

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNA ANTUNES ZILIOOTTO

**PACTOS SUCESSÓRIOS: UMA RELEITURA A PARTIR DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

CURITIBA

2021

BRUNA ANTUNES ZILIO

**PACTOS SUCESSÓRIOS: UMA RELEITURA A PARTIR DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves.

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2021

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB-9/1636

Z69p
2021

Ziliotto, Bruna Antunes

Pactos sucessórios : uma releitura a partir do direito civil constitucional e da análise econômico do direito / Bruna Antunes Ziliotto ; orientador: Oksandro Osdival Gonçalves ; coorientador, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. -- 2021
124 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

Bibliografia: f. 108-123

1. Herança e sucessão. 2. Direito econômico. 3. Direito civil. 4. Direito constitucional. I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título

Doris. 4. ed. – 342.165

BRUNA ANTUNES ZILIO

**PACTOS SUCESSÓRIOS: UMA RELEITURA A PARTIR DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Orientador

Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Universidade Federal do Paraná
Coorientador

Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 30 de abril de 2021.

Dedico este trabalho à minha tia avó,
Thereza Brzezinski. Uma pessoa a frente
de seu tempo em todos os aspectos, com
um coração ímpar, que gentilmente me
introduziu, ainda muito nova, ao mundo
da arte, da cultura e da história. A ela,
com todo meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que estiveram ao meu lado ao longo da jornada acadêmica do mestrado, que resultou neste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Marco e Cláudia, pelo amor incondicional, carinho e suporte em todos os aspectos. Por me acolherem nos dias de cansaço e desânimo, comemorarem minhas conquistas e me incentivarem diariamente a seguir com essa jornada acadêmica tão rica e proveitosa. Vocês são minhas joias e sinto muito orgulho de ser sua filha.

Agradeço ao meu irmão Gustavo, por todo o seu amor, senso de humor, pelas palavras sensatas que por muitas vezes se fizeram necessárias, e por acreditar em mim.

Agradeço ao meu namorado, Leonardo, por ser esta pessoa ímpar, meu companheiro de vida, maior incentivador e principalmente pelo acolhimento e afeto quando mais precisei.

Agradeço à minha querida amiga Marina Zagonel, que além de conselheira, me apoiou até mesmo como uma “coorientadora”, pois sempre contribuiu com comentários muito valiosos ao meu trabalho e me deu forças quando precisei.

Agradeço aos meus colegas de mestrado, que também se tornaram grandes amigos; à equipe do GRAED, graduandos e pós-graduandos, por todos os momentos de estudo, conquistas e aprendizados.

Meu agradecimento especial aos meus orientadores, Professor Dr. Oksandro Gonçalves e Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, quem me concedeu gentilmente a honra de me coorientar, e o fez com excelência e esmero. Serei eternamente grata ao senhor por esta oportunidade.

A resistência em abordar assuntos que todos fazem questão de não lembrar leva à estagnação, a um descompasso que não se justifica. A lei acaba descolada da realidade. Por isso é necessário trazer para a nova moldura social as questões que necessitam ser reguladas para depois da vida.

(DIAS, Maria Berenice, 2015, p. 13)

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar como, dentro do ordenamento jurídico vigente, é possível a instrumentalização de pactos sucessórios, em que pese a vedação genérica contida no art. 426 do Código Civil. A metodologia científica empregada foi a dedutiva e exploratória, através da análise bibliográfica e da exploração de conceitos gerais e específicos. O trabalho se estrutura sobre referenciais teóricos do Direito Civil Constitucional, em conjunto com o emprego instrumental da Análise Econômica do Direito, como ferramentas de releitura do referido art. Os pactos sucessórios, conhecidos como *pacta corvina*, são aqueles contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva, os quais, desde o Código Civil de 1916, são vedados pela legislação pátria. O estudo realizado questiona se tal proibição está em consonância com as novas demandas da sociedade contemporânea, a partir de uma análise jurídica e econômica. Para tanto, foi dividido em dois grandes capítulos, cada qual com quatro sessões. No primeiro capítulo, tratou-se inicialmente do Direito Sucessório e da sua racionalidade codificadora, a fim de demonstrar a relação existente entre as normas e a cultura socialmente vivenciada no tempo de sua edição. Em seguida, foi realizada uma análise do Direito Sucessório a partir dos princípios constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana e liberdade, considerados os de maior aderência à matéria. A partir da comparação entre o Direito Sucessório no seu atual estágio de desenvolvimento e as inflexões constitucionais manifestadas tanto na forma de leis em sentido formal, quanto na leitura doutrinária, foi questionado se a vedação inserta no art. 426 do Código Civil está de acordo com os princípios mencionados, em especial ao da liberdade, que se traduz através da autonomia privada. Na sequência, foi analisado o papel da autonomia privada no Direito das Famílias e Sucessões e discutido qual o limite do intervencionismo estatal nesta seara. Foram exploradas as normas que delimitam a autonomia privada no Direito Sucessório e quais seus efeitos práticos nas famílias contemporâneas. No segundo capítulo, em análise mais verticalizada ao objetivo central, foi explorada a origem dos pactos sucessórios na tradição jurídica romanista até sua chegada no direito brasileiro. Após, foi questionada a vedação irrestrita aos pactos sucessórios com base na realidade dos arranjos familiares atuais através de uma leitura funcional do Direito Civil em conformidade à Constituição Federal. Como elemento diferenciador na abordagem do tema, o tratamento científico levou em consideração alguns postulados da Análise Econômica do Direito como uma nova ferramenta para promoção da releitura do art. 426 do Código Civil através da maximização da liberdade aos envolvidos, tendo como consequência resultados mais eficientes. Por fim, concluiu-se que, embora as justificativas existentes, não há motivos suficientemente contundentes para se prosseguir com a vedação genérica dos pactos sucessórios, uma vez que, ao menos os pactos renunciativos, poderiam ser celebrados sem qualquer prejuízo aos princípios norteadores do ordenamento jurídico ou a terceiros.

Palavras-chave: Pactos Sucessórios. Autonomia privada. Releitura. Análise Econômica do Direito. Direito Civil Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this research is to demonstrate how, within the current legal system, it is possible to instrumentalize succession pacts, despite the generic prohibition contained in art. 426 of the Civil Code. The scientific methodology used was deductive and exploratory, through bibliographic analysis and the exploration of general and specific concepts. The work is structured on theoretical references of Constitutional Civil Law together with the instrumental use of Economic Analysis of Law, as tools for rereading the referred article. The succession pacts, known as *pacta corvina*, are those contracts whose object is the inheritance of a living person, which, since the Civil Code of 1916, are prohibited by national legislation. The study carried out questions whether this prohibition is in line with the new demands of contemporary society from a legal and economic analysis. To this end, it was divided into two major chapters, each with four sessions. The first chapter initially dealt with Succession Law and its coding rationality, in order to demonstrate the relationship between the norms and the socially experienced culture at the time of its edition. Then, an analysis of the Succession Law was carried out based on the constitutional principles of solidarity, human dignity, and freedom, considered the most adherent to the matter. From the comparison between the Succession Law in its current stage of development and the constitutional inflections manifested both in the form of laws in a formal sense and in the doctrinal reading, it was questioned whether the prohibition inserted in art. 426 of the Civil Code is in accordance with the principles, in particular that of freedom, which is translated through private autonomy. Then, the role of private autonomy in Family and Succession Law was analyzed and the limit of state interventionism in this area was discussed. The rules that define private autonomy in Succession Law and its practical effects on contemporary families were explored. In the second chapter, in a more vertical analysis of the central objective, the origin of succession pacts in the Romanist legal tradition was explored until their arrival in Brazilian law. Afterwards, the unrestricted prohibition to succession pacts was questioned based on the reality of current family arrangements through a functional reading of Civil Law in accordance with the Federal Constitution. As a differentiating element in the approach of the theme, the scientific treatment considered some postulates of the Economic Analysis of Law as a new tool to promote the re-reading of art. 426 of the Civil Code through maximizing the freedom of those involved, resulting in more efficient results. Finally, it was concluded that, despite the existing justifications, there are no sufficiently compelling reasons to proceed with the generic prohibition of succession pacts, since at least the renunciative pacts, could be concluded without any prejudice to the guiding principles of the legal system or to third parties.

Keywords: Succession Pacts. Private Autonomy. Rereading. Economic Analysis of Law. Constitutional Civil Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnica
Art.	Artigo
AED	Análise Econômica do Direito
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
coord.	Coordenador(es)
d.C	De Cristo
ed.	Edição
f.	Folha
ISBN	<i>International Standard Book Number</i>
n.	Número
org.	Organizador(es)
p.	Página
PUCPR	Pontifícia Universidade Católica do Paraná
SIBI	Sistema Integrado de Bibliotecas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
trad.	Tradução
Vol.	Volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DIREITO SUCESSÓRIO: RAÍZES, PRINCÍPIOS E TRANSFORMAÇÃO DE SENTIDOS	16
2.1	CONCEITO E HISTÓRICO.....	17
2.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE, SOLIDARIEDADE E LIBERDADE	25
2.3	AUTONOMIA PRIVADA E NEGÓCIOS JURÍDICOS DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES.....	36
2.4	OS DOIS PILARES LEGISLATIVOS LIMITADORES À AUTONOMIA PRIVADA SUCESSÓRIA SOB O VIÉS DE UM DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO.....	49
3	PACTOS SUCESSÓRIOS: DA ORIGEM PROIBITIVA A UMA RELEITURA ECONÔMICA E POSSÍVEL INSTRUMENTALIZAÇÃO	60
3.1	ORIGEM E ADVENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	61
3.2	VEDAÇÃO LEGAL E JUSTIFICATIVAS	69
3.3	CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INCENTIVOS, EFICIÊNCIA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO	78
3.4	RELEITURA DOS ARGUMENTOS PROIBITIVOS E POSSIBILIDADES DE INSTRUMENTALIZAÇÃO	91
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
	REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a morte não é um tema que gera entusiasmo pela sociedade brasileira. Seja por representar um tabu social, envolver mistérios ou ir de encontro com crenças religiosas, tratar da finitude humana pode ser bastante delicado – ainda que seja uma das únicas certezas que nós, seres humanos, somos dotados.

Pensando na necessidade de mais razão e menos emoção ao tratar do assunto, nasceu uma intrigante vontade de estudar como, juridicamente, pode-se minimizar a dor, desgastes emocionais e custos de transação oriundos de litígios que muitas vezes acometem famílias brasileiras após a perda de um ente querido.

De famílias humildes às abastadas, uma situação má resolvida em vida tende a se estender após a morte de um dos envolvidos, gerando inconvenientes financeiros e emocionais entre seus membros, levando até mesmo ao rompimento de relacionamentos afetivos, em muitas ocasiões.

Neste sentido, é sobre os pactos sucessórios, que há anos são negados pela lei, doutrina e jurisprudência, que este estudo se debruça, com o intuito de explorar se, por detrás da regra genérica e proibitiva inserta no art. 426 do Código Civil, não existem potencialidades a serem exploradas, com a capacidade de minimizar efeitos indesejáveis da sucessão e garantir o e cumprimento da vontade do autor da herança.

Em sentido amplo, objetiva-se analisar se, dentro de uma perspectiva contemporânea, sua vedação genérica possui razão de ser, cabimento legal e eficiência do ponto de vista econômico e jurídico. Importante destacar que o exame crítico da lei, em relação à sociedade atual, permeará todo o trabalho em diálogo com as diferentes abordagens dadas ao tema, uma vez que é premissa essencial para a atingimento dos resultados previstos.

Em sentido estrito, intenta-se demonstrar em que medida o referencial teórico proposto pelo Direito Civil Constitucional, em abordagem conjunta ao emprego de conceitos da Análise Econômica do Direito (AED), permite uma releitura à vedação aos pactos sucessórios e sua possível instrumentalização.

A fim de estabelecer uma linha condutora do raciocínio traçado, o trabalho desenha-se em formato de funil, dividido em introdução, dois capítulos de desenvolvimento e encerra-se com as considerações finais.

A ordem dos capítulos e ideias desenvolvidas procuraram guardar pertinência com premissas anteriores que se fazem necessárias à compreensão de resultados

posteriores. Logo, tratou-se primeiramente do Direito Sucessório de forma ampla, com críticas e apontamentos necessários ao instituto, especialmente no que se refere à autonomia privada, para depois, adentrar aos pactos sucessórios em si, já que estão inseridos dentro do grande universo do Direito das Sucessões.

No primeiro capítulo, com uma abordagem inicial ampla, o leitor será contextualizado no cenário em que o Direito Sucessório está inserido e no confronto existente entre o instituto e o tempo.

Será também explorado o conflito principiológico inerente ao Direito das Famílias e Sucessões, no qual, em determinadas ocasiões, há acentuada intervenção estatal com base nos princípios constitucionais da solidariedade e dignidade da pessoa humana, em sobreposição à autonomia privada, o que merece ser alvo de releitura, principalmente considerando o fato de que a capacidade de autodeterminação dos indivíduos é imprescindível à consumação do princípio da dignidade.

Mais adiante, ainda no mesmo capítulo, se mostrará que a própria natureza jurídica dos pactos sucessórios é questionável, no sentido de serem melhor classificados como negócios jurídicos de Direito de Família ao invés de contratos propriamente ditos, o que acabaria por relativizar a proibição genérica a partir da própria redação da norma.¹

Após, o capítulo se encerrará com críticas aos pilares legislativos que delimitam a autonomia privada no Direito Sucessório, quais sejam, a herança legítima e os pactos sucessórios, com o intuito de fortalecer a premissa de que este ramo do direito privado está em descompasso com a sociedade e os arranjos familiares contemporâneos.

No segundo capítulo, já em uma abordagem mais verticalizada e estreita, se examinará os pactos sucessórios propriamente: sua origem e razões da vedação legal. E por fim, chegará ao apontamento dos problemas a eles inerentes e possíveis soluções, com base no Direito Civil Constitucional e na leitura crítica da normativa em questão, através da utilização de ferramentas da Análise Econômica do Direito.

¹ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Cabe justificar, desde logo, o cabimento harmônico destas duas técnicas para diagnóstico e apontamento de possíveis soluções ao problema, visto que, à primeira vista, podem soar incompatíveis.

Enquanto a AED analisa institutos jurídicos a partir de conceitos e ferramentas da ciência econômica, o Direito Civil Constitucional analisa a legislação civil a partir de preceitos da Constituição Federal.

Estas duas abordagens se mostram altamente complementares ao objeto em questão, na medida em que ambas propõem um viés consequencialista e funcional à norma, analisando criticamente os efeitos dela sobre a sociedade.

Sabe-se que a vedação à celebração de pactos que tenham por objeto herança futura é de ordem eminentemente moral, pois supostamente causa sentimentos odiosos naqueles que se beneficiariam com o respectivo falecimento – e daí surge o nome popular *pacta corvina*, que remete à ideia de pactuar com o corvo.

Ainda, há questões de ordem pública como a preservação da legítima (art. 1.789, Código Civil) e contrariedade às disposições de última vontade (art. 1.857, Código Civil), que também são invocadas para a manutenção da ordem proibitiva.

No entanto, como se demonstrará ao longo deste trabalho, estas justificativas não são mais cabíveis em parte, quando não em todo, frente às diversas conjunturas familiares experimentadas atualmente e diante de um Direito Civil funcionalizado em prol da aplicação de direitos constitucionais, que tem como escopo a promoção da realização integral da família e de seus membros.

A ampla gama de arranjos familiares demanda soluções e planejamentos sucessórios diversos daqueles tradicionalmente previstos pela lei civil, a fim de se obter menores custos de transação e maior eficiência quando da abertura da sucessão.

Há uma iminente demanda social por maior autonomia privada sucessória e liberdade para decidir, em vida, os efeitos, sobretudo patrimoniais, após a morte de seu respectivo detentor.

Assim, este trabalho demonstrará que existe uma potencialidade reprimida dos pactos sucessórios em razão de preceitos morais e jurídicos que não mais se justificam, os quais devem ser reavaliados sob pena de se perderem em meio a um contexto social inexistente.

Apesar de reconhecer a importância do direito comparado e de se ter ciência de que países de tradição romano-germânica (como a Alemanha, Áustria e Suíça)

reconhecem a permissividade de pactos sucessórios, o trabalho não abordará este aspecto, uma vez que há um limite físico de páginas a ser cumprido, e sob pena de, neste momento acadêmico, a abordagem não ser tão completa e precisa, como merece ser.

Vale ressaltar, também, que a Análise Econômica do Direito será empregada de modo instrumental, ou seja, enquanto ferramenta complementar apta para a realização de uma releitura do art. 426 do Código Civil, e não como referencial teórico a uma possível solução ao problema.

Logo, não se pretende esgotar a completude do tema posto com o presente trabalho, mas sim, dentro do que lhe é proposto, fazer com veemência e qualidade.

Por fim, é imperioso ressaltar que o presente trabalho não nega, exclui ou ignora a importância e necessidade de uma alteração legislativa do art. 426 do Código Civil. A necessidade de *lege ferenda* é inegável, porquanto a única capaz de conferir proteção jurídica contundente aos jurisdicionados para a celebração de pactos sucessórios. No entanto, neste momento, optou-se pela realização de recorte analítico a partir da regra existente tal como ela é.

2 DIREITO SUCESSÓRIO: RAÍZES, PRINCÍPIOS E TRANSFORMAÇÃO DE SENTIDOS

Compreender a vedação legal aos pactos sucessórios vai muito além das conclusões postas nos manuais de Direito e na legislação comentada. Não que estas conclusões sejam equivocadas, mas, assim como qualquer outro instituto jurídico, é preciso compreender as densidades jurídicas, sociais e históricas por detrás da norma, para então poder aferir sua real concepção, e, por consequência, poder criticá-la com a robustez e o rigor que um trabalho acadêmico demanda.

O Direito é uma ciência viva que está em constante transformação em decorrência de fatos sociais.

Segundo a lição de António Manuel Hespanha, cabe aos juristas tornar explícito aquilo que a vida cotidiana mantém implícito. Fazem isso através de uma literatura altamente sofisticada, ritos processuais e normas. Fato é, de uma forma ou de outra, desempenham um papel importantíssimo que é a reprodução de padrões culturais em normas que permanecerão vigentes por um período considerável de tempo.²

Logo, assimilar, interpretar e criticar as leis não são tarefas fáceis, pois demandam dedicação à pesquisa e investigação das suas respectivas raízes principiológicas e razões de existir.

O presente trabalho objetiva conferir uma releitura à norma inserta no art. 426 do Código Civil de 2002³, a partir dos referenciais teóricos do Direito Civil Constitucional e de ferramentas e conceitos da Análise Econômica do Direito.

Contudo, para compreender verdadeiramente o repúdio legislativo aos pactos sucessórios, é preciso, antes, examinar o contexto histórico que está inserido o próprio Direito Sucessório, os bens jurídicos que visa resguardar e as transformações que têm sofrido ao longo do tempo, sobretudo após a edição da Constituição Federal de 1988.

Esta primeira seção dedica-se à análise das raízes, princípios e transformação de sentidos que o Direito das Sucessões sofreu ao longo tempo,

² HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 48.

³ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

trazendo apontamentos necessários para a correta compreensão do presente estudo e das conclusões obtidas.

2.1 CONCEITO E HISTÓRICO

O Direito das Sucessões é um ramo do Direito Civil que está intimamente ligado à propriedade privada e à preservação do acervo patrimonial em uma mesma família.⁴

Isto porque os filhos herdam dos pais não somente suas peculiaridades genéticas, costumes e valores, mas também os bens amealhados por seus ascendentes.⁵

A doutrina clássica⁶ entende que cabe ao direito resguardar ao indivíduo o que é naturalmente seu, visto que a hereditariedade existe em toda a natureza. Há um interesse instintivo do ser humano em garantir o bem-estar de sua prole através da transmissão patrimonial.⁷

Clóvis Beviláqua, no livro *Direito das Sucessões* (1945), definiu o direito hereditário, ou Direito das Sucessões, como sendo “o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.”⁸

Na mesma obra, o autor explorou a função social do direito hereditário, e trouxe como fundamento base que o maior estímulo para o acúmulo de riqueza pelo indivíduo seria o cuidado com a prole e com o cônjuge, que está para além do sentimento egoísta humano.⁹

Washington de Barros Monteiro sustentava que o Direito das Sucessões é um natural complemento do Direito de Propriedade, que se projeta para além da morte do

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁶ Como doutrina clássica do Direito Civil entende-se a produção jurídica confeccionada entre os séculos XIX e XX pelos seguintes autores, mas não exclusivamente: Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Washington de Barros Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo e Caio Mário da Silva Pereira.

⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1-3, p. 22.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 14.

⁹ *Ibidem*, p. 16.

autor da herança. A propriedade que se extingue e não se transmite aos sucessores do respectivo titular, não é propriedade, mas um mero usufruto. A propriedade pressupõe sua perpetuidade no seio familiar.¹⁰

Em complemento, Caio Mário da Silva Pereira defendia que o fundamento da transmissão *causa mortis* não estaria unicamente ligado à continuidade patrimonial na família, mas também aos fatores de proteção, coesão e perpetuidade da própria unidade familiar.¹¹

De outro vértice, autores adeptos à escola jusnaturalista de Montesquieu e Rousseau¹² refutavam os argumentos clássicos a respeito do propósito da sucessão *mortis causa*, ante o pressuposto de que a continuidade do patrimônio seguindo critérios hereditários contrariava os princípios de justiça e interesse social.¹³

Aludida corrente doutrinária defendia que o patrimônio acumulado pelo indivíduo deveria retornar em benefício de toda a comunidade após sua morte, pois somente assim as desigualdades sociais seriam diminuídas e o trabalho seria a única forma legal a aquisição de bens.¹⁴

Beviláqua explica que pensadores filiados à escola jusnaturalista julgavam imoral a sucessão legítima, uma vez que a lei da natureza ordenava somente que pais alimentassem seus filhos, mas não obrigava a fazê-los herdeiros ou deixarem-lhes patrimônio.¹⁵

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. VI. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 5.

¹² A escola filosófica do jusnaturalismo (séc. XVI à XVIII) entendia que as relações humanas deveriam ser pautadas por um suposto direito natural, intersubjetivo e universal inerente ao homem, superior as leis positivas, e que somente assim, seria alcançada a justiça (FRIEDE, Reis. Considerações sobre o juspositivismo. **Direito em Debate**. Ijuí, v. 26, n. 48, p. 84 – 116, jul. – dez. 2017, disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7378>. Acesso em: 16.10.2020). Rousseau e Montesquieu propunham uma organização política que visasse o bem comum, sob o manto da divindade e humanidade das leis naturais que regem as relações humanas (SANTOS, Antônio Carlos dos. Montesquieu e Rousseau: a natureza da sublimidade da razão. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. São Paulo, v. 1, n. 16, p. 216 – 227, 2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82592>. Acesso em: 16.10.2020).

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 25.

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões, da sucessão em geral, da sucessão legítima (artigos 1784 a 1856), vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 14.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

Apesar das impugnações, o direito sucessório ao redor do globo consolidou-se com base na premissa da hereditariedade patrimonial, de modo que as leis hereditárias, em sua grande maioria, tutelam a transmissão patrimonial de pai para filho, fundadas em premissas sociais, econômicas e religiosas.¹⁶

Até mesmo a antiga URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), notoriamente socialista, depois de ter abolido a herança após a revolução de outubro de 1918, voltou atrás em razão das graves consequências para a economia nacional.¹⁷

Interessante pontuar a observação de Carlos Roberto Gonçalves, ao que correlaciona o capitalismo com a herança, “enquanto perdurar a organização do Estado capitalista, fundado no princípio da livre iniciativa, e admitindo a apropriação privada dos bens de consumo e de produção, a herança subsistirá, como consequência natural e necessária.”¹⁸

Quanto às injustiças inerentes ao sistema sucessório, historicamente, sempre apresentaram uma tendência muito nítida em privilegiar os homens, ante a então aceitável justificativa de que as mulheres ao se casarem pertenceriam à família do marido.¹⁹

Quem não tinha filho varão²⁰, designava uma filha casada para lhe dar um sucessor homem, e o menino seria então, considerado como filho do avô, gerando um certo desgosto ao pai biológico. Por este motivo, como explica Carlos Maximiliano, muitos evitavam se casar com mulheres que não tinham irmãos do sexo masculino.²¹

Na falta de filhos, sucediam os netos e colaterais, todos homens, filho de filho ou filho de irmão, mas nunca a neta ou a sobrinha. Inexistindo irmãos e sobrinhos, chamavam-se os ascendentes, e, não existindo, descia-se na linha descendente até achar um sucessor homem, sempre. Assim era a praxe na antiga Roma, Grécia e Índia.²²

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 15.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 25ª ed. Atual. Por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 6.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 27.

¹⁹ VENOSA, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 7, p. 3.

²⁰ Filho varão era a nomenclatura utilizada para o filho homem. Varão, conforme o significado do dicionário Oxford Languages, remete ao homem destemido, esforçado, intrépido, viril.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 25.

²² *Ibidem*, p. 25.

Na Idade Média, a sucessão beneficiava apenas o filho mais velho, o chamado primogênito, sob o fundamento de evitar a divisão das terras feudais e do patrimônio em si.²³

Foi somente com a Revolução Francesa (1789 – 1799), com a infiltração de ideais liberais e igualitários, que as desigualdades sucessórias relacionadas a sexo e primogenitura começaram a ser mitigadas.²⁴

No Brasil, o modelo português do direito das sucessões foi importado pelas chamadas Ordenações Reais, a partir das Ordenações Afonsinas (1500 – 1514), Manuelinas (1514 – 1603) e Filipinas (1603 – 1916). O art. 1º da Lei de 20 de outubro de 1823²⁵ determinou que as Ordenações e demais normativas legais portuguesas deveriam vigorar no Brasil até que um Código Civil fosse elaborado.

O direito à meação, hoje previsto no art. 1.829, Inciso I, do Código Civil, foi consagrado nas Ordenações Afonsinas e repetido nas Manuelinas, nas quais previa-se o direito à meação do cônjuge supérstite em decorrência do regime de casamento por “Carta de Metade” ou “casamento segundo costume do reino”, que hoje equiparase ao regime da comunhão universal de bens.²⁶

Posteriormente, nas Ordenações Filipinas, houve um afastamento do cônjuge enquanto herdeiro, visto que era chamado à sucessão após os descendentes e os parentes colaterais até décimo grau.²⁷

A mulher, para suceder, tinha que viver em casa “teúda e manteúda”²⁸, o que significa dizer que haveria afastamento da sucessão quando tivesse dado causa à separação, ainda que de fato, independentemente do motivo que a tivesse feito sair do lar conjugal.²⁹

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

²⁴ *Ibidem*, p. 26.

²⁵ BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Rio de Janeiro, 1823. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 19 jan. 2021.

²⁶ CARVALHO NETO, Ignacio Bernardino de. **A Evolução do Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro no Direito Brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil. 2005. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

²⁷ *Ibidem*, p. 26.

²⁸ Estes termos significam “tida e mantida”, ou seja, a mulher deveria residir no lar conjugal e ser mantida financeiramente pelo esposo para ter direito a sua herança.

²⁹ CARVALHO NETO, *op. cit.*, p. 28.

As disposições sobre o regime sucessório das Ordenações Filipinas permaneceram vigentes até a edição da Lei Feliciano Pena (Lei n. 1.839/1907), que alterou a posição do cônjuge enquanto beneficiário da herança, o elevando para terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, antes dos colaterais.³⁰

Não se pretende, neste momento prematuro do estudo, apresentar um arsenal histórico detalhado. Entretanto, os pontos levantados se fazem necessários para situar o leitor quanto as premissas em que as leis sucessórias foram implementadas no Brasil, tendo em vista a relação direta existente entre o contexto histórico-social e a evolução legislativa sobre o tema.

Pois bem. Na época em que o primeiro Código Civil brasileiro estava em construção (também conhecido como Código Beviláqua), a economia brasileira girava em torno da lavoura rudimentar, agricultura, colonização e resquícios de escravidão, sendo a religião católica prevalente na sociedade. Logo, os interesses predominantes eram os da classe burguesa, composta por fazendeiros e comerciantes cristãos.³¹

Os intelectuais e juristas da época, para a elaboração das leis, basearam-se nos pensamentos e experiências estrangeiras, tidos como mais adiantados. Com isso, foram transportados conceitos e premissas de ordenamentos alheios para o Código Civil de 1916, somado a realidade social e cultural da época.³²

O Código Civil de 1916 ficou marcado por representar a imagem do direito positivo de seu tempo; prezava pelo individualismo e conservadorismo, e objetivava, sobretudo, a proteção dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, sem restrições, entraves legais ou privilégios feudais.³³

Nesta perspectiva, o prefácio redigido por Clóvis Beviláqua, em 1928, para a tradução francesa do Código Civil brasileiro retrata bem o propósito da legislação:

³⁰ Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collaterales até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas. (BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da successão in abstatato. Rio de Janeiro, 1907. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 12 mar. 2021).

³¹ GOMES, Orlando. **Formação do Direito Privado Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 33.

³² VANNUNCCINI, Rosângela Aparecida Lopes; LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicolas. O reconhecimento do filho ilegítimo na história da codificação do direito das sucessões. **Revista PIBIC**, Osasco, v. 1, n. 1, p. 45-53, 2004.

³³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 34.

O Código Civil brasileiro, inspirando-se no direito estrangeiro estudado na legislação e na doutrina, reflete a imagem fiel da época em que foi publicado; ele fixa um momento de evolução jurídica e mundial. Guarda, todavia, sua fisionomia original, tanto no aspecto técnico, quanto no social. Tecnicamente, é ele a criação própria dos juristas brasileiros que, desde Teixeira de Freitas e todos o que, como ele ou depois dele, emprestaram sua colaboração ao preparo do Código, todos formados pela cultura brasileira e esforçando-se em satisfazer os interesses da comunidade em cujo seio viviam, servindo-se dos meios que ela mesma lhes fornecia. Socialmente, o Código Civil é a expressão exata e característica da sociedade brasileira atual.³⁴

Em que pese a lei civil de 1916 tenha atribuído a igualdade de gênero entre os filhos para suceder³⁵, as famílias ainda eram pautadas por um modelo patriarcal firmado na indissolubilidade do casamento, que visava, dentre outros objetivos, a integridade patrimonial dentro da mesma família, reflexo histórico da sociedade da época.³⁶

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962)³⁷ trouxe notório avanço jurídico à situação da mulher em vínculo matrimonial, que deixou de ser relativamente incapaz; passou a compartilhar com o marido o pátrio poder sobre os filhos; e não precisou mais de autorização marital para exercer profissão.

No quesito sucessório, entretanto, a discriminação não evoluiu. Segundo o art. 1.579 da referida lei, o cônjuge sobrevivente, se mulher fosse, somente poderia continuar na posse da herança do falecido se estivesse morando com o marido no tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornara impossível sem culpa da viúva. Se fosse homem, este direito aparentava estar resguardado, independente da coabitação ao tempo do óbito:

Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, celebrado sobre regime da comunhão de bens cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal.

³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Code civil des États-Unis du Brésil; traduit et annoté par P. Goulé, C. Danguin e G. D'ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49 apud ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)**. São Paulo: FADUSP, 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em 04.08.2020.

³⁵ Vale dizer, neste ponto, que a igualdade para suceder dizia respeito somente aos filhos "legítimos". Os filhos adotados, por exemplo, só tinham o direito de suceder se o adotante não tinha prole biológica. Advindos filhos biológicos após a adoção, o adotado tinha direitos hereditários em proporção de 50% com relação aos filhos consanguíneos.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

§ 1º Se porém o cônjuge sobrevivente for a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.³⁸

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988³⁹ que o homem e a mulher passaram a ser iguais perante a lei (art. 5º, inciso I); o direito de herança passou a ter amparo constitucional (art. 5º, inciso XXX); os filhos passaram a compor a mesma classe de herdeiros, sejam eles adotivos, biológicos ou tidos fora do casamento (art. 227, § 6º); e que outras formas de família foram juridicamente reconhecidas, além da constituída pelo casamento (art. 226 § 3º e 4º).⁴⁰

Por fim, adveio o Código Civil de 2002, sob vigência, espelhado em grande parte na lei anterior, de 1916.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, o Código de 2002 é “filho tardio da modernidade”, muito embora tenha sido promulgado após a mais recente Constituição Federal.⁴¹

Isso se explica na medida em que ele foi produto do pensamento jurídico sistematizado na década de 1970, sendo que seu anteprojeto foi publicado em 1963, republicado em 1985 e finalmente aprovado e sancionado em 2002.⁴²

Ou seja, do seu anteprojeto até sua promulgação, mudanças ocorreram, a fim de adaptar determinados preceitos legais à nova ordem constitucional então vigente. Logo, operou-se mais como “colcha de retalhos” do que como evidente reformador da antiga ordem civil dada ao direito das famílias.

Este apontamento é válido no sentido de demonstrar o impacto da cultura socioeconômica na legislação privada e a importância de a lei caminhar, o mais próximo possível, dos avanços sociais, sob pena de estar em constante defasagem.

Muito embora os importantes comentários acerca das deficiências legislativas da lei civil, fato é que, com a ordem constitucional vigente, se torna cada vez mais

³⁸ Redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada (BRASIL. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em 16 mar. 2021).

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 jan. 2021.

⁴⁰ Neste ponto, importante ressaltar que a igualdade formal não implicou, automaticamente em uma igualdade de gênero material. Conferir em: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Vol. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim**. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 45.

⁴² *Ibidem*, p. 45.

inviável o afastamento entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, sendo necessária uma leitura conjunta entre as duas normas, tal como defende grande parte da doutrina.⁴³

Este movimento, denominado “Constitucionalização do Direito Civil” ou “Direito Civil Constitucional” defende, em linhas gerais, que todas as instituições de Direito Civil devem ser lidas à luz dos princípios e regras insertas na Constituição Federal de 1988.⁴⁴

Este método de interpretação e aplicação das normas civis foi capitaneado pelo italiano Pietro Perlingieri e abraçada por diversos civilistas nacionais, como exemplo Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Paulo Lôbo.⁴⁵

Mencionada aplicação metodológica propõe uma concepção funcionalizada do Direito Civil, de modo que a leitura das normas infraconstitucionais deve observar as escolhas de fundo da sociedade contemporânea e ter como valor principal o princípio da dignidade da pessoa humana, e não somente o formalismo e neutralidade de conceitos legais.⁴⁶

A funcionalização social dos institutos do Direito Civil no século XX supôs uma diluição de fronteiras entre o Direito Público e o Privado, além de uma crítica ao individualismo que servia de fio condutor a legislação civilista moderna⁴⁷, propondo, a partir do advento da Constituição Federal, um Direito Civil funcionalizado aos objetivos qualificados pelo traço da sociedade atual.⁴⁸

Carlos Pianovski Ruzyk explica que uma dimensão funcional contemporânea do Direito Civil, com suporte nos princípios elencados pelo constituinte, permite

⁴³ DE OLIVEIRA, Carlos Elias. Constitucionalização e Recivilização Constitucional do direito civil: um mapeamento atual. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/1144920893/constitucionalizacao-e-recivilizacao-constitucional-do-direito-civil-um-mapeamento-atual>. Acesso em: 29 dez. 2020.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 54.

⁴⁵ DE OLIVEIRA, *op. cit.*

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138.

⁴⁷ Neste trabalho, a autora faz referência a modernidade como o período entre os séculos XVIII a XX, sobretudo as grandes codificações do século XIX.

⁴⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 165.

compreender as mudanças de significados dos principais institutos civilistas (contrato, propriedade e família), o que reflete em uma mudança de seus fundamentos.⁴⁹

Dita dimensão funcional-constitucional propicia o desenvolvimento e adequação valorativa aos institutos jurídicos, através de suas respectivas contextualizações no espaço e no tempo.⁵⁰

Através dela, permite-se que sejam revigorados institutos de Direito Civil, muitas vezes defasados e em descompasso com a realidade contemporânea, potencializando-os “de modo a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual”.⁵¹

No entanto, é importante atentar ao fato de que essa ressignificação de institutos do Direito Civil é necessariamente dialética, pois “admite a conservação de parte do que ela acaba de negar, e, ao mesmo tempo, preconiza a transformação qualitativa.”⁵²

Ou seja, a funcionalização do direito privado não rechaça por completo significantes pretéritos, mas permite uma releitura destes, a partir de preceitos constitucionais e das transformações sociais onipresentes.

Assim, assente nesta opção teórica, será possível confirmar a hipótese de pesquisa deste trabalho, que objetiva demonstrar a necessidade e possibilidade de uma releitura da vedação genérica à celebração de pactos sucessórios, a partir do método interpretativo sugerido pelo Direito Civil Constitucional e de conceitos emprestados da Análise Econômica do Direito, especialmente partindo da premissa do princípio da liberdade como função aos institutos de Direito Civil.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE, SOLIDARIEDADE E LIBERDADE

⁴⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 208.

⁵⁰ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade de família:** limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 18-19.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1:** Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 43.

⁵² RUZYK, *op. cit.*, p. 216.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, “família-instituição”⁵³ foi substituída pela “família-instrumento”, voltada para a promoção de condições que permitam o pleno desenvolvimento da personalidade, vida íntima e afetiva de seus membros.⁵⁴

A família deixou de ser transpessoal e institucionalista, sob a qual sofria massiva intervenção estatal com a delimitação de funções de cada membro pertencente ao núcleo familiar, e passou para uma família eudemonista⁵⁵, com intervenção mais reduzida e voltada à proteção de seus integrantes em si.

Houve o gradativo abandono ao antigo modelo rígido e patriarcal, que favorecia as uniões heterossexuais advindas do casamento, por um modelo plural de família, que privilegia o afeto e a liberdade dos indivíduos sobre suas escolhas.

A família transpessoal, em paradoxo frente à ampla autonomia privada que a lei civil assegurava aos contratos e à propriedade, era marcada por um regramento prévio extremamente rígido, que definia papéis e limitava as escolhas dos indivíduos.

Por sua vez, a família pós-constituente é marcada por um paradigma diverso daquele regrado pelo Código Civil de 1916, como se pode citar o direito potestativo ao divórcio; o reconhecimento da união estável; a possibilidade de união homoafetiva; igualdade de gênero em relação ao exercício do poder familiar e a igualdade entre os filhos.

Conforme já mencionado, o fenômeno de releitura do Direito das Famílias e do Direito Civil como um todo é denominado pela doutrina como “constitucionalização

⁵³ Na lição de Maria Berenice Dias, a lei, como sempre vem depois do fato e procura congelar a realidade, atribuía à família caráter institucional, de modo a limitar seu perfil e meios de formação. Em um cenário pré-constituente, as famílias institucionalizadas refletiam uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era a forma que uma sociedade conservadora dispunha para legitimar seu perfil hierarquizado e patriarcal. Porém, como a realidade está em constante mutação, “a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder a família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito.” Assim, a família-instituição passou a ser substituída pela família-instrumento, enquanto entidade que busca, dentre outros objetivos, garantir o desenvolvimento de seus membros da melhor forma possível, independentemente do formato de sua constituição e estrutura. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37-38).

⁵⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-RIO, Vol. 1, n. 2, p. 59-81, 1991.

⁵⁵ Atualmente não há uma definição única de família, dada a pluralidade de arranjos familiares presentes na sociedade. Assim, o conceito da família eudemonista surge para identificar aqueles arranjos, dos mais diversos, marcados pelo envolvimento afetivo entre seus membros e que tem como objetivo a busca pela felicidade. A expressão, na sua origem grega, está relacionada ao adjetivo “feliz” e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 158).

do Direito Civil”, referindo-se ao movimento de reinterpretação normativa das leis civis sob o viés constitucional.⁵⁶

Sobreveio uma mudança de paradigma na qual o foco de atenção dos institutos civilistas passou a ser a realização da personalidade humana, em prol da dignidade de cada indivíduo enquanto sujeito de direito. Neste âmbito, avulta a relevância da liberdade individual.

A passagem da “família-instituição” para a “família-instrumento” alterou naturalmente diversos institutos jurídicos de base, redesenhando as noções de igualdade e liberdade. A realização pessoal e a garantia do respeito ao projeto de vida de cada indivíduo elevaram-se à condição de direitos fundamentais.⁵⁷

Gradualmente, a premissa patriarcal, típica das legislações oitocentistas, foi substituída pela solidariedade e igualdade entre os membros da família; e a do patrimônio como valor absoluto, pela vontade da pessoa humana.⁵⁸

Vislumbra-se desta transição fática e jurídica da família, uma constante homenagem à proteção das escolhas privadas de seus integrantes, na condição de sujeitos de direito detentores de interesses particulares próprios.

Com a crescente valorização da vontade, torna-se mais explícita a necessidade de revisitação de institutos que limitam a autonomia humana, como é o caso da proibição aos pactos sucessórios.

E aqui, pode-se traçar o primeiro paralelo entre o Direito Civil Constitucional e a Análise Econômica do Direito, uma vez que ambas as técnicas, cada uma com sua devida particularidade, privilegiam a vontade do particular em decisões que dizem respeito a sua esfera privada, o que será explorado com maior profundidade no terceiro capítulo.⁵⁹

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1: Teoria Geral do Direito Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 43.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim.** Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 31-34.

⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 34.

⁵⁹ Assim como o Direito Civil Constitucional, que propicia uma leitura do Direito das Famílias e Sucessões com enfoque na liberdade, a Análise Econômica do Direito acredita que os particulares tendem a compor soluções mais eficientes as situações que lhes dizem respeito, de modo que a expressão da autonomia privada tende a trazer resultados mais eficientes do que a determinação estatal feita através de leis, uma vez os particulares tendem a maximizar suas decisões através de escolhas racionais (PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

Esta autonomia, no entanto, não é irrestrita, na medida em que sempre deve ser lida em conjunto com outros princípios constitucionais que regem os atos jurídicos.

No que interessa ao presente estudo, elencam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da liberdade como balizadores das relações familiares e de sua interpretação jurídica. Estes princípios são de grande importância a este trabalho, pois revelam a intenção protecionista do Estado de um lado (princípio da solidariedade e dignidade da pessoa humana), e do estímulo à autodeterminação privada de outro (princípio da liberdade), o que, nem sempre, ocorre em sintonia, conforme se evidenciará mais adiante.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental relacionado à proteção da personalidade pela mera qualidade de ser humano. Previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal⁶⁰, parte da doutrina o considera como “o mais universal de todos os princípios”, diante de sua amplitude em irradiar todos os demais, como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade.⁶¹

Conforme leciona Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite de atuação estatal, como também um norte para sua atuação positiva. Ou seja, além de o Estado pautar sua atuação de modo a jamais ferir a dignidade da pessoa humana de seus jurisdicionados, deve agir em prol de promovê-la, garantindo um mínimo existencial para cada ser humano sob território nacional.⁶²

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, assumindo simultaneamente a condição de valor, princípio e regra, cuja finalidade é garantir que o Estado exista em função da pessoa humana, e nunca o contrário.⁶³

Neste viés de personalização dos institutos jurídicos, no qual o ser humano passa a compor o núcleo protetivo do Direito, é que mencionado princípio encontra-se intimamente ligado com o Direito das Famílias.

⁶⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

⁶² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 267.

Para Maria Berenice Dias, o princípio importa no reconhecimento de igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo indigno dar tratamento diferenciado às diferentes formas de filiação e uniões afetivas, visto que a família detém especial proteção do Estado independentemente de sua forma e origem.⁶⁴

É justamente o respeito à diversidade familiar que garante o mais pleno desenvolvimento pessoal e social de seus membros, através da recepção de ideais plurais, solidários, democráticos e humanos.⁶⁵

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana visa proteger tanto a unidade familiar, quanto seus membros em si, de interferências externas e/ou estatais que prejudiquem seu pleno desenvolvimento de liberdade de ser.

O princípio da solidariedade familiar, por sua vez, está pautado nos ideais de fraternidade e reciprocidade. Dos deveres, decorrem responsabilidades de um membro para com o outro, oriundos dos vínculos afetivos ali existentes. “A pessoa só existe quando coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.”⁶⁶

Em meio a um contexto social de Estado, que relativiza os direitos individuais em prol dos sociais, a solidariedade exerce papel moderador a liberdade. Trata-se de um poder-dever de todos os seres humanos em relação a seus pares, a fim de edificar e preservar a humanidade.⁶⁷

Tanto a Constituição Federal quanto as leis infraconstitucionais atribuem deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar. A título de exemplo, o art. 229 da Constituição Federal impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade.⁶⁸

À família, à sociedade e ao Estado, cabe o dever de amparo aos idosos, assegurando sua participação na comunidade, sua dignidade e bem-estar (art. 230,

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁷ BARROS, Sérgio Resende de. Palestra proferida em 3 de dezembro de 2003, no **II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/AM**, realizado em Manaus, sob patrocínio da seccional do Amazonas do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Igualmente, da palestra ministrada no Curso de Direito de Família promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 25 de novembro de 2003.

⁶⁸ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Constituição Federal). Aos cônjuges, a plena comunhão de vida estabelece vínculo recíproco de cuidado (Código Civil, art. 1.511). Aos integrantes da família, a obrigação alimentar recíproca de acordo com a possibilidade e necessidade do devedor e credor alimentício (Código Civil, art. 1.694).

Logo, conclui-se que a solidariedade “é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas”, vez que estes vínculos somente são capazes de se sustentar e desenvolver dentro de um ambiente recíproco de compreensão e cooperação mútuas entre seus membros.⁶⁹

Traçadas considerações a respeito dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, o princípio da liberdade, por sua vez, necessita de maior exploração, vez que é premissa essencial para a confirmação da hipótese suscitada neste trabalho, qual seja, de que há a possibilidade de instrumentalização de algumas espécies de pactos sucessórios.

Sobre o princípio da liberdade, ressalte-se, desde já, que o termo não é dotado de conceito único e estático. A liberdade é um conceito plural que varia de acordo com o sentido ideológico e histórico que está inserido, de modo que uma tentativa de unicidade conceitual acaba por não compreender toda a complexidade de que a liberdade se reveste.⁷⁰

Partindo dessa premissa, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk explica algumas das principais concepções de liberdade e suas implicações no Direito, diferenciando os seguintes perfis de liberdade: negativa e positiva, formal e substancial.⁷¹

Dos conceitos explorados pelo autor, são os de liberdade positiva e negativa que mais interessam a esta obra, uma vez que, a partir da concepção do Direito Civil

⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 92.

⁷⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 13-14.

⁷¹ Segundo o autor, a liberdade positiva, a partir do referencial teórico de Isaiah Berlin, pode ser conceituada como aquela que se relaciona com “o desejo do indivíduo em ser seu próprio senhor”, é a liberdade vivida como autodeterminação do indivíduo em agir de acordo com suas vontades. Já a liberdade negativa é compreendida como liberdade para fazer o que quiser em um espaço de não coerção, é “a ausência de coerção”. Sobre os conceitos de liberdade formal e substancial, entende-se que, o primeiro, está relacionado a liberdade assegurada formalmente, consubstanciada na legislação, por exemplo, enquanto o segundo está relacionado ao conjunto de condições concretas para o exercício da liberdade propriamente vivida. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 13 – 60).

Moderno e das codificações oitocentistas⁷², é possível afirmar que uma das expressões da liberdade no Direito Civil contemporâneo se revela através da chamada autonomia privada, cuja definição emana dos conceitos complementares de liberdade positiva e negativa.⁷³

A liberdade negativa pode ser definida, em linhas gerais, como a ausência de coerção. Segundo Isaiah Berlin⁷⁴ e Friedrich Hayek⁷⁵, somente há liberdade onde não há coerção, sendo o Estado, o maior, mas não o único, promotor de restrição de liberdades dos indivíduos.

Ou seja, a partir da doutrina dos dois autores supracitados, tem-se que a liberdade negativa se situa em sentido oposto às limitações impostas pelo Estado, de modo que “a possibilidade de fazer escolhas será tão mais ampla quanto menor for a coerção estatal”⁷⁶.

Oscar e Mary Handlin explicam que o conceito moderno de liberdade negativa faz parte de uma herança contra um sistema de privilégios feudalista do passado, no qual havia uma nítida hierarquia dos direitos da coroa, nobreza e clero sobre dos demais cidadãos.⁷⁷

Ainda na Modernidade, a liberdade positiva, por sua vez, esteve relacionada a uma liberdade de agir, expressando-se, em um primeiro momento, como participação e liberdade política, vinculada a uma autonomia pública.⁷⁸

Benjamin Constant afirmava que a liberdade dos “antigos” se expressava através da participação política, enquanto a liberdade dos “modernos” seria a

⁷² Direito Civil Moderno relaciona-se ao período entre os séculos XVIII a XX, sobretudo as grandes codificações do século XIX. As legislações ocidentais construídas neste período foram fruto da burguesia ascendente contra o absolutismo, em defesa da liberdade dos interesses privados da população. O perfil oitocentista da autonomia privada foi construído com base no perfil de liberdade formal e negativa, o qual relacionava-se principalmente a ausência de coerção estatal. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 14).

⁷³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 56.

⁷⁴ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 131.

⁷⁵ HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 4.

⁷⁶ RUZYK, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁷ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da Liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 22-23.

⁷⁸ RUZYK, *op. cit.*, p. 60.

liberdade do indivíduo, em especial, a liberdade econômica, de modo que este perfil de liberdade é importante tanto para o público quanto para o privado.⁷⁹

Nesse contexto, as concepções modernas sobre liberdade penetraram no mundo jurídico da época, o qual ressignificou a liberdade conforme sua própria racionalidade, culminando na então autonomia da vontade.

A autonomia da vontade foi o grande vetor do direito privado no Código Civil Francês de 1804 e no Código Civil Alemão de 1896, pautada na premissa moderna de liberdade negativa, que entendia a liberdade como “fazer o que a lei não proíbe”, principalmente no âmbito do contrato e da propriedade privada.⁸⁰

Em um cenário de restrição da atuação estatal nas relações privadas, as codificações modernas objetivaram, primordialmente, garantir proteção à liberdade dos indivíduos, sem maiores restrições de ordem pública ou em observância a direitos fundamentais.

Essa relação entre liberdade e legalidade, pressupõe, como se vê, um Estado reduzido no que tange às funções perante os privados. Trata-se de reconhecer que, com funções estatais restritas, menores são as restrições que podem ser impostas sob o argumento da ordem pública. A lei tem aí um sentido muito mais vinculado à proteção intersubjetiva da liberdade dos indivíduos racionais, assim entendida como fundada na autonomia humana. Daí o significado dos limites que circunscrevem essa liberdade negativa: a liberdade de um indivíduo é protegida pela lei, sendo esta, portanto, limite à liberdade do outro. Ambas essas liberdades são formalmente asseguradas pela lei.⁸¹

Conforme lecionam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, o processo legislativo da Europa Continental dos séculos XVIII e XIX foi baseado no racionalismo, individualismo e segurança jurídica, consagrando a força imperativa das leis em predominância a discricionariedade do poder soberano exercido até então pelos monarcas.⁸²

Eroulths Cortiano Junior explica que a construção jurídica da modernidade foi pautada “na era das certezas”, na qual prezava-se por um direito claro para um mundo

⁷⁹ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris: Guillaumin, 1872, p. 542.

⁸⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 104.

⁸¹ *Ibidem*, p. 105.

⁸² TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 29.

de segurança. A ciência jurídica racionalista objetivava, sobretudo, garantir um ambiente seguro à livre iniciativa, pressuposto básico da sociedade de mercado.⁸³

Com o passar do tempo e a evolução das sociedades, a noção moderna de autonomia da vontade passou por necessárias modificações, de modo que outros princípios (como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade, função social da propriedade e do contrato) emanaram como balizas ao exercício pleno da autonomia da vontade.

A tão aclamada não intervenção estatal no direito privado entrou paulatinamente em declínio, a partir dos movimentos sociais decorrentes do processo de industrialização e da Primeira Guerra Mundial.⁸⁴

A melhoria das condições da classe trabalhadora, o aumento da sociedade de consumo e os efeitos econômicos do pós-guerra trouxeram maior preocupação à sociedade e ao Estado com os direitos humanos, com a tutela estatal sobre as relações particulares e com a circulação de riqueza.⁸⁵

A partir da tendência em vigor internacionalmente⁸⁶, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo tempo jurídico e político no Brasil, de modo que alterou sensivelmente o ordenamento jurídico existente, passando a privilegiar a personalidade e a dignidade da pessoa humana em detrimento do individualismo até então expresso na legislação.⁸⁷

No ordenamento jurídico nacional, o direito à liberdade, consubstanciado no caput do art. 5º da Constituição Federal⁸⁸, juntamente com a vida, igualdade, segurança e propriedade, passou a constituir o rol de direitos fundamentais eleitos pelo constituinte.

⁸³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v.45, n. 0, p. 99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/623/showToc>. Acesso em 09 fev. 2021.

⁸⁴ TEPEDINO; OLIVA, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁶ Neste sentido, vale pontuar que a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 marcaram a ascensão do Estado Social, que passou a ter maior ingerência nos relacionamentos entre particulares a fim de minimizar desigualdades, promover garantias mínimas e o aclamado bem-estar social. (RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, Minas Gerais, v. 8, n. 4, p. 161 - 177, 2014. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em: 01 dez. 2020).

⁸⁷ TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: a função social do contato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v.2. pp. 47-79.

⁸⁸ 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 (...)

Conforme leciona Ingo Sarlet, o direito à liberdade como cláusula normativa geral, esteve presente em todas as constituições brasileiras e não tem sido objeto de contestação, o que considera uma vantagem institucional, pois permite ampla interpretação e alcance da liberdade.⁸⁹

Leis especiais passaram a ser editadas com o fito de regulamentar setores relevantes do ordenamento jurídico e da economia, e os valores insertos nas novas constituições ocidentais passaram a confrontar o princípio geral da autonomia da vontade em diversos aspectos.⁹⁰

Assim, urgiu o repensar da autonomia da vontade moderna ante outros limites legalmente impostos, de modo que o direito civil contemporâneo ressignificou o termo, culminando na chamada autonomia privada.

Na lição de Eros Belin de Moura Cordeiro, o sujeito do Direito Civil moderno cedeu espaço para a pessoa, centro do Direito Civil contemporâneo.⁹¹ Nesta toada, o individualismo clássico, próprio da modernidade, gradativamente perdeu seu espaço, e, por consequência, a tradicional noção de autonomia da vontade também.

Isso não significa, porém, nem um menoscabo à liberdade individual e nem, tampouco, a sujeição das escolhas individuais aos interesses do todo. Significa que, “o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem constitucional”.⁹²

A autonomia privada, portanto, é uma expressão de liberdade que se elevou à condição de princípio constitucional, e decorre da liberdade do particular em agir conforme vontade própria, nos limites e em razão da lei.⁹³

Seu conceito é obtido através do conceito amplo de liberdade: “é do que se entende por liberdade que acaba por derivar o que se entende como autonomia

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 490-491.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 37.

⁹¹ CORDEIRO, Eros Belin de Moura. A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 211-38.

⁹² FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

⁹³ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, vol. 4, n. 14, p. 167-217, 2005.

privada”⁹⁴. Porém, embora pressuponha liberdade, com ela não se confunde, porquanto a liberdade transcende ao direito, enquanto a autonomia privada é um poder tipicamente jurídico.

No Direito das Famílias e Sucessões, a autonomia privada serve como base para as mais diversas situações jurídicas: do livre planejamento familiar ao rompimento do vínculo conjugal pelo divórcio; da escolha do regime de bens no casamento à elaboração de testamento; da liberdade de adotar ao direito do adotado a se manifestar sobre a adoção; dentre outros.

A ampliação da gama de arranjos familiares fez nascer, além da mera liberdade de contratar, um novo significado de liberdade, a qual deixou de ser simplesmente formal e negativa para uma compreensão também material, vale dizer, “liberdade para o desenvolvimento pessoal”.⁹⁵

Sua importância no Direito de Família é tamanha, porquanto sempre incidiu sobre esta seara jurídica maior intervenção do Estado-legislador, impondo freios e restrições à liberdade de ação dos indivíduos em prol, supostamente, da defesa da célula familiar, dos bons costumes e dos interesses patrimoniais dos envolvidos.⁹⁶

Na modernidade, as famílias eram regidas por leis baseadas principalmente nos bons-costumes, conservadorismo e em um suposto direito natural. Assim, “se a propriedade e o contrato eram os âmbitos em que avultava a autonomia privada, a família, em sua dimensão existencial, era o lugar da não-liberdade.”⁹⁷

A única liberdade juridicamente protegida era o casamento, e, mesmo assim, é possível verificar a evidente ausência nas legislações oitocentistas de previsão legal reconhecendo outras formas de constituição familiar, senão a matrimonial.

Assim, ressalta-se a importância do advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que preconiza marco teórico importante a respeito da sobreposição da valorização do indivíduo e suas escolhas sobre os moldes rígidos anteriormente

⁹⁴ BUNAZAR, Maurício. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 5, n. 6, p. 1549-1566, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1549_1566.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: Sentido, transformações e fim. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 31.

⁹⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 90.

⁹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 132.

traçados, de modo a ampliar significativamente o campo de aplicação da autonomia privada.⁹⁸

Segundo a Constituição, ao Estado não coube mais determinar qual tipo de família cada pessoa iria constituir ou a escolha do sexo de seu respectivo companheiro, mas tão somente resguardar direitos e deveres básicos a todas as formas de conjuntura familiar.

Logo, na atualidade, é possível concluir que o princípio da liberdade no Direito de Família atua, essencialmente, em duas frentes: na liberdade da entidade familiar perante o Estado e a sociedade, e na liberdade individual de cada membro diante dos demais e da própria família.⁹⁹

Ademais, dentro de uma perspectiva funcionalizada do Direito Civil, a função como liberdade(s), conforme leciona Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consiste em permitir, no mínimo, o exercício e a conservação de liberdades, e, quando possível, até mesmo a ampliação destas.

Entretanto, vale pontuar que em meio a este cenário contemporâneo emergiu uma verdadeira disputa entre princípios, visto que nem sempre sua convivência é harmoniosa diante da pluralidade de famílias existentes e da legislação em vigor, conforme passa-se a expor na sessão seguinte.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA E NEGÓCIOS JURÍDICOS DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

A partir do princípio da autonomia privada dentro da lógica do Estado Democrático de Direito, levanta-se o questionamento de em que medida a intervenção do Estado no âmbito familiar seria justificável.

Segundo Luiz Edson Fachin, é através dos princípios constitucionais que o intérprete e aplicador do Direito poderá averiguar a necessidade ou não desta intervenção, segundos critérios racionais de conformação da ordem normativa com a realidade.¹⁰⁰

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: Sentido, transformações e fim. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 158.

Quando a lei intervém no âmbito familiar, por muitas vezes acaba por fazê-lo de modo desproporcional, em detrimento do pleno desenvolvimento de seus membros e de suas personalidades, porquanto são tolhidos de exercerem suas próprias escolhas de uma esfera tão íntima.¹⁰¹

A exemplo, o problema objeto deste trabalho, no qual o Código Civil – ao proibir a celebração de contratos que tenham por objeto a herança de pessoa viva, ou negócios que possam, de alguma forma afetar a garantia da legítima – acabou por limitar de modo contundente o princípio da liberdade, em prol de uma presunção de solidariedade entre familiares e a proteção da dignidade do indivíduo cuja sucessão se trata.¹⁰²

Certo que a liberdade do particular não é ilimitada e irrestrita – a rigor, nunca foi, pois, o mais elementar conceito de liberdade, a liberdade negativa, pressupõe inclusive sob o ponto de vista conceitual, um lugar de coerção – deve ser relativizada em detrimento do interesse público e dos próprios particulares a seu redor.

Neste sentido, a evolução do tratamento jurídico das famílias, como bem salientou Gustavo Tepedino, apresenta “movimento pendular”, pois opera-se entre a necessidade de assegurar aos indivíduos liberdade para realizarem-se em suas escolhas existenciais, e, ao mesmo tempo, impõe restrições à esta liberdade em defesa à proteção dos vulneráveis econômicos e sociais, através do dever da solidariedade.¹⁰³

Dita proteção, contudo, se mostra mais adequada quando acolhe a concretude da vulnerabilidade nas relações sociais, e não por meio de uma proteção geral e presuntiva dotada de um caráter de ordem pública e moralista, como é o caso do art. 426 do Código Civil.

Intervir é necessário quando “verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável

¹⁰¹ MULTEDO, Renata Vivela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021

¹⁰² Os motivos que levaram o legislador a tutelar a regra do art. 426, Código Civil, serão melhor expostos e confrontados no terceiro capítulo.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 4, p. 6-8, 2015, p. 6.

devido às suas condições pessoais”¹⁰⁴. O que ocorre, por exemplo, com a criança, o adolescente, o idoso, o incapaz e a vítima de violência familiar.

Com a evolução e o desenvolvimento de um Direito Civil Constitucional, os princípios deixaram de possuir mero caráter supletivo da norma, passando a protagonizar a relação jurídica familiar, sendo a porta de entrada para a leitura interpretativa de qualquer situação.¹⁰⁵

É precisamente em virtude da prevalência dos princípios constitucionais sobre as relações de família, nas quais avulta a liberdade coexistencial, que se pode pôr em xeque a histórica intervenção do Estado nessas relações privadas, principalmente diante da hipótese de que, da ordem constitucional, decorra, *prima facie*, a função de permitir o exercício, a conservação e o incremento de liberdade(s) dos institutos de Direito Civil.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Multedo, o Estado deve cumprir seu papel de promotor de liberdades por meio de uma tutela que não implique, necessariamente, intervenção.¹⁰⁶

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade não devem se prestar apenas como limitadores do interesse particular, pelo contrário, o Estado, respeitando as condições de vulnerabilidade de cada parte, deve justamente “garantir que todos os indivíduos possam exercer sua prerrogativa de liberdade no âmbito de interesses individuais.”¹⁰⁷

Cabe ao Estado tutelar interesses de pessoas em situações de vulnerabilidade, situação na qual se dará “a retirada do plano da vontade para migrar para a esfera dos deveres, da solidariedade”¹⁰⁸, o que, no entanto, deve operar-se como exceção, e não como regra.

Reconhecer a família é, sobretudo, assegurar sua faculdade de autonomia e auto regramento de seus membros, com a menor intervenção estatal possível. O

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim**. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 167.

¹⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 42.

¹⁰⁶ MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021

¹⁰⁷ RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

Estado deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar em verdadeira melhora na situação de seus membros¹⁰⁹, o que leva a reflexão de se, ao proibir ampla e genericamente os pactos sucessórios, o Estado não estaria agindo com intervenção excessiva.

Há um iminente clamor social por uma maior liberdade de escolha nas relações familiares e sucessórias. Todos os limites legais impostos durante tanto tempo, que discriminavam a condição da mulher, dos filhos, dos incapazes e dos idosos, causaram inquietudes dignas nos jurisdicionados.¹¹⁰

Atualmente, o direito sucessório encontra-se em desacordo com a sociedade brasileira. As transformações socioeconômicas abalaram os alicerces do direito das sucessões, que são a família e a propriedade. A falta de autonomia no direito das sucessões enrijece-o, conservando-o com um perfil de uma sociedade oitocentista. Principalmente nos dias de hoje, pois se deve interpretar os institutos do direito civil de uma forma mais funcionalizada do que estrutural.¹¹¹

Dito clamor, vale ressaltar, foi enaltecido em razão da pandemia ocasionada pelo vírus da Covid-19, que, diante do número devastador de mortes no Brasil a fora¹¹², aproximou a morte como uma realidade não tão distante dos seres humanos.¹¹³

O vírus da COVID-19 acabou por afastar os motivos que levavam os indivíduos a postergar o planejamento de sua sucessão e acelerou o enfoque nesta matéria, ao menos a todos aqueles que pensam na transferência eficiente de seus bens e direitos.¹¹⁴

¹⁰⁹ 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. 145.

¹¹⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29-46.

¹¹¹ MUCILO, Daniela de Carvalho; TEIXEIRA, Daniele Chaves. COVID-19 e planejamento sucessório: não há mais momento para postergar. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Sílvia Felipe (coord.). **Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões**. Indaiatuba – SP: Foco, 2020, p. 333 – 350.

¹¹² Segundo informação do Ministério da Saúde, em 29.03.2021 o número de óbitos em razão da doença ultrapassou 312.000 (trezentas e doze mil) pessoas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da saúde**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29 mar. 2021).

¹¹³ MUCILO, Daniela de Carvalho; TEIXEIRA, Daniele Chaves. COVID-19 e planejamento sucessório: não há mais momento para postergar. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Sílvia Felipe (coord.). **Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões**. Indaiatuba – SP: Foco, 2020, p. 333 – 350.

¹¹⁴ *Ibidem*.

Autores civilistas atentam para os impactos da pandemia no Direito Sucessório, no sentido de que “talvez, diante da proximidade dessa morte que bate nos degraus da nossa casa, possamos nos conscientizar de que precisamos nos planejar para nosso fim, já que a morte é apenas um elemento da vida.”¹¹⁵

Somado a isto, a sociedade atual, instantânea, consumista, globalizada e fluída¹¹⁶ traz impactos inegáveis ao Direito das Famílias e Sucessões, que deve responder às novas necessidades que se distanciam, cada vez mais, daquelas da sociedade do século passado em que o Código Civil se pautou.

Há uma variedade de culturas, etnias, políticas e religiões que afetam diretamente as concepções de família, além das mais diversas inspirações e aspirações pessoais de seus membros, de modo que nenhum modelo pré-concebido legislativo está apto a atender toda esta gama.¹¹⁷

Portanto, é de se concluir que, em geral, o sistema legal do Direito das Famílias e Sucessões, em muito não coaduna com os anseios finais dos indivíduos, porquanto baseiam-se em um modelo de família que cada vez mais se distancia da família eudemonista e de uma pluralidade de arranjos existentes na atual sociedade brasileira.¹¹⁸

Neste cenário, os conflitos principiológicos demandam a todo tempo do operador do direito soluções que, ora preponderem a autonomia privada, ora a solidariedade e dignidade da pessoa humana, a depender do caso concreto.

Outro exemplo que leva o intérprete a questionamentos, é o caso do casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, no qual a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, Código Civil), tolhendo a liberdade do

¹¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; EHRHARDT JR., Marcos; CATALAN, Marcos Jorge. O direito civil constitucional e a pandemia. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 247-256, out./dez. 2020.

¹¹⁶ Na concepção de Zygmunt Bauman a globalização acarretou uma maior mobilidade e descentralização, o que sedimentou uma nova ordem econômica, política e social. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. A ideia de “liquidez” e “fluidez” está associada ao estado físico da matéria, que não se fixam no espaço, nem prendem no tempo, ao contrário dos sólidos. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8-9).

¹¹⁷ MULTEDO, Renata Vivela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021

¹¹⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29-46.

indivíduo de optar pelo regime que melhor lhe agrade sob o pretexto de que, ao assim fazer, protege o idoso vulnerável de um casamento por interesse.¹¹⁹

Contudo, a presunção de vulnerabilidade do idoso não pode e nem deve ser absoluta, principalmente no que tange a sua realização pessoal e amorosa, sob pena de ferir o princípio elementar da liberdade.¹²⁰

Verifica-se uma preocupação do legislador com o idoso, consubstanciada através da intervenção estatal no regime de casamento das pessoas maiores de setenta anos, sem, entretanto, qualquer previsão de exceção à regra (*opt-out*), tolhendo a oportunidade daqueles idosos que, no exercício pleno de suas capacidades mentais, pretendem casar-se sob outro regime de bens.

Da mesma forma, a imposição da sucessão legítima (art. 1.829, Código Civil), ao determinar que, para o indivíduo alçar a qualidade de herdeiro necessário, basta ser ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, sem que haja qualquer critério a respeito da afetividade familiar.

Os fundamentos da legítima consistem no vínculo familiar existente entre o falecido e os sobreviventes e na especial proteção que o Estado confere às famílias, em busca da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.¹²¹

¹¹⁹ Sobre o tema, Maria Berenice Dias explana que o intuito do legislador era vedar o enriquecimento sem causa, muitas vezes ocasionado por conta de casamentos “forjados” entre pessoa jovem e idoso maior de 70 anos. Porém, o que se questiona é o fato de a regra não prever exceções, e acabar prejudicando aqueles que desejavam eleger regime de bens diverso. “A lei presume, de forma absoluta - presunção *jure et de jure* - que toda e qualquer pessoa que atingir os 70 anos não pode nem amar e nem ser amado. E, se mesmo assim, algum velho indesejável resolver casar, o casamento não tem qualquer efeito de ordem patrimonial. Assim, renomados empresários, ainda eu com mais de 70 anos, devem sim continuar à testa de grandes impérios e empreendimentos. Mas se resolverem casar, não podem eleger o regime de bens. A lei decreta a incomunicabilidade de tudo o que conseguiram amealhar ao longo de suas vidas. Até do que for adquirido depois do casamento. Sequer é questionado se o cônjuge contribuiu para a sua aquisição. O regime é o da separação legal. Tudo porque é proibido amar. (DIAS, Maria Berenice. Mais 10! **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/702/Mais+10!>. Acesso em 18 mar. 2021).

¹²⁰ FIGUEIREDO, Ramon Gama; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. A (in)constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. **IBDFAM**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf. Acesso em 22 mar. 2021.

¹²¹ DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018.

Respeitadas opiniões contrárias¹²², ao assim fazer, o legislador sobrepôs o vínculo consanguíneo ao do afeto, solidariedade, carinho e cuidado. Neste cenário, Mário Luiz Delgado propõe uma revisitação da legítima diante da transformação sociológica e jurídica da família, da existência de outros mecanismos protetórios da família fora do Direito Sucessório, da longevidade crescente da população, dentre outros argumentos.¹²³

Existem críticas também a respeito concorrência sucessória, que, nas palavras de Maria Berenice Dias, “interfere de forma indevida e desastrosa em questões patrimoniais, afrontando o princípio da autonomia da vontade. O legislador parece insensível às mudanças que vem acontecendo na própria estrutura das famílias.”¹²⁴

Nesta toada, pode-se dizer que também há certa dificuldade em compreender, atualmente, a vedação total à celebração de negócios jurídicos que possam dizer respeito à herança de pessoa viva, especialmente naquelas situações em que a morte de uma das partes não gera benefícios àquele sobrevivente que integrou o negócio e visa resguardar a autonomia privada do titular do patrimônio.¹²⁵

A racionalidade codificadora por detrás destas normas, de forma absoluta e sem a previsão de exceção legal em caso de manifestação contrária dos envolvidos, tem sido alvo de questionamentos pela comunidade jurídica contemporânea.¹²⁶

¹²² Ana Luiz Maia Nevares, em momento anterior defendida a intangibilidade da legítima (NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495-545). Atualmente, porém, já possui posicionamento contrário e sugere sua restrição a situações de vulnerabilidades (NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 11-32, nov./dez. 2016).

¹²³ DELGADO, *op. cit.*

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393.

¹²⁵ “O pacto sucessório permite a duas ou mais pessoas convencionarem a sucessão por morte de qualquer uma delas, mediante a instituição de um ou mais herdeiros, e a atribuição de bens. No entanto, a genérica proibição do pacto sucessório nem sempre atende ao melhor direito”. Para o autor, não há nada de odioso ou imoral convencionar sobre a herança dos cônjuges em pacto antenupcial, por exemplo. (MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista dde Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 27, p. 9-57, 2018).

¹²⁶ Neste sentido, cita-se Rolf Madaleno (MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista dde Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 27, p. 9-57, 2018), Rafael Cândido da Silva (SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis***. Salvador: Juspodivm, 2019), Daniele Chaves Teixeira (TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29-46), Maria Berenice Dias (DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393 – 395),

É de se concluir que a intervenção do Estado em determinadas relações familiares apresenta-se como restrição desproporcional à autonomia privada, ao passo que, de forma autoritária, proíbe determinadas condutas sem trazer alternativas aplicáveis aos atuais anseios da sociedade.

Neste sentido, e em busca de uma maior autonomia nos negócios jurídicos que se entremeiam a relações familiares, o movimento da chamada “contratualização do Direito de Família” sugere uma interface entre o Direito das Famílias e o Direito dos Contratos, com base nos princípios da autonomia privada, boa-fé e função social, naquilo em que o paralelismo seja possível.¹²⁷

Como aos contratos, desde a modernidade, sempre foi conferido maior campo de autodeterminação dos particulares se comparado ao Direito das Famílias, a expressão faz notória referência à necessidade de um aumento de liberdade de escolha nas relações privadas familiares, sejam de cunho existencial ou patrimonial (respeitadas as vulnerabilidades de suas estruturas e de seus membros).

Desse modo, o termo “contratualização” é utilizado neste trabalho como expressão reveladora de um movimento que clama maior autonomia privada nas relações familiares, não somente patrimoniais, mas também existenciais.

Quanto aos aspectos em comum, tanto no Direito Contratual quanto no Direito das Famílias, como bem exemplificou Gustavo Tepedino¹²⁸, está-se diante de um pêndulo principiológico, através do qual, cabe ao Estado tanto coibir atos ilícitos e abusos de direito, mas também criar ambiente propício ao regular desenvolvimento da autonomia privada através da garantia constitucional da liberdade.

O direito contratual, assim como o de família, permanece em frequentes mutações diante das pretensões da sociedade contemporânea, que se amolda de acordo com o cenário cultural, político e econômico no qual está inserida. Assim, por não se tratar de temática estática, é que o intérprete e o aplicador das leis são

Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Multedo (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021).

¹²⁷ FIUZA, César; LAGE, Matheus Henrique Vieira. O paralelismo entre o direito de família e o direito contratual. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 349-367, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6224/pdf>. Acesso em: 06/08/2019.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 4, p. 6-8, 2015, p. 6

demandados para aprimorar os institutos ligados ao exercício da autonomia privada.¹²⁹

Quanto aos aspectos divergentes, há de se ressaltar, novamente, que nem todo negócio jurídico celebrado no âmbito do Direito Das Famílias e Sucessões se confunde com um contrato, e por isso, a distinção destas duas categorias jurídicas se faz necessária, especialmente no que se refere ao tema central deste trabalho.

Da redação literal do art. 426 do Código Civil, extrai-se que a vedação legislativa é referente exclusivamente aos contratos, e não a outras espécies de negócio jurídico, veja-se: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”

Portanto, a teoria do negócio jurídico surge neste cenário como ferramenta apta a analisar se negócios jurídicos de Direito das Famílias e Sucessões, *a priori*, também estariam abarcados pela mencionada vedação legislativa.

Pois bem. Tanto os contratos quanto os negócios jurídicos são institutos jurídicos que partem do arranjo dos fatos jurídicos, que são definidos como fatos que podem provir da natureza (fatos naturais ou fatos jurídicos *strictu sensu*) ou da atuação humana (fatos humanos ou atos jurídicos *latu sensu*).¹³⁰

Os fatos humanos, atribuíveis ao homem, distinguem-se, resumidamente, em fatos lícitos (valorados pela ordem jurídica) e ilícitos (contrários a ordem jurídica). Dentro da estrutura dos fatos lícitos, estão localizados os negócios jurídicos, atos jurídicos *strictu sensu* e os chamados atos-fatos, que são reconhecidos apenas por parte da doutrina.¹³¹

A categoria dos negócios jurídicos relaciona-se ao agir humano, e suas consequências decorrem da vontade humana a eles empregada. “Chama-se de negócio jurídico o regulamento de interesses estipulado pela autonomia privada, ou autorregulamento ou ato jurídico apto a regular interesses.”¹³²

¹²⁹ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios Jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n.3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em: 30/07/2019.

¹³⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, Vol. 1:** Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 238.

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, Vol. 1:** Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 238.

¹³² TEPEDINO, Gustavo. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 4, p. 6-8, 2015, p. 6

É o negócio jurídico que assegura à autonomia privada o mais amplo espaço para regular seus interesses. A categoria surge como produto de uma filosofia político-jurídica que, com base na liberdade e igualdade formal, desenvolve uma figura unitária apta a reunir todos os fenômenos jurídicos que decorrem das manifestações da vontade dos sujeitos de direito na esfera patrimonial.¹³³

Washington de Barros Monteiro entendia que o negócio jurídico, em sua essência, caracteriza-se como um ato de vontade que objetiva atingir a certo fim jurídico pretendido: “é uma declaração privada de vontade que visa produzir determinado efeito jurídico.”¹³⁴

No mesmo viés, a doutrina contemporânea¹³⁵ o define como sendo toda ação humana, decorrente da autonomia privada, pela qual os particulares regulam seus próprios interesses mediante a composição de vontades, cujo conteúdo deve observar forma lícita e produzir efeito jurídico.¹³⁶

Seria a declaração da vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente.¹³⁷

Os negócios jurídicos possuem três planos de análise, quais sejam, da existência, validade e eficácia, sendo que a difusão desta teoria tripartite se atribui a Pontes de Miranda, que foi o grande idealizador e precursor da chamada Escada Ponteana.¹³⁸

Significa dizer que, à primeira vista, o negócio jurídico deve ser existente, ou seja, conter os pressupostos necessários para que exista no mundo jurídico. Após, deve-se analisar se o negócio é válido, se detém todos os atributos essenciais a sua

¹³³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 471.

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 39ª ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207.

¹³⁵ Em definição semelhante, acompanham o conceito Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho e Anderson Schreiber (STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: 1 – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 382 e SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 217-219).

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 418. No mesmo sentido, cita-se

¹³⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: 1 – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 382.

¹³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64 e seguintes.

validade. Por fim, superadas as duas primeiras análises, resta verificar se o negócio é eficaz, ou seja, se está apto a produzir efeitos jurídicos.¹³⁹

Os contratos, por sua vez, podem ser definidos como “negócio jurídico, bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado a autorregulamentar interesses.”¹⁴⁰

Conforme leciona Gustavo Tepedino, a patrimonialidade é um dos principais elementos distintivos dos contratos de outros negócios jurídicos, ao qual o intérprete deve prestar máxima atenção ao valorar a situação em questão.¹⁴¹

Isto, pois dentro de uma conjuntura constitucional do Direito Civil, deve-se identificar categorias próprias a depender dos interesses em jogo. Não se pode estender categorias patrimoniais às situações existenciais, pois assim o fazendo, acabar-se-ia por mercantilizar-se bens que o constituinte indicou não terem preço.¹⁴²

Contudo, diferenciar o tratamento normativo qualitativamente entre situações existenciais e patrimoniais não é uma tarefa fácil, em razão da existência de diversos negócios dúplices, situados em uma “zona nebulosa entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade”, como ocorre nos pactos antenupciais que tratem, por exemplo, de questões patrimoniais e deveres conjugais.¹⁴³

Neste viés, questiona-se se os pactos sucessórios, assim como outros negócios jurídicos próprios de Direito de Família, como é o caso dos pactos antenupciais e dos contratos de convivência, não seriam erroneamente classificados como contratos.

Ainda que grande parte da doutrina reconheça que os pactos antenupciais possuem natureza jurídica contratual, há entendimento emergente que defende sua natureza de negócio jurídico de Direito de Família, dentre os quais, cita-se Luiz Edson

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, Vol. 1:** Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 247.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 5-6.

¹⁴² *Ibidem*, p. 7.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo (org.). **Fundamentos do Direito Civil, vol. 3:** Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 7.

Fachin¹⁴⁴, Débora Gozzo¹⁴⁵, Eduardo de Oliveira Leite¹⁴⁶, Rolf Madaleno¹⁴⁷, Zeno Veloso¹⁴⁸, Gustavo Tepedino¹⁴⁹, Luciana Faisca Nahas¹⁵⁰ e Felipe Frank¹⁵¹.

Felipe Frank, por sua vez, dedicou sua tese de Doutorado a defender que a natureza jurídica dos pactos antenupciais não se confunde com a contratual, constituindo negócio jurídico próprio, “com conteúdo, forma e circunstâncias negociais tão distintas da dos contratos que justificam seu afastamento do direito das obrigações.”¹⁵²

Os contratos, a partir das codificações oitocentistas, sempre se apresentaram como forma a regulamentar relações de cunho iminente patrimonial, como prestações de serviços, compra e venda, formas de pagamento, inadimplemento, termos, encargos e condições, de modo que “seria um descalabro afirmar que todo ato jurídico bilateral consubstancia contrato.”¹⁵³

Orlando Gomes propôs referida distinção de maneira mais contundente, tendo advertido que “conquanto seja negócio jurídico de conteúdo patrimonial, o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações, afirmando-se que tem caráter institucional.”¹⁵⁴

Esta distinção também foi explorada por Débora Gozzo, que em sua obra distinguiu o contrato do pacto antenupcial, pelo fato de o primeiro condizer a um negócio jurídico de natureza patrimonial obrigacional, enquanto o segundo a um negócio jurídico de Direito de Família, ainda que também patrimonial.¹⁵⁵

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, o. 185-187.

¹⁴⁵ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 81-81.

¹⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: Direito de Família. Vol. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 317.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528.

¹⁴⁸ VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 100.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 2, fev/mar, 2008. P. 15-16.

¹⁵⁰ Nahas, Luciana Faisca. **A possibilidade de inclusão de cláusulas pessoais e patrimoniais na elaboração de pacto antenupcial e contrato de convivência**. 2015. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹⁵¹ FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 155.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1983, p. 167.

¹⁵⁵ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 30 e 34.

Assim como o pacto antenupcial, os pactos sucessórios poderiam ser interpretados como modalidade autônoma de negócios jurídicos, classificados como negócios jurídicos de Direito de Família, uma vez que não se confundem com os contratos regidos pelo Direito das Obrigações, cujo objeto, inclusive, pode ser justamente a renúncia a um direito incerto patrimonial, como é o caso dos pactos que visam renunciar herança futura.

Assim, não estariam vinculados aos limites legislativos impostos pelo art. 426 do Código Civil.

(...) a disposição pactícia a respeito da concorrência sucessória do cônjuge não esbarra na proibição de se especular com a morte de outrem mediante contrato que tem por objeto a herança de pessoa viva (art. 426), na impossibilidade de se renunciar à herança ainda não aberta (art. 1.806), na plena revogabilidade das disposições de última vontade (art. 1.858), na vedação ao testamento conjuntivo (art. 1.863, ou ainda na condição de herdeiro necessário do cônjuge (art. 1.845). Com a devida vênia que se deve à doutrina e à jurisprudência majoritárias, considerando-se as diferenças essenciais que existem entre contrato e pacto antenupcial, é inócuo aplicar a este a disciplina obrigacional e os princípios que regem aquele, o que inclui o art. 426 do CC/2002. Assim, considerando-se que o contrato tem conteúdo maleável e finalidade estritamente econômica, conclui-se que seu conceito não é adequado ao pacto antenupcial, negócio jurídico de direito de família que, nada obstante também seja destinado à regulamentação patrimonial dos cônjuges, tem caráter existencial, essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.¹⁵⁶

Portanto, se considerados como negócios jurídicos autônomos, não abarcados pelas limitações jurídicas da categoria dos contratos, a vedação aos pactos sucessórios não seria irrestrita e extensiva a todas as suas modalidades, tal como é hoje.

Neste trabalho, filia-se ao entendimento de que pactos sucessórios não são e nem devem ser interpretados como sinônimos de contrato, tanto em razão de sua finalidade, que visa regulamentar situações inerentes ao Direito de Família e Sucessões, quanto pela sua forma, que possui natureza jurídica de negócio jurídico, e não contratual, o que permitiria sua viabilidade dentro do ordenamento jurídico.

Neste ponto, importante ressalva se faz necessária. Embora entenda-se pela desvinculação dos pactos sucessórios da natureza jurídica contratual, e, portanto, pela admissão à celebração de determinados pactos enquanto negócios jurídicos de

¹⁵⁶ FRANK, Felipe. **A validade da cláusula sucessória no pacto antenupcial**. Morrisville: Lulu Press, 2019, p. 115-116.

Direito de Família, não se está a negar a importância e necessidade de uma alteração legislativa relacionada ao art. 426 do Código Civil.

A reflexão proposta não pretende reduzir ou ignorar a regra proibitiva de ordem pública, mas lançar sobre ela olhar crítico levando em conta, mas não somente, sua natureza jurídica.

Por conseguinte, antes de adentrar na análise verticalizada dos pactos sucessório propriamente, seu arsenal histórico e suas modalidades, a próxima sessão dedica-se a demonstrar como as normas que delimitam a autonomia privada sucessória, em especial o art. 426 do Código Civil, estão em descompasso com os anseios sociais da sociedade civil contemporânea.

2.4 OS DOIS PILARES LEGISLATIVOS LIMITADORES À AUTONOMIA PRIVADA SUCESSÓRIA SOB O VIÉS DE UM DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

O Direito das Sucessões possui dois grandes pilares legais que limitam a autonomia privada dos indivíduos, quais sejam, à herança legítima, prevista no art. 1.846 do Código Civil, e a vedação aos pactos sucessórios, prevista no art. 426 do mesmo diploma legal.

Fala-se em “pilares”, pois ditas imposições legais estão presentes no ordenamento jurídico nacional desde o Código Civil de 1916, dotadas de rigidez e estabilidade ao longo dos anos. São balizas ao exercício da autonomia privada no que diz respeito ao planejar da sucessão.

Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce as consideram como “as duas regras de ouro do planejamento sucessório”¹⁵⁷, pois devem ser sempre observadas para que o planejamento sucessório não caminhe para fins ilegais.

Logo, são “de ouro” pois delimitam a autonomia privada do sujeito, e quando não observadas, a sucessão torna-se nula.

A primeira delas é referente à proteção legislativa outorgada à herança legítima, que corresponde a 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do autor da

¹⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 433-450.

herança. Conforme dispõe o art. 1.846 do Código Civil, metade do patrimônio deve obrigatoriamente ser destinado aos herdeiros necessários do falecido, quais sejam, o ascendente, o descendente e o cônjuge ou companheiro (art. 1.845 do Código Civil)¹⁵⁸.

O amparo da legítima possui origem romana, e traduz um dever moral do falecido com seus parentes mais próximos. Inclusive, no século passado, o testador que não respeitasse a cota destinada à sua família, era tratado como louco, ante a falta com o dever de solidariedade familiar.¹⁵⁹

Segundo Clóvis Beviláqua:

A sucessão legítima é um fomento dos sentimentos de pundonor e dignidade, pelo cumprimento de nobre dever, qual é o de trabalhar pelo bem-estar da família; é um fator da consolidação da sociedade doméstica, pelo sentimento de solidariedade que desenvolve entre os seus membros; é propulsor econômico além disso, e escola moral prática.¹⁶⁰

Seguindo esta lógica, a Lei Feliciano Pena (Decreto n. 1.839/1907), que foi a primeira legislação nacional a regulamentar o direito à herança no Brasil, estabeleceu, em seu art. segundo, a proteção à herança legítima, limitada a metade do patrimônio do autor da herança: “O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.”

Esta previsão foi mantida no Código Civil de 1916, e repetida no Código Civil de 2002, sendo regra consolidada do direito das sucessões.¹⁶¹

¹⁵⁸ Neste rol, importante ressaltar a necessidade de inclusão do companheiro como herdeiro necessário, tendo em vista a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 878.694/MG e 646.721/RS, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, determinando a inclusão do convivente no rol da sucessão legítima prevista no artigo 1.829, ao lado no cônjuge. Assim, apesar de debates que circundam o tema, questionando se o companheiro é ou não herdeiro necessário, a autora filia-se a corrente que defende que sim. Neste sentido, conferir Flávio Tartuce “(...) não restam dúvidas de que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o convivente foi alçado à condição de herdeiro necessário, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 1.845 da própria codificação material.” (TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 4, n. 5, p. 865-873, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n5/181>. Acesso em 09 fev. 2021).

¹⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 264.

¹⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 69.

¹⁶¹ Embora o regramento atual preveja expressamente a destinação obrigatória de 50% do patrimônio do falecido aos seus herdeiros legítimos, há doutrinadores que defendem a redução deste montante

Todavia, em tempos de vínculos familiares fluidos e diversos, questiona-se se aumentar a fração da liberdade testamentária (que atualmente é de 50%) não incentivaria uma solidariedade familiar autêntica em direção a uma herança conquistada, “em substituição a uma transmissão hereditária forçada”.¹⁶²

Jorge Duarte Pinheiro¹⁶³ indaga sobre a necessidade de se repensar a legítima, já que atualmente a riqueza é cada vez mais fruto do trabalho e decisões individuais de aplicação de capital, e que a família perdeu sua função de unidade de reprodução, “será pertinente entender a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao de cujos na formação do patrimônio?”

Não somente a legítima, mas a posição do cônjuge como herdeiro necessário (e então legitimado ao recebimento da quota legítima), também tem sido questionada, especialmente após o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 646.721-RS e 878-694-MG pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁴

Segundo Ana Luiza Maia Nevares, ao elevar o cônjuge e companheiro à qualidade de herdeiros necessários, o legislador descuidou-se das realidades diversas vivenciadas dentro de cada união, que muitas vezes levava o casal a optar pela união estável justamente pelos efeitos sucessórios dela advindos, e do atual clamor por uma maior liberdade quando as pessoas estão inseridas “em relações em que há uma igualdade entre os partícipes e diversos interesses a serem conjugados, em especial diante da recomposição das famílias.”¹⁶⁵

para 25%, como exemplo, a professora Giselda Maria Fernandes Hironaka e o professor Flávio Tartuce. Esta redução, conforme sugere a autora, poderia aumentar o desenvolvimento social e econômico no Brasil, colocando na mente da população a necessidade de busca pelo trabalho, desincentivando o ócio exagerado dos herdeiros (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 437).

¹⁶² DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018.

¹⁶³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 178.

¹⁶⁴ Os recursos mencionados versavam sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que regulava a sucessão hereditária do companheiro de forma diversa a do cônjuge. Ao final, o STF concluiu, em decisão não unânime, que o dispositivo em referência é inconstitucional, fixando a seguinte tese (Repercussão Geral n. 809): No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil/2002.

¹⁶⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v.23, p. 17-37, jan./mar. 2020.

Logo, em que pese a “primeira regra de ouro” ter sido alvo de fortes críticas doutrinárias, e, inclusive, de proposta de alteração legislativa idealizada pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família)¹⁶⁶, é sobre a segunda que este estudo se debruça.

Como mencionado, a segunda “regra de ouro” para o planejamento sucessório é a vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*¹⁶⁷, prevista no art. 426 do atual Código Civil.

Conforme redação do referido art., “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, sendo que contratos com mencionado objeto, são revestidos de nulidade absoluta, conforme prevê o art. 166, inciso VII do mesmo diploma legal.¹⁶⁸

O art. 426 representa verdadeiro entrave para a concretização de planejamentos sucessórios, ou quaisquer negócios jurídicos pautados na autonomia privada do autor da herança, com exceção das disposições testamentárias, que possuem permissivo legal.

Ousa-se dizer que a proibição dos pactos sucessórios perfaz o maior óbice jurídico para muitos atos de organização sucessória, inclusive, pois a prática de transações que digam respeito à herança ainda não recebida por um dos transatores, é considerada nula de pleno direito.¹⁶⁹

A renúncia à herança em pacto antenupcial, ou a renúncia à condição de herdeiro em contrato de união estável, por exemplo, são negócios jurídicos de direito de família que não possuem permissibilidade legal diante da vedação imposta pelo art. 426 do Código Civil.

¹⁶⁶ O Projeto de Lei n. 3799 de 2019, idealizado pelo IBDFAM, prevê a possibilidade de exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão mediante sua exclusão do rol de herdeiros necessários, ficando-lhes ressaltado, contudo, o direito de reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. “Dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos a priori pela lei, sem uma análise da situação em concreto.” (SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 377 de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=7973456&ts=1562112856248&disposition=inlin> e. Acesso em 24 mar. 2021).

¹⁶⁷ *Pacta corvina* traduz-se como “pacto com o corvo”.

¹⁶⁸ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibí-lo a prática, sem cominar sanção.

¹⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 433-450.

Embora parte da doutrina defenda postura mais flexível em relação à possibilidade de celebração de determinados pactos sucessórios¹⁷⁰, outro conjunto de juristas¹⁷¹ segue vertente atrelada à concepção de que o art. 426 impõe óbice irrestrito aos mencionados pactos, na linha do que já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁷²

No contexto atual, no qual se clama cada vez mais por maior liberdade sucessória, a vedação ampla e irrestrita aos pactos sucessórios acaba não só protegendo o indivíduo e a sociedade de situações indesejáveis, como é seu objetivo maior, mas também gerando impactos negativos no exercício da autonomia privada e, por consequência, abrindo margem para engenharias legais que objetivam desviar-se da incidência do art. 426.

De tal maneira, existem propostas doutrinárias para que sejam incluídas exceções à regra ou até mesmo que a norma seja extinta, possibilitando a “contratualização” do direito das sucessões no Brasil.¹⁷³

Rolf Madaleno defende que a regra em vigor não se aplica à renúncia prévia da herança do cônjuge ou companheiro em pacto antenupcial ou em contrato de convivência, primeiro, porque se trata de renúncia abdicativa, o que afasta os temores que rodeiam a *pacta corvina*, e, segundo, porque o cônjuge e o companheiro não são herdeiros de uma herança universal, mas sim concorrentes aos demais, de modo que a renúncia favorece o monte partível.¹⁷⁴

José Fernando Simão já prefere propor uma mitigação à vedação legal, de modo que sugere a inclusão de um parágrafo único ao art. 426, passando a prever que: “por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso

¹⁷⁰ Vide: DELGADO, Mario Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos horizontes para os pactos sucessórios no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 28, jan./fev. 2019.

¹⁷¹ Como se pode citar Flávio Tartuce e José Fernando Simão.

¹⁷² “Embora se admita a cessão de direitos hereditários, esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. A disposição de herança, seja sob a forma de cessão dos direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.341.825/SC**, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 10/02/2017).

¹⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 433-450.

¹⁷⁴ MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 27, 2018, p. 9-57.

de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado”.¹⁷⁵

Rafael Cândido da Silva propõe que uma releitura do princípio da autonomia privada no Direito Sucessório possibilitaria uma releitura funcional da regra proibitiva, mas não ignora o fato de que uma alteração legislativa é necessária para abrir um notável espaço de autonomia privada no fenômeno sucessório.¹⁷⁶

Daniel Bucar defende a legalidade da proibição dos pactos sucessórios sob o aspecto da primazia da liquidação sucessória e pagamento de credores, mas entende que a mesma não deve ser absoluta, de modo que pactos renunciativos de herança possam ser permitidos.¹⁷⁷

Em vista das críticas e proposições traçadas, sabendo dos dois grandes pilares legais que limitam o exercício da autonomia privada no direito sucessório, quais sejam – a quota destinada à herança legítima e a vedação à celebração de pactos sucessórios –, questiona-se neste trabalho se a presença do último pilar em especial não atua mais como empecilho do que como fonte de segurança jurídica.

Em um panorama geral, o Direito das Sucessões – com exceção do princípio da igualdade entre os filhos¹⁷⁸; da inclusão do direito sucessório do companheiro¹⁷⁹; do direito real de habitação vitalício ao cônjuge sobrevivente, independente do regime

¹⁷⁵ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. **Carta Forense**, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320#>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁷⁶ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudo sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 16; p. 247-254.

¹⁷⁷ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord). **Contratos, Família e Sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

¹⁷⁸ Vide art. 227, § 6º, Constituição Federal: § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁷⁹ Vide Recursos Extraordinários nº 646.721/RS e nº 878.694/MG, nos quais o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da diferenciação entre casamento e união estável para fins sucessórios. Para tanto, declarou como inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. O entendimento, contudo, deixou controversa a questão relacionada a alçada ou não do companheiro a qualidade de herdeiro necessário, já que o art. 1.845 do Código Civil os define como sendo ascendentes, descendentes e cônjuge. Diz-se controversa pois existem autores favoráveis a tese de que com a decisão do STF o companheiro foi alçado a condição de herdeiro necessário, como Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, Ano 4, n. 5, p. 865-873, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n5/181>. Acesso em 09 fev. 2021), e outros que entendem que isso não ocorreu, como Mário Luiz Delgado (DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, Ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n5/181>. Acesso em 09 fev. 2021).

de bens¹⁸⁰; e da possibilidade de se proceder com o inventário extrajudicialmente¹⁸¹ – não sofreu grandes alterações ao longo do tempo, até porque a base principiológica da manutenção patrimonial hereditária não se transmutou entre o Código Civil de 1916 e o de 2002.¹⁸²

A lei continua a prever rígidos pilares para o Direito Sucessório, os quais, importa frisar, já existiam no Código Civil de 1916 e atendiam a outro momento social, evidentemente.

Diversos preceitos legais em vigor não mais atendem aos variados modelos familiares existentes, nem mesmo ao modelo da chamada “família tradicional”, composta por casal heterossexual e filho(s) biológico(s).

Cada vez mais os embasamentos teóricos clássicos do direito das sucessões têm sofrido críticas e sido alvo de ressignificações, seja em decorrência das inovações tecnológicas e médicas, seja em decorrência da evolução da própria sociedade civil e seus valores.¹⁸³

Em que pese o conceito puro e simples do Direito Sucessório seja ainda muito próximo daquele introduzido pela doutrina clássica (transmissão de bens e direitos deixados por uma pessoa falecida), fundamentos como a manutenção do patrimônio dentro de uma mesma família, perpetuidade da propriedade e proteção da prole legítima, se mostram ultrapassados face à realidade atual e à base principiológica constitucional.

A família atual é porosa, plástica e mutável, motivo pelo qual, embora o patrimônio ainda seja grande vetor decisório nesta esfera, tem perdido gradativamente espaço para o afeto.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Vide art. 1.831 do Código Civil: 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 único daquela natureza a inventariar.

¹⁸¹ Vide Lei n. 11.441/2007, art. 1º: Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

¹⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. jan/mar. 2002, p. 61-83, 2002.

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 935.

¹⁸⁴ BARRETO, Fernanda Leão; GARBELOTTO, Filipe de Campos; NASCIMENTO, Rosany Nunes de Mello. Família mosaico: desafios no âmbito do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**: Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 199.

As famílias reconstituídas, conhecidas também como famílias mosaico, se tornam cada vez mais comuns, e demandam por soluções jurídicas patrimoniais e existenciais diversas daquelas pautadas na indissolubilidade do casamento.

A união de dois núcleos familiares pré-existentes afasta a máxima da manutenção do patrimônio em uma mesma família e sua perpetuação, na medida em que, o falecimento de um de seus membros, pode implicar na transferência patrimonial para a nova família já recomposta.¹⁸⁵

Uma análise funcional dos institutos base do Direito Sucessório leva à conclusão de que urge um repensar da intervenção estatal em prol de garantir maior autonomia aos atores sociais, valorizando a realização da pessoa humana em sua comunidade social mais íntima, que é a família.

Esta análise, uma vez complementada por uma interpretação hermenêutica através de conceitos da Análise Econômica do Direito (AED), permite concluir que o intervencionismo exacerbado nesta seara tende a uma ineficiência da norma em questão, cuja análise acurada se dará no item 3.3 deste trabalho.

Isto, pois a AED parte do pressuposto de que ninguém melhor do que as próprias partes interessadas para estabelecerem, em comum acordo, a situação que lhes ofereça o resultado mais eficiente, em movimento contrário ao intervencionismo estatal.¹⁸⁶

A maximização da liberdade de escolha por agentes dotados de racionalidade (ainda que limitada), é pressuposto apto a propor uma releitura à vedação inserta no art. 426, Código Civil, tanto sob o viés do Direito Civil Constitucional, quanto sob o da AED.

¹⁸⁵ Para exemplificar este caso, imaginemos o seguinte. Um pai, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, possui dois filhos. Ao divorciar-se, casa com uma mulher sob o regime da comunhão universal de bens, ela já divorciada e com seus dois filhos. Se a esposa do primeiro casamento do rapaz falece, seus filhos tornam-se herdeiros. Se os filhos falecem antes do pai, sem deixar descendentes, este pai torna-se herdeiro do patrimônio da ex-esposa, pois passou a integrar o patrimônio de seus filhos. Na morte deste pai, a nova esposa será meeira de todo o acervo patrimonial por ele acumulado, sendo que, ao final e ao cabo, poderá estar na posse de bens que advieram da família da ex-esposa de seu falecido marido.

¹⁸⁶ Neste sentido, a AED entende que os agentes devem permanecer livres para tomar suas decisões, o que se aproxima da noção de autonomia privada. Antônio Maristrello Porto ensina que a corrente do paternalismo libertário parte da noção de que, ao mesmo tempo que é legítimo aos arquitetos de escolha criar um desenho cujo objetivo seja influenciar o comportamento das pessoas para fazê-las tomar certas decisões, a intervenção estatal não deve ser tão intrusiva a ponto de subtrair a liberdade de escolha das pessoas, bem como de gerar fardos para decisões fora de um “padrão” considerado pelo arquiteto (neste caso, relaciona-se o arquiteto de escolhas a figura do Estado). (PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020, p. 155).

Há um anseio pelo crescimento de liberdades existencial e patrimonial no interior das famílias, que objetiva, sobretudo, resguardar as escolhas e o modo de vida de cada indivíduo dentro de uma sociedade plural e multifacetada.¹⁸⁷

Diante da igualdade entre os cônjuges, da maior expectativa de vida das pessoas e do fenômeno cada vez mais comum das famílias recompostas, pode-se questionar se a proteção à família extraída da legislação sucessória atual está realmente em consonância com a proteção à família fundada nos valores constitucionais.¹⁸⁸

Por isso, como bem explica Luiz Edson Fachin, o Código Civil de 2002 não tem sido imune à reconstrução de sentidos, uma vez que sua redação é reflexo de seu tempo e, por derradeiro, encontra limites conceituais da racionalidade codificadora.¹⁸⁹

Doutrina e jurisprudência têm sido invocadas para integrar, interpretar, dar sentido e limite às normas civis, de modo a surgirem diferentes leituras que impulsionam novos sentidos para a obra hermenêutica original.

Com efeito, Luiz Edson Fachin leciona que o juiz precisa vencer a Síndrome do Barão de Munchausen¹⁹⁰, e passar a enxergar a vida para além das formas jurídicas. O Poder Judiciário possui papel de extrema relevância, “quer abrindo as portas que a inércia do legislador fechou, quer agasalhando demandas de proteção contramajoritárias, nos limites do ordenamento jurídico.”¹⁹¹

Nasce daí, como aliás tem experimentado o Brasil, ainda que com empirismo (sem um imprescindível observatório sistemático, permanente, crítico e construtivo da jurisprudência), um diálogo entre legislador, julgador e doutrinador que pode, se levado profundamente a sério, trazer notáveis desenvolvimentos para o Direito simultaneamente como técnica de solução

¹⁸⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões**. São Paulo: Foco, 2019, p. 1-18.

¹⁸⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 17-37, jan./mar. 2020.

¹⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim**. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 47.

¹⁹⁰ A Síndrome de Munchausen é um transtorno factício em que o paciente se mostra aguda e dramaticamente doente, através da produção intencional de sinais e sintomas físicos e psicológicos. Ou seja, o paciente cria uma realidade mental na qual acredita verdadeiramente estar doente, enquanto, na verdade, não está. (MENEZES, Ana Paula, et al. Síndrome de Munchausen: relato de caso e revisão da literatura. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. São Paulo, v. 2, n. 24, p. 83-85, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbp/v24n2/a09v24n2>. Acesso em: 20.10.2020.

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim**. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 34.

de problemas e como arte vocacionada pelo senso transformador da própria vida em produção material.¹⁹²

A doutrina civilista tem caminhado progressivamente no sentido de assegurar aos indivíduos maior liberdade para que estipulem suas relações familiares da forma que desejarem, de modo que o Estado deve intervir nesta seara somente quando estritamente necessário.¹⁹³

É o que defende, a título de exemplo, Marília Pedroso Xavier¹⁹⁴, Leonardo Barreto Moreira Alves¹⁹⁵, Daniele Chaves Teixeira¹⁹⁶, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁹⁷, Ana Luiza Maia Nevares¹⁹⁸, Renata Vilela Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁹.

Esta aclamada liberdade culminou no conceito de “Direito de Família Mínimo”, defendido inicialmente, através desta terminologia, por Leonardo Barreto Moreira Alves.²⁰⁰ O autor, em sua obra, leciona que a sociedade vive um momento no qual reclama pela menor intervenção estatal possível nas relações familiares.²⁰¹

A teoria do Direito de Família mínimo em muito se assemelha a do Direito Penal mínimo, que sugere que o Direito Penal deve tutelar somente os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, e quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais.²⁰²

¹⁹² *Ibidem*, p. 48.

¹⁹³ XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ 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

¹⁹⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29-46

¹⁹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

¹⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 17-37, jan./mar. 2020.

¹⁹⁹ MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021

²⁰⁰ Sobre o conceito de Leonardo Barreto Moreira Alves, vale atentar que o termo “direito de família mínimo” desconsidera o fato de que, mesmo quando se assegura liberdade, é um Direito positivado que a assegura, ou seja, mediante intervenção do Estado legislador ou juiz. Ou seja, não se trata de Direito de Família mínimo propriamente, mas de um Direito de Família de intervenção estatal mínima.

²⁰¹ 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. 144.

²⁰² *Ibidem*.

Como bem explana Marília Pedroso Xavier, o ponto de encontro entre as duas teorias é “a doção de uma principiologia que reclama a menor intervenção estatal possível, conferindo maior autonomia aos indivíduos”.²⁰³

Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira exploram em sua mais recente obra o tema, afirmando que o crescimento da autonomia nas relações familiares resulta na diminuição da intervenção do Estado, canalizada para situações em que existem vulnerabilidades.²⁰⁴

Diante de um excesso de regras cogentes que permeiam as relações familiares e sucessórias, importante ressaltar que, ao contrário da realidade experimentada no século passado, são as normas que devem servir às famílias, e não as famílias que devem servir e se adaptar às normas.²⁰⁵

No Direito das Sucessões, a da herança legítima (art. 1.846, Código Civil) e a vedação aos contratos sobre herança de pessoa viva (art. 426, Código Civil) são considerados os dois principais limites a autonomia privada imposta pela legislação, conforme anteriormente exposto.

Portanto, é preciso refletir se a vedação irrestrita aos pactos sucessórios, prevista no art. 426 do Código Civil, atende aos anseios da sociedade atual e de que forma essa máxima legislativa pode ser objeto de uma releitura dentro dos parâmetros legais e constitucionais existentes com o emprego de ferramentas da Análise Econômica do Direito, conforme passa-se a explicar nas próximas sessões.

²⁰³ XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 65.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito de Família, vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. ix; 15, 17 e 24.

²⁰⁵ XAVIER, XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 69.

3 PACTOS SUCESSÓRIOS: DA ORIGEM PROIBITIVA A UMA RELEITURA ECONÔMICA E POSSÍVEL INSTRUMENTALIZAÇÃO

Como mencionado na sessão anterior, momentos históricos diversos trazem a necessidade de leituras diversas a institutos jurídicos anteriormente consolidados, como é o caso dos pactos sucessórios.

Colhe-se a título de exemplo, algumas fontes da tradição romanista que revelam a utilização de pactos sucessórios em um momento histórico muito antecedente ao presente, e, como mesmo em um período arcaico, a vedação aos pactos sucessórios possuía exceções que viabilizavam sua instrumentalização, as quais, entretanto, foram totalmente banidas pela legislação civil brasileira.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico o professor Guilherme Braga da Cruz e sua obra “Os pactos sucessórios na história do direito português” como ponto de partida para o entendimento de um possível surgimento dessa modalidade jurídica, como foi introduzida nas codificações modernas, até sua consolidação na contemporaneidade.

A opção por esta obra decorre do fato de ser uma das pouquíssimas que abordam com profundidade o surgimento dos pactos sucessórios no direito português, o qual, por razões históricas, influenciou e regeu o Brasil durante anos.

A partir disso, será analisado se as justificativas morais e jurídicas que sustentam a proibição genérica aos pactos sucessórios estão de acordo com a realidade social contemporânea e com os preceitos trazidos pelo Direito Civil Constitucional.

Na sequência, será trazida uma análise crítica ao instituto a partir de ferramentas emprestadas da Análise Econômica do Direito, especialmente no que se refere a eficiência e custos de transação decorrentes da norma, para que então sejam avaliadas possibilidades de instrumentalização dos pactos sucessórios dentro do ordenamento jurídico vigente.

3.1 ORIGEM E ADVENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito privado brasileiro possui suas fontes principiológicas na tradição Romanista²⁰⁶, que foi a grande responsável pela construção e desenvolvimento jurídico dos pactos sucessórios ao longo da história.

A tradição romanista como um todo é fonte primordial do direito em majoritariamente todas as suas áreas de estudo, possuindo influência que ultrapassa as civilizações romanas antigas e deixa marcas na sociedade contemporânea, sendo considerado seu objeto de estudo sempre pertinente.²⁰⁷

Estudiosos do Direito Romano, como Abelardo Saraiva da Cunha Lobo²⁰⁸, afirmam que cerca de 80% dos dispositivos do Código Civil brasileiro são produtos da cultura romana, o que o faz afirmar com segurança sobre a influência do direito romano na codificação privada vigente.

Dada a inegável ingerência romanística, Guilherme Braga da Cruz, em obra publicada na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) no ano de 1965, fez acurada análise sobre surgimento dos pactos sucessórios no direito romano e sua trajetória até o direito português moderno.

A obra é certamente um referencial teórico importante para os estudos dos pactos sucessórios, pois é uma das poucas que trata do seu arsenal histórico, jurídico e moral com tamanha profundidade.

Tendo o direito português sido a fonte jurídica aplicada ao Brasil desde o período colonial até a edição das primeiras legislações esparsas a partir de 1830 (primeiro Código Penal brasileiro)²⁰⁹, a opção teórica não poderia ser mais adequada, seja pela análise a partir do Direito Romano, seja pelo trajeto histórico da norma até chegar no Direito português e brasileiro.

²⁰⁶ Neste sentido, recomenda-se a leitura do artigo “As quatro fundações do direito civil” para maior compreensão do *jus civile* (lei de Roma) e sua relação com o direito moderno e contemporâneo. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v.45, n. 0, p. 99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/623/showToc>. Acesso em 09 fev. 2021).

²⁰⁷ ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. As características do sistema jurídico romanístico. In: SCHIPIANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (org.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 15-46.

²⁰⁸ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 17.

²⁰⁹ DE LIGÓRIO, Fabiana Costa, et. al. Ordenações Portuguesas: uma visão histórica de sua influência na legislação brasileira. In: REBELO, Nuno Miguel Branco de Sá (org.). **Temas Jurídicos: história do direito, direitos humanos e constitucionais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, [s/d], p. 15-24.

O Direito Romano clássico nunca chegou a realizar construção jurídica contundente a respeito dos pactos sucessórios, e, por consequência, nunca chegou a proibi-los expressamente. As questões relativas a este tipo de contrato eram solucionadas casuisticamente, de acordo com os casos concretos que chegavam aos imperadores.²¹⁰

Foi somente no Baixo Império, que a constituição de Constantino (307 a 337 d.C.) consagrou a condenação genérica aos contratos que tivessem por objeto a herança de pessoa viva, sob o argumento de violação aos bons costumes, desonestidade contratual e por representarem perigo à vida da pessoa de cuja sucessão se tratava.²¹¹

Contudo, duas exceções à regra da proibição genérica foram previstas neste mesmo texto legal. A primeira era a do contrato entre sócios que se obrigavam a constituir todo o seu patrimônio, presente e futuro, em prol da sociedade (*societas omnium bonorum*); e a segunda, a do contrato de partilha em vida da herança materna, no qual os filhos poderiam dividir sua expectativa de herança desde que sua mãe consentisse.²¹²

Décadas depois, em 528 d.C., com a tomada do poder pelo Imperador Justiniano, o mesmo foi indagado por jurisconsultos a respeito da validade de um acordo celebrado entre presuntivos herdeiros, que tinha por objeto futura herança que viriam a receber.²¹³

Da consulta, Justiniano tirou uma consequência lógica, que mudou o entendimento da época: o pacto sucessório deixaria de ser imoral e afrontoso aos bons costumes se o terceiro (autor da herança) manifestasse seu expresse consentimento ao contrato, devendo este consentimento perdurar até sua morte.²¹⁴

Para o imperador, a convenção deixaria de ser imoral e afrontosa aos bons costumes se o titular do patrimônio a ela consentisse.

Desta conclusão, a Constituição de Justiniano (também conhecida como Constituição *De Questionae*), que marcou o 4º período do direito romano, foi um dos

²¹⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. **Os pactos sucessórios na história do direito português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>. p. 97.

²¹¹ *Ibidem*, p. 100.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*. p. 101.

²¹⁴ *Ibidem*.

pilares fundamentais para a disseminação da teoria dos pactos sucessórios por toda a Europa.²¹⁵

A partir das invasões bárbaras e o declínio do Império Romano, a propagação dos pactos sucessórios condicionados à aceitação do autor da herança ganhou tamanha força que levou à decadência do testamento e ao surgimento de contratos sucessórios dos mais diversos gêneros por toda a Europa na Baixa Idade Média.²¹⁶

Diferentes sucedâneos do clássico testamento romano emergiram, sendo o mais praticado e comum a todos os países da Europa as chamadas doações *post obitum* (doações pós morte), cuja natureza era eminentemente contratual e visava regular a sucessão de um dos contratantes.²¹⁷

Neste contexto, foram os romanos da Baixa Idade Média os primeiros a formularem uma teoria geral dos pactos sucessórios, que o antigo direito romano nunca chegou a elaborar.²¹⁸

Para eles, pacto sucessório em sentido estrito era qualquer pacto que versasse sobre a sucessão de um ou ambos os contratantes, e, em sentido amplo, pactos que versassem, sobre a herança de pessoa viva alheia, a relação contratual.²¹⁹

Com efeito, os pactos sucessórios foram divididos em três categorias: pactos aquisitivos ou institutivos (*de succedendo*), renunciativos (*de non succedendo*) e sobre a sucessão de um terceiro ou pactos dispositivos (*de hereditate tertii*).²²⁰

O primeiro deles, pactos *de succedendo*, eram contratos bilaterais e, em princípio, irrevogáveis, nos quais uma das partes transferia à outra uma expectativa de direito. O autor da herança, assim como hoje, não ficava privado do uso de seu patrimônio, mas deveria utilizá-lo com certas limitações, a fim de proteger a expectativa da outra parte, o que se assemelha à doação com cláusula de usufruto vitalício e ao testamento.²²¹

²¹⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. **Os pactos sucessórios na história do direito português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>. p. 101.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 102.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 102-103. Para maiores estudos sobre o caimento em desuso do testamento e ascensão das doações *post obitum*, conferir: MERÊA, Paulo. **Estudos de Direito Hispânico Medieval**. Tomo II. Coimbra: Atlantida, 1952.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 94.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*, p. 95.

²²¹ *Ibidem*, p. 95.

O pacto *de non succedendo* era a nomenclatura utilizada para a chamada renúncia de herança, no qual, através de um contrato bilateral, uma parte renunciava a expectativa de herança que viesse da outra. Essa renúncia poderia ser feita em favor de um beneficiário, ou sem nenhuma indicação, ocasião que o patrimônio renunciado se destinaria em favor dos demais herdeiros do *de cuius*.²²²

A terceira e última categoria dizia respeito aos pactos *de hereditate tertii*, que objetivavam regular a sucessão de um terceiro externo à relação contratual. Eram os contratos bilaterais nos quais se pactuava sobre a herança pertencente a uma pessoa estranha ao acordo celebrado.²²³

Este tipo de contrato, conforme explica Guilherme Braga da Cruz, normalmente ocorria de forma mista, mesclado a elementos das duas primeiras espécies comentadas. A exemplo, o caso em que “A” renuncia em favor de “B” a herança de “C” e os três manifestam consentimento expresso contratualmente. Neste caso, está-se diante de uma mistura dos três de tipos de pactos sucessórios: entre “A” e “C” houve um pacto renunciativo, entre “C” e “B”, um pacto aquisitivo, e entre “A” e “B”, um pacto sobre a herança de um terceiro.²²⁴

O modelo jurídico acima descrito, no qual vigorava a aceitação de determinadas espécies de pactos sucessórios, prevaleceu por todos os países europeus sob os quais o direito romano serviu como pilar, entre o século XV e XIX.²²⁵

Em Portugal, em que pese as Ordenações Portuguesas²²⁶ terem mantido a proibição genérica aos pactos sucessórios, os intérpretes legais seguiram as diretrizes romanísticas e editaram as seguintes exceções: (i) os pactos *hereditate tertii* seriam válidos desde que o autor da herança manifestasse seu consentimento, e este perdurasse até sua morte; (ii) os pactos *de succedendo* somente seriam válidos se feitos em favor de um dos cônjuges dentro de um casamento certo e determinado; e

²²² CRUZ, Guilherme Braga da. **Os pactos sucessórios na história do direito português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>, p. 96.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*, p. 97.

²²⁵ *Ibidem*, p. 109.

²²⁶ Ordenações Afonsinas (1500 – 1514), Manuelinas (1514 – 1603) e Filipinas (1603 – 1916).

(iii) pela admissibilidade dos pactos *de non succedendo*, quando acompanhados de juramento.²²⁷

Deste modo, em 1867, nasceu o primeiro Código Civil Português, que regulamentou a existência dos pactos sucessórios nos exatos termos das Ordenações Reais, que, por sua vez, tiveram por base a construção jurídica romanista:

E assim, nas vésperas da promulgação do Código Civil, o direito vigente em Portugal acerca dos pactos sucessórios em geral era ainda o mesmo que os nossos velhos juristas tinham fixado com base nas duas leis referentes ao assunto, contidas nas Ordenações: nulidade dos pactos *de succedendo*, excepção feita da instituição contratual em favor dum casamento certo e determinado; nulidade dos pactos *hereditate tertii*, excepto dentro das condições concretamente previstas na lei *De questionae* de Justiniano; e admissibilidade das renúncias contratuais, quando acompanhadas de juramento.²²⁸

Neste cenário, também prevalecia o princípio da liberdade das convenções matrimoniais, no qual era permitido, de maneira geral, a celebração de pactos sucessórios, o que hoje se assemelha a renúncia a herança em pacto antenupcial.

Os pactos mais comuns instituíam entre cônjuges a condição de herdeiro ou atribuição de legado, respeitada a legítima. Outro tipo corriqueiro eram aqueles pactos através dos quais o pai obrigava-se a não utilizar a parte disponível de seu patrimônio para beneficiar nenhum de seus filhos, também conhecido como pacto de *non meliorando*, que objetivavam sobretudo a manutenção do patrimônio no mesmo tronco familiar de forma proporcional.²²⁹

Portanto, muito embora os legisladores romanos e portugueses da época repudiassem genericamente os pactos sucessórios, é possível dizer que abriam exceções de modo a homenagear, dentro dos parâmetros e cultura de cada época, a vontade dos particulares.

As exceções previstas nas Ordenações portuguesas, que seguiram a linha do direito romano, não foram recepcionadas pela primeira legislação civil brasileira, porquanto preferiu-se a previsão de uma regra genérica proibitiva que não comportava quaisquer exceções legais.²³⁰

²²⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. **Os pactos sucessórios na história do direito português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>. p. 114.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 35-36.

²³⁰ *Ibidem*, p. 37.

O Brasil, por sua vez, enquanto colônia, foi regido pelo mesmo sistema jurídico existente em Portugal na época, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e as Filipinas (1603), tendo a última permanecido em vigor até a promulgação do primeiro Código Civil, em 1916.

Segundo Pontes de Miranda, "nas Ordenações Filipinas [...] havia explícita proibição de Pactos sucessórios, ou de promessas unilaterais sucessórias, de se suceder. O pacto e a promessa de não suceder eram permitidos".²³¹

Todavia, passada a promulgação da República, com a substituição das Ordenações Reais portuguesas pelo Código Civil de 1916 e demais legislações autônomas, houve recrudescimento ainda maior na legislação em relação aos pactos sucessórios, de modo que, curiosamente, a regra da proibição genérica passou a não mais abarcar qualquer exceção.

O comando contido no art. 1.089 do Código Civil de 1916 era estreito e claro no sentido de que não poderia ser objeto de contrato, em hipótese alguma, a herança de pessoa viva: "Art. 1.089. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva."

Essa marcada diferença entre proibição com exceções legais, à proibição geral e irrestrita, pode ser justificada, dentre outras hipóteses, a partir da forte influência do Código Civil francês sobre o nosso, ao passo que com a promulgação do Código Napoleão em 1804, o instituto dos pactos sucessórios sofreu notável abalo.²³²

Conforme apontou o professor Caio Mário da Silva Pereira, em conferência realizada em comemoração ao Bicentenário da Revolução Francesa, "não se pode compreender o surgimento do Código Napoleão, e entender o seu contexto, sem inseri-lo na Revolução Francesa".²³³

A Revolução Francesa, influenciada por filósofos iluministas como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, semeou nas massas um sentimento de revolta contra as instituições políticas existentes na época. Uma nova concepção liderada pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, passou a condenar o antigo regime, que era

²³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LVI, Direito das Sucessões - Sucessão Testamentária. São Paulo: RT, 2012, § 5.665 (versão digital).

²³² SILVA, *op. cit.*, p. 45.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão: Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Vol. 32, p. 1-14, 1989.

marcado por uma monarquia insensível coberta de luxos, uma nobreza corrupta e, acima de tudo, pela desigualdade econômica-social.²³⁴

Neste cenário, o Código Napoleônico, produto de todos os anseios suscitados na Revolução Francesa, decidiu banir todas as espécies de pacto sobre sucessão futura, por entender que eram utilizados pela nobreza para seu próprio favorecimento injustificável, típicos do *Ancien Regime*.²³⁵

Priorizando a igualdade, mencionada lei acabou por eliminar normas que pudessem representar vantagens sucessórias em favor de determinada classe social ou sexo, limitando a liberdade de dispor e excluindo o direito à primogenitura.²³⁶

Neste viés, reconheceu-se o princípio da unidade da sucessão, que objetivou estabelecer o fim das discriminações e privilégios em matéria sucessória, garantindo uma igualdade formal entre os sucessores.²³⁷

A codificação civil francesa serviu como base para a elaboração de grande parte das legislações latinas, e, no Brasil, não foi diferente.²³⁸

Neste ponto, curioso ressaltar que a legislação francesa, que outrora utilizou-se da proibição genérica aos pactos sucessórios para romper privilégios típicos do Antigo Regime, passou a admitir, no ano de 2007, novos institutos relacionados aos pactos sucessórios.²³⁹

A Lei de 23 de junho de 2006 (*Loi du 23 juin 2006*), em vigor a partir de 1º de janeiro de 2007, previu a possibilidade de renúncia antecipada à herança em favor de uma ou mais pessoas, sendo elas herdeiras ou não, desde que o ato seja formalizado através de serviço notarial e na presença apartada dos renunciantes, a fim de dar-lhes total ciência das consequências do ato.²⁴⁰

²³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão: Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Vol. 32, p. 1-14, 1989.

²³⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. **Os pactos sucessórios na história do direito português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>. p. 120.

²³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.)

²³⁷ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 46-47.

²³⁸ SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. Revista da EMERJ.V. 7, n. 26, 2004. p. 39.

²³⁹ FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (org.) **Les pactes successoraux en droit compare et en droit international privé**. Geneve: Librairie Droz, 2008, p. 30-34).

²⁴⁰ FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (org.) **Les pactes successoraux en droit compare et en droit international privé**. Geneve: Librairie Droz, 2008, p. 30-34).

O Brasil República, seguindo os ideais consagrados nas codificações da Europa ocidental, edificou seu primeiro Código Civil no ano de 1916, que positivou regras de ordens públicas norteadoras do direito sucessório que acabaram por implicar em certa restrição da liberdade individual.²⁴¹

O art. 1.089 do Código Civil de 1916, em redação bastante simplista, dispunha que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, de modo a evidenciar a proibição absoluta aos pactos sucessórios na mesma linha francesa.

As exceções previstas nas Ordenações Reais não foram recepcionadas pelo legislador brasileiro, que optou pela vedação irrestrita de todo e qualquer contrato que tivesse por objeto a herança de pessoa viva.

Com a reforma da lei civil, o instituto aqui comentado não foi alvo de reformas, de modo que, inclusive, possui a exata mesma redação da lei anterior. O dispositivo somente sofreu alteração geográfica no Código Civil de 2002, passando a compor as disposições gerais dos contratos.

Interessante pontuar que o movimento flutuante do instituto ganha sentido quando olhado sob o prisma histórico que esteve inserido, o que reforça o argumento de que as leis são uma construção social e refletem a racionalidade do legislador nos períodos em que estiveram alocadas.

As notas históricas traçadas não objetivam dar suporte fático e teórico a uma legitimação dos pactos sucessórios, mas tão somente demonstrar a evolução não linear do instituto, que hora se mostrou excepcionado diante de determinadas situações, e hora vetado por completo.

No Brasil, a proibição aos pactos sucessórios sempre esteve presente na legislação civil. Contudo, as justificativas desta proibição devem ser analisadas pelo operador do Direito, visto que, ao menos em parte, não mais refletem o momento histórico atual, como será examinado no próximo tópico.

²⁴¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol. 72, p. 170 – 194, 2016.

3.2 VEDAÇÃO LEGAL E JUSTIFICATIVAS

Conforme já pincelado nos tópicos anteriores, os pactos sucessórios são tidos como aqueles contratos²⁴² que tenham por objeto a herança de pessoa viva, sendo vedados, expressa e genericamente pelo art. 426 do Código Civil.

Também conhecidos como pactos sobre sucessão futura, contratos de herança ou *pacta corvina*, são negócios jurídicos bilaterais e em regras irrevogáveis²⁴³, com a finalidade de “regular a sucessão não aberta de um dos contratantes ou de terceiros, mediante a atribuição da qualidade de herdeiro, a instituição de um legado contratual ou a renúncia antecipada à herança”.²⁴⁴

Da mera nomenclatura *pacta corvina* já é possível vislumbrar atributo depreciativo atrelado a esta espécie de negócio jurídico. A expressão em latim advém da palavra “corvo”, ave carnívora de plumagem negra que se alimenta principalmente de seres mortos, considerada, portanto, necrófaga.²⁴⁵

José Fernando Simão explana a analogia entre os pactos sucessórios e o *pacta corvina*:

A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem (carne fresca), os contratantes (ou pelo menos aquele que adquiriu os bens) estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança.²⁴⁶

Em regra, a celebração de contratos com mencionado objeto os torna nulos de pleno direito, conforme previsto no art. 166, inciso VII do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

²⁴² Ressalte-se aqui a posição desta autora, no sentido de que os pactos sucessórios possuem natureza de negócio jurídico de Direito de Família, e não contratual.

²⁴³ São irrevogáveis pois, por terem natureza jurídica em regra contratual, obedecem ao princípio do *pacta sunt servanda*. No entanto, podem ser revogáveis caso haja estipulação específica entre as partes.

²⁴⁴ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 29.

²⁴⁵ SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. **Entre Aspas: revista da UNICORP**, Salvador/BA, vol. 7, p. 63-74, jan./2020. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/revistas/revista-entre-aspas-volume-7/>. Acesso em: 12.10.2020.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

Por serem nulos, não convalidam com o decurso do tempo e não são suscetíveis de confirmação. Ou seja, são contratos que nascem e morrem eivados de nulidade.

Grande parte da doutrina clássica defendia que a ampla proibição dos pactos sucessórios, sem qualquer exceção frente às suas espécies (aquisitivos, renunciativos e dispositivos), se justificaria por irem contra aos bons costumes, à ordem pública, à ordem de vocação hereditária e à liberdade de testar.

Sobre esta proibição, o professor José Manuel de Carvalho Santos, em comentários ao art. 1.089 do Código Civil de 1916, enfatizou as razões que, em sua percepção, levaram o legislador a vedar totalmente a celebração de pactos sucessórios:

A proibição dos pactos sucessórios, como se vê, é absoluta, em razão dos princípios que a justificam. De sorte que os pactos sucessórios não podem ser estipulados nem pela pessoa, de cuja herança se trata, com quem quer que seja, terceiro estranho, ou parente próximo, nem tampouco por duas pessoas alheias ao *de cuius*. Nesta última hipótese, há ainda a obstar a possibilidade do pacto sucessório o princípio de que ninguém pode dispor de bens e direitos que não estejam ainda em seu patrimônio, de nada valendo o assentimento que o *de cuius* pudesse ter dado, por isso que, de acordo com a doutrina mais aceita, a sua aprovação não basta para torná-lo eficaz.²⁴⁷

O entendimento de proibição e nulidade absolutos seguiu sustentado por boa parte dos autores civilistas, por exemplo Caio Mário da Silva Pereira²⁴⁸, Orlando Gomes²⁴⁹, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira²⁵⁰, Arnaldo Rizzardo²⁵¹, Álvaro Villaça Azevedo²⁵², Carlos Roberto Gonçalves²⁵³, Maria Helena Diniz²⁵⁴, Paulo Lôbo²⁵⁵ e

²⁴⁷ SANTOS, José Manuel Carvalho dos. **Código Civil brasileiro interpretado**. 6ª Ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955, p. 192.

²⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. Vol. 3. 24ª ed, rev. e atual. Por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31.

²⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed, atual. Por Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 22.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. São Paulo: Max Limonad, 1952, vol. I, p. 47.

²⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 22.

²⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 45.

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol 3: contratos e atos unilaterais**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 72.

²⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

²⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. vol. 6: sucessões. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 111.

Flávio Tartuce²⁵⁶, os quais, ainda que respeitadas as devidas particularidades, abraçaram a tese da proibição geral.

Clóvis Beviláqua os reprovava, pois entendia serem contrários aos bons costumes e despertarem aos interessados sentimentos imorais face ao autor da herança, que poderiam transformar-se em atos lesivos.²⁵⁷

Vale ressaltar, porém, que o autor admitia seu cabimento na hipótese de pactuação a respeito da herança entre cônjuges no momento da celebração do pacto antenupcial.²⁵⁸

Em linha similar, Orlando Gomes afirmava que os pactos sucessórios uma vez feitos seriam nulos de pleno direito, haja vista a expressa vedação legal à sua formação.²⁵⁹ O autor, porém, julgava que não era dado aos cônjuges o direito de dispor a respeito de sua herança no pacto antenupcial.

Caio Mário da Silva Pereira apresentava repulsa aos pactos que versassem sobre sucessão futura, ao passo que defendia que testamentos e codicilos seriam a única forma de dispor sobre herança, além da condenação moral de que são revestidos.²⁶⁰

Na mesma linha da doutrina civil clássica, o repúdio aos chamados *pacta corvina* restou positivado no art. 426 do Código Civil de 2002, nos exatos termos do código anterior, sem sofrer qualquer alteração. A única diferença consiste na posição geográfica textual da norma, inexistindo, todavia, qualquer mutação em seu conteúdo.

A racionalidade codificadora permaneceu a mesma entre a edição das duas leis civis, no que diz respeito aos pactos sucessórios, o que revela não só o silêncio dos debates a respeito da norma, como também a resistência do legislador em flexibilizar a regra proibitiva.

²⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Vol. 3. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 105.

²⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 278.

²⁵⁸ Segundo ele, “apezar de não permitir o Código Civil os pactos sucessórios, nem os testamentos conjuntivos, nas convenções antenupciaes, é lícito aos cônjuges estabelecer cláusulas relativamente à sua sucessão.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 640).

²⁵⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 3ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978, p. 7-8.

²⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**; 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 170.

A manutenção da ordem comentada pode ser justificada, conforme leciona Rafael Cândido da Silva²⁶¹, no momento histórico de sua inserção. Em um momento pré-constituente, que prestigiava a autonomia da vontade e o contrato como lei entre os particulares, emergiu certo receio no legislador em excepcionar os pactos sucessórios sob o preceito de que dar-se-ia margem para desvirtuação da norma, para o alcance de fins diversos daqueles moralmente aceitos.

A preocupação se mostra pertinente, quando se está diante de um ordenamento inspirado na regulação da autonomia privada sob a visão do voluntarismo. Nessa intelecção, a autonomia era vista de “forma descontextualizada”, com abstração das circunstâncias reais em que os indivíduos estavam mergulhados, que muitas vezes envolviam constrangimentos materiais ou sociais que tolhiam sua liberdade real.” [...] À mingua de um controle funcional desses negócios jurídicos, preferiu o nosso legislador a sua proscrição. Após citar algumas razões contrárias, Clóvis Beviláqua reconhece que “esses argumentos podem não ser esmagadores, mas induzem-nos à convicção de que é preferível proibir os pactos sucessórios a correr o risco de vê-los originar inconvenientes alegados.”²⁶²

O receio citado inspirou no legislador, ainda que tardiamente, a disciplina comum de nulidade de todas as formas de pactos sucessórios. A regra recebe, há mais de um século, abordagem predominantemente unitária e de caráter genérico, o que precisa ser urgentemente revisto.

Há uma certa aceitação pela comunidade jurídica acerca da proibição dos pactos sucessórios somada à repetição nos manuais e escasso número de estudos verticalizados sobre o tema, o que faz com que o art. 426 seja um “verdadeiro fóssil” em nosso sistema.²⁶³

Assim, na intrigante busca por entender os motivos que provocam tamanha repulsa aos pactos sucessórios em ambos os códigos civis brasileiros, foram identificados quatro argumentos norteadores que sustentam a proibição.

O primeiro, presente em praticamente toda a literatura que enfrenta o tema, é predominantemente de ordem moral, uma vez que a celebração destes contratos acabaria por incentivar o desejo de morte do titular do patrimônio, ou até mesmo, a prática de homicídios, expressa no provérbio latino *votum alicujus mortis*.²⁶⁴

²⁶¹ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 21-23.

²⁶² *Ibidem*, p. 21-22.

²⁶³ *Ibidem*, p. 80-81.

²⁶⁴ SCHREIBER, Anderson, et. al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 266.

A possibilidade de especular sobre a morte de eventual autor da herança traduziu-se no receio de prática criminal endereçada a tornar a expectativa de morte do titular do patrimônio em um direito efetivado, o que foi veementemente reprovado pelo ordenamento.²⁶⁵

A proibição de ordem moral ainda permeia o direito através da sobrevivência cláusula geral dos bons costumes, prevista, inclusive, no art. 122 do Código Civil, que dispõe sobre a proibição de todas as condições contrárias à lei, à ordem pública ou aos chamados bons costumes.

O segundo argumento sustenta-se no fato de que os pactos sucessórios violariam, supostamente, a liberdade de testar. As disposições de última vontade têm como característica marcante a revogabilidade, enquanto os pactos, de natureza contratual²⁶⁶, a irrevogabilidade.²⁶⁷

Existiria suposta incongruência dos pactos com o sistema dual sucessório vigente, que é dividido em sucessão legítima e testamentária, sem admissão de sucessão contratual.²⁶⁸

O terceiro, pois os pactos sucessórios teriam “o potencial de criar situações lesivas ao herdeiro presuntivo, que não teria condições de avaliar e pacificar seu direito.”²⁶⁹

Neste aspecto, Silvio Rodrigues leciona que, pelo fato de a herança de pessoa viva se tratar apenas de perspectiva incerta e futura, o herdeiro, necessitando de dinheiro imediato, poderia, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores irrisórios, sofrendo um prejuízo material à herança que um dia viria a receber. Assim, a vedação teria, também, caráter protetivo ao herdeiro.²⁷⁰

O quarto argumento diz respeito à ideia equivocada da expressão “herança de pessoa viva”, porquanto antes da abertura da sucessão, a herança é considerada

²⁶⁵ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

²⁶⁶ Reitera-se aqui o posicionamento desta autora, de que os pactos em verdade, possuem natureza de negócio jurídico de Direito de Família, em que pese a lei atribua a eles natureza jurídica de contrato.

²⁶⁷ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 21.

²⁶⁸ BUCAR, *op. cit.*

²⁶⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, vol. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

mera expectativa de direito para o possível herdeiro. Pessoa viva tem patrimônio, e não herança, o que revela uma imprecisão técnica da redação do art..²⁷¹

José Fernando Simão alega que “melhor seria que o Código Civil dissesse ‘herança futura’, pois ‘herança de pessoa viva’ é uma contradição em termos.”²⁷²

Presume-se a impossibilidade de contratar sobre herança futura na medida em que esta somente se concretiza com a abertura da sucessão, de modo que o objeto contratual seria inexistente até que um dos possíveis contratantes venha a falecer, em momento futuro e incerto.²⁷³

Apesar das justificativas expostas, é preciso encará-las com um olhar crítico, sob os vieses do Direito Civil constitucional, da Análise Econômica do Direito, que permitem uma leitura funcionalizada e consequencialista da norma, sob pena de a proibição pactícia se perder nos mares de um direito pretérito, que não está mais de acordo com as clamores da sociedade contemporânea.

As escolhas humanas passaram a serem vistas sob a ótica do preceito fundamental da dignidade, forçando o jurista a analisar as leis em uma acepção sistemática e axiológica, diversa da visão moderna que norteou as codificações ocidentais no século XX.²⁷⁴

Contudo, o direito sucessório é dotado de visão estrutural, formalista, desconexa com a realidade contemporânea das famílias e, em algumas ocasiões, até incongruente e contraditória.²⁷⁵

É o caso da permissão que o legislador confere aos sócios de uma empresa de responsabilidade limitada para que proibam o ingresso de seus herdeiros no quadro social (art. 1.028, Código Civil), o que, sob uma análise comparativa, também

²⁷¹ SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. **Entre Aspas: revista da UNICORP**, Salvador/BA, vol. 7, p. 63-74, jan./2020. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/revistas/revista-entre-aspas-volume-7/>. Acesso em: 12.10.2020.

²⁷² *Ibidem*, p. 70.

²⁷³ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 14.

²⁷⁵ MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 27, 2018, p. 9-58.

caracteriza contrato sob herança futura, mas é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência.²⁷⁶

Há uma desconexão e incongruência da norma proibitiva quando comparada com outros negócios jurídicos previstos e amplamente aceitos pela legislação, como é o caso da morte do sócio, do usufruto vitalício, das substituições e da cláusula de reversão da doação, os quais serão mais bem explorados na última sessão.

Logo, é de se concluir que os fundamentos do art. 426 do Código Civil são, no mínimo, questionáveis, na medida em que há outras figuras legais que também tratam de herança futura, sem que sejam objeto de tamanha reprovação.

A doutrina estrangeira já reconheceu que os pactos são merecedores de tutela, e que perfazem um obstáculo incoerente ao “livre desenvolvimento da autonomia privada, como um fator de bloqueio a impedir a persecução de interesses substancialmente dignos de proteção e tutela.”²⁷⁷

A nulidade absoluta atribuída aos pactos sucessórios não deve ser compreendida como um fim em si mesma, de modo a esgotar-se na técnica da subsunção. Aos atos negociais, requer-se a atribuição de um juízo de valor à luz dos princípios fundamentais, de modo a analisar quais deles, apesar de proibidos, são merecedores de tutela.²⁷⁸

Pietro Perlingieri leciona que “o juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam”²⁷⁹, de modo que não se pode limitar a análise de uma norma ao mero juízo de ilicitude, sem, conjuntamente, realizar um juízo de valor.

A manutenção de institutos tradicionalmente consagrados mostra-se muitas vezes como obstáculo a concretização da manifestação do real interesse dos envolvidos.²⁸⁰

²⁷⁶ MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 27, 2018, p. 9-58.

²⁷⁷ Tradução livre: “libero dispiegarsi dell'autonomia privata, come un obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di interessi sostanzialmente meritevoli di tutela” (ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. **Jus Civile**, n. 10, p. 700-768, 2013).

²⁷⁸ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 156.

²⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92.

²⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

É notório o anseio da sociedade por uma maior autonomia privada nas relações entre particulares, a qual poderia ser suprimida (ao menos parcialmente) mediante as potencialidades oferecidas pelos pactos sucessórios.²⁸¹

Neste viés, é que parte da doutrina contemporânea apresenta olhar crítico ao instituto dos pactos sucessórios em conformidade com os tempos atuais, conforme será abaixo demonstrado.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka defende ser saudável ao direito privado que ocorram alterações na estrutura e na função dos contratos, vez que todos os dias emergem novas necessidades de realização do direito, as quais, por sua vez, demandam novas soluções contratuais.²⁸²

Independente de qual seja a demanda social, certo é que os contratos devem sempre exprimir seu papel “organizador e auto-regulamentador [sic] dos interesses privados”, porquanto indispensáveis no trato das relações jurídicas independentemente de sua época.²⁸³

Ou seja, ainda que parte dos juristas entendam que a natureza jurídica dos pactos sucessórios é contratual (o que não se coaduna)²⁸⁴, por si só não serve como justificativa para a manutenção estática da norma, haja vista que o instituto contratual também passa por transformações necessárias.

Assim como os contratos, a teoria geral do negócio jurídico também é repensada pelos juristas contemporâneos, passando por profunda transformação, vez que não há como estudá-la sem atentar-se ao fato de que muitas das fontes doutrinárias que a construíram emergiram em época rudimentar com uma sociedade e economia conservadoras.²⁸⁵

Rafael Cândido da Silva entende que há uma incongruência sistêmica das razões da proibição dos pactos sucessórios, as quais se agravam com a evolução do

²⁸¹ SCHREIBER, Anderson, et. al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 266

²⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato**: estrutura milenar de fundação do direito privado. Trabalho apresentado no 5º seminário de estudos sobre o novo código civil, promovido pela Escola Judicial Edésio Fernandes e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia, em 23 de agosto de 2002, p. 128.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Vide sessão 2.3.

²⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 372.

direito e da sociedade, que expandiu a regulação do fato jurídico *strictu sensu* morte para o contexto de diversas manifestações da autonomia privada.²⁸⁶

Mário Luiz Delgado defende a possibilidade de celebração de pactos sucessórios renunciativos, através da renúncia dos direitos concorrenciais dos cônjuges e companheiros em pacto antenupcial ou em contrato de convivência.²⁸⁷

Defende que é possível apreender a existência de novos horizontes para os pactos sucessórios no Brasil, de modo muito mais congruente à nova realidade social, cujo fundamento é encontrado, em linhas gerais, “em uma leitura mais restritiva do art. 426 do Código Civil, porque consentânea com o princípio da autonomia privada nas relações familiares e livre das amarras morais que outrora limitavam os pactos sucessórios”.²⁸⁸

Neste sentido, a autonomia privada, desde que respeitados os direitos fundamentais que a balizam, importa na “humanização nas manifestações da autonomia privada e respeito à individualidade e condição social de cada contratante.”²⁸⁹

A doutrina mencionada é concorde ao fato de que, no âmbito do Direito Sucessório, a autonomia privada é sobretudo restrita à sucessão testamentária, vez que a sucessão legítima possui regras vinculantes previstas em lei. O instrumento contratual, antes da abertura da sucessão, no direito hereditário é proibido pela dicção do art. 426 do Código Civil.²⁹⁰

Este rígido e pouco maleável cenário no qual se enquadra o direito sucessório brasileiro, com grande limitação ao exercício da autonomia privada, não mais atende as demandas sociais contemporâneas.

Em um momento sob o qual emergem os planejamentos familiares, *holdings* patrimoniais, pactos antenupciais e as mais variadas formas de planejamento

²⁸⁶ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 153.

²⁸⁷ DELGADO, Mario Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos horizontes para os pactos sucessórios no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 28, jan./fev. 2019

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 391.

²⁹⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 173.

sucessório, questiona-se se a extensiva vedação aos pactos sucessórios seria mais um entrave do que uma proteção legal.²⁹¹

O direito civil atual prima pela cidadania, dignidade da pessoa humana e liberdade, de modo que propõe a superação do modelo “das fórmulas abstratas de juízos apriorísticos generalizantes, devendo estar sempre aberto para mudanças e novas interpretações sobre suas velhas estruturas, mais adequado à realidade social na qual vivemos.”²⁹²

Mesmo os autores que não compartilham de uma visão do Direito Civil Constitucional, reconhecem que há um influxo, ainda que limitado, das normas constitucionais sobre as relações entre particulares. E nessa medida, mesmo a concepção da civilização do Direito Civil recolhe um conteúdo mínimo, mas aplicável, de cidadania, dignidade da pessoa humana e liberdade, ainda que os realize de forma metodologicamente diversa.²⁹³

O planejamento sucessório, que poderia ser concretizado com maior facilidade, se permitida a celebração de pactos sucessórios, reflete uma necessidade das mais diversas formas de família presentes em nossa sociedade atual.²⁹⁴

Logo, considerando as ponderações acima mencionadas, conclui-se que, por detrás do cenário reproduzido pela legislação civil, existe um novo direito sucessório em trânsito, que não mais se acomoda com as antigas instituições e merece ser repensado.²⁹⁵

3.3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INCENTIVOS, EFICIÊNCIA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A esta altura do trabalho, já ficaram estabelecidas as premissas de que: (i) as regras estruturantes do Direito Sucessório estão desatualizadas em relação à

²⁹¹ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa *mortis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 177.

²⁹² *Ibidem*, p. 177-178.

²⁹³ DE OLIVEIRA, Carlos Elias. Constitucionalização e Recivilização Constitucional do direito civil: um mapeamento atual. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/1144920893/constitucionalizacao-e-recivilizacao-constitucional-do-direito-civil-um-mapeamento-atual>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²⁹⁴ HIRONAKA, Giselda. **Planejar é preciso**: planejamento sucessório para as novas famílias. Entrevista. Revista IBDFAM, Belo Horizonte, v. 10, abr. 2014, p. 5-7.

²⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 7: direito das sucessões. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25

sociedade contemporânea, (ii) o princípio da autonomia privada por vezes é sobreposto por outros princípios constitucionais nas relações familiares e sucessórias, (iii) a intervenção estatal na esfera familiar deve ser mínima, resguardadas sempre situações de vulnerabilidade, (iv) a proibição total aos pactos sucessórios não foi absoluta do ponto de vista histórico, havendo claras rupturas ao longo dos anos, e (v) as razões que justificam o art. 426 do Código Civil são atualmente questionáveis em diferentes aspectos.

A partir destas constatações, a Análise Econômica do Direito surge como ferramenta diferenciada e complementar a apontar uma opção de interpretação normativa mais eficiente, diante de todas as conclusões acima dispostas.

Através de premissas econômicas, a AED dispõe de referenciais teóricos que permitem uma releitura da proibição genérica dos pactos sucessórios de modo altamente complementar a metodologia do Direito Civil Constitucional, o que se comprovará ao longo desta e da próxima sessão.

O movimento ou a escola doutrinária da *Law and Economics*, conhecida no Brasil como Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (AED), possui origem em dois momentos distintos, conforme leciona Antônio Maristrello Porto.²⁹⁶

Sua primeira manifestação documentalmente registrada, foi no século XIX na Alemanha e demais países de tradição germânica, tendo como principal obra desse período a monografia do professor Victor Mantaja, da Universidade de Viena, intitulada *Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (O Direito da Responsabilidade Civil sobre o ponto de vista da Economia Política).²⁹⁷

Contudo, este primeiro estudo relacionando Direito e Economia entrou em declínio nos anos de 1930, e posteriormente foi eliminado pelo regime nazista, junto com outros movimentos interdisciplinares.²⁹⁸

Mais tarde, após a Segunda Guerra Mundial e do outro lado do oceano, foi criado, em 1958, o *Journal of Law and Economics*, na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Ainda assim, o movimento envolvendo as disciplinas do Direito e da Economia somente ganhou maior força na década de 1960, com a publicação do

²⁹⁶ PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020, p. 1.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*.

artigo de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*²⁹⁹ e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*^{300, 301}

Posteriormente, em 1991 e 1992, Ronald Coase e Gary Becker, respectivamente, conquistaram o prêmio Nobel de economia com teses baseadas na Análise Econômica do Direito³⁰², de modo a popularizar em nível mundial referida ciência.³⁰³

Esta breve introdução histórica da AED se faz necessária para demonstrar que, se comparado com o milenar Direito das Sucessões, a ciência que deriva da interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia, é ainda embrionária.

E talvez seja esse um dos motivos pelos quais há uma carência acadêmica envolvendo as duas disciplinas (Direito das Sucessões e AED).

Certo de que há uma ascensão na produção jurídica nacional envolvendo temas relacionados à Análise Econômica do Direito, principalmente relacionados ao Direito Empresarial, Criminal e Tributário, todavia, há uma inegável escassez de produção acadêmica quanto ao Direito Sucessório e a AED propriamente.³⁰⁴

Para compreender como a AED pode ser utilizada como ferramenta extremamente útil a justificar uma releitura dos pactos sucessórios, se faz

²⁹⁹ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Classic papers in natural resource economics**. Palgrave Macmillan, London, 1960.

³⁰⁰ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

³⁰¹ PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020, p. 2.

³⁰² Ronald Coase recebeu o prêmio Nobel de Economia pela obra completa *The Problem of Social Cost*, a qual é considerada por alguns autores um grande marco na expansão do conceito e aplicação dos custos de transação, além da aplicação de métodos econômicos em áreas do conhecimento nas quais o uso de princípios da Economia não parecia tão óbvios (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014. p.3). Gary Becker, por sua vez, ganhou o Nobel de Economia por suas obras *Crime and Punishment*, *The Economics of Discrimination* e *A Treatise on the Family* (Respectivamente: BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. **Journal of Political Economy** 76 (2), 1968, p. 169-217, BECKER, Gary Stanley. **The Economics of Discrimination**. Chicago: University of Chicago Press, 1957 e BECKER, Gary Stanley. **A treatise on the family**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1981). Vale dizer que a obra de Becker é um importante marco teórico para a análise econômica sobre as famílias, ainda que não tenha abordado com afinco aspectos sucessórios.

³⁰³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. Londres: Pearson Education, 2014, p. 2.

³⁰⁴ Segundo os autores Thomas Ulen e Robert Cooter, a partir do começo da década de 1960, a interação entre o Direito e a Economia expandiu-se para algumas áreas do Direito, sendo as mais tradicionais: direito de propriedade, contratual, responsabilidade civil, criminal, processo e direito constitucional (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. Londres: Pearson Education, 2014, p. 1).

indispensável delimitar alguns conceitos que circundam o tema, a começar pela própria expressão “Análise Econômica do Direito”.

Na concepção de Thomas Ulen e Robert Cooter, a AED consiste, sobretudo, em um método de abordagem utilizado para prever o comportamento dos indivíduos perante às leis, sendo que a análise deste comportamento permite o estabelecimento de parâmetros para a criação, revisão e interpretação das normas.³⁰⁵

Richard Posner explica que procedimentos judiciais e imposições legais, por exemplo, raramente são pensados sob a ótica da alocação eficiente de recursos, os quais, uma vez estudados através da perspectiva da AED, podem gerar interessantes reflexões para a proposição de reformas no sistema legal.³⁰⁶

Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, cumpre à AED “desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas.”³⁰⁷

Logo, conclui-se que a Economia, enquanto instrumento para a previsão das consequências geradas pelas regras jurídicas, busca identificar os prováveis efeitos das normas diante do comportamento dos agentes sociais, o que nem sempre é contemplado pelo Direito.

Relacionando com o tema objeto deste estudo, utilizar-se de conceitos da AED para realizar uma releitura e possível viabilidade dos pactos sucessórios, em consonância com o instrumental teórico do Direito Civil constitucional, pode soar, *prima facie*, incompatível.

Isto, pois a Economia parece não valorar, tanto quanto o Direito, preceitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar. A economia objetiva a alocação mais eficiente de recursos, levando-se em conta a busca pelo maior bem-estar³⁰⁸ dos agentes envolvidos.

³⁰⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. California: Berkeley Law Books, 2016, p. 3.

³⁰⁶ POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review** 757, v. 53, p. 757 – 782, 1975.

³⁰⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 8.

³⁰⁸ Quando economicamente fala-se em bem-estar, está-se a falar do nível de satisfação aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social. A fórmula do bem-estar social é a soma dos níveis de utilidade (satisfação) de cada indivíduo que a ela pertence. Esta ideia, conforme leciona Maristrello Porto, é a base da filosofia utilitarista. Entretanto, importante pontuar que não há uma fórmula objetiva para medir o nível de utilidade de cada indivíduo. (PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020 p. 56)

Entretanto, não significa dizer que as duas técnicas são opostas ou conflitantes. Pelo contrário, em muitos casos, se mostram complementares. Explica-se.

Enquanto o Direito Civil Constitucional é um método de interpretação das normas de direito privado sob o prisma dos princípios da Constituição Federal, a AED é um método de interpretação do Direito sob o prisma de ferramentas da Economia.

Se o Direito Civil Constitucional, conforme já estabelecido nas sessões anteriores, parte da premissa de que as normas devem ser interpretadas conforme uma função constitucional, de acordo com seu tempo e em harmonia com preceitos fundamentais, a AED entende que as leis devem observar um viés consequencialista³⁰⁹, ou seja, os verdadeiros efeitos produzidos a partir de sua vigência.

A AED permite um olhar sob ângulo, que, embora seja menos usual pelos juristas, revela outros critérios de exame das normas, cujos resultados podem divergir ou convergir com a análise através da Constituição.

O ponto de contato entre as duas técnicas está justamente na análise funcional e consequencialista das leis. Ambos sugerem que o Direito deve ser interpretado levando-se em consideração a sociedade em que está inserido, e que as leis devem produzir efeitos socialmente desejados, gerando consequências favoráveis aos objetivos idealizados.³¹⁰

Ademais, sobre as duas técnicas, o princípio da autonomia privada possui papel relevante, uma vez que traduz a liberdade de escolha dos agentes e impacta nos planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.³¹¹

³⁰⁹ Em toda análise consequencialista, as normas são analisadas e julgadas pelos seus efeitos, sendo uma análise que prima pelo balanço positivo dos efeitos das leis. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 668).

³¹⁰ Neste sentido, vale retomar a lição de Renata Vilela Multedo: "O direito existe sempre em sociedade, isto é, as soluções jurídicas são contingentes em relação a determinado ambiente. As normas jurídicas apenas podem ser entendidas se estão integradas aos complexos normativos que organizam a vida social, pois a própria produção do direito é, ela mesma, um processo social. Reconhece-se hoje o ordenamento jurídico como um sistema com função de traduzir sua unidade interior e desenvolver a adequação valorativa dos institutos, sem se esquecer de sua abertura diante da essência do direito como fenômeno situado no processo da História, e por isso, mutável [...] Uma visão moderna da família requer, portanto, uma funcionalização do instituto que responda às escolhas de fundo da sociedade contemporânea, operadas pela Constituição [...]". (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade de família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 293).

³¹¹ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 66-67.

Esta aplicação sinérgica das duas técnicas de leitura das leis tem sido paulatinamente explorada pela doutrina nacional. A exemplo, citam-se as teses de Doutorado de autoria de Dóris Ghilardi³¹² e Eloi Pethechust,³¹³ que trabalharam simultaneamente com as duas escolas doutrinárias ao analisar aspectos afetivos do Direito de Família sob a ótica do Direito Civil Constitucional e da AED.

Ou seja, a análise das normas civis, além de obedecer ao critério civil constitucional, pode observar também critérios econômicos consequencialistas³¹⁴, que visam auferir seus impactos entre as partes na sociedade, na economia e no mercado.

Feitas estas constatações, passa-se a explorar conceitos chave da microeconomia³¹⁵, que servirão de base à conclusão prevista e demonstrarão ainda maior coesão entre as duas técnicas optadas neste trabalho acadêmico.

A microeconomia ocupa-se de investigar como recursos escassos³¹⁶ são alocados pelos indivíduos, de modo a estabelecer um padrão comportamental de como as escolhas são tomadas.³¹⁷

Esta linha econômica parte do pressuposto da maximização racional do agente. Todo indivíduo enquanto agente econômico que realiza escolhas, busca

³¹² GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia**: Reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica. 2015. 231 f. Tese de doutorado em ciência jurídica – Universidade do Vale de Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2015.

³¹³ PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto. **A resignificação da sucessão legítima à luz da análise econômica do direito**. 2020. Tese de doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2020.

³¹⁴ O consequencialismo jurídico importa na investigação das prováveis consequências decorrentes da aplicação de determinada norma e dos níveis de eficiência por ela alcançados (GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1., n. 1, p. 7-32, jan/jun 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 fev. 2021).

³¹⁵ A microeconomia é a ciência econômica que se destina ao estudo das decisões tomadas por indivíduos singularmente e quando inseridos em pequenos grupos, como núcleos familiares, empresariais e governamentais. Genericamente, a microeconomia é a teoria de como as pessoas tomam decisões. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. California: Berkeley Law Books, 2016, p. 11 - 12).

³¹⁶ Recursos escassos são aqueles que não se tem em abundância. Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, “uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso.” Quando há escassez, é necessário regulamentar o uso dos respectivos recursos, para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos e de que maneira. Ao contrário, o conflito sobre recursos escassos é resolvido mediante conflitos e violência. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 29)

³¹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. California: Berkeley Law Books, 2016, p. 12.

maximizar, ampliar seus benefícios diante de determinada situação e recursos escassos.³¹⁸

Ao realizarem escolhas, os indivíduos tendem a optar por aquilo que atenda melhor a seus interesses pessoais, a fim de atingir o maior benefício ao menor custo. Este conceito leva ao chamado “processo de decisão marginalista”, o qual implica na conclusão de que os indivíduos tomarão uma decisão, se, e somente se, os benefícios dela decorrentes excederem seus custos.³¹⁹

Sobre a maximização racional do agente, vale ressaltar que a racionalidade humana não é absoluta, mas sim limitada, porquanto os seres humanos não tomam suas decisões pautadas meramente em escolhas sensatas, mas também em emoções e sentimentos que indiretamente afetam seu comportamento, os quais devem ser levados em consideração quando da análise de determinada preferência.³²⁰

Em situações jurídicas envolvendo a família, pode-se dizer que esta racionalidade se torna ainda mais limitada, porquanto sobre esta esfera incidem sobre seus membros os mais diversos sentimentos, que vão do amor e afeto, ao ódio e frustração. Logo, a tomada de decisão racional tende a ser prejudicada.³²¹

Além disso, o modelo de escolha racional também depende do nível de informações disponíveis ao indivíduo no momento da tomada de decisão, pois a suposta melhor escolha é tida a partir das opções e consequências conhecidas naquele momento pelo respectivo tomador.³²²

O reconhecimento da racionalidade limitada pela Economia possibilitou uma ampliação da gama de fatores que influenciam a escolha humana, “assim como

³¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia? **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 130, p. 1-17, 2013, p. 7.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 7-8.

³²⁰ O modelo da escolha racional foi criticado por Herbert Simon, na 2ª edição de sua obra *Administrative Behavior*, de 1957, o que lhe rendeu o prêmio Nobel de economia. Na ocasião, Simon tratou da racionalidade humana como um comportamento intencionalmente racional, mas limitado as emoções humanas e a capacidade limitada em processar toda e qualquer informação (Simon, Herbert A. *Theories of decision-making in economics and behavioral science*, (1959) 49 **American Economic Review**, p. 253-283).

³²¹ Em que pese a tomada de decisão racional fique “naturalmente” prejudicada na seara familiar, não significa dizer que os indivíduos não busquem soluções racionais a seus problemas familiares, principalmente quando relacionados ao patrimônio.

³²² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajjn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 32.

permite levar em consideração até mesmo o conhecimento ou desconhecimento dos agentes com relação às externalidades provocadas pela operação econômica.”³²³

No caso do Direito das Sucessões, é bastante comum que haja uma incompreensão dos agentes econômicos quanto às consequências que se operam após a morte de alguém, especialmente no que tange ao regime de bens.

Ao se casarem no regime da separação total de bens, por exemplo, muitos indivíduos presumem que esta opção de dissociação patrimonial perdurará para além da vida³²⁴, o que, no entanto, não ocorre, por força dos arts. 1.845, 1.846 e 1.829 do Código Civil.

A confusão entre partilha de bens em vida e na morte, levou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do emblemático Recurso Especial n. 992.748/MS³²⁵, a entender que, ao contrário do previsto na legislação, o cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, não participa da concorrência sucessória do falecido, de modo a homenagear em morte, o regime de bens optado em vida pelos nubentes.

Colhe-se interessante trecho do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi³²⁶:

[...] Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. [...] Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/02, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.

Embora o posicionamento anteriormente exposto ter sido superado pelos Tribunais Superiores, de modo que atualmente o cônjuge e o companheiro são herdeiros necessários, inclusive quando a união se deu pelo regime da separação

³²³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

³²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393.

³²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 992.749/MS**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 3ª turma. Julgado em 01/12/2009. DJe 05/02/2010.

³²⁶ *Ibidem*.

convencional de bens, a controvérsia narrada expõe a assimetria informacional³²⁷ existente com relação a escolha de regime de bens e seus efeitos sucessórios.

Esta assimetria informacional pode levar à tomada de decisões menos eficientes³²⁸, que comprometem a racionalidade dos agentes, seja pela ausência de esclarecimentos antes de firmarem a opção patrimonial, seja por uma dedução lógica que decorre da própria nomenclatura do regime.

Muitas vezes, as leis representam incentivos mediante a penalização da prática de certas condutas.³²⁹ Outras vezes, pela vedação de determinada prática, as leis acabam incentivando o cometimento de outras com fins equivalentes.³³⁰

O art. 426 do Código Civil, dentro da sistemática social e jurídica atual, acaba por incentivar os indivíduos a buscarem formas alternativas de concretização da autonomia privada, o que ocorre através dos chamados planejamentos sucessórios.

Os planejamentos sucessórios, nada mais são do que técnicas jurídicas e contábeis que visam uma transmissão eficiente do patrimônio do autor da herança futura, de modo a garantir que seus interesses e vontades sejam estendidos para além da morte.³³¹

Quando a lei proíbe a celebração de pactos sucessórios, restringe a autonomia privada dos indivíduos para decidir sobre questões, sobretudo patrimoniais, que dizem respeito a sua esfera privada familiar.

³²⁷ Assimetria informacional consiste em uma falha de mercado que ocorre quando um agente possui mais ou melhor informação que outro, criando desequilíbrio no poder de negociação. (CRISTOFANI, Claudia Cristina. LINDB e a prova judicial: breves notas sobre a assimetria informativa e as consequências das decisões probatórias. *In*: YEUNG, Luciana (org.) **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020, p. 300-321).

³²⁸ Uma escolha será eficiente quando trazer os melhores resultados as partes, pelos menores custos possíveis (GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013).

³²⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

³³⁰ Sobre a implicação do postulado da maximização racional do agente para a juseconomia, Ivo Gico Jr. leciona que “os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. (GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1., n. 1, p. 7-32, jan/jun 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 fev. 2021).

³³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 394.

Em consequência, acaba por incentivar a busca por meios alternativos à concretização da vontade humana, em sentido oposto à racionalidade do legislador originário, exposta na sessão anterior.³³²

Desta sistemática, extrai-se a conclusão de que a vedação genérica aos pactos sucessórios, ao invés de despertar sentimentos solidaristas e republicanos nos agentes econômicos, provoca, cada vez mais, a busca por soluções alternativas, a fim de obterem a efetivação de sua vontade estendida após o falecimento.

Além da maximização racional e do fenômeno dos incentivos, outro conceito fundamental da microeconomia é o da eficiência enquanto método para avaliar as leis. Este conceito prevê, em linhas gerais, que, para uma situação produzir efeitos eficientes, ela deve atingir o melhor resultado com o menor desperdício de recursos possíveis.³³³

Quando se fala em eficiência, importante salientar as duas grandes teorias da eficiência econômica, a desenvolvida por Vilfredo Pareto, e a pela dupla Nicholas Kaldor e John Hicks.

A primeira, desenvolvida pelo italiano Vilfredo Pareto, prevê que, para que se atinja o equilíbrio, ou seja, a livre interação entre agentes até que todas as possibilidades benéficas de trocas se esgotem, é necessário atingir uma situação na qual inexistam qualquer outra alocação de recursos que consiga melhorar a situação de uma parte, sem piorar a situação da outra.³³⁴

Este formato de equilíbrio, pela notoriedade do teorema, ficou conhecido como o Ótimo de Pareto.

Logo, tem-se que uma alocação Pareto-eficiente é aquela na qual não é possível atingir a melhora de condições de um indivíduo, sem que ocorra uma piora nas condições do outro. Quando os recursos estão alocados de forma ótima, todos os envolvidos estariam vivendo da melhor forma possível.

A segunda teoria, considerada por muitos como um aperfeiçoamento da anterior, foi criada pelos economistas europeus Nicholas Kaldor e John Hicks.

³³² BARRETO, Fernanda Leão; GARBELOTTO, Filipe de Campos; NASCIMENTO, Rosany Nunes de Mello. Família mosaico: desafios no âmbito do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaces (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo II**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 199-213

³³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. California: Berkeley Law Books, 2016, p. 13-14.

³³⁴ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 7; 127; 157.

Segundo os autores, a eficiência existe mesmo com a presença de prejuízos a algum dos envolvidos.

Seguindo este critério, o equilíbrio econômico será atingido em situações nas quais o produto entre a vitória de um, e os prejuízos da derrota do outro, implique em um excedente total de bem-estar. Nestes casos, o indivíduo que sofreu uma redução em seu bem-estar poderá ser compensado para manter seu nível de satisfação.³³⁵

A diferença fundamental entre Kaldor-Hicks e Pareto reside na possibilidade de se aceitar uma mudança social eficiente mesmo quando “o incremento do bem-estar de uma parte causa a redução do bem-estar em outra, mas com a manutenção do grau de satisfação do perdedor de bem-estar por uma recompensa ou compensação”.³³⁶

Trazendo o conceito para o campo jurídico, a eficiência de uma lei, por exemplo, será maior que a de outra quando capaz de atingir os mesmos resultados através de custos menores. Tais custos não correspondem necessariamente a recursos financeiros, mas podem envolver custos pessoais, morais, sociais, de oportunidade ou custos de transação.³³⁷

A eficiência, como aquilo que se é atingido com o menor desperdício de recursos e que visa atingir o melhor resultado possível aos envolvidos, na esfera patrimonial e sucessória, poderia ser mais facilmente alcançada ante a celebração de pactos sucessórios enquanto instrumentos aptos a concretização do planejamento sucessório.

Portanto, fica claro que os caminhos percorridos pelos agentes econômicos, notadamente através do planejamento sucessório, implicam em maiores custos àqueles que poderiam ser percorridos se houvesse uma flexibilização dos pactos sucessórios.

Se admitidos (ainda que nem todas as espécies), ao invés de dedicarem dispêndios financeiros para esta arquitetura sucessória, poderiam celebrar pactos que tivessem por objeto herança futura, sem o receio de que fossem declarados nulos.

³³⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88,

³³⁶ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v.2, n.1, p. 27-45, jan./jun. 2016.

³³⁷ GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

Partindo do pressuposto de que a eficiência está relacionada à economicidade e melhor alocação de recursos³³⁸, a noção de custos de transação é essencial para este trabalho, uma vez que a eficiência econômica depende do melhor custo-benefício às partes.

Conforme lecionam Oksandro Gonçalves e Alan Luiz Bonat, em razão da racionalidade dos agentes (ainda que limitada), além de responderem a incentivos, também consideram os custos envolvidos ao realizar determinada transação.³³⁹

Estes custos englobam todos aqueles envolvidos em uma transação, direta ou indiretamente, desde custos de informação, passando por aqueles diretamente envolvidos na celebração do negócio, até os de monitoramento e execução do pacto firmado entre as partes.³⁴⁰

Na seara familiar, estes custos decorrem de diversas assimetrias informativas. Além da incompreensão a respeito dos efeitos sucessórios de cada regime de bens, pode-se citar também custos decorrentes do período da relação afetiva (quanto menor o tempo de relacionamento, presume-se um conhecimento menor a respeito do companheiro ou do parente), das próprias limitações cognitivas das partes (racionalidade limitada) e de fatores atribuídos às personalidades e crenças de cada membro da família.³⁴¹

Gary Becker já alertava sobre a assimetria de informação inerente ao casamento e ao divórcio, reconhecendo que seus participantes possuem informações limitadas de seus parceiros. Mesmo aqueles indivíduos que possuem ciência de que poderiam encontrar um parceiro melhor, acabam mantendo-se naquela relação,

³³⁸ Neste sentido, Ivo Givo Jr. leciona que “haverá eficiência alocativa quando houver distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, isto é, o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. Se houver uma outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então, esse estado social é alocativamente ineficiente”. A partir desta lição, traça-se paralelo com os pactos sucessórios, uma vez que, diante dos anseios sociais em pactuarem sobre herança futura, pode-se dizer que o art. 426 não gera o maior bem-estar possível pois não leva em conta as preferências contemporâneas da sociedade. (GICO JÚNIOR, Ivo. Bem-estar social e o conceito de eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 1-43, mai./ago. 2020).

³³⁹ GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. Análise econômica do direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 11, p. 381-407, jun./set. 2018.

³⁴⁰ GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. Análise econômica do direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 11, p. 381-407, jun./set. 2018

³⁴¹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. O pacto antenupcial no Brasil à luz do direito e economia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n.3, p. 415-444, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0415_0444.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

devido ao custo adicional inerente a nova busca, que, na visão do autor, passa a exceder os custos de permanecer casados.³⁴²

Tudo isso leva a conclusão de que os riscos de uma assimetria informacional em negócios jurídicos de Direito de Família são altos e de difícil mensuração.

Além dos custos inerentes a assimetria de informação, existem custos operacionais inerentes a realização do conjunto de atos que permitem planejar a sucessão. Apesar de objetivar a redução de custos quando comparado com a sucessão “tradicional”, o planejamento implica na antecipação de despesas que somente ocorreriam após a abertura da sucessão.³⁴³

Estes custos envolvem honorários profissionais de uma equipe multidisciplinar, despesas cartorárias, impostos e outros que comporão o orçamento para um planejamento sucessório, o que acaba por afastar os menos precavidos e com menores recursos financeiros.³⁴⁴

Assim, as condições ajustadas pelas partes em um pacto sucessório, devidamente assessoradas e cientes de seus efeitos, sob o ponto de vista custo e benefício, trariam resultados mais eficientes do que aqueles pautados nas regras impostas pelo Estado.

Neste ponto, cabe referenciar o Teorema de Coase³⁴⁵ sobre o aspecto da autonomia privada. Coase sugere que, sendo viável às partes chegarem a um consenso, e, quando custos de transação forem baixos, o resultado eficiente será alcançado, mediante o acordo entre vontades.

O impasse deste teorema ao problema desta pesquisa, está no fato de que os custos de transação, atualmente, não são baixos, já que a lei não autoriza a celebração de pactos sobre herança futura. Ou seja, ainda que as partes envolvidas estejam de acordo a respeito da celebração de certo pacto sucessório, de modo que

³⁴² BECKER, Gary Stanley. **A treatise on the family**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981, p. 325.

³⁴³ BARRETO, Fernanda Leão; GARBELOTTO, Filipe de Campos; NASCIMENTO, Rosany Nunes de Mello. Família mosaico: desafios no âmbito do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaces (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo II**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 199-213.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ O Teorema de Coase, publicado por Ronald Coase em 1960, em seu artigo intitulado “The Problem of Social Cost” serve como referência aos estudos sobre custos de transação. Este teorema, em linhas gerais, concluiu, no que interessa ao presente estudo, que as condições ajustadas pelas partes poderão ser muito mais eficientes do que as que o legislador impõe, sendo a lei indesejada quando as negociações entre particulares forem exitosas. A perspectiva deste Teorema abordada nesta obra, segue a concepção retratada por Robert Cooter e Thomas Ullen, na obra *Direito de Economia* (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105).

o art. 426, Código Civil seja indesejado, existe um custo de transação muito alto atrelado ao risco de este pacto ser anulado.

Entretanto, isso não muda o fato de que o art. 426 do Código Civil, a partir de uma leitura crítica baseada em premissas econômicas, seja considerado ineficiente, necessitando de revisão interpretativa e readequação legal a fim de amoldar-se a sociedade contemporânea.

Portanto, de toda a análise realizada, é de se concluir que:

(i) Do ponto de vista dos incentivos, o art. 426 do Código Civil, ao proibir ampla e genericamente pactos sobre sucessão futura, inserto em uma sociedade multifacetada composta por famílias eudemonistas, acaba por incentivar a busca pelos agentes econômicos de formas alternativas de concretizar sua autonomia privada, o que se faz, por muitas vezes, através de planejamentos sucessórios;

(ii) Estes planejamentos sucessórios, embora objetivem trazer resultados eficientes e minimizar assimetrias informacionais, são dotados de altos custos de transação, que poderiam ser minimizados caso a celebração de pactos sucessórios fosse permitida;

(iii) Logo, a proibição aos pactos sucessórios, contida no art. 426 do Código Civil, tende a ser ineficiente, seja por não estar em consonância com a realidade familiar contemporânea, seja por incentivar comportamentos diversos aos que originalmente eram previstos, seja por acarretar custos de transação elevados ao incentivar os indivíduos a realizarem planejamentos sucessórios objetivando desviar do proibitivo legal.

3.4 RELEITURA DOS ARGUMENTOS PROIBITIVOS E POSSIBILIDADES DE INSTRUMENTALIZAÇÃO

Além de a vedação aos pactos sucessórios ser ineficiente sob o ponto de vista da AED, dos quatro argumentos identificados pela doutrina para proibir a celebração de pactos sucessórios, é possível extrair que nenhum deles subsiste, ou, ao menos, que são de fácil objeção.

Recapitulando, seriam eles vedados pois: (i) são negócios jurídicos imorais, que afrontam a ordem pública e os bons costumes, (ii) são incompatíveis ao sistema dual sucessório vigente (iii) representam potencial lesivo ao herdeiro presuntivo, e (iv)

o objeto contratual é inexistente, pois a herança só passa a existir com a morte do detentor do patrimônio.

Contra os quatro argumentos favoráveis, cuida-se neste momento de elencar argumentos contrários, capazes de abalar o embasamento doutrinário que defende a manutenção da proibição absoluta.

Com relação aos argumentos de cunho moral (itens i e iii), há de se questionar se a suposta imoralidade e ofensa aos bons costumes seria motivo suficientemente apto a sustentar a proibição genérica dos pactos sucessórios há mais de um século no ordenamento jurídico brasileiro.

A preocupação quanto a imoralidade, ante a capacidade de gerar anseios homicidas sobre aquele que seria beneficiado pela morte do detentor do patrimônio, era pertinente quando se estava diante de um ordenamento inspirado na autonomia da vontade, sob a visão do voluntarismo e liberalismo.³⁴⁶

Naquela concepção, a autonomia era vista de forma descontextualizada, abstrata às circunstâncias reais com o intuito pontual e preventivo de evitar a prática de ilícitos. O que não era proibido era, portanto, permitido pelo Direito, o que causava no legislador preocupação exacerbada quanto eventual desvirtuação das normas para fins diversos daqueles previstos pelo legislador.³⁴⁷

Sobre a proibição, Clóvis Beviláqua reconhecia que “esses argumentos podem não ser esmagadores, mas induzem-nos à convicção de que é preferível proibir os pactos sucessórios a correr o risco de vê-los originar os inconvenientes alegados.”³⁴⁸

Este argumento, porém, com o tempo perdeu sua sustentabilidade, diante da nova disciplina das relações jurídicas baseadas na Constituição.

Com a migração do eixo central do ordenamento privado do Código Civil para a Constituição da República, e com a tábua de princípios constitucionais sendo de aplicação mediata, os limites de interpretação foram ampliados para além do método de subsunção, vinculando à interpretação civil, à constitucional e a uma acepção sistemática e axiológica.³⁴⁹

³⁴⁶ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 21.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 22.

³⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 279.

³⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 14.

Assim, a autonomia da vontade sofreu uma mudança qualitativa, deixando de representar o individualismo, passando a ser um vetor não só da autodeterminação, mas também da promoção dos valores abrigados pela Constituição.³⁵⁰

Por certo, a preocupação que vigorava na época da elaboração do art. 1.089, atual 426 do Código Civil, não subsiste com a mesma força categórica, uma vez que existem freios e contrapesos impostos pelo constituinte à ordem privada, com o intuito justamente de prevenir abusos contra a autonomia e garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Logo, questiona-se se “a mudança qualitativa da autonomia privada e o controle funcional não seriam suficientes para evitar os propalados inconvenientes dos pactos sucessórios.”³⁵¹

Ademais, existem diversas situações legais que poderiam incitar o desejo de morte de *outrem*, como é o caso da própria ordem de vocação hereditária e da herança legítima.³⁵²

Ora, se certo indivíduo sabe que será herdeiro de outro, e que essa qualidade é inafastável por força da lei (sendo dele descendente em primeiro grau, por exemplo), que as condições de saúde de seu ascendente são precárias e que este detém vasta conta bancária, o que o impede de cometer crime contra a vida com o intuito de receber a herança futura mais rapidamente?

Outro exemplo dentro da mesma lógica legal poderia ser dado. No caso, seriam dois irmãos, solteiros e sem filhos, sendo únicos herdeiros de uma mãe riquíssima, já viúva, com doença terminal. Um dos irmãos, mais ganancioso, naturalmente poderia desejar a morte do outro para, que quando a genitora falecesse, recebesse a integralidade da legítima.³⁵³

³⁵⁰ Sobre o tema, verificar seção 2.3 quando trata da evolução da noção jurídica de autonomia da vontade para o conceito contemporâneo de autonomia privada.

³⁵¹ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 24.

³⁵² Art. 1.846, Código Civil: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

³⁵³ Para ilustrar os exemplos mencionados, vale citar o famoso “Caso Richtofen”, ocorrido em outubro de 2002 na cidade de São Paulo. O fato criminoso que abalou o país consistiu no assassinato de Manfred e Mrísia von Richtofen orquestrado pela filha do casal, Suzane von Richtofen, que na época, tinha apenas 18 anos de idade. No caso, uma das motivações que levaram a jovem ao comando do crime foi o fato de ser herdeira de uma valiosa herança deixada pelos pais, aproximada em 10 milhões de reais (valor apurado em 2015) (JUSBRASIL. Canal de Ciências Criminais. **Caso Richtofen**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323442322/caso-richthofen>. Acesso em 08 abr. 2021).

Ainda, um exemplo mais clássico pode ser dado, como é o caso do seguro de vida, cujo recebimento do capital segurado pelo beneficiário depende da morte do contratante.

As situações acima são fictícias e foram citadas com o intuito de demonstrar que o art. 426 não é o único dentro do ordenamento jurídico privado capaz de incitar desejos imorais naqueles que podem se beneficiar da morte de *outrem*. Destarte, este argumento, por si só, se validado, teria que se estender a todos os dispositivos legais que pudessem culminar no mesmo resultado, o que não ocorre.

A propósito, o Código Civil já possui remédios legais contra a tentativa e a prática de crime contra o autor da herança, conforme determinam os arts. 1.814 e 1.815, os quais preveem a exclusão do herdeiro ou legatário em qualquer dos casos de indignidade previstos.³⁵⁴

Não obstante, sobre a perspectiva da AED, as justificativas morais também se mostram ineficientes, pois além de não produzirem os efeitos esperados, como disposto na sessão anterior, o incentivo que se objetiva coibir (expectativa da morte de *outrem*) pode ser atingido por outras motivações.

Quanto à suposta violação aos bons costumes, sabe-se que sua noção se consagrou historicamente “como elemento voltado para a moral social já consolidada, a partir da qual se realizava um juízo de qualidade sobre essas práticas repetitivas, de modo que se pudesse qualificar os costumes como sendo bons ou maus [...]”³⁵⁵

Contudo, a cláusula geral dos bons costumes deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, de modo que se volta a moral constitucional do termo fundada nos princípios da Carta Magna, e não mais a práticas socialmente aceitáveis ou não. Ou seja, determinados valores compartilhados pela sociedade, ainda que sejam

³⁵⁴ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
 II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
 III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

³⁵⁵ CASTRO, Thamís Delsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. Disponível em:

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/168/163>. Acesso em: 25 fev. 2021.

aceitos por grande parte da população, não podem figurar como valor jurídico se a lei não lhes tiver atribuído esta qualidade.³⁵⁶

A vedação legal do art. 426 não coaduna com a teoria constitucional dos bons costumes, que opta por não considerar, preliminar e arbitrariamente, a generalidade desta cláusula. Isto, pois qualquer disposição negocial, celebrada por partes dotadas de discernimento e capacidade, não se encaixa na referida formulação, já que, se não há efeitos diretos e imediatos, o que se tem é simplesmente a ofensa a padrões sociais, que não constituem, por si só, interesses juridicamente merecedores de tutela.³⁵⁷

Nas palavras de Daniel Bucar, a vedação aos pactos sucessórios com base na afronta à suposta moralidade “apenas reforça sua disfuncionalidade, anacronismo e falta de amparo na totalidade do ordenamento.”³⁵⁸

A suposta violação à moral e aos bons costumes que justifica a norma em comento não impede que os indivíduos busquem alternativas à proibição expressa do art. 426, tampouco que desejem a morte do autor da herança.

Há uma ineficiência da norma, uma vez que os incentivos produzidos por ela não são aqueles esperados pelo legislador, de modo que a vedação genérica a celebração de pactos sucessórios acaba, em verdade, incentivando os agentes econômicos à celebração de outros negócios jurídicos com fins equivalentes.³⁵⁹

As mesmas justificativas se aplicam à suposta lesão de direitos ao herdeiro presuntivo. E aqui, seguindo o exemplo formulado por Silvio Rodrigues³⁶⁰, o remédio

³⁵⁶ CASTRO, Thamís Delsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. Disponível em:

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/168/163>. Acesso em: 25 fev. 2021.

³⁵⁷ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

³⁵⁸ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

³⁵⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1., n. 1, p. 7-32, jan/jun 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 fev. 2021.

³⁶⁰ Silvio Rodrigues leciona que, pelo fato de a herança de pessoa viva se tratar apenas de perspectiva incerta e futura, o herdeiro, necessitando de dinheiro imediato, poderia, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores irrisórios, sofrendo um prejuízo material à herança que um dia viria a receber. Assim, a vedação teria, também, caráter protetivo ao herdeiro. (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, vol. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79).

para a preocupação doutrinária encontra-se na própria legislação, no que diz respeito ao regime das capacidades, boa-fé e função social dos contratos.

Em casos extremos, como a prodigalidade ou leviandade da pessoa que celebra um contrato excessivamente oneroso, o ordenamento já confere mecanismos de proteção a este indivíduo, conforme dispõe o art. 171, incisos I e II do Código Civil.³⁶¹

Em relação aos argumentos de incompatibilidade com o sistema jurídico (itens ii e iv), também há de se discordar.

Argumenta-se que a celebração de pactos sucessórios seria incompatível com o sistema dual das sucessões (sucessão legítima e testamentária) e que o objeto contratual seria inexistente, pois a herança de pessoa viva é uma mera expectativa de direito, haja vista que a herança somente se concretizará após a morte do titular do patrimônio.

Sobre o objeto contratual ser inexistente, não se pode negar que tal justificativa é dotada de certa lógica. O termo “herança de pessoa viva” tende a soar estranho, justamente porque enquanto vivo, o indivíduo detém patrimônio, e não herança. Porém, não há óbice legal em alienar bens futuros.

De fato, a herança é uma expectativa de direito, ou ainda, um direito eventual³⁶², entretanto, sua natureza jurídica não a torna incompatível com convenções cujo objeto seja coisa futura.³⁶³

Enquanto contrato aleatório, o objeto pode consistir em coisas não existentes e sob o risco de não virem existir, e, caso assim ocorra, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa.³⁶⁴

³⁶¹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

³⁶² Segundo Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, “Para a abertura da sucessão se remete a toda disciplina do direito das sucessões. Até então, os sucessores são titulares tão somente de expectativa de direito.” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 34).

³⁶³ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 152.

³⁶⁴ Vide art. 458 a 461 do Código Civil.

Os pactos aleatórios podem ter por objeto uma coisa certa, mas duvidosa quanto a sua efetiva ocorrência e a quando ela se dará, o que é o caso de herança futura.

Ainda sobre a suposta inexistência de seu objeto, importante diferenciação é trazida por Rafael Cândido da Silva. Há uma distinção entre negócios jurídicos *causa mortis* e os pactos *post mortem*.

Enquanto o primeiro pode ser conceituado como aqueles negócios jurídicos cuja eficácia somente ocorre com o evento morte³⁶⁵, o segundo são aqueles em que apenas um ou alguns efeitos são condicionados ao evento morte. “São negócios tipicamente *inter vivos*, com a característica de que acidentalmente os seus efeitos são produzidos após a morte do agente ou de terceiro.”³⁶⁶

Qualificando-se *causa mortis*, o negócio jurídico encontra seus limites na proibição dos pactos sucessórios, prevista no art. 426 do Código Civil. Por outro lado, os pactos *post mortem* são negócios jurídicos bilaterais *inter vivos*, mas cujos efeitos estejam de alguma forma subordinados ao evento morte de uma das partes ou de terceiro – como no caso de haver aposição de condição ou termo no contrato, cujo implemento ou advento implicará em algum efeito juridicamente relevante. A proximidade dos aqui chamados pactos *post mortem* com os *pacta corvina* sempre foi identificada em doutrina pátria.³⁶⁷

Na mesma toada, Miguel Maria Serpa Lopes concluiu que a morte enquanto elemento acidental do negócio jurídico não o qualifica como pacto sucessório. O negócio jurídico *post mortem* seria então, ato *inter vivos* que se subordina ao termo (certo “se” e incerto “quando”) morte.³⁶⁸

Portanto, não haveria óbice na celebração de pactos com objeto futuro, uma vez que a herança, embora seja de caráter aleatório, não é inexistente.

Ainda, vale acentuar que, se herança futura fosse óbice para a celebração de negócios jurídicos, outras espécies não poderiam ser admitidas pelo ordenamento privado, como é o caso da morte do sócio, do usufruto vitalício e da cláusula de reversão da doação.

³⁶⁵ Neste aspecto, Pontes de Miranda reforça que negócios jurídicos *causa mortis* são existentes e válidos antes da morte, porém, sua eficácia está condicionada ao acontecimento deste evento. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 3, p. 19-20).

³⁶⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁷ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 129.

³⁶⁸ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v.3, p. 62.

Nas sociedades contratuais, o Código Civil, em seu art. 1.028, inciso I, permite que os efeitos da morte de um sócio sejam regulamentados através do contrato social. Em regra, no caso de morte de sócio, ocorre a liquidação parcial da sociedade (art. 599 a 609, CPC), mediante apuração de haveres e posterior pagamento aos herdeiros.

Porém, a regra de não intervenção do herdeiro no quadro societário pode ser excepcionada “se o contrato dispuser diferente”³⁶⁹, o que, na prática, faz com que diversas sociedades clausulem no sentido de: permitir a entrada do cônjuge sobrevivente ou de um dos herdeiros no quadro social, mediante a transmissão das quotas do sócio falecido, que a sociedade continuará apenas com os sócios sobreviventes ou mesmo com outros beneficiários que não os herdeiros legítimos, que os sucessores somente ingressarão na sociedade mediante o consentimento dos demais sócios, ou que determinados herdeiros ou classe de herdeiros não serão admitidos na sociedade.³⁷⁰

Respeitadas as razões de Direito Societário para a existência da exceção legal, a possibilidade de os sócios convencionarem sobre a destinação das respectivas quotas caracteriza pacto sobre sucessão futura, o que é vedado por força do art. 426, Código Civil, mas, ao mesmo tempo, permitido pelo art. 1.028 do mesmo diploma legal.³⁷¹

No caso do usufruto vitalício, sabe-se que é um direito temporário, que não pode ultrapassar a vida do usufrutuário, permitindo-se duração menor. Nos casos em que o usufruto perdura a vida toda do usufrutuário e extingue-se com sua morte, tem-se o usufruto vitalício.³⁷²

³⁶⁹ Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

³⁷⁰ SCHREIBER, Anderson [et. al.]. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 747.

³⁷¹ Sobre o tema, Mário Luiz Delgado explica sobre a questão controvertida a respeito se a convenção sobre sucessão de quotas em sociedades de pessoas caracteriza, ou não, pactos sucessórios: “Finalmente, impende mencionar que a disposição contratual referente à transmissão de quotas e ao ingresso de herdeiros no quadro social é controvertida diante do que estabelece o art. 426 (Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva). As quotas sociais possuem conteúdo econômico, integram o patrimônio do sócio enquanto vivo e sua herança após a morte. Ao regular o ingresso do herdeiro no quadro social, transmitindo-lhe a titularidade das quotas, o contrato dispõe sobre parte da futura herança do sócio ainda vivo, o que caracteriza, no rigor do enquadramento, uma das espécies de pactos sucessórios (pacta corvina). (SCHREIBER, Anderson [et. al.]. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 748).

³⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3, p. 373.

Neste caso, como somente mediante a morte do usufrutuário ocorrerá o retorno dos atributos plenos ao direito de propriedade ao nu-proprietário, poder-se-ia dizer que esta norma também é capaz de incitar o desejo da *morte de outrem*, tal como ocorre no *pacta corvina*.³⁷³

Ainda que não sejam os herdeiros do nu-proprietário que se beneficiariam diretamente da morte do usufrutuário, o argumento sobre a imoralidade e ofensa aos bons costumes também se aplicaria ao art. 1.410, Código Civil, o que gera certo anacronismo frente a proibição genérica aos pactos sucessórios sob o mesmo argumento.

Por último, a cláusula de reversão da doação (art. 547, Código Civil) é outra situação em que o legislador prevê o evento morte atrelado a um negócio jurídico. É o caso em que o doador estipula que os bens doados retornarão ao seu patrimônio caso o donatário morra antes do que ele.

Pontes de Miranda lecionava que a cláusula de reversão de doação nada mais é do que uma condição resolutiva ao ato, afastando a sucessão *causa mortis* relativamente ao bem doado.³⁷⁴

Contudo, este negócio jurídico também pode ser interpretado como pacto sucessório, uma vez que estipula sobre a destinação de um bem após a morte de seu titular, no caso, o donatário.

Nas palavras de Rafael Cândido da Silva:

Tecidas estão as necessárias considerações acerca da doação com cláusula de reversão ou retorno, prevista no art. 547 do Código Civil, uma vez mais a legislação prevê efeitos favoráveis a uma das partes contratantes em virtude da morte de outra. Seja da perspectiva do doador, do donatário ou dos respectivos herdeiros, a morte é admitida expressamente pela codificação privada como força motriz de negócios jurídicos, a despeito de despertar os propalados sentimentos odiosos do *votum mortis*.³⁷⁵

As situações acima elencadas são consideradas limítrofes à proibição genérica aos pactos sucessórios, pois versam sobre herança futura, ou sobre um dos fundamentos proibitivos aos pactos sucessórios, mas são amplamente permitidas pela legislação, fazendo cair por terra o argumento da imoralidade.

³⁷³ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 104.

³⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 46, p. 237-238.

³⁷⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 102.

Sobre a suposta violação a dualidade sucessória (sucessão legítima e testamentária), o argumento também não subsiste, já que pactos sucessórios não se confundem com o testamento.

Ambos são negócios jurídicos de direito sucessório, porém, enquanto os pactos são bilaterais e irrevogáveis, o testamento é unilateral e revogável. Não que um pacto sucessório não possa estabelecer a faculdade de sua revogação, mas não é essa sua característica predominante, como ocorre no testamento.³⁷⁶

Ademais, o direito à liberdade deve ser aqui também sopesado. Se é lícito, em vida, o indivíduo dispor de seus bens da maneira que melhor lhe aprouver, ressalvada a legítima e outorgas legais, “não haveria outro motivo senão esses para restringir a realização de negócios em vida com projeção dos efeitos a partir da morte do autor da herança.”³⁷⁷

Até porque, como bem ressalta José Tavares, se a existência da figura do testamento fosse impeditiva à celebração de pactos sucessórios, também deveriam ser impedidas as doações, pois também são irrevogáveis e por elas se transmite de pronto a propriedade.³⁷⁸

Vale lembrar que é permitida a doação integral do patrimônio, desde que o titular resguarde renda suficiente para sua subsistência, conforme denota-se do art. 548 do Código Civil, e, neste caso, não se fala em atentado à liberdade de testar.

Portanto, é de se questionar se o testamento deva ser o único espaço de autonomia privada no fenômeno sucessório, o que merece ser repensado e revisitado, pois “uma regra absoluta e genérica de banimento deixa de levar em consideração situações em que a vontade, manifestada por meio dos pactos sucessórios, serviria como instrumento de persecução de interesses mercedores de tutela.”³⁷⁹

Ser o negócio jurídico irrevogável, ou não, é apenas um de seus aspectos, o qual, embora relevante, não pode justificar um desmerecimento total dos pactos sucessórios. A proibição destes pactos é medida desmensurada enquanto inserida

³⁷⁶ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 115.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 119.

³⁷⁸ TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil**. Imprensa: Coimbra, 1922, v.2, p. 806.

³⁷⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 122.

em um ordenamento que permite a adaptação dos regramentos para o caso concreto, de acordo com as complexidades incidentes.³⁸⁰

Logo, é de se concluir que, mediante uma análise funcional do art. 426 em consonância com os conceitos da Análise Econômica do Direito, nenhuma das quatro razões tradicionalmente elencadas para sua vedação genérica são fortes o suficiente a ponto de aceitar amplamente a manutenção da regra proibitiva.

A regra em exame, além de produzir efeitos diversos dos previstos pelo legislador, incentiva os indivíduos a planejarem sua sucessão por meio de mecanismos dotados de altos custos de transação, o que, sob o ponto de vista consequencialista, a torna ineficiente.

Muito embora os sólidos argumentos apresentados, Daniel Bucar elenca uma quinta e pertinente razão a respeito da vedação dos pactos sucessórios, que não pode passar ao largo deste trabalho.

O autor explica que a verdadeira incidência do art. 426 estaria relacionada não aos quatro argumentos acima rebatidos, mas ao potencial prejuízo que os pactos sucessórios apresentariam ao sistema de primazia da liquidação sucessória e pagamentos de credores.³⁸¹

Por força dos art. 642 a 646 do Código de Processo Civil, fica estabelecido que os herdeiros somente receberão o patrimônio líquido advindo da herança, se, e quando, extinto o passivo perante credores do espólio.³⁸²

A liquidação de débitos perante terceiros tem a finalidade de adimplir com o passivo deixado pelo *de cuius* e transmitir aos herdeiros apenas o acervo patrimonial líquido, de forma a privilegiar o pagamento de credores.³⁸³

Por consequência, a permissão à celebração de pactos sucessórios “poderia ser geradora de impasses à liquidação do inventário e pagamento de credores, na ânsia do herdeiro receber a sua parte na posição de credor, quando não se apresentar como instrumento fértil para fraudes e simulações.”³⁸⁴

³⁸⁰ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 290.

³⁸² Art. 642. Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis.

³⁸³ BUCAR, *op. cit.*, p. 291.

³⁸⁴ *Ibidem*.

Por certo, haveria um conflito de crédito entre os herdeiros, os credores contratantes de pactos sucessórios e os credores de dívidas do espólio, e, na concepção de Daniel Bucar, este seria o grande motivo para a lei proibir a celebração de pactos dispositivos (*hereditate tertii*) e institutivos (*de succedendo*).

Ainda assim, é possível concluir que, ao menos os pactos renunciativos (*de non succedendo*) poderiam ser celebrados à luz do ordenamento jurídico, uma vez que nenhum dos argumentos elencados são capazes de atingir esta modalidade.

Os pactos renunciativos são aqueles em que um dos contratantes renuncia à sucessão do outro. São negócios jurídicos bilaterais que extinguem uma expectativa juridicamente protegida. A renúncia objeto do pacto pode ser feita em favor de uma pessoa certa e determinada, ou pura e simples, sem indicação de beneficiário³⁸⁵, como é o caso da renúncia feita entre cônjuges em pacto antenupcial.

A realização de pacto sucessório nesta última modalidade (renúncia sem favorecer pessoa certa), implica na renúncia à condição de herdeiro legítimo, e admitir esta possibilidade encontra-se no núcleo da questão da autonomia sucessória, na qual não pode o Estado, com base na proibição genérica e pouco delineada do art. 426, Código Civil, vedar os pactos renunciativos, “pois trata-se aqui de situação jurídica dúplice, onde aspectos patrimoniais e existenciais confundem-se plenamente”.³⁸⁶

Neste ponto, observa-se que questões patrimoniais e existenciais não são completamente dissociadas quando se trata de Direito das Famílias e Sucessões, pelo contrário, são complementares e essenciais ao melhor desenvolvimento das personalidades envolvidas.

Neste sentido, Mário Delgado defende que esta espécie de pacto não seria afrontosa ao ordenamento vigente, como é o caso da renúncia a herança em pacto antenupcial e em contrato de convivência.³⁸⁷

³⁸⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 60, 1965, p. 93-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66463/69073>. p. 95.

³⁸⁶ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

³⁸⁷ DELGADO, Mario Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos horizontes para os pactos sucessórios no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 28, jan./fev. 2019.

Daniel Bucar explora a possibilidade do chamado planejamento sucessório horizontal, no qual cônjuges ou companheiros celebram pactos sucessórios com o intuito de excluírem-se, reciprocamente, das respectivas sucessões na condição de herdeiros.

Referido instrumento não estaria, segundo o autor, coberto pela proibição inserta no art. 426, Código Civil, porquanto inexistente qualquer interesse social contrário (não prejudica credores do possível falecido), não ferem aos bons costumes e não tratam de contratação de herança em si, mas de pactuação sobre a condição de herdeiro.³⁸⁸

Esta modalidade se mostra interessante para o caso de recomposição de famílias, na qual cada cônjuge traz consigo bens próprios e anteriores àquela nova união, sem desejar que, após sua morte, se comuniquem com o novo parceiro.³⁸⁹

Já a modalidade de planejamento sucessório vertical, embora encontre maior óbice, poderia ser eficaz quando sua celebração atenda ao princípio da solidariedade familiar.

A exemplo, seria o caso de pessoa que deseja renunciar sua condição de herdeiro em favor do irmão, pessoa portadora de deficiência que, por conta desta condição, não possui capacidade laborativa. Neste caso, realizar o pacto “seria ato de autonomia funcionalizado a uma possível solidariedade.”³⁹⁰

Porém, Bucar aponta que casos de renúncia vertical seriam mais sensíveis do que os de renúncia horizontal, pois o estado de pai, mãe e filho não podem ser constituídos através de negócio jurídico (ao contrário do estado de cônjuge e companheiro), e, portanto, não se pode sobre ele impor condição ou extingui-lo pelo

³⁸⁸ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

³⁸⁹ Sobre as famílias recompostas, interessante pontuar que o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em estudo divulgado em 2012 (Censo Demográfico 2010), revelou que a família brasileira é plural e vem se transformando. O órgão apontou que, entre 2000 e 2010, as famílias recompostas ganharam espaço, houve um aumento das uniões estáveis, de famílias lideradas por mulheres e que o divórcio quase dobrou em dez anos. Sobre as famílias recompostas, formadas após a separação ou morte de um dos cônjuges, representavam, à época da pesquisa, 16,3% das formadas por casais. (IBGE. **Censo Demográfico 2010: Famílias e domicílios**. Resultados da amostra. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf. Acesso em 08 abr. 2021).

³⁹⁰ BUCAR, *op. cit.*, p. 290.

consenso e autonomia privada das partes (o que só ocorre mediante a destituição do poder familiar, conforme art. 1.638, Código Civil).³⁹¹

Apesar da ressalva, não se vislumbra nenhum óbice à pactuação de renúncia vertical da herança, desde que haja o consentimento do beneficiário ou de seu representante legal, e não seja manobra para ferir direitos de terceiros.

Isto, pois uma vez presente a vontade humana enquanto elemento essencial ao plano da existência do negócio jurídico³⁹², a validade e a eficácia do pacto ficariam adstritos aos cinco motivos acima elencados a proibição dos pactos renunciativos, os quais, conforme explanado, por si só não se justificam.

Isto posto, é de se concluir que os quatro argumentos que embasam a proibição genérica à celebração de pactos sucessórios são frágeis e contestáveis, gerando abalo à solidez do instituto, o qual, há mais de cem anos, mantém-se intacto no ordenamento jurídico privado.

Seria apenas um quinto argumento, pouco visado pela doutrina, capaz de justificar, verdadeiramente, a vedação de pactos sucessórios institutivos (*de succedendo*) e dispositivos (*hereditate tertii*), qual seja, a capacidade de gerar um conflito de interesses entre credores do espólio com herdeiros e contratantes, dada a primazia jurídica pela proteção do credor.

Ainda assim, observada referida cautela, não haveria motivos aptos a vedar a celebração de pactos renunciativos, sejam eles puros ou mediante renúncia em favor de pessoa certa e determinada, desde que haja o consentimento dos envolvidos e não sejam feridos direitos de terceiros.

Restou demonstrada a existência de uma clara ruptura de padrões a respeito da regra proibitiva, que esteve presente nos primórdios da civilização romana, passando pela Idade Média e modernidade, até chegar ao presente, vez que se verificou que em momentos históricos remotos algumas espécies de pactos eram permitidas, sempre mediante ao consentimento dos contratantes e do autor da herança.

³⁹¹ BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294, p. 290.

³⁹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 425.

Atualmente, dentro de um sistema jurídico constitucional, é preciso que se olhe para além da letra fria da lei, e se enxergue com as lentes da função promocional do Direito, no sentido de encorajar ações conforme os valores da Carta Magna e promover verdadeiramente a(s) liberdade(s).

Sob este aspecto, a Análise Econômica do Direito demonstra que a regra proibitiva genérica é ineficiente, porquanto acaba por incentivar a celebração de negócios jurídicos no campo dos planejamentos sucessórios que visam justamente homenagear a autonomia privada e passar ao largo da regra proibitiva.

Entretanto, estes planejamentos envolvem altos custos de transação, de modo que a resposta mais eficiente seria, não somente a doutrina caminhar no sentido de autorizar a celebração de pactos sucessórios renunciativos, mas também o legislador.

Uma vez permitidos legalmente, os custos de transação seriam drasticamente diminuídos, de modo que os custos inerentes aos riscos de nulidade, passariam a ser muito inferiores.

A sociedade e as conjunturas familiares enfrentam dinamismo acentuado, acelerado pelo novo coronavírus que atingiu o Brasil em março de 2020. As relações existenciais e patrimoniais passaram a ser de maior preocupação ainda pelos indivíduos, que, mais do que nunca, passaram a entender a morte como uma certeza não tão distante.

Esta sociedade, já dotada de liquidez, demanda cada vez mais por maior autodeterminação naquilo que diz respeito a sua esfera mais íntima: a família. Assim, como a esfera patrimonial não se dissocia da familiar, a proibição genérica aos pactos sucessórios, de forma ineficiente, acaba representando muito mais um entrave legal do que uma norma de ordem pública que visa proteger interesses sociais.

Entretanto, enquanto não houver uma alteração legislativa que venha a flexibilizar os pactos sucessórios ou a autorizar determinadas modalidades, cabe à doutrina e à academia promover o debate e incentivar uma nova interpretação do art. 426, Código Civil, com o intuito de ampliar qualitativa e positivamente a autonomia privada no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, buscou-se demonstrar que, apesar de a interpretação clássica da regra inserta no art. 426 do Código Civil ser no sentido genérico e proibitivo da celebração de pactos sucessórios, há como interpretá-la de modo favorável à celebração dos pactos renunciativos.

O estudo percorreu dois grandes capítulos, através dos quais foram estabelecidas premissas necessárias às conclusões obtidas.

No início, foi apresentada a contextualização do Direito das Sucessões no tempo e no espaço, através da qual ficou evidenciado que as leis sucessórias se basearam em uma racionalidade codificadora voltada à proteção do patrimônio e da família enquanto instituição.

Com o passar dos anos e o advento da Constituição Federal de 1988, as famílias passaram a obter proteção voltada também a seus membros e seus respectivos desenvolvimentos pessoais, independente do formato que eram constituídas.

Neste cenário, muito embora os valores constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana e liberdade tenham permeado a seara familiar, há um evidente descompasso entre o Direito das Sucessões e as demandas das famílias contemporâneas, que cada vez mais, clamam maior liberdade e autonomia para decidirem sobre as regras que regerão estas relações, não somente em vida, mas para além dela.

Assim, ficou estabelecida a primeira premissa: de que o Direito Sucessório necessita de uma evolução e releitura, a fim de adequar-se ao que se vive atualmente dentro dos mais diversos ambientes familiares, o que se faz através de uma leitura funcionalizada do direito em prol da(s) liberdade(s).

Na sequência, examinou-se que, da premissa estabelecida, decorrem os movimentos do “direito de família mínimo” e da “contratualização do direito de família”, os quais clamam por uma menor intervenção estatal e maior autonomia privada no terreno familiar.

Através destes dois movimentos e da teoria do negócio jurídico, concluiu-se que os pactos sucessórios não possuem natureza jurídica contratual, mas sim de

negócios jurídicos de Direito das Famílias e Sucessões, de modo que a vedação expressa no art. 426, Código Civil, não os abarcaria quando celebrados neste formato.

Ao final do primeiro capítulo, foram examinados os dois pilares legislativos à autonomia privada sucessória, e a partir dos efeitos que emanam na sociedade contemporânea, ficou confirmada a premissa inicial, de que ambos operam mais como barreiras ao livre planejamento sucessório do que mecanismos de proteção social àqueles em situação de vulnerabilidade.

No segundo capítulo, em análise verticalizada ao tema, foi observada a trajetória histórica dos pactos sucessórios, a partir da tradição romanista até a atualidade, de modo que restou comprovado que o instituto não evoluiu de formato linear, mas sim, com rupturas históricas, vez que hora eram autorizados, hora vedados.

Esta análise foi importante para, mais uma vez, confirmar a premissa inicial, de que as leis são escritas de acordo com seu tempo, razão pela qual necessitam periodicamente de revisitações, sob pena de tornarem-se obsoletas e não atenderem aos anseios e às necessidades da sociedade.

Ato contínuo, a vedação genérica aos pactos sucessórios foi examinada partindo dos conceitos de incentivos, eficiência e custos de transação da Análise Econômica do Direito, ferramenta complementar considerada altamente relevante para criticar a hermenêutica que se faz da lei. Através dela, concluiu-se que o art. 426 não é eficiente sob dois aspectos.

O primeiro, revelou que a ineficiência decorre das consequências que ele gera, que são diferentes daquelas imaginadas pelo legislador. Ao invés de coibir os indivíduos a celebrar negócios jurídicos sobre herança futura, em verdade, os incentivou a buscar meios alternativos que permitam efetivar a vontade das escolhas, sobretudo patrimoniais, após a morte.

Assim, há uma demanda crescente pelos chamados planejamentos sucessórios, que nada mais são do que mecanismos jurídicos e contábeis e visam a transmissão eficiente do patrimônio, de modo que homenageie as escolhas realizadas em vida pelos agentes econômicos, sem ofender à vedação do art. 426.

Desta primeira conclusão chegou-se à segunda. Na celebração destes planejamentos, incidem altos custos de transação que envolvem o planejar da sucessão, os quais acabam por muitas vezes inviabilizar esta operação para famílias que não dispõem de todos os recursos financeiros para tanto.

Logo, estes custos poderiam ser minimizados e a norma poderia ser dotada de alguma eficiência se ao menos a celebração de pactos renunciativos fosse permitida, dado o contexto social no qual estão inseridos e as consequências que emanam da normativa.

Na última sessão, foram combatidos os quatro argumentos relativos à proibição genérica dos pactos sucessórios, levando a conclusão de que nenhum deles é forte o suficiente a sustentar a regra proibitiva face aos arranjos contemporâneos familiares, aos preceitos constitucionais e ao próprio ordenamento infraconstitucional, que por diversas vezes prevê situações que colidem com a vedação inserta no art. 426, sem maiores problemas.

Considerou-se, então, um quinto argumento válido a proibição dos pactos sucessórios, com exceção dos pactos renunciativos: a proteção aos credores. Capitaneado por Daniel Bucar, seria a capacidade de gerar conflitos entre interesses de credores do espólio com herdeiros e contratantes a verdadeira e atual razão para proibição dos pactos institutivos (*de succedendo*) e dispositivos (*hereditate tertii*).

Sendo assim, o caminho mais eficiente a trilhar, dentro das limitações impostas pelo ordenamento vigente, é através de uma releitura do art. 426 do Código Civil, a fim de flexibilizar a regra proibitiva e permitir a celebração de pactos renunciativos, em caráter vertical ou horizontal, desde que contem com a anuência de todos os envolvidos e não sirvam como meio para violar direitos de terceiros.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Code civil des États-Unis du Brésil; traduit et annoté par P. Goulé, C. Danguin e G. D'ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49 apud ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)**. São Paulo: FADUSP, 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em 04.08.2020.

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, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 4, ano 2, jan./mar. 2004.

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. As características do sistema jurídico romanístico. In: SCHIPIANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de (org.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 15-46.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral dos contratos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARRETO, Fernanda Leão; GARBELOTTO, Filipe de Campos; NASCIMENTO, Rosany Nunes de Mello. Família mosaico: desafios no âmbito do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaces (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo II**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 199-213.

BARROS, Sérgio Resende de. **Palestra** proferida em 3 de dezembro de 2003, no II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/AM, realizado em Manaus, sob patrocínio da seccional do Amazonas do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Igualmente, da palestra ministrada no Curso de Direito de Família promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 25 de novembro de 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy** 76 (2), 1968, p. 169-217.

BECKER, Gary Stanley. **A treatise on the family**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981.

BECKER, Gary Stanley. **The Economics of Discrimination**. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BEVILÁQUA, Clóvis. Code civil des États-Unis du Brésil; traduit et annoté par P. Goulé, C. Danguin e G. D'ardenne de Tizac, Paris, Nationale, 1928, n. 29, p. 48-49 apud ALVES, José Carlos **Moreira**. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)**. São Paulo: FADUSP, 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em 04.08.2020.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-RIO, Vol. 1, n. 2, p. 59-81, 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões**. São Paulo: Foco, 2019, p. 1-18.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v.2, n.1, p. 27-45, jan./jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. **Regula o deferimento da herança no caso da sucessão in abtato**. Rio de Janeiro, 1907. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Rio de Janeiro, 1823. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.404, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da saúde**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 377 de 2019**. Disponível em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.341.825/SC**, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 10/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Notícia**: Separação de fato há mais de um ano permite curso da prescrição para pedido de partilha de bens. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Separacao-de-fato-tambem-permite-curso-da-prescricao-para-pedido-de-partilha-de-bens.aspx#:~:text=Segundo%20o%20tribunal%2C%20com%20o,de%201916%2C%20de%2020%20anos>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 992.749/MS**. Rel. Ministra Nancy Andrigui. 3ª turma. Julgado em 01/12/2009. DJe 05/02/2010.

BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba – SP: Foco, 2019, p. 279 – 294.

BUNAZAR, Maurício. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 5, n. 6, p. 1549-1566, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1549_1566.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO NETO, Ignacio Bernardino de. **A Evolução do Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro no Direito Brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil. 2005. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CASTRO, Thamis Delsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/168/163>. Acesso em: 25 fev. 2021.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Classic papers in natural resource economics**. Palgrave Macmillan, London, 1960.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Metrópoles: formalização de testamentos aumenta 134% durante a pandemia de coronavírus**. Set./2020. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20080&filtro=&Data=&lj=1280. Acesso em 24 fev. 2021.

CONSTANT, Benjamin. De la liberte des anciens comparée a celle des modernes. *In*: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris: Guillaumin, 1872.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. Londres: Pearson Education, 2014.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010;

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice

Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio.** Curitiba: Juruá, 2009. pp. 211-38.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v.45, n. 0, p. 99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/623/showToc>. Acesso em 09 fev. 2021.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; EHRHARDT JR., Marcos; CATALAN, Marcos Jorge. O direito civil constitucional e a pandemia. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 247-256, out./dez. 2020.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. LINDB e a prova judicial: breves notas sobre a assimetria informativa e as consequências das decisões probatórias. *In*: YEUNG, Luciana (org.) **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos.** São Paulo: Actual, 2020, p. 300-321.

CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 60, 1965, p. 93-120.

DE LIGÓRIO, Fabiana Costa, et. al. Odenações Portuguesas: uma visão histórica de sua influência na legislação brasileira. *In*: REBELO, Nuno Miguel Branco de Sá (org.). **Temas Jurídicos: história do direito, direitos humanos e constitucionais.** 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, [s/d], p. 15-24.

DE OLIVEIRA, Carlos Elias. Constitucionalização e Recivilização Constitucional do direito civil: um mapeamento atual. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/1144920893/constitucionalizacao-e-recivilizacao-constitucional-do-direito-civil-um-mapeamento-atual>. Acesso em: 29 dez. 2020.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n5/181>. Acesso em 09 fev. 2021.

DELGADO, Mario Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos horizontes para os pactos sucessórios no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 28, jan./fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Mais 10! **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/702/Mais+10!>. Acesso em 18 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, direito e política**. Novos Estudos CEBRAP, v. 62, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformações e fim**. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

FAVIER, Yann. **Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français**. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (org.) **Les pactes successoraux en droit compare et en droit international privé**. Geneve: Librairie Droz, 2008.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. O pacto antenupcial no Brasil à luz do direito e economia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n.3, p. 415-444, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0415_0444.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

FIGUEIREDO, Ramon Gama; CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat. A (in)constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. **IBDFAM**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf. Acesso em 22 mar. 2021

FIUZA, César; LAGE, Matheus Henrique Vieira. **O paralelismo entre o direito de família e o direito contratual**. Meritum. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 349-367, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6224/pdf>. Acesso em: 06/08/2019.

FRANK, Felipe. **A validade da cláusula sucessória no pacto antenupcial**. Morrisville: Lulu Press, 2019.

FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/>. Acesso em: 1 out. 2020.

FRIEDE, Reis. Considerações sobre o juspositivismo. **Direito em Debate**. Ijuí, v. 26, n. 48, p. 84 – 116, jul. – dez. 2017, disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7378>. Acesso em: 16.10.2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014.

GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia**: Reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica. 2015. 231 f. Tese de doutorado em ciência jurídica – Universidade do Vale de Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2015.

GICO JÚNIOR, Ivo. Bem-estar social e o conceito de eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 1-43, mai./ago. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/bruna/Downloads/2020-gico-jr-bem-estar-social-e-o-conceito-de-eficiencia.pdf>. Acesso em 26 mar. 2021.

GICO JÚNIOR, Ivo. Bem-estar social e o conceito de eficiência. **Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo**, vol. 16, n. 2, p. 1-43, mai./ago. 2020).

GICO JÚNIOR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GICO JÚNIOR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1., n. 1, p. 7-32, jan/jun 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 fev. 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed, atual. por Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

GOMES, Orlando. **Formação do Direito Privado Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 3a Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

GONÇALVES, Oksandro; BONAT, Alan Luiz. Análise Econômica do Direito, incentivos fiscais e redução das desigualdades sociais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 381-407, jun./set. 2018.

GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da Liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Trabalho apresentado no 5º seminário de estudos sobre o novo código civil, promovido pela Escola Judicial Edésio Fernandes e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia, em 23 de agosto de 2002, p. 128.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. jan/mar. 2002, p. 61-83, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito das sucessões, da sucessão em geral, da sucessão legítima (artigos 1784 a 1856)**, vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 433-450.

HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Entrevista. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 10, abr. 2014, p. 5-7.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Famílias e domicílios. Resultados da amostra. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf. Acesso em 08 abr. 2021.

JUSBRASIL. Canal de Ciências Criminais. **Caso Richthofen**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323442322/caso-richthofen>. Acesso em 08 abr. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. Vol. 5. São Paulo: RT, 2005.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios Jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n.3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em: 30/07/2019.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Vol. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. vol. 6: sucessões. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v.3.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Stajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões, Belo Horizonte, v.1, 2014.

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

MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. In: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordbrecht: Springer, 2011. p. 3-29.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1-3.

MENEZES, Ana Paula, et al. Síndrome de Munchausen: relato de caso e revisão da literatura. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. São Paulo, v. 2, n. 24, p. 83-85, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbp/v24n2/a09v24n2>. Acesso em: 20.10.2020.

MERÊA, Paulo. **Estudos de Direito hispânico Medieval**. Tomo II. Coimbra: Atlantida, 1952.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 46.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol. 72, p. 170 – 194, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 39^a ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-RIO, Vol. 1, n. 2, p. 59-81, 1991.

MUCILO, Daniela de Carvalho; TEIXEIRA, Daniele Chaves. COVID-19 e planejamento sucessório: não há mais momento para postergar. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (coord.). **Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões**. Indaiatuba – SP: Foco, 2020, p. 333 – 350.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade de família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a.5, n.2, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263>. Acesso em 25.03.2021.

Nahas, Luciana Faisca. **A possibilidade de inclusão de cláusulas pessoais e patrimoniais na elaboração de pacto antenupcial e contrato de convivência**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NAHAS, Luciana Faisca. Pacto Antenupcial: o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. IBDFAM, 2018, p. 225-247.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 17-37, jan./mar. 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **O princípio da intangibilidade da legítima**. In: **MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495-545).

NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 11-32, nov./dez. 2016.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. São Paulo: Max Limonad, 1952, vol. I.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão: Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Vol. 32, p. 1-14, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. VI. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: vol. 3, Contratos. 24ª ed, rev. e atual. Por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto. **A resignificação da sucessão legítima à luz da análise econômica do direito**. 2020. Tese de doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo LVI, Direito das Sucessões - Sucessão Testamentária**. São Paulo: RT, 2012, § 5.665 (versão digital).

PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review** 757, v. 53, p. 757 – 782, 1975.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório**: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, Minas Gerais, v. 8, n. 4, p. 161 - 177, 2014. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em: 01 dez. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, vol. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 25ª ed. Atual. Por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia? **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 130, p. 1-17, 2013.

SANTOS, Antônio Carlos dos. Montesquieu e Rousseau: a natureza da sublimidade da razão. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. São Paulo, v. 1, n. 16, p. 216 – 227, 2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82592>. Acesso em: 16.10.2020.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. XV, 1936.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, vol. 4, n. 14, p. 167-217, 2005.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113. Acesso em: 21 fev. 2021.

SCHREIBER, Anderson, [et. al.]. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 377 de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1562112856248&disposition=inline>. Acesso em 24 mar. 2021.

SGICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v.1., n. 1, p. 7-32, jan/jun 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 fev. 2021).

SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudos sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria dopatrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. **Entre Aspas: revista da UNICORP**, Salvador/BA, vol. 7, p. 63-74, jan/2020. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/revistas/revista-entre-aspas-volume-7/>. Acesso em: 12.10.2020.

SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. **Carta Forense**, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320#>. Acesso em: 19 set. 2020.

SIMON, Herbert A. Theories of decision-making in economics and behavioral science, (1959) 49 **American Economic Review**, p. 253-283.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**.V. 7, n. 26, 2004. p. 39.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: 1 – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Vol. 3. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 4, n. 5, p. 865-873, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n5/181>. Acesso em 09 fev. 2021.

TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil**. Imprensa: Coimbra, 1922, v.2.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 137 – 154.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29-46.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Fundamentos do Direito Civil, vol. 3: Contratos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 7.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil**. *In*: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 2, fev/mar, 2008. P. 15-16.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 4, p. 6-8, 2015, p. 6.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil, vol 7: Direito das Sucessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil, vol 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**, vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Direito Civil-Constitucional: a função social do contato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v.2. pp. 47-79.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decisions. In: HOGARTH, Robin M.; REDER, Melvin W. (coord.). *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

VANNUNCCINI, Rosangela Aparecida Lopes; LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicolas. O reconhecimento do filho ilegítimo na história da codificação do direito das sucessões. **Revista PIBIC**, Osasco, v. 1, n. 1, p. 45-53, 2004.

VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 100.

VENOSA, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 7.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. **Jus Civile**, n. 10, p. 700-68, 2013.