posto que o consorte remanescente se torna legítimo proprietário de parcela do patrimônio deixado pelo falecido, dispensando a necessidade da proteção legislativa proporcionada pelo direito de usufruto. É o que observa também Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Outra consequência trazida pela nova legislação foi a revogação, por falta absoluta de previsão neste sentido, bem assim por perda de necessidade prática, da instituição em favor do cônjuge sobrevivente dos direitos reais e uso ou usufruto, uma vez que este passa a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto. Assim, se herda, adquire o direito de propriedade sobre uma parte do acervo, direito real este de amplitude quase ilimitada, e isto torna desnecessária a herança de direitos reais limitados. Manteve-se, entretanto o direito real de habitação sobre a residência familiar, limitado ao fato de ser este o único bem com esta destinação.¹⁸⁶

Impende notar que na grande maioria dos matrimônios, o patrimônio do casal é adquirido quando da constância da união, o que acarreta parcela de meação aproximada, senão igual, a situação caso fossem casados pelo regime da comunhão

¹⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 108, v. VII.

¹⁸⁴ WALD, Arnoldo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115-117, v. 6.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 158, v. 6.

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro – Disposições Gerais e Sucessão Legítima. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 335, v. VI.

universal. Assim, tenta-se afirmar que a intenção protetiva do legislador se dissolve “porque a mulher tem metade dos bens da sociedade conjugal, em propriedade. O usufruto se mostraria como um *plus* injustificável e um ponto de discórdia com os demais herdeiros.”¹⁸⁷

Deixado de lado o instituto do usufruto viual ao cônjuge sobrevivente, uma vez que colocado na classe de herdeiros necessários, restou previsto pelo Código Civil atual o direito real de habitação. Precisamente no art. 1.831,¹⁸⁸ resta disposta a prerrogativa reservada ao consorte de maneira mais abrangente do que era instituído pela codificação anterior, pois não importa o regime de bens e não impõe a condição de permanência de estado civil do viúvo.¹⁸⁹

Ainda, pertinente atentar para o fato de que o legislador, no Código Civil de 2002, subordinou a concorrência do cônjuge ao regime de matrimonial eleito em vida. A concorrência na herança é afirmada ou afastada conforme o regramento patrimonial vigente, e se traduz na premissa de que “quem meia não herda, quem herda não meia”. Deste modo o consorte que é economicamente amparado pelo direito de meação decorrente do regime de bens “não deve concorrer à herança com os descendentes do morto, geralmente forças mais novas, presumidamente mais necessitadas de proteção patrimonial.”¹⁹⁰

Destarte, não é pacífico o entendimento de que a novidade trazida pela ordem sucessória na codificação contemporânea foi positiva. Em contraponto ao posicionamento de que a alocação do cônjuge remanescente no rol de herdeiros necessários representou a aplicação dos princípios norteadores do Direito de Família, em conformidade com a sua estruturação contemporânea, doutrinadores como Flávio

¹⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 125, v. VII.

¹⁸⁸ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o imóvel único daquela natureza a inventariar.

¹⁸⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1324-1325.

¹⁹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 327.

Tartuce, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sustentam tal modificação um equívoco na ordem jurídica.¹⁹¹

Flávio Tartuce coloca em pauta a complexidade do sistema de vocação hereditária atual, que trouxe maiores complicações para a civilística nacional. A maior preocupação do autor reside na questão de que a imposição do viúvo como herdeiro necessário afasta a vontade do falecido, se destacando da realidade social e familiar moderna. Cai por água a justificativa de que a concorrência sucessória trabalha a contemporaneidade das relações familiares:

Ainda, o Código Civil teve o seu processo embrionário surgido em 1972. Nessas épocas, quando este autor sequer havia nascido, os valores da sociedade eram outros, totalmente diversos da contemporaneidade. Eram valorizadas sobretudo o casamento tradicional, a família típica e a propriedade irretocável. Imaginavam as gerações anteriores, como premissa-regra, que o casamento era para toda a vida, até que a morte separasse os cônjuges. Por isso, era imperioso valorizar a figura do cônjuge, ao lado dos descendentes [...].¹⁹²

Nessa perspectiva, inegável as substanciais alterações sofridas nas configurações familiares desde a idealização inicial do Código Civil de 2002. Se, por um lado, à época, a concorrência do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário traduzia uma necessidade de proteção que refletia o melhor interesse tanto do falecido em si, como da estrutura familiar existente, essa realidade não se manteve até os dias atuais.

Toca destacar que a dependência de concorrência do viúvo com o regime de bens escolhido pelos consortes em vida cria uma diferenciação na classe de herdeiros necessários: “os herdeiros necessários propriamente ditos (legítimos), que são os descendentes e os ascendentes, e o herdeiro não necessário, porque circunstancial, que é o cônjuge sobrevivente.” A distinção decorre de que o estado dos descendentes e ascendentes é devido aos laços consanguíneos, enquanto o estado de herdeiro necessário – e concorrente – do viúvo é relativo às circunstâncias do matrimônio,

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 27, v. 7.

¹⁹² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159, v. 6.

como o regime de bens e inexistência de separação de fato ou dissolução da sociedade conjugal.¹⁹³

Isto posto, a partir do Código Civil de 2002 o consorte sobrevivente ocupa espaço privilegiado na sucessão do falecido, o que implica consequências diretas no plano do Direito de Família, especialmente no tocante ao planejamento patrimonial do casal em vida, com a escolha do regime de bens a vigorar. Se antes da legislação atual o regime matrimonial era ferramenta eficaz para se afastar ou justificar a confusão patrimonial entre os consortes, o desafio de replicar tamanha ingerência no rumo do patrimônio próprio foi ampliado – senão quase impossibilitado – pelo sistema em vigor.

Sob essa perspectiva, tem-se, em suma, que antes do cônjuge ser considerado herdeiro necessário a opção pelo regime da separação convencional de bens afastava a comunicação patrimonial entre os consortes tanto em vida, como após a morte. A alteração da situação do viúvo na ordem sucessória – ainda que com finalidade diversa – acarretou efeitos colaterais no Direito das Sucessões: o pacto antenupcial, previamente ferramenta eficaz para expressar a vontade do casal em relação a organização patrimonial da família, passou a ser relativizado frente a imposição legislativa. É o que se passa, logo, a se analisar de forma aprofundada.

3.2. OS EFEITOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS NA SUCESSÃO

3.2.1 Direito de Família na Ordem Sucessória: A Eficácia do Pacto Antenupcial

Revisada a origem do regime da separação convencional de bens inserida no Direito brasileiro, bem como sua evolução dentro do ordenamento jurídico pátrio, até a constituição da concepção percebida pelo Código Civil de 2002, o encaminhamento da discussão à matéria sucessória é inevitável e pertinente. Muito embora tratem de esferas jurídicas distintas – Direito de Família e Direito das Sucessões –, o vínculo entre ambas é indissolúvel. A sucessão do cônjuge falecido é justamente ocasião em

¹⁹³ COMEL, Wilson J. Cônjuge Sobrevivente, Herdeiro Concorrente. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p.556, v. VI.

que há a aplicação das disposições relacionadas ao Direito de Família dispostas em vida. A matéria sucessória é mais do que adesiva à familiar, tendo em vista tratar da continuidade e do desfecho das relações contraídas em vida – tal qual o matrimônio.

Como fundamental consequência da alocação do cônjuge no rol de herdeiros necessários, está a afetação do sistema de regime de bens e a prerrogativa de liberdade de planejamento familiar patrimonial. Ambas questões são abarcadas pelo Direito de Família e revelam a expressão da autonomia privada nas relações familiares, de modo que seu exercício, conforme discorrido no primeiro capítulo, representa prerrogativa fundamental dos indivíduos.

Ao eleger o regime matrimonial que regerá a relação patrimonial entre os cônjuges, de forma solene e legítima, por meio do pacto antenupcial, os agentes automaticamente – e de forma consciente – dispõe sobre as regras que desejam ser aplicadas no caso de dissolução da sociedade conjugal, seja em vida ou em decorrência da morte. Há que se reconhecer que, muito embora regime de bens seja questão inserida e abordada pelo Direito de Família, como sua consequência direta está a partilha de bens em consonância com os preceitos inerentes ao regime eleito. Matéria, então, tratada pelo Direito Sucessório.

Dito isso, as decisões tomadas em vida pelos consortes geram implicações diretas no plano sucessório, formando uma conexão que permite a transição do debate proposto entre as esferas do Direito de Família e Direito das Sucessões. Segundo Luiz Paulo Vieira de Carvalho, a ordem sucessória chega a ter como própria finalidade a resolução de impasses de ordem previamente familiar:

Vale dizer que o Direito Sucessório tem também como escopo dirimir conflitos familiares no universo onde repousavam as relações íntimas e fraternas do agora falecido, bem como amparar determinadas pessoas, normalmente pertencentes a tal círculo, ao disciplinar e distribuir o patrimônio por aquele deixado, consoante a lei ou de acordo com sua última vontade. Propicia-se, com isso, a circulação de tais bens, e beneficia-se, em última análise, a própria sociedade.¹⁹⁴

¹⁹⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 20.

Não há que se falar em sistemas jurídicos apartados e desconexos quando se trata de família e sucessões: os fins dos regimes matrimoniais se estendem também após a morte, e “obrigam o legislador e o magistrado a reconhecerem que existe uma progressiva compenetração dos regimes com efeitos não só no direito familiar, mas também no direito sucessório.”¹⁹⁵ É proposital, portanto a íntima relação entre as duas facetas do Direito, sendo a própria instituição do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário a evidência do intuito do legislador de perpetuar a mescla entre o Direito de Família e Sucessório.¹⁹⁶

Essa afinidade desvela que a sucessão hereditária possui dois pilares centrais: a propriedade e a família. Considerando que é no âmbito das relações jurídicas patrimoniais que há a transmissão de bens, “bem como é a família que fornece os critérios para o estabelecimento da ordem da vocação hereditária, ou seja, para a escolha daqueles que serão os sucessores legítimos, necessários ou não.”¹⁹⁷ Nesse intelecto, a justificativa de ser do próprio Direito Sucessório está na busca de harmonia entre o Direito de Família e o Direito de Propriedade, porquanto a transmissão de bens *causa mortis* prevê a continuidade patrimonial, a proteção e coesão do instituto familiar.¹⁹⁸

Para Pontes de Miranda, o ato de suceder é sobrepor-se ao lugar que o outro tinha dentro de uma relação jurídica; “suceder é herdar, ou haver por legado, ou haver por deixa modal: supõe a morte de quem foi sucedido.”¹⁹⁹ O feito da sucessão é a continuação de uma relação jurídica existente em vida, incorrendo em efeitos de transmissão patrimonial após a morte, àquele cujo vínculo constituído e regido pelo Direito de Família lhe conferiu tal prerrogativa.

¹⁹⁵ WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115, v. 6.

¹⁹⁶ NETTO, Ernesto J. Silveira. *A Concorrência do Parceiro na Sucessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 69.

¹⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. A Sucessão do Cônjuge Casado no Regime da Separação Total Convencional de Bens. In: *Direito de Família e das Sucessões. Temas Atuais*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 466.

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Sucessório Brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. Revista de Direito de Família. n. 12. Porto Alegre: IBDFAM, jan/mar 2002, p. 65.

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, p. 179, v.1.

Como maneira de confirmar a indissociável ligação entre a opção dos consortes em vida sobre o regime matrimonial que seguirá gerando consequências após a morte, são estabelecidos pressupostos para que o cônjuge supérstite seja apto a adquirir a herança. De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o central pressuposto exigido pela legislação é a própria disposição do regime matrimonial: o art. 1.829, inciso I, que dispõe sobre a ordem de vocação hereditária, vincula o direito de concorrência do viúvo ao regime de bens escolhido pelo casal. Revelando que “o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão.”²⁰⁰

Eis o ponto chave: a relevância da intenção dos consortes ao optar pelo regime de bens e dispor legitimamente sobre a organização patrimonial familiar na ordem sucessória. Manifestada expressamente a vontade de impedir – ou permitir – a mistura de patrimônio entre si através do pacto antenupcial, o arbítrio do casal deve ser levado em conta para o afastamento ou aproximação do cônjuge sobrevivente na sucessão. É o que intendem os consortes quando optam pelo regime da separação convencional de bens.

A escolha materializada pelo pacto antenupcial, “negócio jurídico solene de direito de família, destinado especificamente às deliberações de conteúdo patrimonial entabuladas pelos consortes”,²⁰¹ acarreta efeitos em vida e *post mortem*. Quando da partilha de bens em vida, por divórcio, a eficácia do regime matrimonial da separação é plena e não há confusão patrimonial imposta pelo Estado contra a vontade das partes. Situação diversa se encontra, entretanto, quando se fala em partilha decorrente do falecimento de um dos consortes e a abertura da sucessão legítima, em razão da sua alocação como herdeiro necessário.

A redação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2002, que estabelece a ordem da vocação hereditária e regula, levando em conta o regime de bens eleito pelo

²⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro – Disposições Gerais e Sucessão Legítima. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336, v. VI.

²⁰¹ RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de Bens*. Na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

casal, como será deferida a sucessão do cônjuge, é complexa e invoca incontáveis debates jurisprudenciais e divergências de posicionamentos doutrinários – dificilmente compreendido por leigos.²⁰² Fato é, que, em sua literalidade, a legislação exige uma interpretação a *contrario sensu*,²⁰³ excetuando da concorrência cônjuges casados pelos regimes da a) comunhão universal; b) separação obrigatória de bens; e c) comunhão parcial, caso não haja bens particulares.

A separação convencional de bens, todavia, não é expressa como exceção, impulsionando maiores debates sobre sua eficácia *post mortem*. A imposição da concorrência do cônjuge casado por este regime, a partir da codificação contemporânea, encontra relutância frente a sua essência, que é “a completa separação do patrimônio dos cônjuges, nada tornando-se comum, inclusive aquilo que advém do esforço conjunto”.²⁰⁴

Inevitável diante da controversa disposição legal, dissidências judiciais levaram os Tribunais de Justiça regionais a decisões colidentes entre si. Como o Estado do Rio Grande do Sul, que, em um espaço de tempo inferior a um ano, se posicionou favorável e contra a concorrência do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens.²⁰⁵ As contradições jurisprudenciais não foram restritas aos Tribunais Regionais, sendo encontradas no próprio Superior Tribunal de Justiça. Em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1111095/RJ, em 2009, o Ministro Relator Carlos Fernando Mathias explicita seu posicionamento no sentido da possibilidade de afastar a concorrência da viúva na sucessão do falecido, com base

²⁰²TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159-160, v. 6.

²⁰³ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A Nova Ordem da Sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

²⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 168.

²⁰⁵ [...] O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação de bens (convencional ou obrigatória) não tem direito sucessório, quando em concorrência com os filhos. Precedentes jurisprudenciais do STJ. [...] (Agravo de Instrumento Nº 70050525773, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/09/2012).

INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM O FILHO. CABIMENTO. [...] 2. Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, a cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com o filho do casal aos bens deixados pelo falecido. [...] Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70054717319, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 21/05/2013).

na existência de pacto antenupcial materializado durante a vigência do Código Civil de 1916.

Neste caso concreto, o debate circunda a existência de pacto antenupcial legítimo no qual se elegeu o regime da separação convencional de bens pelos consortes, e testamento deixado pelo *de cujus* dispondo um sobrinho como herdeiro universal de seus bens – ambas escrituras públicas formalizadas sob a égide da legislação civil antiga. Como foi especificamente explanado no capítulo anterior, o Código Civil de 1916 não previa o cônjuge supérstite como herdeiro necessário, de modo que, não possuindo descendentes e ascendentes à época, a disposição de vontade final do falecido era válida quando efetivada. O consorte varão faleceu no ano de 2004, sendo que sua esposa veio a óbito poucos meses depois, e assim os herdeiros desta segunda habilitaram-se no processo de inventário daquele, a fim de receber a quota parte da herança reservada à cônjuge “sobrevivente”: herdeira necessária pela legislação em vigor no momento do falecimento.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, que teve por afastar a concorrência da consorte remanescente, *in casu*, reconheceu ambos pacto antenupcial e testamento atos jurídicos perfeitos e acabados. Assim, “não podem ficar a mercê das alterações legislativas futuras, e isto até sem ser necessário invocar-se a máxima *“tempus regit actum”*”. Mais, destacou-se que a “livre disposição dos bens, tanto no novel diploma quanto naquele revogado, sempre foi direito assegurado aos casados em regime de separação total de bens”, de modo que o testador estava no exercício de prerrogativa própria, não possuindo herdeiros necessários, quando dispôs da integralidade de seu patrimônio.²⁰⁶

Finalmente, do acórdão consta que a proteção destinada ao consorte pela nova alocação no direito das sucessões não deve prevalecer sobre a vontade dos indivíduos manifestada em vida e após a morte, uma vez que a) eleito o regime da separação convencional por pacto antenupcial; b) formalizado testamento pelo cônjuge; e c) a viúva não chegou a se habilitar no inventário nos primeiros meses após

²⁰⁶ STJ, 4ª Turma, REsp 1111095/RJ, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, j. 01.10.2009.

o falecimento do consorte, revelando implicitamente sua intenção de respeitar a separação de bens optada em vida.

Dentre os posicionamentos mais fervorosos na defesa da impossibilidade de se admitir o consorte casado pelo regime separatório com os descendentes do falecido, encontra-se o da Ministra Nancy Andrighi, que na oportunidade de Relatoria do julgamento do REsp 992.749/MS, também em 2009, fundou suas convicções na necessidade da interpretação sistemática das normas jurídicas. Essa compreensão impele que o art. 1.829, inciso I, da legislação civil, observe a autonomia privada dos indivíduos e sua autorresponsabilidade correspondente às consequências dos atos praticados em vida. Somado aos pressupostos da boa-fé e eticidade, o conjunto principiológico se sintetiza na prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa lógica sustenta a impossibilidade de previsão do Direito das Sucessões toldar a liberdade de pactuação do regime de bens garantida pelo Direito de Família Patrimonial, identificando o fenômeno sucessório como a “continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. A opção pelo regramento patrimonial é uma decisão conjunta dos consortes, e se estes não manifestaram a intenção de comunicar as esferas patrimoniais entre si – seja pela alteração do regime de bens em vida, por doação ou ainda testamento – não cabe nem ao legislador, nem ao julgador alterar tal perspectiva. Segue a Ministra Nancy Andrighi:

Haveria, indubiosamente, 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.²⁰⁷

A boa-fé objetiva, ao seu turno, se traduz na lealdade das partes em se manter fiel àquilo que se comprometeram de forma lícita e livre em vida. Pelo princípio da exclusividade, este ato de liberalidade é protegido de interferência externa, tanto de

²⁰⁷ STJ, 3ª Turma, REsp 992.749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 01.12.2009.

terceiros como do próprio Estado. O que é afirmado pelo art. 1.687 do mesmo diploma legal,²⁰⁸ que garante liberdade de administração dos seus bens àqueles casados pelo regime da separação convencional. Dito isso, a imposição de confusão patrimonial entre os consortes nestes casos “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.”²⁰⁹

Neste mesmo julgado, foi admitido que a expressão “separação obrigatória de bens”, constante do dispositivo da vocação hereditária, é gênero que abarca duas espécies: a separação legal e a separação convencional. Desta forma, o cônjuge casado pelo regime da separação, independentemente se imposto por lei ou escolhido livremente, não é considerado herdeiro necessário. Este específico argumento destoa dos conceitos elaborados pela doutrina clássica e contemporânea: a distinção entre a separação obrigatória e convencional é incontroversa.²¹⁰

O regime da separação legal é imposto pelo Código Civil nas hipóteses de casamento a) sem observância das causas suspensivas; b) de pessoas maiores de setenta anos; e c) de pessoas que dependam de suprimento judicial para casar. Na separação obrigatória vigora a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal que provoca a comunhão de aquestos entre os consortes, e faz com que “a separação só realmente absoluta quando convencional e desde que assim seja estipulado pelos interessados.²¹¹ Não há que se falar, portanto, em equivalência entre a disposição patrimonial entre a separação convencional e obrigatória para fins de partilha.²¹²

Ademais, a exclusão do cônjuge da concorrência na herança do falecido, quando imposto o regime da separação de bens por força da lei, se justifica pela comunicação de patrimônio durante o matrimônio – meação –, na forma sumulada.

²⁰⁸ Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

²⁰⁹ REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

²¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 173, v. 6

²¹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*. Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

²¹² CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 187.

Não ocorrendo o mesmo no caso de vigência da separação de bens convencional, onde o viúvo não tem direito a participação no patrimônio do consorte. Assim, “mantém-se a ideia antes deduzida, no sentido de que o espírito da codificação é trazer a premissa de que o cônjuge ou meia ou herda os bens do falecido”.²¹³

No ano de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o posicionamento que prevalece até os dias atuais, no julgamento do Recurso Especial nº 1472945/RJ, com relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Em consonância com o Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil,²¹⁴ foi uniformizado o entendimento jurisprudencial de que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens concorre na sucessão do falecido. Independentemente de ter agrado ou não os operadores do direito, a uniformização foi medida necessária para conferir segurança jurídica aos cidadãos, que até então não sabiam ao certo o regramento que seria aplicado na prática.

Como alicerce da decisão, encontra-se a intenção de proteção do cônjuge sobrevivente, de sorte que o afastamento de sua condição de herdeiro necessário revelaria o retrocesso social, movimento inadmissível a ordem jurídica. Como base jurídica, é trazido o teor do art. 1.511 da codificação vigente,²¹⁵ que prevê a comunhão de vida plena entre os consortes, que invocaria, implicitamente, a comunicação de patrimônio *post mortem* com a inclusão do viúvo como herdeiro necessário.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva explana que os efeitos do pacto antenupcial vigoram no curso do matrimônio com a finalidade de administração do patrimônio do casal e comunicação de bens – ou não – em vida entre o casal. O contrato matrimonial não se estenderia, no entanto, no plano sucessório, quando o fato gerador da partilha de bens é considerado a morte de um dos cônjuges, e não o fim da vida em comum. E sustenta:

²¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 172, v. 6.

²¹⁴ 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 possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

²¹⁵ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Logo, não merece acolhida a tese de que o regime de bens seria extensivo após a morte, em uma espécie de ultratividade do regime patrimonial, que teria uma suposta eficácia póstuma. É que a sociedade conjugal, por força expressa do art. 1.571, I, do Código Civil, extingue-se com o falecimento de um dos cônjuges, incidindo, a partir daí, regras próprias, à luz do princípio da especialidade, previstas no Livro V do Código Civil - que abrange o Direito das Sucessões.²¹⁶

Nessa seara, é aplicada a máxima de hermenêutica de que o intérprete da lei não pode restringir o que a lei não excepcionou, com base no art. 2º da Constituição Federal. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery compartilham a visão de que não há possibilidade interpretação diversa do dispositivo legal. Em que pese entendam que a redação da lei foi influenciada por uma decisão política que afronta a finalidade do regime jurídico da separação de bens, inexistente espaço para interpretações legislativas que afastem a concorrência do viúvo quando casado pelo regime da separação convencional de bens: “não há como escapar-se da interpretação restritiva da expressão “separação obrigatória de bens”.²¹⁷

Nessa via, a concorrência do consorte casado pelo regime da separação de bens é o posicionamento predominante na doutrina e no Tribunal Superior. Por outra banda, compartilha-se o ponto de vista de que se trata de uma falha na legislação,²¹⁸ conquanto não corresponde à vontade legítima dos indivíduos na satisfação do seu projeto de vida privada.

Para Miguel Reale, idealizador do Código Civil de 2002, é inevitável reconhecer a inconsistência de se admitir a concorrência daquele casado pelo regime da separação convencional, porquanto o art. 1.687, que prevê o próprio regime, seria esvaziado de sentido. Sob esse viés, a interpretação da legislação não pode afastar a unidade sistemática, e, entre as opções de leitura do dispositivo legal, deve-se optar pela que interpreta os artigos de maneira complementar, que atende à exegese jurídica.²¹⁹

²¹⁶ STJ, 3ª Turma, REsp 1472945/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014.

²¹⁷ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1322.

²¹⁸ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A Nova Ordem da Sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106.

²¹⁹ REALE, Miguel. *O Cônjuge no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/artigos/conjncc.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Nessa perspectiva, tem-se a ordem de sucessão como um efeito desejado e consciente dos nubentes quando escolhem o regime de bens por meio do pacto antenupcial, ou aceitam – quando optam pelo regime legal. A imposição do cônjuge como herdeiro necessário quando casado pelo regime da separação convencional anula o sentido e o desígnio do regime matrimonial. A imposição da concorrência afronta diretamente a liberdade de escolha dos consortes, e conseqüentemente o princípio da liberdade, que está inserido no preceito de dignidade da pessoa, pois priva a livre organização do projeto de vida privada e familiar de cada indivíduo.²²⁰

A organização familiar, ao seu turno, é fundada na auto disposição de seus membros é inspirada na liberdade e na criação, seio da realização de sonhos e projetos de vida.²²¹ Evidenciada, portanto, a relação entre a opção feita pelos consortes levada a efeito pelo pacto antenupcial, com a realização do seu planejamento perpetrado após a morte, pois “o tipo de regime de bens adotado interfere no direito sucessório do cônjuge (quando concorrer com descendentes).”²²²

Isto posto, a concorrência impositiva do viúvo casado pela separação convencional de bens revela afronta direta a autonomia privada dos indivíduos e sua prerrogativa de auto disposição. A própria formação conceitual da família eudemonista desvenda situações de reconstituição familiar, nas quais não há nenhuma intenção de que o patrimônio de um consorte se transfira para o outro núcleo familiar:

Sendo corriqueira no mundo em que vivemos a ocorrência da reconstituição familiar (famílias ensambladas), preocupa-nos, a mais não poder, a violação da autonomia privada de quem casou no regime de separação absoluta para nada comunicar com o consorte, porque tencionou deixar o patrimônio para os filhos (que não são descendentes do consorte), e, posteriormente ao óbito, tem a sua vontade ignorada pelo sistema, por conta de uma atávica necessidade de distribuir patrimônio para quem casou. Como se o casamento tivesse de produzir efeitos patrimoniais.²²³

²²⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136-138.

²²¹ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Disponível em: http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017.

²²² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315, v. 6.

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Sucessões. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 253, v. 7.

Ainda, não é apenas a configuração familiar que sofreu mutações com a contemporaneidade. Passível de se perceber que o instituto do casamento perpétuo está em crise, “não o casamento em si, pois as pessoas das gerações mais novas continuam se casando e cada vez mais, mas aquele modelo tradicional, cativo no tempo, indissolúvel, está em derrocada.” Essa nova percepção de matrimônio revela maior adesão dos consortes a independência econômica, e a opção pelo regime da separação convencional de bens, que em sua essência é o que melhor atende tais expectativas – entretanto frustradas no âmbito da sucessão.²²⁴

De toda forma, “irrelevante os motivos que levaram o casal a optar por referido sistema, inclusive tendo por base a sua autodeterminação aqui manifestada”. Fato é, que a essência do regime eleito prevê a existência de duas massas patrimoniais isoladas que permanecem incomunicáveis, por opção dos consortes. A situação imposta atualmente pelo Código Civil provoca uma quebra da coerência axiológica do sistema jurídico, diante de, “concomitantemente, ser reconhecida aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e a eles ser negada essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade do mesmo *post mortem*.”²²⁵ A contradição é visível.

Na mesma linha, reforça-se a posição de que, não havendo manifestação em vida da intenção de promover a confusão patrimonial entre os consortes, não há que se falar em imposição por força de lei. Isso porquê os indivíduos escolhem o regime da separação de bens livre e legitimamente, exercendo uma prerrogativa conferida pela legislação. Inexistindo comunicação de bens “por vontade dos cônjuges durante a constância do casamento, assim, não faria sentido, após a morte de um dos cônjuges permitir a comunicação de tais bens através do recebimento dos mesmos a título de herança.”²²⁶ Trata-se de respeitar a esfera particular regida pela liberdade dos consortes, momento em que se converge o conteúdo abordado nos capítulos anteriores.

²²⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159, v. 6.

²²⁵ COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124.

²²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170-171, v. 7.

Se a preocupação do Estado é a proteção do cônjuge na viuvez, tem-se que a imposição da concorrência a todo custo, até mesmo quando manifestada intenção contrária pela eleição do regime matrimonial, ultrapassa os limites aceitáveis de interferência na vida privada dos indivíduos. Explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que o respeito à eficácia do pacto antenupcial no plano sucessório não deixaria, de modo algum, o cônjuge desprotegido:

Primus, porque se o outro consorte deseja ampará-lo materialmente, garantindo um patrimônio básico ao outro, poderá se valer de testamento ou doação em seu favor – o que, uma vez mais, respeita a sua vontade. *Secundus*, por não se poder esquecer que o regime de bens foi escolhido recíproca e voluntariamente, pela deliberação de ambos, que manifestara, expressamente, a vontade de nada comunicar patrimonialmente.²²⁷

Por assim ser, a própria relevância da eficácia dos termos pactuados legitimamente entre os nubentes, em vida, reside na prevenção de conflitos sucessórios. “Em geral, os litígios no âmbito matrimonial tendem a ser sempre mais graves quando existe patrimônio em jogo.”²²⁸ À vista disso, o respeito à vontade dos indivíduos influi diretamente na maneira na qual a sua sucessão será levada a efeito: se litigiosa ou harmoniosamente. E, atualmente, a independência econômica entre os consortes tem sido uma opção bem recebida pela sociedade, no intento de desembaraçar o processo sucessório que, por si, já é doloroso.

Por esse ângulo, observa-se que o Código Civil de 2002, ao instituir o cônjuge como herdeiro necessário e estabelecer a ordem da vocação hereditária, sem excetuar aquele casado pelo regime da separação convencional, coloca o indivíduo em uma “sinuca”. Não há remédio na legislação atual para evitar a confusão patrimonial entre consortes após a morte. Sobre tal circunstância reflete Euclides de Oliveira que:

O concurso hereditário, naquela espécie de regime de bens, faz-se de rigor, como norma de ordem pública. Nem seria possível estabelecer, no pacto antenupcial, regra coibitiva de concurso na herança: primeiro, porque é nula a convenção ou cláusula dela que contradiga disposição absoluta em lei (art.

²²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 256, v. 7.

²²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313, v. 6.

1.655 do Código Civil); segundo, porque o pacto antenupcial somente pode dispor sobre comunicação ou não comunicação de bens no curso do casamento, bem como regras de sua administração, sem que seja possível avançar em outras searas, como a do direito sucessório; terceiro, porque, em se cuidando de convenção sobre herança de pessoa viva, caracterizando pacta corvina, seria patente sua invalidade dos termos do art. 426 do Código Civil (a repisar quanto dispunha o art. 1.089 do Código revogado).²²⁹

A saída, então, transparece ser a valorização da vontade dos consortes expressada pela eleição do regime de bens, de modo a garantir a eficácia do pacto antenupcial no Direito Sucessório. Indaga-se, assim: por quê a insistente reticência em aceitar a liberdade negocial dos cônjuges acerca do conteúdo patrimonial disposto no contrato matrimonial?

A sociedade dá passos para a libertação de uma visão unilateral com regras impostas, para uma sociedade inspirada na regulação por uma ordem advinda de contratos negociados. E, nesse rumo, se reconhece que “quem fala bilateral negociado, fala em espaço para a expressão das individualidades e, portanto, em recuo dos atos de autoridade.” Essa organização familiar que se busca, fundada na auto disposição de seus membros, é inspirada na liberdade e na criação, e é seio da realização de sonhos e projetos de vida.²³⁰

3.2.2 A Relativização da Posição de Herdeiro Necessário pelo Princípio da Autonomia Privada: a Força Negocial como Fonte de Direito

Identificada, pois, a predisposição da sociedade contemporânea em afirmar a liberdade de projeção de vida particular, especialmente na seara familiar, de onde se originam as relações mais íntimas, tem-se que a imposição legislativa atual não corresponde aos seus anseios. A impossibilidade de dispor sobre a organização patrimonial dentro da esfera matrimonial, para que surjam seus devidos efeitos após a morte, abre portas para uma demanda crescente de consortes que buscam soluções que mais se ajustem a fazer valer sua vontade.

²²⁹ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A Nova Ordem da Sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106.

²³⁰ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Disponível em: http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017.

Movimento natural diante de um sistema legislativo que não atende este interesse em específico, foram apresentados dois Projetos de Lei cujo objeto previa a alteração na posição do cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Ambas previsões conferiam eficácia à escolha dos consortes que optaram em vida pela não comunicação patrimonial, através do regime da separação de bens.

O Projeto de Lei nº 4.775 foi apresentado em 2005 pelo deputado José Borba, e sugeriu a alteração da redação do art. 1.829, inciso I, do Código Civil, para que a expressão “separação obrigatória de bens” fosse substituída por apenas “separação de bens”, de modo que quando eleito o regime a concorrência do viúvo seria afastada, como ocorre na comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares. A justificativa foi fundamentada, na já abordada perspectiva, de que a concorrência do consorte quando casado pelo regime da separação patrimonial esvazia de sentido o próprio regime matrimonial, que prevê isolamento dos respectivos patrimônios, conforme o art. 1.687 da codificação. Dessa forma, a alteração legislativa representaria “medida de respeito ao princípio da unidade sistemática do Código, preservação do instituto da separação de bens e aos princípios constitucionais da liberdade, razoabilidade e dignidade”.²³¹

Em que pese a válida tentativa, o Projeto foi arquivado antes de ser levado a votação por razões procedimentais, em 2007, com o afastamento da Deputada alocada como relatora substituta. Ainda em 2007, o Deputado Max Rosenmann, identificando a permanência do impasse, apresentou o Projeto de Lei nº 1.792,²³² que reiterou o texto proposto pelo Projeto nº 4.775/05. Contudo, a medida também foi arquivada sem gerar a alteração legislativa intencionada.

Subsistente a dificuldade sobre a imposição da concorrência do consorte casado pelo regime da separação de bens, as tentativas de modificar a letra da lei em um espaço de tempo inferior a dez anos de vigência do Código Civil, revelam o

²³¹ Projeto de Lei nº 4.775, de 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4336285A253B543D67119B92520FCCBD.node2?codteor=277581&filename=Avulso+-PL+4775/2005. Acesso em: 28 dez. 2017.

²³² Projeto de Lei nº 1.792, de 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=363211>. Acesso em: 28 dez. 2017.

movimento de inconformidade com a inovação na seara sucessória. Sem sucesso, no entanto, de se dirimir a problemática através de alteração legislativa, outras saídas são consideradas, na ávida tentativa de fazer valer a incomunicabilidade patrimonial.

Para Karime Costalunga, a solução encontrada que mais se aproxima dos efeitos desejados por aqueles que elegem o regime da separação de bens, é a feitura de testamento. Neste caso, deve ser respeitada a parcela disponível ao testador, porquanto o cônjuge permanece na condição de herdeiro necessário concorrente da herança legítima. Assim, “há a possibilidade de que a autonomia manifesta no pacto antenupcial pelos cônjuges seja em parte respeitada: ao testador será então assegurada a possibilidade de dispor, ainda que parcialmente, que os bens não sejam deixados ao cônjuge sobrevivente.”²³³

Observa-se, contudo, que tal hipótese não garante a eficácia do contrato matrimonial em si. Apenas procura, por meio da disposição de última vontade do testador, aproximar o efeito de isolamento patrimonial entre os consortes na ocasião do falecimento de um, o que ocorre, todavia, parcialmente, em razão da manutenção do consorte como herdeiro necessário.

Por outro lado, se reconhecida a necessidade de interpretação sistemática do Direito, mantendo a coerência axiológica do Código Civil – entre Direito de Família e Direito das Sucessões –, tem-se no plano hermenêutico campo fértil para interpretações que levam à eficácia o contrato matrimonial. Isso porquê a leitura da norma tem como critério a dignidade da pessoa humana, princípio no qual se insere a liberdade negocial, por meio da autonomia privada, e conseqüente auto responsabilidade. Sem uma interpretação do art. 1.829, inciso I, da codificação contemporânea, que respeite os efeitos do regime da separação de bens, há manifesta distorção da finalidade econômico-social do pacto antenupcial.²³⁴

²³³COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-140.

²³⁴ REALE, Miguel; MARTINS COSTA, Judith. Parecer: Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 6, p. 205-228, out./dez. 2005. P. 214.

Trata-se de convalidar a unidade lógica do sistema jurídico; a antes trabalhada interpretação sistemática do Direito de Família e do Direito das Sucessões. O processo sistemático leva em conta o sistema em que a norma está inserida, promovendo sua leitura juntamente com as demais normas que dispõe sobre o mesmo objeto. Uma das tarefas centrais da ciência jurídica, inclusive, é o estabelecimento das conexões sistemáticas existentes entre as normas.²³⁵ Por conseguinte, a leitura do dispositivo legal que prevê a ordem da vocação hereditária não pode ser feita de forma isolada, mas deve levar em conta a previsão legal do próprio regime da separação convencional, constante do art. 1.687.²³⁶

Além do que, destaca-se a pessoa, tida como valor-fonte central no topo da hierarquia dos demais valores que são instituídos e projetados a partir do indivíduo. É, portanto, critério objetivo e primordial para a condução da ordem jurídica. Dessa maneira, são injustas todas as ordens sociais que desconsiderem aquilo já adquirido pelos indivíduos ao longo dos ciclos históricos vivenciados.²³⁷

Nesse aspecto, muito se fala na impossibilidade de relativizar a posição do cônjuge como herdeiro necessário, em razão de possível retrocesso frente ao direito protetivo adquirido pelo viúvo, quando elevada sua condição na ordem sucessória,²³⁸ pois a medida afastaria a função social que reveste o artigo.²³⁹ Olvida-se, todavia, que ao tratar a condição como absoluta, acima de todo o poder de auto disposição dos nubentes, há latente retrocesso diante dos direitos individuais relacionados a autonomia privada dos consortes na sua esfera familiar.

Se antes o pacto antenupcial, com a possibilidade de opção pelo regime da separação de bens, era ferramenta eficaz para a incomunicabilidade patrimonial entre os consortes – tanto em vida, como após a morte –, a interpretação que impõe a

²³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

²³⁶ COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 141.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

²³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 217.

²³⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 266.

confusão de patrimônios pela condição de herdeiro necessário do viúvo tolda, grossamente, a liberdade de contratação matrimonial e sua conseqüente eficácia. É, então, a autonomia privada, uma conquista impostergável da civilização. “Isto é, o poder que tem cada homem de ser, agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse [...], pois o Direito é sincrônico com todas as formas de vida social.”²⁴⁰

Considerando, então, que “a essência do *ius privatum* é a autonomia privada, autorização da ordem jurídica para que o indivíduo realize e desenvolva sua vida privada com liberdade (*lex privata, lex contractus*),” os contratos de ordem privada realizados entre os consortes encontram seu limite “diante das proibições legais (*gesetzliche Verbote*) e valores vinculantes estabelecidos (*verbindliche Wertvorstellungen*) imperativamente pela lei (*ius cogens*), como bons costumes (*boni mores*) e boa-fé (*bona fides*).”²⁴¹ Respeitados, enfim, estes *standards*, imprescindível resguardar os termos legitimamente pactuados entre os partícipes da relação.

Dito isso, verifica-se a eleição do regime da separação convencional de bens através do contrato matrimonial, objeto legítimo levado a termo por um pacto privado. A relativização de sua eficácia *post mortem*, pela comunicação patrimonial, só se justifica se considerado o dispositivo que prevê o consorte como herdeiro necessário uma norma inflexível.

A partir da instituição da codificação atual, e da vigência do art. 1.845, os efeitos do regime da separação convencional de bens passam a afrontar disposição normativa, em vista de que a essência do regime não permite a confusão patrimonial, e afastaria o cônjuge da condição de herdeiro privilegiado. Há evidente conflito no conteúdo das normas. Deve-se, pois, voltar à leitura do dispositivo que defere a sucessão legítima, a fim de se perceber que sua interpretação revela não ser absoluta a condição do cônjuge como herdeiro necessário.

²⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 179.

²⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

A flexibilização identificada no dispositivo legal se dá pela previsão de hipóteses de afastamento de herança do consorte sobrevivente. No regime da comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente recebe a meação dos bens comuns do casal, e concorre apenas na existência de bens particulares. Isso significa que, não havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro da parcela correspondente a meação do falecido – seu patrimônio particular do *de cuius* –, apenas meeiro.

Explica Wilson J. Comel, que eventual direito de herança do viúvo na parcela de meação do falecido, seria medida injusta, pois “em vez de assegurar a igualdade entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes dos bens particulares, desequilibra a balança em favor desse outro não adentrar na meação do *de cuius*”.²⁴² Sendo assim, inexistentes bens particulares, tendo o falecido apenas adquirido patrimônio quando da vigência do matrimônio, recebe o consorte o que tem direito a título de meação, não concorrendo com os descendentes pela ordem da vocação hereditária.

O mesmo ocorre no regime da comunhão universal de bens. O cônjuge sobrevivente possui meação da totalidade do patrimônio, e não é herdeiro da parcela particular do *de cuius*. Ou seja: em ambas hipóteses o viúvo recebe aquilo que já é de sua propriedade, em virtude do regime matrimonial escolhido, uma vez que a meação é a atribuição “dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam (em planos diferentes) para construir o patrimônio que – por ocasião da dissolução da sociedade conjugal – (divórcio, separação judicial, morte e anulação) deverá ser partido ao meio, meado.”²⁴³

Sobre dita relativização da posição do consorte na sucessão, Dimas Messias de Carvalho alerta que “a qualidade de herdeiro necessário, nem sempre lhe imprime o direito à herança”, de modo que as exceções encontradas no dispositivo legal

²⁴² COMEL, Wilson J. Cônjuge Sobrevivente, Herdeiro Concorrente. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p.561, v. VI.

²⁴³ NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão Legítima no Novo Código Civil. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p.571, v. VI.

mantêm os filhos “sendo os herdeiros necessários por excelência”.²⁴⁴ Há, então, no próprio Código Civil, hipóteses em que o consorte é afastado da qualidade de herdeiro necessário, admitindo exceções à regra – que se revela norma não absoluta. A partir desta composição, que desvenda a possibilidade de relativizar a posição do viúvo na ordem de vocação hereditária, remonta-se o caminho para que igual flexibilização resulte de estipulação contratual legítima entre os consortes: a força negocial.

Uma vez escolhido o regime da separação convencional de bens, que, conforme discorrido anteriormente, representa a não comunhão patrimonial – historicamente, em nenhuma hipótese –, como pode o Estado, garantidor da dignidade da pessoa humana, em evidente afronta ao princípio da autonomia privada, impor a expressamente evitada mistura de patrimônios entre os consortes? A força negocial como fonte de Direito, para o exame da possibilidade de afastamento da condição de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente, se apresenta como uma saída interessante.

A construção dessa linha de pensamento recebe forte embasamento pelos estudos de Miguel Reale. Segundo exprime o doutrinador, existe no sistema jurídico normas particulares, que advém de um negócio jurídico, de um contrato, constituindo o poder negocial das partes, uma força geradora de normas jurídicas.

O reconhecimento da força negocial entre os indivíduos perfilha, “pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades.” A autonomia privada é, em última análise, uma conquista de valor inestimável e impostergável da civilização, “o poder que tem cada homem de ser, agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse”, porque o sistema jurídico é simultâneo às formas de vida social.²⁴⁵

²⁴⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 259.

²⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 179.

Nestes termos, a fonte negocial do Direito se dá como a convergência dos elementos: a) manifestação de vontade de pessoas legítimas; b) forma de querer que não contrarie a forma exigida em lei; c) objeto lícito; e d) devida proporção entre os partícipes da relação jurídica, que traduz a ideia de igualdade entre os contratantes. Observados os componentes determinantes, os modelos jurídicos de ação vinculam os indivíduos à prática de direitos e deveres legitimamente pactuados, “a fim de melhor atender às múltiplas e imprevistas exigências da vida contemporânea.”²⁴⁶

Há de se reconhecer que os sistemas de obrigações e prerrogativas de origem contratual – avençadas de forma privada entre as partes – melhor correspondem aos anseios e necessidades dos interessados. É pela fonte negocial, que confere força normativa entre os contratantes, que estes podem pactuar como melhor entenderem seus interesses, bem como encaminhar a solução de impasses segundo as diretrizes escolhidas. Heleno Taveira Tôrres, na mesma linha de compreensão, explana que:

Nesse desvelamento de princípios e conceitos constitucionais aplicáveis ao direito privado, a autonomia privada descortina-se como um princípio do direito constitucional civil, que consiste no poder atribuído pela Constituição às pessoas, individual ou coletivamente, para determinar consequências jurídicas em decorrência de comportamentos assumidos livremente. Ou, de um modo mais objetivo, como o poder conferido constitucionalmente aos particulares para que esses possam criar normas jurídicas, visando à constituição de situações jurídicas, fundando direitos subjetivos sobre bens disponíveis, sob tutela e garantia do Estado.²⁴⁷

Nessa perspectiva, o exercício da autonomia privada como fonte de direitos e deveres a que os contratantes passam a estar subordinados, é prerrogativa conferida e assegurada aos indivíduos pelo Estado, através de previsão constitucional. É o Poder Público atribuindo capacidade normativa aos particulares, que converge com a própria definição de pacto antenupcial e seus efeitos contratuais trabalhados nos capítulos anteriores. Se o Estado “detém o monopólio dos meios de declaração e de atuação do direito”, o mesmo não ocorre com a criação do direito, cuja prerrogativa é também estendida aos particulares.²⁴⁸

²⁴⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 180.

²⁴⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo dos Particulares e os Limites da Intervenção Estatal. In: *Direito e Poder*. Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Tôrres (Coord). Barueri: Manole, 2005, p. 567.

²⁴⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo dos Particulares e os Limites da Intervenção Estatal. In: *Direito e Poder*. Nas instituições e nos valores

Seguindo essa linha de inteligência, admite-se a existência, no plano jurídico, de normas particulares, e estas “vinculam determinadas pessoas, como as que compõem um negócio jurídico, um contrato.”²⁴⁹ Como poder conferido pela Constituição Federal aos indivíduos, conseqüentemente, a autonomia privada é considerada também fonte de normas, de feito que eventual interveniência do Estado no âmbito do que foi convencionado legitimamente pelas partes, só pode ocorrer justificadamente.

Ainda, sob esse prisma, tem-se que entre as normas denominadas particulares, estão as normas negociais e, dentre estas últimas, as normas contratuais, estabelecidas pelas cláusulas pactuadas pelos participantes da relação jurídica. O reconhecimento da força normativa advinda das avenças entre particulares é, por conseguinte, medida precisa na vigência de todo e qualquer ordenamento jurídico. Isso se dá em razão de que “será sempre necessário reconhecer, pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades.”²⁵⁰

Diante deste panorama, resta ao legislador o poder de estabelecer as formas e “as condições e os requisitos para o exercício da autonomia da vontade, na constituição de negócios jurídicos e outros, mediante a eleição de critérios que não de ser satisfeitos pelos interessados.”²⁵¹ Mas, atendidos os pressupostos instituídos pela legislação, sendo o negócio jurídico legítimo quanto à sua forma e conteúdo, não há que se cogitar o cerceamento de seus efeitos pelo ente.

Especificamente no âmbito do Direito das Sucessões, a prevalência da intervenção mínima do Estado é substancial como forma garantidora do exercício das liberdades individuais. Ainda mais quando o debate circunda o regime patrimonial que

do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Tôres (Coord). Barueri: Manole, 2005, p. 577.

²⁴⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 137.

²⁵⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 179.

²⁵¹ TÔRRES, Heleno Taveira. *O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo dos Particulares e os Limites da Intervenção Estatal*. In: *Direito e Poder. Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Tôres (Coord). Barueri: Manole, 2005, p. 584-585.

vigorará e seus efeitos, pois não são verificados, em tais situações, interesse público capaz de legitimar a ingerência do poder público.²⁵² Observa-se, nesse ínterim, o Direito Sucessório como esfera consideravelmente aberta, até mesmo democrática, em relação aos demais aspectos abarcados pelo Direito Civil, de maneira que a eficácia daquilo pactuado legitimamente em vida prevalece – ou deveria prevalecer – , *post mortem*.²⁵³

Dessarte, se o pacto antenupcial observa as formalidades exigidas pela lei, passando, inclusive, pelo crivo do Poder Público, quando realizada a habilitação dos nubentes ao casamento, e respeitada a forma de escritura pública do contrato matrimonial, passível de se admitir a validade e legitimidade do negócio. Por outro lado, no que concerne a licitude do objeto daquilo que é avençado, tem-se que o regime da separação convencional é uma opção conferida aos consortes pela própria legislação. E sua definição implica o isolamento absoluto das massas patrimoniais entre as partes, objeto também disposto em lei e ratificado historicamente. Verificados, pois, os critérios que conferem aptidão ao contrato matrimonial a gerar efeito normativo sobre as partes.

Sob essa perspectiva, considerada a força negocial capaz de engendrar direitos e deveres àqueles partícipes da relação jurídica, uma das consequências do poder de auto disposição dos consortes é o afastamento, legitimamente consentido, da ordem da vocação hereditária do cônjuge falecido. Esse distanciamento da posição de herdeiro necessário se dá pelas próprias implicações da eleição do regime da separação de bens, que, convencionalmente, prevê a não confusão patrimonial entre os casados – em qualquer hipótese. Assim, constatada a condição de herdeiro necessário uma posição não absoluta, sendo a norma relativizada pelo próprio ordenamento jurídico, parece que a flexibilização do dispositivo pela força negocial dos indivíduos, capaz de gerar e fazer valer direitos e deveres, é legítima e suficiente para tal.

²⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 253, v. 7.

²⁵³ BORGHI, Hélio. O Novo Código Civil e as Inovações no Direito das Sucessões. In: *Família e Sucessões. Doutrinas Essenciais. Direito das Sucessões*. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 348, v. VI.

Atenta-se, de igual maneira, à disposição normativa que proíbe o pacto sucessório no Direito Civil brasileiro. O art. 426 da codificação veta qualquer contrato que tenha por objeto “herança de pessoa viva”. O chamado *pacta corvina* é caracterizado por dois essenciais elementos, verificados simultaneamente, segundo objetiva José Fernando Simão:

Que a coisa objeto do contrato consista na totalidade ou em parte de uma sucessão futura e que, em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre esta herança. Além disso, em se tratando de herança de terceiro (não dos contratantes), é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação.²⁵⁴

São, portanto, nulos contratos que dispõem de herança futura. Não são, contudo, matéria e elementos encontrados no pacto matrimonial e seu possível efeito no Direito das Sucessões. O que se vislumbra pela eficácia do contrato antenupcial na ordem sucessória, com conseqüente capacidade normativa a ponto de afastar o consorte da condição de herdeiro necessário, é a relativização do dispositivo legal pela prevalência de outra norma: o art. 1.687 do Código Civil. É, em essência, a garantia de que o regime de bens eleito gerará os efeitos desejados, bem como ocorria até o advento da codificação contemporânea.

Nessa senda, cumpre ao Direito se preocupar em atender os anseios emanados da sociedade. E se um dos pressupostos da fonte negocial é a existência de proporcionalidade entre os participantes da relação jurídica, que inclui o conceito de igualdade na reflexão proposta, eis que a mesma ideia de igualdade, quando transportada à seara privada dos cônjuges, releva a maior propensão de escolha pelos regimes de separação de patrimônio entre os casais.

Essa tendência, ao seu turno, se justifica pela independência econômica buscada pela família contemporânea, considerando, inclusive, o novo perfil insubmisso da mulher no núcleo familiar.²⁵⁵ O cuidado do plano jurídico com a realidade social, e com as demandas dali oriundas, coloca o Direito como uma das

²⁵⁴ SIMÃO, José Fernando. *Análise das Regras do Contrato de Sociedade Quando da Morte dos Sócios e a Vedação de Existência de Pacto Sucessório*. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/download/780/650. Acesso em: 20 dez. 2017.

²⁵⁵ WALD. Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115.

essências do “espírito humano em seu incessante processo de objetivação ordenadora e racional do mundo em que vivemos, representando “sistemas de respostas sucessivas” aos problemas que se põem através da história.”²⁵⁶

Dessarte, as mudanças legislativas aderidas ao plano sucessório não são “puras e simples inovações *per se* desse ramo da civilística moderna e pós moderna, constituem reflexos de situações fáticas ocorrentes no complexo social e de compartimentos da própria ordem jurídica.”²⁵⁷ O Direito das Sucessões deve, portanto, ser orientado pelas demandas e interesses da sociedade em sua configuração contemporânea.

Nessa trilha, impende atentar que a estrutura familiar quando da elaboração do Projeto de Código Civil, não corresponde a organização atual; as aspirações e ânsias se alteraram e requerem do plano jurídico soluções à altura de seus interesses. É o trajeto reflexivo traçado por José Fernando Simão, que admite que a manutenção do cônjuge como herdeiro necessário, sem hipóteses de exceção, ocasiona sentimento de injustiça quando da eleição do regime da separação de bens:

A família imaginada pelo Projeto de Código Civil da década de 1970 é muito diferente daquela que recebeu a norma quando aprovada a lei. Passaram-se 30 anos e o sistema reconheceu o divórcio como extinção do vínculo conjugal, flexibilizando completamente suas regras (vide a Emenda Constitucional 66 e 2010, que aboliu os prazos para o divórcio direto e indireto). Para esta família, em tempo de modernidade líquida, a regra do art. 1.829, I, conjugada com a do art. 1.845 que institui o cônjuge como herdeiro necessário, sofreu repúdio doutrinário e sua interpretação verdadeira “ginástica” do STJ para evitar sua aplicação.²⁵⁸

A possibilidade de que o cônjuge deixe o rol de herdeiros necessários é cogitada. Flávio Tartuce coloca que a implantação do sistema atual de concorrência no regime da separação de bens instigou confusão doutrinária e jurisprudencial, pois o Direito Sucessório passou de um sistema simples, para um modelo extremamente complexo, de difícil compreensão aos operadores do direito e, fundamentalmente, aos

²⁵⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.

²⁵⁷ NORONHA, Carlos Silveira. Reflexões Doutrinárias Acerca do Direito das Sucessões. In: *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões: em tempos de modernidade e pós modernidade*. Carlos Silveira Noronha (Org.). Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 13.

²⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. *Premissas para a reforma do Direito Sucessório? Parte III*. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Premissas%20para%20a%20reforma%20do%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20?%20Parte%20III%20&id=126>. Acesso em: 09 jun. 2017.

leigos. “O Código Civil de 2002, nesta matéria, distanciou-se de um dos seus princípios fundamentais, a operabilidade, no sentido de facilitação ou simplicidade dos institutos privados.”²⁵⁹

Como soluções à problemática, estão o afastamento da qualidade de herdeiro necessário do consorte, ou ainda a relativização da posição, pela força negocial entre os cônjuges, permitindo a eficácia do pacto antenupcial que elege o regime da separação convencional de bens. Na primeira hipótese, reconhecido o afastamento do viúvo como herdeiro necessário, o titular dos bens poderia dispor sobre sua sucessão mediante partilha em vida, por doação, ou por testamento sem reserva da legítima.²⁶⁰

No segundo cenário, a possibilidade de auto disposição acerca dos bens pelo titular se daria pela eficácia do pacto antenupcial: àqueles que optam pelo regime de bens em vida, harmoniosamente, teriam assegurados seus efeitos pretendidos, sem imposição do Estado, após a morte. É o “caso em que os cônjuges livremente escolhem o regime, como sucede na separação convencional, pois o fazem sabendo das sequelas”²⁶¹, e as desejam.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a manutenção do cônjuge como herdeiro necessário, de forma absoluta, retira do matrimônio a sua essência fundamentalmente afetiva e existencial. Os aspectos econômicos do casamento devem ficar a cargo dos próprios indivíduos interessados, sob pena de colocar na relação um peso em desacordo com aquilo que o casal procura.

Os efeitos patrimoniais de um casamento devem ser controlados pela exclusiva e absoluta vontade das partes, sob pena de entronizar na relação um viés econômico – que, ao fim e ao cabo, termina por lhe desnaturar a essência. Nessa ordem de ideias, pensamos que herdeiro necessário deveria ser, tão só, o descendente – que, prioritariamente, deve merecer a herança

²⁵⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159-160, v. 6.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A Nova Ordem da Sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

²⁶¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*. Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

de seus pais. Tratar o esposo ou esposa como herdeiro obrigatório é conferir ao casamento uma imposição de efeito patrimonial, às vezes indesejada.²⁶²

Ainda assim, subsiste a preocupação com a proteção do cônjuge sobrevivente, que de modo algum seria deixado sem amparo. Sendo afastado do posto de herdeiro necessário, o consorte sobrevivente poderia ser beneficiado por testamento, fosse da vontade do falecido. Mas, caso não fosse assim, e o viúvo restasse privado do mínimo existencial após a morte do consorte, trar-se-ia “de volta ao sistema o usufruto vidual, apenas tão somente nesta hipótese.”²⁶³

A ideia de retorno ao sistema do Código Civil de 1916 é considerada pela latente insustentabilidade do atual, e confuso, modelo de concorrência sucessória do cônjuge.²⁶⁴ Em um tempo no qual se valoriza a desjudicialização e prevenção de litígios, a imposição da comunicação patrimonial mesmo quando não desejada pelas partes “serve como pólvora para o barril que está prestes a explodir.” A preocupação dos operadores do Direito em simplificar as lides e o encaminhamento dos devidos procedimentos legais é resultado da exigência de uma sociedade dinâmica, que não mais se atém a demandas morosas e maçantes. A concorrência sucessória do consorte, estabelecida da maneira que está, alimenta a conflituosidade no Direito das Sucessões, e não corresponde aos interesses da sociedade em suas prioridades atuais.²⁶⁵

Ainda que a solução de retorno ao modelo de usufruto vidual, e ordem sucessória prevista na codificação anterior seja proposta suscitada, mas indiscutivelmente distante, o sentido da conjectura está em buscar saídas alternativas ao panorama atual em que se encontra o consorte. Não há como negar a iminência do problema da imposição do viúvo na ordem da vocação hereditária quando casado pelo regime da separação convencional de bens. Se contratado pelos nubentes o regramento matrimonial cuja essência é justamente a não confusão de patrimônios,

²⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 27, v. 7.

²⁶³ SIMÃO, José Fernando. *Premissas para a reforma do Direito Sucessório? Parte III*. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Premissas%20para%20a%20reforma%20do%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20?%20Parte%20III%20&id=126>. Acesso em: 09 jun. 2017.

²⁶⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 179, v. 6.

²⁶⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159-160, v. 6.

eficácia assegurada na vigência dos sistemas jurídicos anteriores, verifica-se destoante da realidade e dos interesses da sociedade a alteração trazida pelo Código Civil de 2002.

No plano sucessório, o retrocesso da autonomia privada dos indivíduos na esfera de desenvolvimento da felicidade e realização de vida, não faz jus aos desafios da modernidade. A interferência estatal em matéria de ordem estritamente privada representa uma afronta ao basilar princípio da dignidade da pessoa humana. É, por fim, questão que merece cautela e adequada reflexão por parte dos operadores do Direito, a fim de se encontrar uma saída justa e condizente com os anseios da sociedade moderna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O indivíduo, tido em conta como valor-fonte supremo, é o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Miguel Reale exprime a pessoa como centro do sistema do Direito, e a ela é inerente os direitos da personalidade, definidos em conformidade com a sociedade em que está inserida. Sob essa perspectiva, como atributo essencial à constituição do ser do indivíduo, está a liberdade: o ser livre, com a possibilidade de ter livre iniciativa, na forma da lei.²⁶⁶ A partir deste pressuposto, circundou-se a busca pela adequação do plano jurídico à demanda social, a busca por instrumentos que materializem as ideias e inclinações reclamadas pelos indivíduos e pela sociedade em sua coletividade.

A liberdade é um direito de personalidade atrelado ao processo histórico vivenciado pela sociedade, aos interesses e necessidades dos indivíduos que a compõem. Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o fundamento base da Constituição Federal, e vincula a interpretação de toda base legislativa atual.

A seu turno, a prerrogativa de autodeterminação dos indivíduos é uma das facetas que revela a realização do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Em especial, a liberdade individual, quando inserida no aspecto patrimonial, configura uma via de oportunidades para a realização do projeto pessoal de vida de cada um – a busca pela famigerada vida digna. É nessa esfera de liberdade para disposição econômica que se concentra, sob o enfoque trabalhado, a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Possível constatar, nessa linha de intelecto, que por meio do exercício desse poder de auto regulação, ao indivíduo é conferida a possibilidade de expandir suas capacidades. No seio do núcleo familiar é onde desenvolve e realiza a escolhas que direcionam o caminho que traça para sua vida. Inserido no leque de opções à mercê de seus desígnios para realização pessoal, a escolha do regime de bens configura um ponto específico de exercício da autonomia privada em busca dos interesses do

²⁶⁶ REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/>. Acesso em: 4 jan. 2018.

casal. É o âmbito no qual os consortes estabelecem o planejamento econômico de sua relação pessoal, exercitando, enfim, sua prerrogativa de liberdade. O que se verifica, entretanto, é que esse poder de auto disposição particular não é realizado em sua completude, por imposição do próprio Estado, cuja função é, dentre outras, a de proteger e conferir autonomia à família. Se reconhece, neste ponto, uma posição incongruente da Poder Público.

O caminho traçado, desta feita, compreende a problemática da atual concorrência do consorte sobrevivente na herança deixado pelo *de cujus*, quando casados pelo regime da separação convencional de bens. Revelado, historicamente, que o sentido histórico do regime da separação convencional de bens propõe a não confusão patrimonial – em quaisquer hipóteses. Ao revés do que predominou até o advento do Código Civil de 2002, quando realizada a partilha em vida, os efeitos do regime predominam, restando o problema quando a dissolução da sociedade conjugal se dá em decorrência da morte. Nestes casos, por meio de imposição legislativa, a comunicação entre as massas patrimoniais dos consortes ocorre pela concorrência sucessória do sobrevivente na herança deixada, relativizando o pacto antenupcial levado a termo.

Verificado, ao seu turno, o pacto antenupcial como pura expressão da autonomia privada inserida na seara do Direito de Família, sua eficácia deve ser assegurada em todas as esferas da matéria civil relacionadas aos indivíduos. É consequência lógica do próprio direito de personalidade de liberdade, sendo ferramenta pela qual os cônjuges buscam atingir o seu projeto de vida em comum.

Se, por um lado, o objeto do contrato matrimonial é matéria abraçada pelo Direito de Família, o princípio da unidade sistemática do ordenamento jurídico não permite sua ineficácia quando da sua leitura pelo Direito das Sucessões. A relação entre o Direito de Família e o Direito Sucessório é indissociável, tratando-se da prerrogativa de feitura do pacto antenupcial em vida, devendo ser asseverada sua continuidade após a morte. A convergência do conteúdo das duas esferas do Direito é imprescindível, pois há que se seguir um funcionamento lógico do sistema jurídico como um todo, sob pena de tornar-se incoerente em seu sentido e valores.

A atual ineficácia do pacto antenupcial que elege o regime da separação de bens decorre, fundamentalmente, da posição de herdeiro necessário que o cônjuge passou a ocupar a partir do Código Civil de 2002 (art. 1.845, do Código Civil). No entanto, não se pode olvidar que a disposição não possui aplicabilidade universal e absoluta. É o que se absorve letra da norma (art. 1.829, inciso I, do Código Civil), que, concomitantemente excetua a concorrência do consorte em três hipóteses – nos regimes da comunhão universal, separação obrigatória, e comunhão parcial na inexistência de bens particulares.

Corroborando o enfraquecimento da obrigatoriedade da condição de herdeiro necessário do cônjuge remanescente, tem-se que a norma fere diretamente o dispositivo legal que prevê o regime da separação convencional de bens e seus efeitos (art. 1.687, do Código Civil). Seria capaz, então, a posição de herdeiro necessário esvaziar o sentido do regime matrimonial eleito? Seria, ainda, apta a relativizar prerrogativa de auto disposição dos consortes quanto sua organização econômica?

A resposta que se chega pela completude desenvolvida, é negativa e tem como fundamento o direito existencial dos indivíduos, que é a liberdade. Não sendo o art. 1.845 disposição absoluta, a força negocial, como fonte do Direito, se dispõe a buscar uma exceção e fazer prevalecer o pacto matrimonial materializado pelas partes. A autonomia privada tem condão de gerar obrigações de força normativa sob àqueles que avençam, de modo que não cumpre ao Estado suprimir seus efeitos injustificadamente.

Há de se reconhecer, sob esse viés, que os indivíduos que vivem e arcam com as consequências de suas escolhas, são os que melhor captam aquilo que lhes convém. Cabe, nestes termos, ao Estado deixar que estes decidam por si, e encaminhem seus cursos em conformidade com seus interesses, enfrentando, conseqüentemente, seus efeitos. É, mais uma vez, a liberdade de autodeterminação uma prerrogativa conferida pelo próprio Poder Público, que confere legitimidade aos nubentes de elegerem o regramento matrimonial que vigorará o âmbito econômico de sua relação.

O Estado, nesse ínterim, possui papel de tutela, e não deve exercer um grau íntimo de ingerência na vida privada dos indivíduos, sendo justificada essencialmente quando se tratar de proteção de direito fundamental de outras pessoas. Essa é uma concepção contratualista do Direito de Família, que pouco prevalece no sistema jurídico atual, mas que clama e merece maior atenção. Reconhecida a capacidade dos nubentes para contrair casamento e dispor de sua economia conjugar, impõe o respeito pelas escolhas realizadas pelas partes.

No que concerne a preocupação com a situação de desamparo do consorte sobrevivente quando do falecimento do outro, eis que tal circunstância não merece condão de invalidar por completo a disposição consciente e legítima realizada por ambos os cônjuges em vida. Se cumpre ao Estado a chancela dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como dispender proteção àqueles em situação de vulnerabilidade, e assim se considerar o viúvo que não possuir economias próprias para seu sustento, existem remédios como direito real de habitação e o antigo sistema de usufruto vidual que servem de solução. Não há necessidade para se desconstruir o planejamento econômico do casal, realizado sob a finalidade de realização pessoal – vida digna.

Sob essa perspectiva, tem-se como descoberto o pacto antenupcial em sua concepção de um negócio jurídico formal e válido, e, dessa forma, sua eficácia deve ser respeitada, sob pena de provocar insegurança jurídica àqueles que contratam de forma legítima. As mencionadas normas cogentes do Direito de Família e do Direito Sucessório só são aplicadas quando identificada parte vulnerável na relação, garantindo aos demais indivíduos o exercício de suas liberdades e autonomia privada. A estes, cabe o estabelecimento de contratação mútua e criação de leis privadas, que encontram limitação na própria letra da lei, na ordem pública, nos bons costumes, e na proporcionalidade entre as partes – princípio da igualdade como parte do valor fundamental da dignidade da pessoa humana. São estas, apenas, as escusas para intervenção estatal na matéria avençada de forma legítima.

Quando eleito o regime da separação de bens pelos consortes, o objeto do pacto antenupcial é lícito e em conformidade com a legislação (art. 1.639, do Código Civil), sendo matéria defesa de intervenção do Estado. Em relação a eventual situação

de vulnerabilidade quando da contratação pelos cônjuges, o próprio ente se derroga do poder de habilitação dos nubentes ao casamento, ocasião em que verifica a capacidade de auto disposição e legitima as escolhas a seguir feitas no pacto matrimonial. Revela-se, assim, o caráter contratual do pacto antenupcial: são partes capazes e providas de legitimidade, que estipulam de forma bilateral o seu estatuto patrimonial, dentro dos limites da lei.

A contratualização do Direito de Família se revela um movimento inevitável. A evolução histórica do instituto familiar demonstra a relação de igualdade entre os membros e a democratização destes vínculos; há a constante negociação das partes sobre os termos da organização familiar. Os consortes passam a ocupar o papel de legisladores da sua vida conjugal, revelando o puro exercício da autonomia privada na esfera familiar. Não há, portanto, modelo universal legislativo aplicado à todas as famílias em suas configurações contemporâneas que sejam adequados, pois a família atual reflete um projeto de vida individualizado.

Como solução apta a apaziguar a problemática abordada, propõe-se a valorização da autonomia privada no Direito Sucessório, fazendo com que os indivíduos sejam capazes de levar a efeito seu projeto de vida em comum. O espaço de auto disposição conferido pelo Direito de Família, em vida, se estende, decisivamente, ao plano das sucessões, porquanto subsiste os efeitos do planejamento realizado como segurança de que os indivíduos são aptos a encaminhar seus trajetos segundo suas escolhas. A eficácia do pacto antenupcial que elege o regime da separação de bens pelos consortes, logo, serve de linha condutora para tal averiguação: a independência econômica do casal projetada deve prevalecer, obedecendo, finalmente, o desejo comum avençado.

Nesse íterim, e para finalizar, remonta-se à força negocial como fonte normativa, sob o aspecto do contrato matrimonial. Sendo a intenção dos consortes a comunhão de vida afetiva sem a comunhão patrimonial, a opção pelo regime da separação convencional de bens corresponderia, à altura, suas expectativas. Assim como funcionava antes da vigência da codificação atual, a eficácia do pacto antenupcial, que previa a separação de bens, seria assegurada no plano sucessório. Não há que se falar, então, em contradição de disposição legislativa pelo afastamento

da posição do consorte como herdeiro necessário; trata-se de afirmação da liberdade, direito de personalidade inerente e indissociável dos indivíduos, que buscam pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, como prerrogativa conferida e assegurada pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 6 mai. 2017.

_____, Francisco dos Santos. Autonomia Privada como Poder Jurídico. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____, Francisco dos Santos. *Projeto do Código Civil. Autonomia Privada*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>. Acesso em: 2 jun. 2017.

BARRETO, Luciano Silva. *Evolução Histórica e Legislativa da Família*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas S.A., 2008.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, v.2.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile II. La Famiglia – Le Successioni*. 3. ed. Milão: A. Giuffrè, 2001.

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGHI, Hélio. O Novo Código Civil e as Inovações no Direito das Sucessões. In: *Família e Sucessões. Doutrinas Essenciais. Direito das Sucessões*. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI.

BORRILLO, Daniel. *La Contractualización de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada*. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01234248>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____, Daniel. *Por uma Teoria Queer del Derecho de las personal y las familias*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo2.pdf>. Disponível em: 14 jun. 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *Autonomia privada nas relações do direito de família*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>. Acesso em: 2 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Rio de Janeiro, RJ, 21 out. 1949.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. Brasília, DF, 27 ago. 1962.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Brasília, DF, 26 dez. 1977.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores. Brasília, DF, 10 out. 1979.

_____. Projeto de Lei nº 634, de 1975. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 1.792, de 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=363211>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.775, de 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4336285A253B543D67119B92520FCCBD.node2?codteor=277581&filename=Avulso+-PL+4775/2005. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1907.

_____. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Rio de Janeiro, RJ, 24 jan. 1890.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 331. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 23. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CABRAL, Érico Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul.-set. 2004.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. Inventário e Partilha. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

COMEL, Wilson J. Cônjuge Sobrevivente, Herdeiro Concorrente. In: *Família e Sucessões*. Doutrinas Essenciais. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI.

COSTALUNGA, Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. Uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

_____, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: *Família*. Entre o Público e o Privado. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012.

_____, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. À luz do novo Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Contratos: teoria geral e contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, v. IV.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. VI.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, v. 7.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. III.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. VI.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. In: *Direito de Família*. Giselda M. F. Hironaka (Org.). Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro – Disposições Gerais e Sucessão Legítima. In: *Família e Sucessões. Doutrinas Essenciais*. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI.

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Sucessório Brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. Revista de Direito de Família. n. 12. Porto Alegre: IBDFAM, jan/mar 2002.

HUC, *Commentaire, IX, n. 401*. Apud BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1937, v.2.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. *Manual de Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil. Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 141, 1999.

_____, Paulo. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões. In: *Direito de Família e das Sucessões. Temas Atuais*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009.

_____, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. In: *Família. Entre o Público e o Privado*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012.

_____, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, Rolf. Efeitos Patrimoniais do Casamento. Regime de Bens. In: *Direito Civil: Direito de Família*. Águida Arruda Barbosa e Claudia Stein Vieira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III.

NETO, Antonio Rulli. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, Ernesto j. Silveira. *A Concorrência do Parceiro na Sucessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A Sucessão do Cônjuge Casado no Regime da Separação Total Convencional de Bens. In: *Direito de Família e das Sucessões. Temas Atuais*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009.

NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão Legítima no Novo Código Civil. In: *Família e Sucessões. Doutrinas Essenciais*. Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI.

NORONHA, Carlos Silveira. Reflexões Doutrinárias Acerca do Direito das Sucessões. In: *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões: em tempos de modernidade e pós modernidade*. Carlos Silveira Noronha (Org.). Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A Nova Ordem da Sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*. Direito Matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1990.

Ordenações Filipinas. Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=regimen+de+bens&qop=*&outp=. Acesso em: 24 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 10 dez. 1948. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E). Acesso em: 11 dez. 2017.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. *Mudam-se os tempos, muda-se a família*. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 82, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: B. L. Gariner, 1869.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*. Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, Sérgio Gischkow. Repercussões patrimoniais do desamor. In: *Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Ivone M. Candido Coelho de Souza (Coord.). Porto Alegre: IBDFAM/Letra&Vida, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, v.1.

_____, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. Direito Matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001, v. II.

RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de Bens*. Na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Parecer: Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 6, out.-dez. 2005.

_____, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, Miguel. *O Cônjuge no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/artigos/conjncc.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/>. Acesso em: 4 jan. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____, Arnaldo. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____, Arnaldo. *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 7.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. A autonomia de vontade no direito de família contemporâneo. In: *Família e seus Desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Delma Silveira Ibias (Coord.). Porto Alegre: IBDFAM/RS/Letra&Vida, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Daniel Alt. *Família Simultânea*. Uma abordagem à luz da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, José Afonso da. O Estado é Protetor e não Tutor da Família. Belo Horizonte: 2016. *Revista IBDFAM*, ed. 27, jun.-jul. 2016.

SILVA, Marcos Alves da. *Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Mutabilidade do regime da Separação Obrigatória – Decisão Surpreendente*. Disponível em: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0908.html. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____, José Fernando. *Premissas para a reforma do Direito Sucessório? Parte III*. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Premissas%20para%20a%20reforma%20do%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20?%20Parte%20III%20&id=126>. Acesso em: 09 jun. 2017.

_____, José Fernando. *Análise das Regras do Contrato de Sociedade Quando da Morte dos Sócios e a Vedação de Existência de Pacto Sucessório*. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/download/780/650. Acesso em: 20 dez. 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STJ, 4ª Turma, REsp 1111095/RJ, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, j. 01.10.2009.

STJ, 3ª Turma, REsp 1472945/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014.

STJ, 3ª Truma, REsp 992.749/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 01.12.2009.

SWENNEN, Frederik. *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*. Disponível em: http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003#content_FENR-D-13-00003.FENR-D-13-00003.11072013080618_163. Acesso em: 13 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. *A contratualização do direito de família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/979/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6.

_____, Flavio. *Função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça*. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2006/docente/doc2.doc. Acesso em: 3 jun. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia Privada no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas S.A., 2008.

TJRS, 8ª Câmara Cível, AC [Apelação Cível] nº 70012296398, Rel. José S. Trindade, j. 25.08.2005.

TJRS, 8ª Câmara Cível, AI [Agravo de Instrumento] nº 70050525773, Rel. Rui Portanova, j. 27/09/2012.

TJRS, 7ª Câmara Cível, AI [Agravo de Instrumento] nº 70054717319, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 21/05/2013.

TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI [Agravo de Instrumento] nº 569.461.4/8-00, Rel. Francisco Loureiro, j. 10.07.2008.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos*. A concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira. O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo dos Particulares e os Limites da Intervenção Estatal. In: *Direito e Poder*. Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Tôrres (Coord). Barueri: Manole, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, v. VII.

_____, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, v. VI.

_____, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. II.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 1980.

_____, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Disponível em: http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf. Acesso em: 06 jun. 2017.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

_____, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.