

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS  
MESTRADO EM DIREITO

BRENO MAGALHÃES DE OLIVEIRA

**A RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL: UMA ANÁLISE A  
PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NA  
PERSPECTIVA DA PREVENÇÃO DOS CONFLITOS SUCESSÓRIOS**

VITÓRIA  
2024

BRENO MAGALHÃES DE OLIVEIRA

**A RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL: UMA ANÁLISE A  
PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NA  
PERSPECTIVA DA PREVENÇÃO DOS CONFLITOS SUCESSÓRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Goretti Santos.

VITÓRIA  
2024

BRENO MAGALHÃES DE OLIVEIRA

**A RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA PREVENÇÃO DOS CONFLITOS SUCESSÓRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Goretti Santos.

Aprovada em: 20 de março de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Goretti Santos  
Instituição: FDV

---

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.  
Instituição: FDV

---

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra  
Instituição: FDV

---

Dr. Anselmo L. Laranja  
Membro externo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao concluir o Mestrado em Direito finalizo uma importante etapa na minha vida acadêmica e profissional e, com isso, alcanço um importante objetivo pessoal. Essa penosa conquista que muito me orgulha, exigiu um longo período de estudos, resiliência e renúncia. Como todas as grandes vitórias, essa não foi conquistada individualmente e, por isso, com eterna gratidão, agradeço:

A Deus, por sempre estar ao meu lado.

Aos meus amados pais, Julianne Magalhães de Oliveira e Júlio César Costa de Oliveira, a quem devo tudo. Agradeço por acreditarem e me fortalecerem nos momentos de pouca luz. Meus maiores exemplos, meu norte, por quem busco dia a dia trilhar o caminho do bem. Meu amor por vocês.

A minha família, agradeço nas pessoas de Adriana Costa de Oliveira, minha madrinha, e Marcus Vinicius de Olivera Magalhães, meu padrinho, por todo suporte, amor, carinho e incentivo incondicional.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Goretti Santos, grande incentivador no ingresso no Mestrado. Agradeço por todos os valiosos ensinamentos, a generosidade no trato e o tempo dedicado em meu apoio. Sem sua valiosa orientação não seria possível alcançar tamanho êxito.

Aos membros da banca de qualificação, Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Professor Doutor Adriano Sant'Ana Pedra, cujas gratas, gentis e generosas contribuições engrandeceram este trabalho.

Aos colegas do Mestrado, agradeço em nome de Enzo Scaramussa Colombi Guidi e Elis Pilon do Nascimento, pela comunhão de esforços e fiel parceria.

Aos membros do escritório Carneiro, Côgo & Dalcamin Advocacia, agradeço em nome de Danilo de Araújo Carneiro, Miltro José Dalcamin e Liliane Colombo da Silva, por entenderem, permitirem e terem dado todo o suporte para que eu pudesse desempenhar a advocacia e dedicar meus estudos no Mestrado.

As queridas Katiane Fernandes Azevedo e Ana Carolina Bouchabki Puppín, pelo auxílio nas publicações e melhorias nos textos e pesquisas.

Por fim, aos meus amigos em nome de Victor Hugo do Amaral Teixeira, por quem nutro a mais antiga das amizades, agradeço por compreenderem minha ausência em tantos momentos e ficarem felizes por essa conquista.

A todos, que contribuíram, direta ou indiretamente, para a elaboração e conclusão do trabalho, minha eterna gratidão.

## RESUMO

A presente dissertação investiga se as premissas fixadas pelo legislador e defendidas pela doutrina majoritária para sustentar a vedação legal à renúncia à herança no pacto antenupcial resistem à aplicação do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, considerando a necessidade de se buscar a prevenção de conflitos como forma de efetivação do direito de acesso à justiça a partir da teoria de Mauro Cappelletti. A família é a base da sociedade e a partir dela se originam as demais relações interpessoais e os complexos conflitos, únicos, irrepetíveis e concretos. Com o advento da CRFB/1988 e do CC/2002 a sistematização do Direito das Famílias e das Sucessões alterou profundamente as relações afetivas no Brasil, ensejando conflitos que não conseguem ser tratados adequadamente pelo Estado. Sob uma perspectiva da autonomia e da busca de meios para prevenir os conflitos sucessórios essa investigação multidisciplinar é organizada em quatro capítulos de desenvolvimento. Inicialmente, foi realizada análise sintética da evolução histórica da família na sociedade, com as lentes voltadas ao casamento, regime de bens, pacto antenupcial e as consequências sucessórias promovidas pelas alterações legislativas. Na sequência foi apresentado o conceito de acesso à justiça estrito ao processo judicial, para, em seguida, desconstruí-lo a partir da concepção desenvolvida no projeto de Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti, referencial teórico acerca do novo paradigma de acesso à justiça. No capítulo seguinte, depois de apresentarmos o conceito e investigarmos a finalidade do planejamento familiar patrimonial e sucessório e, sua importância para a efetivação da autonomia das partes, passamos a submeter as premissas da impossibilidade de renúncia à herança aos testes de refutação e falseamento popperianos. Foi possível concluir que os motivos que sustentam a proibição dos pactos sucessórios de não sucessão não se sustentam mais e andam em sentido contrário às necessidades de prevenção dos conflitos sucessórios e familiares. Assim, no último capítulo apresentamos propostas para viabilizar a utilização do pacto antenupcial como ferramenta de planejamento sucessório e efetivação do direito ao acesso à justiça.

Palavras-chave: Família; Sucessão; Acesso à Justiça; Pacto sucessório; Renúncia à Herança.

## **ABSTRACT**

This dissertation investigates whether the premises established by the legislator and defended by the majority doctrine to support the legal prohibition on the renunciation of inheritance in the prenuptial agreement resist the application of Karl Popper's hypothetical-deductive method, considering the need to seek the prevention of conflicts such as way of implementing the right of access to justice based on Mauro Cappelletti's theory. The family is the basis of society and from it other interpersonal relationships and complex, unique, unrepeatable and concrete conflicts originate. With the advent of CRFB/1988 and CC/2002, the systematization of Family and Succession Law profoundly altered affective relationships in Brazil, giving rise to conflicts that cannot be adequately addressed by the State. From a perspective of autonomy and the search for ways to prevent succession conflicts, this multidisciplinary investigation is organized into four development chapters. Initially, a synthetic analysis of the historical evolution of the family in society was carried out, focusing on marriage, property regime, prenuptial agreement and the succession consequences promoted by legislative changes. Next, the concept of access to justice restricted to the judicial process was presented, to then deconstruct it based on the concept developed in the Florence project, led by Mauro Cappelletti, a theoretical reference regarding the new paradigm of access to justice. In the following chapter, after presenting the concept and investigating the purpose of family patrimonial and succession planning and its importance for the realization of the autonomy of the parties, we begin to subject the premises of the impossibility of renouncing inheritance to Popperian refutation and falsification tests. It was possible to conclude that the reasons that support the prohibition of non-succession succession pacts are no longer sustainable and go against the needs of preventing succession and family conflicts. Therefore, in the last chapter we present proposals to enable the use of the prenuptial agreement as a tool for succession planning and the realization of the right to access to justice.

**Keywords:** Family; Succession; Access to justice; Prenuptial agreement; Renunciation of inheritance

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. A FAMÍLIA BRASILEIRA .....</b>	<b>16</b>
2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DO DESENVOLVIMENTO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE.....	16
2.2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	27
2.3. CASAMENTO E REGIME DE BENS NO BRASIL.....	31
2.4 O INSTITUTO DO PACTO ANTENUPCIAL .....	34
<b>2.4.1 Evolução histórica do Pacto Antenupcial.....</b>	<b>38</b>
2.5 VÍCIOS E VIRTUDES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE DO NOVO CONTEXTO SUCESSÓRIO RESULTANTE DAS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	41
<b>2.5.1 O fim da incapacidade civil da mulher no casamento .....</b>	<b>41</b>
<b>2.5.2 Alteração do regime de bens supletivo e o caráter modificativo do regime de bens.....</b>	<b>44</b>
<b>2.5.3 Mudança na ordem sucessória com o advento do Código Civil de 2002 .....</b>	<b>45</b>
<b>3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA .....</b>	<b>50</b>
3.1 UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLIADA DO ACESSO À JUSTIÇA, ESTRUTURADA A PARTIR DO PROJETO DE FLORENÇA.....	53
<b>3.1.1 Crise do judiciário e desjudicialização.....</b>	<b>60</b>
<b>3.1.2 sistema de justiça multiportas .....</b>	<b>66</b>
<b>4. A UTILIZAÇÃO DO PACTO ANTENUPCIAL NO BRASIL .....</b>	<b>74</b>
4.1 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR PATRIMONIAL E SUCESSÓRIO.....	74
4.2 DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA .....	80
4.3 DO PACTO SUCESSÓRIO OU PACTO CORVINA .....	84

4.3.1 Do pacto sucessório renunciativo ou de não sucessão ( <i>non succedendo</i> ).....	85
4.4 DAS PREMISSAS QUE BUSCAM JUSTIFICAR A PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS RENUNCIATIVOS .....	89
4.4.1 A contrariedade à honestidade pública e aos bons costumes .....	90
4.4.2 A privação em regular a própria herança.....	91
4.4.3 O objeto negociado e às disposições de ordem pública.....	92
4.4.4 Dever de mútua assistência entre os cônjuges .....	93
4.5 TESTES DE FALSEAMENTO: REFUTAÇÃO DAS PREMISSAS QUE IMPEDEM A RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL .....	94
4.5.1 Refutando a premissa de que os pactos sucessórios são contrários à honestidade pública e aos bons costumes .....	94
4.5.2 Refutando a premissa do objeto negociado e o momento de renunciar à herança .....	99
4.5.3 Refutando a premissa do dever de mútua assistência entre os cônjuges .....	101
<b>5. A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DOS PACTOS RENUNCIATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>104</b>
5.1 SOLUÇÕES A PARTIR DO PODER LEGISLATIVO .....	106
5.1.1 Da proposta de alteração legislativa do artigo 1.829 do código civil de 2002 .....	107
5.1.2 Da proposta de alteração legislativa do artigo 426 do código civil de 2002 .....	108
5.2 SOLUÇÃO A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO .....	110
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A existência da sociedade e da vida compartilhada é fruto do agrupamento de pessoas que convencionou-se chamar de família. Por isso, é possível afirmar que a família é a base da sociedade e a partir dela se originam as demais relações interpessoais e os complexos conflitos que se constroem na comunidade através das interações sociais que, em razão de suas particularidades, os tornam únicos, concretos e irrepetíveis.

Por essa razão, o Direito de Família naturalmente dialoga e influencia os demais ramos jurídicos, demonstrando seu caráter abrangente e interdisciplinar. A atual sistematização do direito familiar e sua positivação no ordenamento jurídico alterou profundamente as relações afetivas no Brasil. As inovações trazidas pelo Estado Democrático de Direito impuseram uma nova forma de pensar os relacionamentos, atribuindo ideais de igualdade e liberdade entre homens e mulheres, o que até então não era alcançado.

A busca pelo conhecimento e pela compreensão das mudanças sociais é sempre angustiante. O estudioso do Direito de Família é constantemente envolvido por conflitos internos de pensamentos, enraizados em convicções pessoais adquiridas a partir do meio em que foi criado, podendo dificultar a aceitação dos novos formatos familiares. As famílias mudam de geração para geração e, por isso, é necessária a devoção e humildade para analisar, por meio de diferentes lentes, os novos contornos sociais, o que torna desafiador o estudo do Direito de Família.

Ao longo da graduação em Direito (2015-2020), realizamos investigações envolvendo temáticas do Direito de Família, sobretudo na busca por um direito que ampare e protagonize o afeto, a autonomia das partes e a liberdade, frente às preconceituosas amarras do Estado e da Sociedade, influenciados diretamente pelas históricas rédeas religiosas. A imposição de um modo de vida único às pessoas jamais será capaz de efetivar a dignidade humana em uma sociedade tão plural quanto a brasileira. Por isso, é preciso prestigiar a diversidade e a pluralidade de ideias. Com esse intento, foi desenvolvido Trabalho de Conclusão de Curso cujo tema escolhido foi a constitucionalidade das uniões poliafetivas, com importante contribuições do querido professor orientador Vitor Burgo, o qual faço questão de citar.

Ao finalizar a graduação, por influência do professor Ricardo Goretti Santos, orientador desta pesquisa, ingressamos no curso de especialização em Gestão Negociada de Conflitos, promovida pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV (2020-2021), momento em que foi oportunizado o estudo aprofundado das soluções de conflitos a partir de formas diversas do Poder Judiciário. Ao término da especialização, seduzido e inspirado, ingressamos no curso de Mestrado da FDV.

Importa ressaltar que o Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da FDV, pioneiro no Estado do Espírito Santo, tem sua área de concentração em Direito e Garantias Fundamentais, e se desenvolve em duas frentes de pesquisa, as quais são assim intituladas: i. Jurisdição constitucional e concretização dos direitos e garantias fundamentais; e, ii. Democracia, cidadania e direito fundamentais.

Em razão da amplitude deste estudo, a pesquisa contornou as duas linhas de pesquisa, propondo, como se verá ao final, alternativas ao Poder Judiciário a partir de outros órgãos, como, por exemplo, a serventia extrajudicial, bem como modificações legislativas que visam a efetivação dos direitos debatidos no próprio judiciário.

A primeira linha de pesquisa tem por finalidade, em síntese, pesquisar as possibilidades e os limites da jurisdição para concretização dos direitos e garantias fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da análise crítico-reflexiva da autocompreensão do papel do Poder Judiciário no Brasil. Enquanto a segunda linha tem como objetivo uma perspectiva mais abrangente e pretende pesquisar o papel da sociedade e os caminhos não estritamente estatais para a efetivação dos direitos fundamentais da população em geral.

Portanto, indo além da estrita atuação do Poder Judiciário ou de outros órgãos estatais, pretende-se promover discussões e pesquisas acerca dos pressupostos e teorias da democracia, da cidadania e da diversidade no contexto social brasileiro, em prol da justificação, do reconhecimento e da defesa dos Direitos Fundamentais.

As vivências acadêmicas e o cotidiano da advocacia familiarista litigiosa provocou inúmeras inquietações. A prática é, por muitas vezes, mais desassossegada e com sentimentos de tristeza do que era possível enxergar nos livros acadêmicos. Por isso, ao final desta pesquisa há um intuito propositivo em atenção à realidade brasileira e ao problema a ser enfrentado.

A Justiça brasileira, como será demonstrado, enfrenta uma importante crise estrutural, em função de um monopólio Estatal de poder mal gerido e do tratamento inadequado dos conflitos por meio do processo judicial. Inegável que, a partir de uma perspectiva atual do acesso à justiça, o Poder Judiciário passa por um momento de mudança paradigmática, a partir da qual o legislador é obrigado a pensar em novas formas não só de gerir conflitos, como também em preveni-los.

Atrelados à crise do Judiciário estão os conflitos sucessórios decorrentes das relações familiares que se alongam no tempo sem razoabilidade alguma, passando por gerações sem sua efetiva solução e, muitas vezes, com o fim dos laços familiares, desgastados pelos conflitos.

Assim, este estudo foi desenvolvido com a pretensão de investigar os obstáculos à efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil no âmbito do Direito de Família e sucessório, em razão da impossibilidade dos nubentes planejarem, por meio do pacto antenupcial, seus desejos sucessórios, especificamente no que tange a possibilidade de cláusulas sucessórias renunciativas ao direito de herança.

Caracteriza-se, então, pela sua multidisciplinariedade, envolvendo três grandes áreas de estudo, quais sejam: o direito constitucional, a partir da análise do direito ao acesso à justiça; o Direito de Família, em razão das consequências do casamento na organização familiar; e o direito sucessório, atrelado aos anseios de esquematização e gestão da morte frente à legislação vigente.

Desse modo, esta pesquisa busca responder ao seguinte problema: as premissas fixadas pelo legislador e defendidas pela doutrina majoritária para sustentar a vedação legal à renúncia à herança no pacto antenupcial resistem à aplicação do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, considerando a necessidade de se buscar a prevenção de conflitos como forma de efetivação do direito de acesso à justiça a partir da teoria de Mauro Cappelletti?

Para chegar à resposta ao questionamento apresentado, utilizou-se o método hipotético-dedutivo do pensador austríaco Karl Raymund Popper, nascido em Viena (1902-1994). O trabalho foi orientado a partir do critério da falseabilidade, por meio do princípio da verificação, em que só se pode assumir como verdadeiro um fato científico depois de compará-lo com um fato objetivo. Nesse sentido,

[...] se as premissas de uma dedução válida são verdadeiras, então, a conclusão deve também ser verdadeira. [...] se todas as premissas são verdadeiras e a dedução é válida; e se, conseqüentemente, a conclusão é falsa em uma dedução válida, então, não é possível que todas as premissas sejam verdadeiras [...]. Desta forma, a lógica dedutiva torna-se a teoria crítica racional, pois todo criticismo racional tomou a forma de uma tentativa de demonstrar que as conclusões inaceitáveis podem se derivar da afirmação de que estivemos tentando criticar (POPPER, 2004, p. 26-27).

Tendo como hipótese a ser submetida aos testes de falseabilidade as premissas fixadas pelo legislador e defendidas pela doutrina majoritária para sustentar a vedação legal à renúncia à herança no pacto antenupcial, submeteremos tais premissas para verificar se resistem à aplicação do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, considerando a necessidade de se prevenir conflitos como forma de efetivação do direito de acesso à justiça na perspectiva de Mauro Cappelletti.

Diante da problemática que envolve a proibição à renúncia no pacto antenupcial, (possível em legislações anteriores), a partir do processo de tentativas e erros, característico da perspectiva epistemológica popperiana, surgem do problema teorias, críticas e soluções provisórias, que voltam a ter problemas, teorias e críticas, num ciclo de permanente evolução. Afinal, “[...] o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância” (POPPER, 2004, p. 14), cujo desconhecimento é percebido a partir da identificação dos problemas nas soluções provisórias fornecidas.

Logo, quando submetemos a testes de refutação e falseamento as premissas fixadoras da impossibilidade de se renunciar à herança no pacto antenupcial, que consistiram na avaliação crítica do caráter de pertinência, eficácia, viabilidade prática e consonância com as demais normas jurídicas, identificamos nas justificativas apresentadas pelo Estado legislador e pela doutrina majoritária incompatibilidade com o propósito de um acesso à justiça amplo que visa a prevenção do conflito na sociedade.

Este trabalho sucede de investigações e reflexões que foram planejados em 4 capítulos de desenvolvimento. Inicialmente, no Capítulo 2, fizemos uma análise sintética da evolução histórica da família na sociedade, pois a família muda e permanece demandando novas alterações. A evolução da sociedade cria problemas,

as concepções de vida são outras e os desejos cada vez mais complexos impõem a todo tempo um olhar evolutivo dos operadores do direito e do legislativo.

Ainda nesse capítulo, abordamos o instituto do casamento e as consequências dos regimes de bens. O pacto antenupcial também é alvo de investigações quanto ao seu funcionamento e pluralidade de matérias que são absorvidas pelo instituto conforme se aprimora no tempo. Em seguida, buscamos compreender as principais alterações promovidas do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, especialmente a mudança na ordem sucessória e suas consequências práticas.

No Capítulo 3, apresentamos, inicialmente, o conceito de acesso à justiça, estritamente ligado ao direito de ação vinculado ao processo judicial, cuja concepção se restringe a uma maior literalidade da Carta Magna e as funções do processo judicial, para, em seguida, desconstruirmos esse conceito a partir da concepção de acesso à justiça desenvolvida no projeto de Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti, referencial teórico acerca do novo paradigma de acesso à justiça.

Essa nova acepção, traduz-se em uma forma mais ampla de acesso à justiça, não só atrelado ao processo judicial, mas atenta à gestão adequada de conflitos a partir de diferentes métodos, judiciais e extrajudiciais. Cabe salientar que é essa perspectiva, denominada substancial ou material, de acesso à justiça que adotamos nesta pesquisa.

Dentre as causas que justificam um novo olhar sobre o acesso à justiça, está a crise do Poder Judiciário. Para desvendar tal crise, investigamos os dados confeccionados pelo Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, que permitem e facilitam ao leitor a compreensão do real *status* do Poder Judiciário brasileiro e as suas deficiências nas resoluções de conflitos que impedem a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Mas não é apenas a crise do Judiciário que impõe essa necessidade de aprimoramento. Na verdade, o principal fundamento é a realização efetiva da justiça, que pode e deve ser consagrada com vias plurais e diversificadas de prevenção e tratamento adequado dos conflitos. Afinal, a perspectiva substancial ou material de acesso não se limita ao âmbito do Poder Judiciário, mas compreende a justiça como um valor que pode ser consagrado pela via de outros métodos de pacificação de

conflitos, alternativos ao processo judicial e, também, com a realização de práticas e intervenções de cunho preventivo.

Com essa finalidade, apresentaremos, ainda, o Tribunal Multiportas idealizado por Frank Sander, diretamente relacionado à nova concepção de acesso à justiça, como proposta de amenização da crise do Judiciário, atrelado à desjudicialização de procedimentos, à participação de outras instituições no tratamento e prevenção dos conflitos, como, por exemplo, as Serventias Extrajudiciais, em busca da aplicação de um verdadeiro sistema multiportas que amplie as vias de acesso à justiça, para que conflitos sejam prevenidos e solucionados de forma adequada às particularidades do caso concreto.

O capítulo 4, ponto chave deste trabalho, submetemos as premissas da impossibilidade de renúncia à herança aos testes de refutação e falseamento. De início, apresentamos o conceito e investigamos a finalidade do planejamento familiar patrimonial e sucessório, sua importância para a efetivação da autonomia das partes em expor seus desejos para a busca de objetivos comuns do casal e da família. É com o planejamento patrimonial e sucessório que se viabiliza pensar nos momentos de crise (divórcio e morte) de modo racional e preventivo, evitando-se que as emoções da perda e as turbulências geradas ao final do relacionamento ensejem o aumento da espiral do conflito, provocando a perda do laço afetivo familiar.

Investigaremos a possibilidade de se renunciar ao direito à herança, ainda que seja um direito fundamental, para, em seguida, apresentarmos as premissas que buscam justificar a proibição desses pactos no direito brasileiro e verificar se resistem à aplicação do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, com vistas a efetivar o direito ao acesso à justiça na perspectiva da prevenção dos conflitos.

Finalmente, no capítulo 5, propusemos soluções a partir dos Poderes Legislativo e Judiciário, para evoluir o direito brasileiro em benefício da autonomia, liberdade, igualdade e intervenção mínima do Estado, de modo a garantir o acesso à justiça a partir de ações que busquem não apenas tratar conflitos, mas, sim, preveni-los, pois, em nossa concepção, é a forma ideal de efetivar a dignidade humana.

As considerações finais são estruturadas de modo a sintetizar o problema apresentado, o caminho percorrido e as conclusões e propostas delineadas ao longo

do texto, que buscam contribuir com as famílias brasileiras e o desenvolvimento do direito brasileiro, além de encorajar outros leitores a desenvolverem trabalhos sobre o tema para melhores contribuições e debates.

## 2. A FAMÍLIA BRASILEIRA

O tema família é, indubitavelmente, um dos mais angustiantes para os estudiosos do direito. Isso pela simples razão de que a família é uma verdadeira mistura de sentimentos e emoções positivas e negativas. Com se verá nos capítulos seguintes, o conceito de família do século XX já não mais pode ser aproveitado integralmente para a realidade do século XXI. Inclusive, atualmente, não podemos inferir família a apenas um molde, afinal, hoje existem pluralidades de famílias, de diferentes formatos, modos de vida, objetivos e, por mais inovadoras que possam parecer, a cada dia surgem novos anseios sociais. A família brasileira está em constante evolução.

É no âmbito do Direito de Família que as mudanças são mais esperadas. Até porque, quando a legislação se adequa a uma realidade, passa a naturalmente estar em desconexão com a nova geração, que impõe um novo olhar sobre o mundo, demandando novos ajustes. A família, portanto, sofre mudanças em sua organização e, por conseguinte, também os campos de saber do Direito e da Psicanálise. (PELLEGRINI, 2021).

Este trabalho tem como um dos seus principais objetivos contribuir para o desenvolvimento do Direito de Família, sabendo, no entanto, que, ao final, já poderá estar, paradoxalmente, necessitando de novas atualizações. Encontros e desencontros amorosos são carregados de subjetividade; assim, uma família se constitui sob enigmas impossíveis de serem decifrados (PELLEGRINI, 2021). Nesse contexto, ainda buscamos alcançar, em prol das famílias, mais liberdade, autonomia, afeto e poder nas suas relações privadas. Por isso, é importante iniciarmos esta pesquisa a partir de uma síntese histórica do desenvolvimento da família na sociedade, o que será feito a seguir.

### 2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DO DESENVOLVIMENTO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE

O principal objetivo deste subcapítulo é realizar uma breve análise histórica do desenvolvimento da família e da formação da sociedade para, em seguida, trazer reflexões do progresso da sociedade brasileira até os dias atuais, tendo como limite temporal de estudo o ano de 2023. Assim, para compreendermos o presente, é

indispensável conhecer o passado, sendo necessário revisitar os caminhos trilhados pelas gerações que nos antecederam.

Muito se discute, entre os historiadores e pesquisadores do Direito de Família, sobre as origens da família, sua formação, suas características primitivas, além de outros fatores. Contudo, essa não é uma tarefa simples, afinal “[...] o estudo do Direito na história somente é possível a partir das evidências que nossos antepassados nos permitiram, sobretudo as escritas” (HIRONAKA, 2019, p. 26). As evidências deixadas, porém, não são suficientes para preencherem todas as lacunas históricas. A partir dos indicativos históricos alcançados, Eduardo Espinola, se apoiando no jurista filósofo italiano Cogliolo, apresenta a seguinte construção narrativa:

As mais antigas tradições da nossa raça ariana, os contos bíblicos, as narrações de Homero, as mais longínquas recordações históricas tinham tornado comum e inconcussa, a princípio, a opinião que a família originária era organizada em *patriarcado*, isto é, em um sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos todos ao poder ilimitado do pai. (ESPINOLA, 1957, p. 09).

O paradigma do patriarcado foi refutado por estudos comparativos, que chegaram a resultados diversos, ao observarem as origens dos povos orientais e selvagens modernos vindos da Austrália e da América, e indicarem que, em dado momento histórico, o que prevalecia era o matriarcado.

[...] nos primeiros tempos, os homens viveram nas chamadas *bodas promiscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis e sociais; depois, organizada a sociedade em *tribo*, a família se formou em torno da mulher, foi admitida a *poliandria* e se teve o *matriarcado*, pelo qual, sendo desconhecido o pai, os filhos e os parentes tomavam normas e nome da mãe; (ESPINOLA, 1957, p. 10).

Embora esse traço evolutivo tenha sido outrora construído como ideia geral, acabou por também ser contestada, pois nem todas as sociedades passaram necessariamente pelos mesmos estágios de evolução. É necessário, portanto,

[...] admitir que em algumas tribos tenha havido e haja *poliandria*. Não encontra, porém traço algum dela nos povos arianos, ou, pelo menos, os poucos casos que são recordados entre os Espartanos antigos e os índios modernos da América são o efeito de uma momentânea corrupção de costumes, não um necessário estágio de evolução (ESPINOLA, 1957, p. 10).

Em sentido semelhante ao desenvolvimento histórico apresentado por Eduardo Espinola está a compreensão de John Gilissen que, a partir dos estudos de F. Engels, Charles Darwin, Augusto Comte e outros, chegou à conclusão de que o primeiro estágio da evolução social teria sido atingido pela formação de vínculos entre grupos dos dois sexos. O segundo estágio compreenderia o matriarcado, em que a mãe exerceria poder sobre os seus filhos. Ainda no segundo estágio,

O casamento não existia ainda, o pai é um indivíduo de passagem; não existiria outro laço jurídico senão aquele que une a mãe aos seus filhos e, eventualmente, aos seus irmãos e irmãs uterinos. Chegar-se-ia ao estágio do patriarcado quando apareceu um laço jurídico entre pai, mãe e os seus filhos. Este laço resultaria da tomada de consciência pelo pai do fato que a criança que vai nascer da sua união com uma mulher determinada é igualmente o seu filho. Neste estágio, a instituição do casamento julga-se adquirida ao mesmo tempo que a do poder marital e paternal; como corolário da autoridade do marido sobre a mulher, aparece o repúdio da mulher pelo seu marido, primeira forma de divórcio. O estágio seguinte seria o do clã, constituído por um grupo de famílias que tinham um antepassado comum e praticavam o culto desse antepassado. Enfim, a tribo teria nascido de um agrupamento de clãs (GILISSEN, 2001, p. 38).

O entendimento de John Gilissen, no entanto, também sofre críticas, afinal, como já apresentado, há uma dificuldade em se comprovar os fatos em razão das rasas evidências deixadas por nossos antepassados e, por isso, os dados fornecidos pela etnologia jurídica não permitem confirmar a tese evolucionista. Sequer é certo que o patriarcado tenha sucedido o matriarcado, sendo que o próprio regime matriarcal, a existência de tribos e clãs são contestados (GILISSEN, 2001).

Apesar das evidentes inconsistências dos estudos, prevalece a teoria patriarcal da sociedade, segundo a qual a família é reunida sob o poder do ascendente homem mais velho, cuja tradição é extraordinariamente antiga.

As mais antigas sociedades são inspiradas no respeito e no medo pelo homem mais forte, e todo o homem forte na luta pela existência sofre impulso do zelo sexual e se apodera da mulher com exclusão dos outros; a promiscuidade dos sexos e apoliandria são, pois, pouco verossímeis ainda mesmo entre os homens primitivos. Darwin diz: (*Descendance de l'homme* (trad. francesa de Vogt, 1872) II, 380-387) – “Do que sabemos sobre o zelo de todos os machos mamíferos pode-se concluir que no estado de natureza a promiscuidade é imensamente improvável. Se se remonta o mais possível no curso dos tempos, não se acha provável que a promiscuidade tenha tido lugar entre os homens primitivos. A julgar pelos hábitos sociais do homem moderno e da poligamia de quase todos os selvagens vivos, deve-se dizer que o homem primitivo na origem viveu em pequenas comunidades, possuindo cada macho tantas fêmeas quantas podia sustentar e defender contra os outros. Nos tempos primitivos o homem era provavelmente polígamo ou mesmo monógamo: de qualquer forma, não podia ter perdido

um instinto comum a todos os animais inferiores, isto é, o amor a prole.” As comunidades de aldeia, ainda em muitos lugares existentes, não passam de grupos de casas e de famílias vinculadas por antigas relações de sangue; os centros administrativos (pagus) e políticos (curiae), a influência dos vizinhos (vici, vicini), a agnação romana, a própria constituição do estado antigo mostram que nos povos arianos as sociedades se formaram sobre a família, e os vários membros não se reuniram voluntária ou casualmente, mas por vínculo de descendência masculina. (ESPINOLA, 1957, p. 11).

Veja-se, portanto, que “[...] a família nessa perspectiva histórica tem relação simbiótica com a sociedade, pois ao mesmo tempo em que a forma, também parte dela para se reformular” (HIRONAKA, 2019, p. 28), tendo assim a história do Direito relação direta com a história do homem gregariamente organizado. A família, portanto, apresenta-se como unidade fundamental em todas as sociedades, mesmo nas primitivas (ESPINOLA, 1957).

Entendemos como incontroverso que a sociedade brasileira, tal qual conhecemos e vivenciamos, é fruto de uma família patriarcal, cujo homem, na maioria dos espaços de convivência social e de determinação de ações, é quem tem o poder de imposição. Muito embora homens e mulheres ainda estejam exercendo papéis diferentes na sociedade, como resultado de uma imposição patriarcal, já nos encontramos em um contexto histórico de mudança de paradigma, pelo menos desde o século XX, tendo em vista um forte movimento de lutas sociais capitaneados, principalmente, por mulheres em busca de seus direitos, como, por exemplo, o marco histórico das sufragistas em busca do direito ao voto.

Esses movimentos sociais refletem mudanças complexas nos traços até então característicos da família. Ainda assim, o enfraquecimento da família patriarcal é, também, em grande parcela, culpa dos homens e dos Estados por eles liderados, pois, em razão dos seus conflitos, oportunizaram às mulheres maiores espaços de atuação, desbravando outras atividades além dos serviços estritamente domésticos e de cuidados com a prole.

Explica Eduardo Espinola (1957) que as duas guerras mundiais do século XX anteciparam, em quase todos os países envolvidos, o reconhecimento da igualdade dos sexos, quanto ao gozo e exercício dos direitos políticos e civis. Isso porque os chefes de família foram arrastados para os campos de batalha, deixando para os

cuidados das mulheres a direção e manutenção da prole. Como consequência, as mulheres foram obrigadas a procurar ocupações remuneratórias fora do lar, alcançando independência financeira e obtendo êxito na indústria, comércio e demais profissões.

No Brasil, o assunto família passou praticamente despercebido pelos responsáveis pela elaboração das duas primeiras Constituições nacionais, uma vez que a primeira, de 1824 nenhuma referência fez e a segunda passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, e nada mais (OLIVEIRA, 2002).

Já a Constituição de 1934, na esteira da evolução do direito constitucional do século XX, consagrou um capítulo inteiro sobre a família, determinou a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento ainda indissolúvel. Esse foi o primeiro marco regulador da família no direito brasileiro, e, a partir dele, o direito constitucional brasileiro nunca mais deixou de regulamentar a constituição da família em nosso país (OLIVEIRA, 2002).

Nas Constituições Federais brasileiras de 1967 e 1969, a família era unicamente constituída entre homem e mulher pelo casamento, que seria protegido pelos Poderes Públicos (art. 175, CF 1967; Art. 175, CF 1969). Enquanto na Constituição de 1967 o casamento era indissolúvel, na Constituição de 1969 o parágrafo primeiro do artigo 175 foi revogado pela Emenda Constitucional n.º 09 de 1977, para dispor que o casamento somente poderia ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos.

No entanto, o papel de tutelar as unidades familiares independentes do casamento coube, em um primeiro momento, à jurisprudência, que, guiada pelos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, passou a reconhecer direitos e deveres aos participantes das uniões informais, bem como aos filhos havidos delas. Em 03 de abril de 1964, foi editada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal para determinar quando “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (STF, Súm.380). Uma importante evolução que se fez a partir de uma decisão judicial.

No Brasil da Primeira República (de 1890-1930), da Era Vargas (de 1930 a 1945), da República Nova (de 1946 a 1964), do Regime Militar (1964 a 1985) e da Nova

República (de 1985 ao momento atual), o processo legislativo em Direito de Família foi não apenas o mais fecundo, como também o que percorreu passos largos em prol do garantismo à pessoa. (HIRONAKA, 2019).

Mesmo com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 1988, que inaugurou o chamado Estado Democrático de Direito e trouxe inúmeros direitos e garantias fundamentais aos cidadãos de maneira igualitária independente do sexo, sem nenhuma dúvida é o Direito de Família que sente mais facilmente as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico em acompanhá-las, integrá-las e adaptá-las à realidade social (OLIVEIRA, 2002). Por isso, cabe, nesse Estado de Direito, ao legislativo e ao judiciário enredar as controvérsias do Direito de Família (HIRONAKA, 2019).

No início dessa nova fase constitucional, no entanto, permanecia vigente no Brasil o Código Civil de 1916, acompanhado de uma visão restritiva sobre o que é família, abastecido por uma evidente distinção de tratamento dado entre homens e mulheres, tão combatida ainda nos dias de hoje. Como a família é essencialmente um organismo social, influenciada pela religião, pelos costumes e pela moral (ESPINOLA, 1957), isso pode, em certa medida, justificar as posições restritivas do legislador naquele período.

Existem, ainda, influências originárias que possuem relação direta com os povos dominadores que colonizaram a América, com profunda relevância de Portugal na realidade brasileira. Por isso, revela Orlando Gomes (1976), que as “[...] fontes históricas do Direito de Família brasileiro são, principalmente, o Direito Canônico e o direito português, representado este, sobretudo, pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores” (GOMES, 1976, p. 22). Sobre o contexto colonizador das fontes do Direito de Família,

A ordenação jurídica da família reflete, com efeito, ideias morais e costumes predominantes na sociedade para a qual se elaboram costumes e ideias que variam de povo a povo. Entre nós, esses fatores de particularização têm procedência predominantemente lusitana. Conformaram a legislação trasladada para estas terras, e ainda depois da emancipação política o país continuou a se reger, durante algum tempo, pelas leis vindas de Portugal, especialmente as Ordenações Filipinas. Constitui o direito português, realmente, a mais importante fonte histórica do Direito de Família brasileiro (GOMES, 1976, p. 23).

A partir das influências lusitanas, o Direito de Família disposto no Código Civil de 1916 regulava precipuamente as relações oriundas do casamento, tido como única fonte da família legítima merecedora da atenção do Estado (GOMES, 1976). Apesar de não desconhecer as uniões livres, estas eram tidas como ilegítimas, o que significava desprestigiar o casamento e a família legítima e, por isso, essas relações de pessoas não casadas eram consideradas imorais, e nenhuma vantagem poderia ser obtida delas (NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2012).

Naquele período, entendia-se que o verdadeiro e principal fim do casamento seria dignificar as relações sexuais, estabilizando a relação em uma sociedade única e indissolúvel, ostensivamente aprovada e compatível com a interpretação que se dava à dignidade da pessoa humana, que alcançaria, juridicamente, o fim essencial do casamento, a constituição da família legítima, fim este que jamais poderia faltar (GOMES, 1976).

O Direito Canônico, ligado ao Cristianismo, por sua vez, elevou o casamento ao patamar de sacramento, pelo qual homem e mulher selam sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel (GAMA, 2008). Fato é que “[...] sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional” (LÔBO, 2011, p. 18).

A indissolubilidade do vínculo matrimonial, enraizado no Código Civil brasileiro de 1916 sob influência do Direito Português, ressalta o caráter dominador da relação colonial, influenciado pela tirania das ideias religiosas e éticas do catolicismo (GOMES, 1976). Nesse contexto, o término do casamento estava estritamente condicionado à morte de um dos cônjuges, à perda de liberdade ou cidadania de um deles, e, voluntariamente, ao divórcio, que só poderia ocorrer mediante acordo de vontades ou através do ato unilateral de vontade do marido (GOMES, 1976).

É importante ressaltarmos que a mulher não podia, por ato unilateral dela, se desvencilhar do marido, sendo, portanto, dominada por este com a guarida estatal. A mulher, ao casar-se, assumia, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família. A partir dessa declaração,

tem-se a imagem de uma suposta igualdade de direitos e posição na comunhão que, no entanto, foi falsamente criada.

Eis que o Código classificava a mulher casada como relativamente incapaz, condicionando uma série de atos da vida civil à autorização do marido (ESPINOLA, 1957). Sujeitava-se, portanto, a pessoa do chefe de família, “[...] em que o homem tinha o direito de fixar o domicílio da consorte e da família, dar o consentimento para os filhos menores se casarem e ter preferência no exercício do pátrio poder” (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 22), poderes estes idealizados pelo paradigma do patriarcado.

A mulher era tratada como um verdadeiro objeto a ser adquirido e, esse “bem” não poderia ter vícios. Afinal, dentre as causas de anulabilidade do casamento, estava previsto que o defloramento ou desvirginamento da mulher, quando este fosse desconhecido do marido, ensejaria anulação do casamento por erro essencial devido à importância que, em nossos costumes, se atribui à virgindade (GOMES, 1976). Felizmente, com o tempo, é possível ver uma mudança nos costumes que, aos poucos, iguala homens e mulheres, “[...] novos princípios e regras emprestam fisionomia nova ao Direito de Família,” (GOMES, 1976, p. 25).

Em 1948, a importância da família era reconhecida mundialmente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada pela ONU, estabelece, em seu artigo 16.3, que “[...] a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (ONU, 1948). No Brasil,

As milhares de sugestões populares e de entidades voltadas à problemática da família, recolhidas pela Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1988, voltaram-se muito mais para os aspectos pessoais do que para os patrimoniais das relações de família, refletindo as transformações por que passam. Das 5.517 sugestões recebidas, destacam-se os temas relativos a: fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, guarda de filhos, proteção da privacidade da família, proteção estatal das famílias carentes, aborto, controle de natalidade, paternidade responsável, liberdade quanto ao controle de natalidade, integridade física e moral dos membros da família, vida comunitária, regime legal das uniões estáveis, igualdade dos filhos de qualquer origem, responsabilidade social e moral pelos menores abandonados, facilidade legal para adoção. (LÔBO, 2011, p. 19).

Aliada aos anseios sociais, a Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, apresentou a nova ordem, qual seja, a instituição do Estado Democrático, o qual

destina-se a “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988). Mais à frente, apresentou a família em evidente posição de importância no cenário brasileiro, senão vejamos, *in legis*:

CRFB/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nesse novo cenário, portanto, há uma norma programática cujo escopo é a efetivação da dignidade humana que, diferentemente do que foi posto no Código Civil de 1916, tem como um dos objetivos centrais assegurar a igualdade entre homens e mulheres, até então camuflada pelo patriarcado. Há, assim, um indicativo inicial do que Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013) convencionaram chamar de “despatriarcalização” do Direito de Família. Eis que a figura paterna deixa de exercer o ilimitado poder de dominação do passado. Com a promulgação da Carta Magna, a família passa a ter sentido para o Direito quando ela é veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros (PEREIRA, 2018).

A mudança do paradigma da família patriarcal para uma família democrática, igualitária e baseada no afeto reclamou, conseqüentemente, alterações na função da família, que perdeu algumas das mais tradicionais, senão vejamos:

Perdeu a função política que tinha no direito romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição ao paterfamilias de todos os seus membros. Perdeu a função econômica de unidade de produção, embora continue a ser normalmente uma unidade de consumo. As funções educativas, de assistência e de segurança, que tradicionalmente pertenciam à família, tendem hoje a ser assumidas pela própria sociedade. Por último, a família deixou de ser fundamentalmente o suporte de um patrimônio de que se pretenda assegurar a conservação e transmissão, à morte do respectivo titular (COELHO; OLIVEIRA, 2003, p. 146).

A perda das funções políticas e econômicas modificou a constituição dos vínculos entre os pares afetivos. Isso porque, se antes os casamentos eram “arranjados”, pelo qual os pais escolhiam com quem seus filhos e filhas iriam se casar, para buscar atrelar famílias ricas ou poderosas politicamente, agora, em regra, a união entre as pessoas passou a se dar pelo laço afetivo, exclusivamente, pelo amor. “A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor.” (LÔBO, 2011, p. 20).

Muito embora os autores supracitados apresentem uma possível tendência de despreendimento da função educativa, acreditamos que esta é uma função que sempre será, ainda que parcialmente, da família, pois é essencial para a formação do ser humano.

A refuncionalização da família reforçou, porém, sua intimidade, e permitiu que se revelassem, por assim dizer, as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar: nas relações entre os cônjuges, a sua mútua gratificação afetiva, e, por outro lado, a socialização dos filhos, ou seja, a transmissão da cultura, como conjunto de normas, valores, “papéis” e modelos de comportamento dos indivíduos. Embora tal “socialização” se faça também na escola e mesmo fora desta, a família é ainda hoje o grande mediador cultural, nela se operando, como alguém escreveu, o “segundo nascimento” do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sócio-cultural, depois do seu “primeiro nascimento” como indivíduo físico (COELHO; OLIVEIRA, 2003, p. 147).

No mesmo sentido estão os ensinamentos de Paulo Lôbo, senão vejamos:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquandram-se no fenômeno jurídico social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência de repersonalização do direito (LÔBO, 2011, p. 22).

Acerca da expressão “paradigma”, para melhor aceção do termo, informamos que o utilizamos com base na compreensão de Thomas S. Kuhn, na medida em que paradigma é um conjunto de concepções que, em um dado momento histórico, são compartilhados por um maior número de pessoas (KUHN, 2020).

Esclarecido o significado de paradigma utilizado nesta pesquisa, é possível alegar que se rompeu, portanto, com o paradigma da primazia dos laços sanguíneos e

patrimoniais em prol do vínculo afetivo (PEREIRA, 2018). A busca pela realização pessoal, emocional e afetiva integral dos membros da família, gerou, talvez inesperadamente por alguns, um efeito diferente nos casamentos, conforme explica Rodrigo da Cunha Pereira:

A partir do momento em que a mulher se coloca na relação amorosa e conjugal como sujeito e não mais na condição de assujeitada, isto repercute no ordenamento jurídico com a quebra do princípio da indissolubilidade do casamento e exige um novo contrato social-conjugal e um eterno renovar dos pactos amorosos, implícitos ou explícitos. Os casamentos, como quaisquer outras relações conjugais, só se manterão por uma contínua renovação da parceria, já que agora o pacto amoroso pressupõe condições de igualdade e não mais de subordinação como era até há pouco tempo. (Pereira, 2012, p. 172/173).

É necessário salientar que não há um desejo do legislador em tornar o casamento algo sem valor, nem que a sociedade deseje o seu fim, mas, paradoxalmente, é preciso findar um casamento quando a felicidade e os valores não estão mais presentes, e isso só acontece com a efetividade da igualdade e autonomia entre homem e mulher. Um efeito natural dessa mudança foi o aumento do número de divórcios.

Em contrapartida, a partir da valorização da afetividade, foi possível perceber, em um curto espaço de tempo, novos arranjos familiares, superando a noção de entidade familiar como algo obscuro e preconceituoso (NETO, TARTUCE; SIMÃO, 2012). Como exemplo de novas espécies de família, podemos citar a família informal (união estável), a família monoparental (núcleo composto por um dos pais e seus filhos), a família anaparental (o núcleo composto por parentes cujo genitor faleceu), a família mosaico (composta pelos “meus, os seus e os nossos”), a família homoafetiva, (casal de pessoas do mesmo sexo), famílias simultâneas<sup>1</sup>, poliafetivas, eudemonistas e até virtuais<sup>2</sup>. Há, inclusive, quem já defenda a ideia de famílias multiespécies.

Diante de tantas possibilidades, o século XXI experimentou no bojo da família contemporânea mudanças que culminaram em importantes alterações no texto constitucional (CRFB/1988) e nos textos legais (CC/02, ECA, EI), e enterrou o modelo

---

<sup>1</sup> Para mais informações sobre Famílias Simultâneas: FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e Seus Efeitos Jurídicos**: pedaços da realidade em busca de dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>2</sup> Sobre famílias implicitamente previstas na Constituição: ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

hierárquico de família, fortalecendo o modelo democrático. Por essa razão, a seguir, trataremos do Direito de Família a partir das alterações promovidas pela Constituinte de 1988 e do Código Civil promulgado em 2002.

## 2.2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Direito de Família ou Direito das Famílias, como modernamente designado, pode ser conceituado como sendo ramo do Direito Civil, que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: casamento; união estável; relações de parentesco; filiação; alimentos; bem de família; tutela, curatela e guarda (TARTUCE; SIMÃO, 2013).

É possível perceber, portanto, que ainda que se trate apenas de uma parte do Direito Civil, abrange uma extensa parcela. No Código Civil, está localizado no Livro IV “Do Direito de Família”, com início no artigo 1.511. Não é à toa a extensão do Direito de Família, afinal, como salientam Washignton de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2013),

Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural e social, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito de Família. (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 15).

Com o advento do Código Civil de 2002 e, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988, a família, antes entendida como uma célula do Estado e elemento constitutivo deste, passou se ser compreendida como uma célula da sociedade (OLIVEIRA, 2002). O Direito de Família tem por escopo a tutela do grupo familiar, apresentando importantes características. *A priori*, tem natureza pessoal, contudo encontram-se traços econômicos de modo indireto, ao tratar dos regimes de bens no casamento e na união estável, da obrigação de alimentar e dos bens pertencentes a incapazes.

Além disso, no domínio do Direito de Família, as figuras dos negócios jurídicos acham-se, rigorosamente, determinadas, sendo muito limitada a esfera deixada à vontade

individual (MONTEIRO; SILVA, 2013). O casamento, por exemplo, é um dos negócios jurídicos familiares e decerto o mais importante de todos eles (COELHO; OLIVEIRA, 2003) e, por esta razão, é o foco deste trabalho.

Atualmente, o afeto, mesmo não presente no texto constitucional, é “[...] um elemento de todo e qualquer núcleo familiar” (PEREIRA, 2012, p. 212) e, por isso, pode ser apontado como principal fundamento das relações familiares. Condição essa já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio de julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, senão vejamos:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos de conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso (STJ, REsp. 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, Dje 23.02.2010).

Ainda no período militar ditatorial se afirmava, nas antigas aulas de educação moral e cívica, que a família é a “célula *mater*” da sociedade (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 22). Apesar de oriunda de um período histórico de pouca luz, a afirmação tem relevância porque o Direito de Família influencia outros ramos do direito público e do direito privado. No direito sucessório, a sucessão legítima tem como fonte norteadora o Direito de Família; o direito das obrigações também bebe da fonte do direito familiar, nas relações de doações, venda entre ascendentes e descendentes.

No direito penal, são marcantes as preocupações do legislador com a família, por exemplo, ao reprimir os delitos contra o casamento, o poder familiar, a tutela, curatela, a proteção à mulher contida na Lei Maria da Penha. O processo civil também recebe tratamento diferenciado quando se trata de família, sobretudo em matéria de impedimento e suspeição de juízes e serventuários da justiça em virtude de

parentesco com as partes litigantes, impedimento de testemunhas e remissão na execução.

Em viés parecido, no direito eleitoral, as relações familiares repercutem de forma especial em matéria de inelegibilidade, assim como no direito administrativo são causas de licenças, benefícios e, até mesmo, de impedimento em razão da vedação ao nepotismo. Além disso, no direito fiscal, destaca-se a influência das relações familiares na arrecadação de imposto sobre a renda, no que tange às deduções relativas aos encargos de família. Assim, fica evidente “[...] a projeção do Direito de Família sobre todo o direito em geral. Trata-se de fato inegável, que lhe realça importância, em todos os setores da ciência jurídica.” (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 20).

O Estado Democrático de Direito, inaugurado por meio da Constituição Federal, é por essência um agente de transformação social, tendo por função precípua a concretização dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. Assim, à medida que a Constituição lança os seus tentáculos para os demais ramos do ordenamento, não mais se contenta com a simples condição de ordem jurídica fundamental do Estado, tornando-se igualmente a ordem jurídica fundamental da sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Para concretizar os direitos fundamentais, o Estado precisa compreender às necessidades da sociedade e, principalmente, não deixar de perceber que os conflitos são únicos, irrepetíveis e concretos, como será demonstrado com maior profundidade nos capítulos subsequentes. Os conflitos familiares, no entanto, possuem importantes características que os tornam singulares e, por isso, demandam uma atenção cuidadosa em seu tratamento.

Não há dúvidas de que os conflitos são eventos naturais em todo e qualquer contexto familiar. Nenhuma família é isenta de conflitos. Mas há os conflitos que podem ser solucionados e manter intactos os laços familiares, há aqueles que desunem as famílias, como existem também aqueles conflitos que demandam a participação do Estado para salvaguardar os direitos daqueles envolvidos.

Os conflitos familiares inserem-se no contexto das relações continuadas ou, ao menos, com uma perspectiva de continuidade no futuro pós conflito. Afinal, são

conflitos entre pais e filhos, avós e netos, tios e sobrinhos, enteados e madrastas e padrastos, ou seja, que envolvem um núcleo familiar muito peculiar e que afetam, naturalmente, toda a família, não apenas as partes protagonistas, mas toda uma rede de relacionamentos.

Um elemento marcante nos conflitos familiares são as fortes emoções, especialmente as negativas. A presença das emoções no conflito familiar obstaculiza de maneira incalculável o diálogo e a solução dos conflitos e “[...] quanto maior a intensidade das emoções, maior o risco de agir de forma lamentável” (FISCHER; SHAPIRO, 2019, p. 144). Nas relações familiares, um excesso de raiva pode fazer com que um dos companheiros acabe dormindo no sofá (FISCHER; SHAPIRO, 2019). Pode parecer insignificante, mas se não solucionado o conflito ou prevenido seu escalonamento, a consequência pode ser o fim de uma família.

As emoções fortes e negativas são como uma bola de neve: crescem à medida que avançam. Mas, quando você lida com essas emoções – as suas e as dos outros – logo no início, é mais fácil impedir que elas prejudiquem seu desempenho” (FISCHER; SHAPIRO, 2019, p. 145).

Por existirem emoções negativas nos conflitos familiares e sucessórios, é fundamental a necessidade de explorar meios para preveni-los. Mais do que tratar os conflitos, é preciso ter condutas que possam impedir o surgimento e desenvolvimento destes. Afinal, quando se está diante de um conflito, por muitas vezes não é simples conter as emoções e pensar racionalmente.

O pior momento para formular uma estratégia para lidar com emoções fortes e negativas é no instante em que elas surgem. Imagine uma equipe médica que espera a chegada de cada paciente à emergência para só então definir o que fazer. Seria o caos. Na verdade, as unidades de emergência desenvolveram procedimentos operacionais aplicados por enfermeiras e cirurgiões a todos os pacientes que chegam. (FISCHER; SHAPIRO, 2019, p. 147).

Em virtude das emoções negativas, as partes envolvidas em um conflito frequentemente adotam posições que se afastam de seus verdadeiros interesses. Para esclarecer, os interesses são entendidos como “[...] sentimentos que representam as reais aspirações dos seres humanos nos seus incessantes processos de interação e busca por satisfação de desejos ou necessidades” (SANTOS, 2019, p. 65) e que, de acordo com Fisher e Ury (2014, p. 57), “definem o problema”. Em

contraste, as posições referem-se "[...] àquilo que os indivíduos em situação de conflito dizem ou acreditam desejar ou necessitar, para fins de satisfação dos seus desejos e necessidades básicas, e não aquilo que de fato desejam ou necessitam - os interesses" (SANTOS, 2019, p. 51).

Logo, "[...] o problema básico em uma negociação não é o conflito de posições, mas de necessidades, desejos, preocupações e temores" (FISHER; URY, 2014, p. 57), que quando em situações como divórcio e inventário, muitas vezes não conseguem ser verdadeiramente observados para a solução do conflito, pois, na maioria dos casos, as emoções se sobrepõem à razão. É nesse ponto que os conflitos familiares se distinguem dos demais.

Portanto, é preciso que se tenha um tratamento preventivo adequado, a fim de que, quando ocorrer situações de conflito com fortes emoções negativas e posições que não atendam seus verdadeiros interesses, já exista uma estrada pavimentada para facilitar e promover a pacificação do conflito, evitando, assim, o fim de uma relação familiar. Por isso que se busca verificar nesta dissertação a possibilidade de renunciar à herança por meio do pacto antenupcial. Pois, no momento de conflito e fortes emoções negativas, qual seja, o falecimento de um ente querido e consequente partilha de bens, já exista uma previsão racional estipulada pelos cônjuges para prevenir o escalonamento do conflito.

Por esta razão, interpretar o ordenamento jurídico com vistas à efetivação dos direitos e das garantias constitucionais é o que se busca atingir com o presente estudo. Para isso, é preciso compreender o mais importante negócio jurídico familiar, qual seja, o casamento.

### 2.3. CASAMENTO E REGIME DE BENS NO BRASIL

O conceito de família e o conceito de casamento foram confundidos. "Em acepção ampla, a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento" (ESPINOLA, 1957, p. 09). As pessoas a que se refere Eduardo Espinola teriam de ser, necessariamente, de sexos diferentes, sob pena de reputar inexistente o casamento e, conseqüentemente, a família (COELHO; OLIVEIRA, 2003).

Felizmente, tanto o conceito de casamento quanto o conceito de família sofreram evoluções com o tempo. No que tange à família, o conceito ganhou evidente amplitude, englobando as relações socioafetivas e homoafetivas<sup>3</sup>.

Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 17).

Essa evolução conceitual se deu em razão do tratamento dado à família, que passou a ser identificada como centro de preservação do ser humano com a devida tutela à dignidade nas relações familiares (MONTEIRO; SILVA, 2013). Inclusive, a dignidade da pessoa humana constitui, na contemporaneidade, princípio norteador do Direito de Família Brasileiro (PEREIRA, 2018).

Enquanto o casamento é um contrato, a família é uma instituição. O casamento se constitui pela vontade dos contraentes, já a família é o fim considerado pelos que contraem o casamento, mas, como instituição de magna importância social, é rigorosamente regulada pelo Estado (ESPINOLA, 1957).

Casamento, portanto, deixa de ser a única possibilidade de se reconhecer uma família e passa a ser uma espécie do gênero família. Assim, é possível conceituar contemporaneamente o casamento como sendo “[...] a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto” (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 35). Em semelhante entendimento, Regina Beatriz Tavares da Silva e Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 49) conceituam o casamento como “a comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais”.

Sob o ponto de vista de vínculo jurídico, Guilherme Calmon Nogueira Gama (2008) conceitua o casamento como a união formal entre pessoas desimpedidas, como

---

<sup>3</sup> Para mais informações: STF. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges com reflexos em outras pessoas.

A despeito do casamento ser um negócio solene jurídico, pode-se definir negócio jurídico como uma declaração de vontade dirigida a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si mesma e na sua direção determinada, atribuindo-lhe efeitos jurídicos em geral correspondentes aos fins que o declarante ou os declarantes têm em vista (COELHO; OLIVEIRA, 2003). Instrumento por excelência da autonomia da vontade privada.

De acordo com Enzo Roppo (1998, p.11), contrato “[...] é a veste jurídico-formal das operações econômicas”. Assim, não obstante o casamento ser consequência do afeto, não há como negar seus reflexos patrimoniais para os membros da família. Sendo a família a base da sociedade e os contratos originários da sociedade, pode-se deduzir que os contratos são frutos da família.

Explica Ian R. Macneil:

A raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade. O contrato nunca ocorreu sem sociedade; nem ocorrerá sem sociedade; e nunca seu funcionamento poderá ser compreendido isolado de sua sociedade particular. (MACNEIL, 2009, p. 01 - 02).

Embora atualmente existam diversas formas de família além do casamento formalmente reconhecido, é imperioso ressaltar que o casamento continua sendo, até os dias de hoje, o modelo de união mais amplamente praticado na civilização humana. Esse formato de união continua a atrair a atenção não apenas dos sistemas jurídicos, mas também de diversos setores do conhecimento humano (GAMA, 2008). É exatamente por essa razão que justifica esta pesquisa estar diretamente associada ao casamento, e não, por exemplo, à união estável.

O contrato de casamento, portanto, terá seus efeitos patrimoniais evidenciados no regime de bens. A respeito desse instituto, nos aderimos ao melhor conceito apresentado por Ernest Roguin (1905, p. 16 - 17 *in* Espinola, 1957, p. 376), segundo

o qual, o regime matrimonial de bens é a regulamentação das relações pecuniárias derivadas da associação conjugal.

Apesar de ser um contrato, o casamento não deve possuir conteúdo econômico direto, afinal, é necessário reconhecer que mais importante do que os efeitos patrimoniais são os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com seus filhos. No entanto, não podemos deixar de observar que,

[...] a união do corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda durante a vida matrimonial, há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta o cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida (PEREIRA, 2018, p. 378).

No enunciado do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, positivando as diretrizes emanadas dos princípios da autonomia da vontade e, mais especificamente, da liberdade relativa de escolha do regime, estabelece ser lícito aos nubentes antes de celebrado o casamento estipular “o que lhes aprouver” a respeito de seus bens, desde que, é claro, não haja ofensa à ordem pública (CALMON, 2021, p. 41). Assim, os “[...] nubentes que pretenderem a incidência de outras regras que não aquelas referentes ao regime legal supletivo devem estipular o regime de bens através do pacto antenupcial” (GAMA, 2008, p. 195), tema que será analisado a seguir.

Dialogando com o tópico 2.1, é possível perceber que o planejamento patrimonial e sucessório familiar se inicia ou pode ser iniciado com o casamento, mais especificamente, com aquilo que for estipulado pelos nubentes no pacto antenupcial.

## 2.4 O INSTITUTO DO PACTO ANTENUPCIAL

O pacto antenupcial, também chamado de pacto nupcial, é um contrato pré-nupcial ou convenção matrimonial firmado pelos casais antes da celebração do casamento, estando previsto no Código Civil de 2002 nos artigos 1.653 a 1.657, e permite a escolha do regime matrimonial, antes de celebrado o casamento (MONTEIRO; SILVA, 2013). Assim,

[...] consiste na convenção solene, celebrada entre os nubentes, perante o Tabelião (ou o Oficial de Notas), na qual há a declaração de que eles adotam um dos regimes tipificados na lei ou estipulam regime misto com regras aplicáveis de vários regimes, desde que compatíveis. O pacto antenupcial é espécie de negócio jurídico, aproximando-se bastante de feição contratual. Trata-se de negócio jurídico ligado ao casamento (GAMA, 2008, p. 195).

Pelo princípio da autonomia, o pacto antenupcial e o regime de bens são orientados para garantir aos cônjuges a máxima liberdade na escolha do regime que considerem preferível, podendo as partes aceitar um regime típico, com a regulamentação legal existente, ou modificá-lo de acordo com as suas conveniências (WALD, 1981). A autonomia diz respeito não apenas à escolha do regime distinto dentre os previstos na lei, mas também ao modo como serão reguladas suas relações patrimoniais após o casamento, desde que não se pretenda fraudar a lei ou contrariar legítimos interesses de terceiros (LÔBO, 2011).

As convenções realizadas no pacto antenupcial têm ressonância na vida familiar, interessando não só os cônjuges, como também aos filhos e a terceiros alheios a relação familiar. Pela sua importância o pacto antenupcial foi cercado de solenidades, sendo exigido pela lei a realização de escritura pública e o registro e averbação no Registro de Imóveis no domicílio dos cônjuges. A escritura pública é condição essencial à existência do próprio ato. Se lavrada depois do casamento, é nula, já que a modificação do regime de bens exige a autorização judicial, em pedido conjunto e motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os interesses de terceiros, (MONTEIRO; SILVA, 2013).

A despeito da natureza jurídica do pacto antenupcial, Maria Berenice Dias (2011) esclarece que há divergências, sendo que boa parte da doutrina o considera um contrato, outros, um negócio jurídico. Ainda assim, é chamado de contrato matrimonial. Quanto à abrangência do pacto, há quem defenda uma perspectiva mais restritiva, não se admitindo cláusulas diversas às questões patrimoniais, como, por exemplo, a respeito de questões pessoais. Nesse sentido, não se poderia renunciar ou excluir direitos e deveres pessoais recíprocos em um pacto antenupcial, por suposta violação à norma de ordem pública, ensejadora de nulidade (GAMA, 2008).

Não obstante a perspectiva restritiva da abrangência do pacto antenupcial, nos filiamos à corrente mais contemporânea e permissiva acerca das possibilidades do pacto antenupcial. Ao nosso ver, nada impede que os noivos disciplinem questões diversas das patrimoniais, afinal, “[...] se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas.” (DIAS, 2011, p. 233). Nesse viés, poderíamos imaginar cláusulas que impunham aos nubentes a proibição de fumar dentro de casa, deixar de lavar a louça, enfim, uma infinidade de valores que seriam estipulados em cada caso concreto, pois, ainda que não fosse possível a execução de certas cláusulas na via judicial, como acordo teriam plena validade.

No entanto, seriam nulas as cláusulas que, por exemplo, privem a mãe do poder familiar, ou alterem a ordem de vocação hereditária, cláusulas que impliquem em renúncia a alimentos, ao direito real de habitação ou ao usufruto legal dos bens dos filhos. Podem, porém, haver o reconhecimento de filho constituindo prova escrita da filiação (DIAS, 2011). Entendemos, portanto, que o pacto antenupcial deve ser um instrumento de efetivação da autonomia da vontade dos nubentes, afastando os tentáculos do Estado e do legislador no que se refere à sua compreensão de felicidade e vida digna.

A eficácia do pacto antenupcial está sujeita à condição suspensiva (CC 1.639, par. 1º e 1.653), e vigora a partir da data do casamento, ou seja, só terá eficácia depois do matrimônio. Quer dizer, o pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia que vem depois, com o casamento (DIAS, 2011). O “[...] pacto mantém-se em estado de quiescência, até que o matrimônio seja celebrado” (PEREIRA, 2018, p. 247), assim, vive a sorte do casamento, como acessório deste que é. Caso o casamento não venha a se efetivar, o pacto “[...] caducará sem necessidade de qualquer pronunciamento judicial, se um dos nubentes vem a falecer, ou se se casa com outra pessoa – *si nuptia non fuerint secutae*” (PEREIRA, 2018, p. 247).

No entanto, caso os contraentes não elaborem qualquer convenção prévia ao casamento ou se o pacto seja considerado nulo ou ineficaz, prevalecerá o regime comum imposto pelo legislador, que é o da comunhão parcial de bens. A nosso ver, trata-se de uma infeliz escolha por parte do legislador, que, na contemporaneidade,

não promove a igualdade entre os cônjuges, mas, ao contrário, instiga conflitos familiares, frequentemente iniciados ou envolvendo questões patrimoniais.

Vale ressaltar, ainda, que não existe liberdade plena para a escolha do regime de bens, pois a lei obriga, em certos casos, o casamento no regime da separação obrigatória de bens (WALD, 1981). Para Caetano Lagrasta Neto, Flavio Tartuce e José Fernando Simão (2012), a regra tem sua lógica, pois,

A razão para a existência do regime da separação obrigatória seria a proteção de determinadas pessoas que poderiam ser prejudicadas pelo casamento. Assim, entende a lei que o maior de 70 anos poderá ser enganado por certa jovem, que estará interessada mais em seus dotes financeiros do que em suas habilidades e características pessoais (CC, art. 1.641, II). Portanto, em caso de dissolução voluntária do casamento ou involuntária (morte), não haveria razão para permitir-se que a esposa viesse a receber parte dos bens do casal. (NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 137).

Contudo, o disposto no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil é alvo de intensas críticas, sendo, inclusive, a sua constitucionalidade alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio do Recurso Extraordinário 646721, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário como tema 1.236 em outubro de 2022. Nesse caso, o STF decidirá sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens no casamento das pessoas maiores de 70 anos e a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

Veja-se que o legislador optou por essa proteção ao idoso que veda sua autonomia plena sem justificativa científica ou médica e que, curiosamente e paradoxalmente, pode ser julgado por membros da Suprema Corte que podem ter até 75 anos de idade. Ou seja, a incoerência do Estado se nota quando uma pessoa de 70 anos não pode decidir o destino da sua própria vida, mas um grupo de 11 pessoas que podem ter até 75 anos de idade tem esse poder.

O pacto antenupcial, muito embora exprima a liberdade contratual dos nubentes, está subordinado a princípios que condizem com a ordem pública, sejam aquelas de cunho patrimonial, sejam as de natureza pessoal e ainda aquelas que atentem contra os bons costumes (PEREIRA, 2018). Nesse ponto, chama a atenção Conrado Paulino da Rosa (2022) sobre a proibição do pacto sucessório com base no artigo 426 do Código Civil, uma vez que, para ele, “[...] até a morte do autor da herança os

sucessores só possuem expectativa de direito, não podendo, portanto, dispor ou fazer planos referentes aos bens que poderão ser alvo de herança futura” (ROSA, 2022, p. 55). Essa compreensão e outras mais que defendem a impossibilidade dos pactos sucessórios renunciativos, serão alvo testes de falseabilidade, com base no método hipotético-dedutivo de Karl Popper no capítulo 4 desta dissertação, para verificar se resistem à teoria do acesso à justiça de Mauro Cappelletti, apresentada no capítulo 3.

Antes disso, porém, é fundamental compreendermos a evolução histórica do pacto antenupcial, atualmente reconhecido como uma ferramenta essencial para o planejamento familiar e sucessório. Ele se destaca por buscar definir as vontades dos nubentes, permitindo-lhes alcançar a máxima efetividade e perseguir a felicidade em suas vidas.

#### **2.4.1 Evolução histórica do Pacto Antenupcial**

O pacto antenupcial, em sua essência, tem a simples função de escolha dos nubentes ao regime de bens distinto do regime legal ou supletivo. A função do pacto, no entanto, teve enorme amplitude a partir do fortalecimento da autonomia privada, admitindo, assim, uma maior variedade de matérias que poderiam ser tratadas no contrato antenupcial, fugindo à regra geral da definição dos bens na constância do matrimônio. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva trata desse tema com a devida profundidade e faz detida análise desde meados do século XX até os dias atuais, caminho este que trilharemos neste tópico.

Durante a primeira metade do século XX, os pactos antenupciais se restringiam a dispor exclusivamente sobre as questões patrimoniais dos nubentes, podendo, por isso, serem caracterizados como pactos antenupciais de caráter meramente patrimonial (SILVA, 2022). Nas décadas de 1970 e 1980, restou comum aos nubentes incluírem nos pactos antenupciais, além da fixação de regime de bens diverso ao regime legal, a inclusão de cláusulas de indenização por traição.

Um dos mais emblemáticos foi o contrato pré-nupcial avençado pelos atores Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones: o ator, assumidamente compulsivo por sexo, haverá que desembolsar US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares) em caso de traição.

Esse modelo de pacto não saiu de moda, visto que, recentemente, um casal residente na cidade de Belo Horizonte/MG optou por incluir uma cláusula de multa de R\$ 180 mil por traição no seu pacto antenupcial, tendo sido declarada válida a cláusula pelo juízo da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte<sup>4</sup>.

Nessas situações, portanto, quando comprovada a traição cometida por um dos contraentes já na vigência do pacto, ou seja, após celebrado o casamento, há o dever de indenização por descumprimento do acordo. Na perspectiva da responsabilidade civil, a cláusula agrega praticidade e eficácia, atraindo a incidência da responsabilidade civil contratual, baseada nas perdas e danos (SILVA, 2022).

Antes da virada do século, se normalizaram os pactos antenupciais com cláusula indenizatória progressiva pela duração da convivência. Especialmente comuns nas situações em que um dos nubentes possuísse um acervo patrimonial infinitamente superior ao do outro ou, ainda, quando a renda de um supera vertiginosamente a do outro. Seria uma forma do contraente que possui mais bens reconhecer a importância da relação com o parceiro (SILVA, 2022).

Essa cláusula tornou-se famosa no casamento entre o futebolista Ronaldo Nazário, conhecido mundialmente como “Ronaldo Fenômeno”, e a modelo e apresentadora Daniella Cicarelli. Pois após curtos 86 dias de casamento até o seu fim, a modelo recebeu, de acordo com a mídia da época, o montante de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) como indenização. Sendo que o contrato pré-nupcial ainda garantiria à esposa um imóvel no valor de US\$ 133.000.000,00 (cento e trinta e três milhões de dólares) (SILVA, 2022). Apesar de concordar com a possibilidade, essa cláusula parece-nos muito mais um contrato de prestação de serviços.

Já nos idos do século XXI, o pacto antenupcial foi atrelado às questões societárias, em que,

[...] os eventuais rendimentos, oriundos do aumento de cotas societárias, ou do capital social, de sociedade empresária registrada antes do casamento, mas que teve o referido aumento na vigência do matrimônio ainda que regido pelo regime da comunhão parcial de bens, se comunicaria com o outro cônjuge. A discussão sobre as cláusulas societárias em sede nupcial é mormente perante a dicotomia entre o *status societatis*, que nas sociedades

---

<sup>4</sup> Para mais informações sobre o caso Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/justica-autoriza-pacto-antenupcial-com-multa-de-r-180-mil-em-caso-de-infidelidade/>

limitadas é personalíssimo, e as regras sucessórias contidas no art. 1.829 do CC/2002 (SILVA, 2022, p. 34).

Atualmente, para Giselda Hironaka e Flavio Tartuce (2019), o dono do patrimônio pode dispor de seus bens de variadas formas, valendo citar: i) a escolha por um ou outro regime de bens no casamento ou na união estável, mesmo além do rol previsto no Código Civil (regime atípico misto) e com previsões específicas; ii) constituição de sociedades, caso das *holdings* familiares, para administração e até partilha de bens no futuro; iii) realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou reserva de usufruto –, e *post mortem*, caso de testamentos, inclusive com as cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade; iv) efetivação de partilhas em vida e de cessões de quotas hereditárias após o falecimento; v) celebrações prévias de contratos onerosos, como de compra e venda e cessão de quotas, dentro das possibilidades jurídicas do sistema; vi) contratação de previdências privadas abertas, seguros de vida e fundos de investimento; além de muitas outras possibilidades.

Porém, a cláusula do momento engloba questões de natureza sucessória, refletindo real planejamento sucessório. Como, por exemplo, cláusula de renúncia à concorrência sucessória e cláusula de renúncia à herança. Essas disposições, no entanto, ainda são alvos de crítica.

Em tais condições, tornam-se inadmissíveis estipulações antenupciais que alterem a ordem da vocação hereditária, que excluam da sucessão os herdeiros necessários, que estabeleçam pactos sucessórios, aquisitivos ou renunciativos (de *succedendo* ou de *non succedendo*), com violação ao disposto no art. 426 do Código Civil de 2002 (art. 1089 do Cód. Civil de 1916). A faculdade de regular a herança infringe, inquestionavelmente, aludido preceito da lei civil (MONTEIRO, 2007, p. 193).

Apesar das críticas, “[...] tem-se relativizado cada vez mais as proibições dos pactos de caráter sucessório, o que, por si só, demonstra uma tendência à revisão da imposta vedação do art. 426 Código Civil de 2002” (SILVA, 2022, p. 43). É o que efetivamente se deseja.

## 2.5 VÍCIOS E VIRTUDES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE DO NOVO CONTEXTO SUCESSÓRIO RESULTANTE DAS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 foi alvo de reformas, revogações e atualizações para se adequar à realidade posta pela Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Por essa razão, em 2002, foi instituído o “novo” Código Civil. A partir das alterações promovidas, buscamos, neste tópico, analisar as consequências dessas mudanças que modificaram a lógica familiar e sucessória no direito brasileiro.

Para tanto, esta parte da dissertação foi dividida em itens que enfrentarão os seguintes temas: i. igualdade entre homens e mulheres; ii. as modificações no casamento; iii. mudança no regime de bens supletivo; e iv. modificação da ordem sucessória.

### 2.5.1 O fim da incapacidade civil da mulher no casamento

A primeira mudança, fundamental para a compreensão desta pesquisa, é a efetiva busca pela igualdade entre homens e mulheres. Afirmamos ser ainda um objetivo, pois, por mais que a legislação posicione homens e mulheres no mesmo patamar, é verdade que socialmente, sobretudo no trabalho e ainda na família, muitas vezes isso não acontece.

Um exemplo assustador no Código Civil de 1916 é o disposto no artigo 242, o qual expressamente colocava a mulher como submissa do marido, eis que havia práticas que a mulher só poderia realizar com a autorização do marido, vejamos o teor do dispositivo:

Código Civil de 1916. Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299) (CÓDIGO CIVIL, 1916).

O artigo seguinte, do mesmo Código, condicionava a autorização do marido para a mulher praticar os atos descritos no art. 242, a instrumento público ou particular. Inclusive, os artigos 247 e 248 dispunham das ações pelas quais se presumia que a mulher tinha autorização do marido para fazer, e as coisas que poderia fazer, independente de autorização, respectivamente.

Ainda que compreendamos o momento histórico brasileiro no século XX, a partir das influências do direito português e Direito Canônico, é vergonhosa a legislação que vigia. Vale colacionar a pesquisa feita por Eduardo Espínola (1957) que, em análise feita em 1957, distinguiu em três grupos as legislações mundiais vigentes ao tempo no tocante à posição da mulher na sociedade conjugal.

O primeiro grupo, composto por Portugal, Espanha, Holanda, Quebec, Chile, Colômbia, Uruguai e Bolívia, possuíam códigos ou sistemas legislativos que consideravam a mulher casada como subordinada, mantendo rigorosamente a ideia de poder marital. O segundo grupo, com um pequeno avanço, tinha em seu ordenamento jurídico o reconhecimento genérico da igualdade dos cônjuges, no entanto, atribuíam ao marido a qualidade de chefe e representante da família ou lhe davam poder de decisão em caso de divergência. Compõem o segundo grupo: França, Alemanha, Suíça, Bélgica, Itália, Polônia, Romênia, Argentina, Peru e Venezuela. Por fim, o terceiro grupo pertencia aos países cujos códigos não admitiam qualquer atribuição de superioridade, recorrendo à autoridade judiciária para a solução das divergências, tais são: o soviético, os escandinavos e o México.

Se, de alguma forma, pode-se defender a ultrapassada legislação brasileira, isso se dá pelo fato de ter ocupado o segundo grupo, reconhecendo genericamente a igualdade entre os cônjuges. Mas vale parabenizar os mexicanos, a frente do seu tempo entre os vizinhos latino-americanos, ao menos ao nosso ver.

As diferenças entre homens e mulheres, além do exposto, eram facilmente verificadas no artigo 233 do diploma civil revogado, que delegava ao marido a chefia da sociedade conjugal, competindo-lhe, em síntese, a representação legal da família, a administração dos bens, o direito de fixar e modificar domicílios, o direito de autorizar a profissão da mulher, entre outros.

O grande problema da legislação, contudo, são os motivos para sua manutenção no período, eis que são as mesmas razões que justificam a manutenção de outras normas que não se alinham à conjectura atual. Eduardo Espínola (1957, p. 294) expõe que “[...] a chefia do marido, por vários fatores, de ordem social, física e psíquica, é, na generalidade dos casos, mais útil à família, e, indiretamente, à sociedade”.

Felizmente, com o advento da Código Civil de 2002, como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, surge o princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do CC e arts. 226, par. 5º e 7º da CF), que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar. Substituiu-se uma hierarquia por uma diarquia (TARTUCE; SIMÃO, 2013).

A mulher passa a desfrutar da mesma posição jurídica no casamento que ao homem se reconhece, conforme ditame constitucional, acatado pelo Código Civil de 2002 (MONTEIRO; SILVA, 2013). É o fim do regime familiar ditatorial operado pelos homens, modificando inclusive a expressão pátrio poder e poder familiar. A emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou o papel de coadjuvante da mulher na família, para assumir o papel de coprotagonista, alterando substancialmente o labor no âmbito doméstico e remodelou a família (LÔBO, 2011).

Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais, manifestou-se “[...] uma tendência incoercível do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas, afetivas, de rejeitar que sua esfera de intimidade esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito” (CARBONNIER, 1996, p. 208). Assim, as famílias contemporâneas buscam maior independência e liberdade, com menos interferência do governo na esfera pessoal, afinal as leis que regem o Direito de Família são a muito tempo mais conservadoras e geradoras de desigualdades, em detrimento do avanço da emancipação, sobretudo, feminina. Por isso, o Código Civil de 2002, no âmbito do direito familiar, tem grande virtude em relação a evolução dos direitos das mulheres, posicionando-as como protagonistas dos seus direitos.

### 2.5.2 Alteração do regime de bens supletivo e o caráter modificativo do regime de bens

No Código Civil de 1916, o regime de bens supletivo era o da comunhão universal de bens, no qual comunicam-se todos os bens do casal, sejam aqueles adquiridos antes ou depois do casamento. Essa escolha do legislador atende a tradição do direito lusitano. Dessa forma, tinha-se que “[...] a união espiritual do homem e da mulher trazia como corolário também a união de patrimônios. Essa ideia romântica não tem mais reflexos na realidade” (VENOSA, 2004, p. 193).

O regime da comunhão universal de bens concedia ao marido um amplo poder sobre o patrimônio do casal, uma vez que podia impor sua vontade para dissipar os bens comuns e, em especial, os trazidos pela mulher da forma que lhe aprouvesse (VENOSA, 2004). Além disso, a comunhão total não fomentava a busca pela consagração do afeto nas relações familiares, mas tão somente a busca por um marido ou esposa ricos, o que, no senso comum, configurou-se os chamados *casamentos arranjados*. Finalidade esta que não encontra amparo na legislação atual.

Apesar disso, já em 1916, havia a possibilidade de escolha de regime de bens diverso do regime supletivo, o qual, reitera-se, era o da comunhão universal de bens. Ocorre que, uma vez optado por regime diverso, este não poderia ser modificado, pois, ao tempo o regime de bens era imutável, não podendo ser alterado após o casamento, qualquer que venha a ser a situação dos nubentes. Antes do casamento, admite-se qualquer modificação, pois o pacto ainda não entrou em vigor (WALD, 1981). Para Orlando Gomes (1976), a imutabilidade do regime de bens seria uma segurança para os cônjuges e para terceiros e, por isso, se justificaria a medida engessadora.

Por ocasião do Código Civil de 2002, o regime de bens legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, cuja ideia central, segundo Silvio de Salvo Venosa (2004), era de que:

[...] os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. É o regime legal, o que vigora nos casamentos sem pacto antenupcial ou cujos pactos sejam nulos, vigente entre nós após a lei introdutória e regulamentadora do divórcio (Lei n. 6.515/77). Não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Na comunhão parcial, comunhão de aquestos ou separação parcial, como também é denominado esse regime, existem três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens

comuns, amealhados após o matrimônio. Trata-se de regime da maioria absoluta dos casamentos realizados após 1977. (VENOSA, 2004, p. 187).

A alteração o regime de bens, ao nosso ver, trouxe efeitos deletérios às famílias. Isso porque se criou um contexto fático, a partir da facilitação dos Divórcios (o que não se é contrário), de maior amplitude dos conflitos patrimoniais em decorrência dos termos de relacionamento, cujas lides judiciais demonstram, basicamente, as injustiças vinculadas às questões patrimoniais que, habitualmente, trazem injustiças a uma das partes, ante às difíceis produções de provas a se fazer. Por isso, a alteração do regime de bens da comunhão universal para a comunhão parcial não é um avanço, pois, ao nosso ver, o regime de separação de bens como regime supletivo seria o maior avanço possível, engradecendo a autonomia das partes na constância do matrimônio.

Assim como no Código Civil de 1916, é possível, por meio do pacto antenupcial, escolher regime de bens diverso do supletivo. O diferencial posto pela legislação mais moderna se dá pela possibilidade de modificação do regime de bens na constância do casamento, conforme o parágrafo 2º do artigo 1.639, sendo admissível a alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Ainda há, infelizmente, com a condicionante da autorização judicial, um excesso de rigor formal que tem por consequência apenas o distanciamento do casal à efetivação de seus direitos, pois esse procedimento poderia ser simplificado e promovido pelas serventias extrajudiciais, as quais são aptas para fazer promover o pacto antenupcial, o casamento e o divórcio, mas impossibilitadas de realizar a modificação do regime de bens. Apesar de ainda serem, ao nosso ver, necessárias algumas atualizações no Código Civil vigente, não há como negar que avanços foram feitos em prol da família.

### **2.5.3 Mudança na ordem sucessória com o advento do Código Civil de 2002**

Evidentemente, as relações da família também têm natureza patrimonial. Todavia, quando a questão patrimonial passa a ser a mais determinante para o casal, isso

desnatura a função da família como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros (LÔBO, 2011). Como se verá adiante, a ordem sucessória imposta no Código Civil de 2002, atrelada ao regime de bens supletivo (comunhão parcial), colocou a natureza patrimonial do casamento em uma posição exageradamente privilegiada, sufocando o afeto, real razão do relacionamento conjugal e da formação da família.

Anteriormente, vimos que o regime legal de casamento na égide do Código Civil de 1926 era o da comunhão de bens, em que os bens do presente e do futuro pertencem ou passam a pertencer a ambos os cônjuges. Nesse caso, não há de se falar em herança, mas tão somente meação do cônjuge sobrevivente. Nesse caso, pouco importaria a colocação do cônjuge sobrevivente na ordem sucessória. No entanto, previa o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.603, a ordem de vocação hereditária, *in legis*: “CC/1916. Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – aos Municípios, aos Distrito Federal ou à União”.

Assim, caso o falecido deixasse descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais não eram chamados a suceder. Ou seja, caso o *de cuius* tivesse filhos, presumia-se que ele desejaria que todos os seus bens fossem destinados e partilhados exclusivamente por eles, pois não havia concorrência. Por outro lado, inexistindo filhos, os bens iriam para a segunda classe de herdeiros, composta pelos ascendentes. Apenas não havendo ascendentes e descendentes que o cônjuge era chamado para suceder. Assim, “[...] pelo Código Civil de 1916 deveria ser cumprida a vontade presumida do morto, antes analisada” (LAGRASTA NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 152).

Por outro lado, o Código Civil de 2002 modifica profundamente a vocação hereditária, transformando o cônjuge em herdeiro necessário (CC, art. 1.845), e, também, criando a concorrência deste com os descendentes do falecido (CC, art. 1.829, I). Não há ninguém melhor para explicar as razões do Código Civil de 2002 senão o Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Códex, o Doutor Miguel Reale (SENADO FEDERAL, 2006) que, nas exposições de motivos do Novo Código, delimita as razões para a alteração no direito das sucessões. Deixa claro o Supervisor que as

modificações operadas no Direito de Família implicaram correspondentes alterações no Direito sucessório, para atender a lacuna e deficiência do CC/16.

Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aquestos, entendeu a Comissão que especial atenção deveria ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar o regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto (SENADO FEDERAL, 2006, p. 57).

Veja-se, portanto, que o Direito sucessório se encontra umbilicalmente ligado à matéria do Direito de Família. Em conformidade com as razões apresentadas pelo Doutor Miguel Reale, a ideia de que o cônjuge será chamado à sucessão conjuntamente com os descendentes do falecido tem sua razão de ser, uma vez a preocupação do legislador em evitar que, com o falecimento de um dos cônjuges, todos os bens passassem à propriedade dos descendentes e o viúvo ou viúva ficassem à míngua, sem condições de sobreviver. Ideal esse que será contestado mais à frente.

Vale lembrar que o dispositivo foi concebido nos idos de 1960 e 1970, tendo por base a família da época, ou seja, uma família extremamente sólida, baseada exclusivamente no casamento, que, então, era indissolúvel, quando no Projeto de Código Civil, em 1974, sequer existia a possibilidade de divórcio no ordenamento (LAGRASTA NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2012). Naquele período, ainda era marcante a desigualdade socioeconômica entre homens e mulheres.

A emancipação feminina, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2012), fez a mulher deixar de ser “dona de casa” e passou a ser “dona da casa”:

Esta mudança da concepção da relação conjugal deve-se, portanto, à conquista e ao reconhecimento de que ambos os parceiros, além de iguais direitos, são também sujeitos de desejo. É este sujeito desejante que possibilitou à mulher sair da cena exclusivamente doméstica para participar também da cena pública e do mercado de trabalho. Brincando com as palavras, podemos dizer que ela passou de dona de casa à dona da casa. Isto faz toda a diferença e traz para a organização jurídica da família novos questionamentos que provocam uma mudança no cotidiano e na prática das relações jurídicas e judiciais. (PEREIRA, 2012, p. 173).

Não obstante os motivos expostos, esse talvez tenha sido o maior equívoco do Código Civil de 2002, no que concerne aos efeitos da alteração do regime na família e suas consequências no direito sucessório. De início, podemos afirmar que “[...] a sucessão era mais simples e assim deveria ter sido mantida, deixando de criar uma série de dificuldades que surgiram para os aplicadores do Direito a partir da nova codificação privada” (LAGRASTA NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 157). A mudança fomentou grandes discórdias familiares, na maioria das vezes sem justificativa plausível, além da deterioração de bens, sem que na prática seja possível impedir.

Nelson Luiz Pinto (1998) tenta amenizar os efeitos das alterações sucessórias ao afirmar que:

[...] se de um lado o companheiro/a passa a concorrer na sucessão, ao invés de ter apenas direito a usufruto, em caso de haver descendentes ou ascendentes, por outro lado passa para o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, só herdando a totalidade da herança em não havendo parentes sucessíveis (PINTO, 1998, p. 27).

Entretanto, não merece prosperar tal argumento, eis que se tornou irrelevante o regime de bens do casamento para fins sucessórios, uma vez que as três hipóteses em que a lei deixa de reconhecer o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, atribuindo a herança, em sua totalidade, aos descendentes, são na comunhão total de bens, na separação obrigatória e na comunhão parcial quando não existirem bens particulares (PEREIRA, 2018).

Até mesmo no casamento pelo regime convencional de separação de bens, em que as partes expressamente informam a todos que não desejam compartilhar seus bens, com óbvia intenção de permanência dos bens nas suas respectivas famílias de origem, o legislador impôs a participação de um e do outro na sucessão. Definiu Rolf Madaleno (2018) o *modus operandi* do legislador como precipitado, sem nenhum juízo crítico de julgamento, causando verdadeira insegurança jurídica. Assim:

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

e o bom governo da sociedade empresária familiar e para preservar o acervo privado da sociedade conjugal. (MADALENO, 2018, p. 34).

Em comparação ao Direito de Família, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2022), o Direito Sucessório segue engatinhando no tempo, longe de atingir sua ideal maturação. Se o Direito de Família vem ganhando notória evolução, alterando seus marcos fundamentais para proteger a dignidade humana e a solidariedade familiar, com novidades como paternidade socioafetiva e pluriparentalidade, o Direito Sucessório, em contrapartida, não vem recebendo o mesmo cuidado e evolução metodológica.

Os clássicos institutos sucessórios permanecem com as mesmas cores, tons e matizes que lhes foram emprestadas desde o Código Civil de 1916. Institutos como a deserção e a indignidade, a legítima, o direito real de habitação, dentre outros, possuem a sua normatividade codificada praticamente repetida do Código Civil, com uma distância temporal de um século. Dúvida inexistente, portanto, sobre a premente necessidade de harmonização da evolução das relações familiares e sucessórias, adequando-as a um tempo em que, seguramente, os ideais são a proteção da dignidade humana, da solidariedade familiar e da liberdade humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 51).

Veja-se, portanto, que o direito brasileiro impossibilitou que do casamento não haja efeitos patrimoniais sucessórios, engessando e impossibilitando a efetivação da autonomia do casal e, conseqüentemente, a dignidade familiar, o que deve ser amplamente combatido. Afinal, “[...] o princípio moderno da dignidade exige que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir-se a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores” (TEIXEIRA, 2010, p. 194).

Essas limitações impostas pelo legislador de 200, afastaram o pleno acesso à justiça, na perspectiva de Mauro Cappelletti e, por isso, é imperiosa a análise de sua teoria para verificar se essas alterações resistem aos novos desejos sociais de autonomia e liberdade. Assim, no próximo capítulo, será desenvolvida a análise sobre o direito fundamental ao acesso à justiça, que se relaciona diretamente com as relações familiares brasileiras.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

No segundo capítulo desta dissertação, voltamos nossas atenções à família brasileira, seu passado histórico e a atual conjuntura, bem como as mudanças gerais suscitadas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que democratizou a família. Falamos sobre casamento, regime de bens, pacto antenupcial, além de importantes alterações a partir do Código Civil de 2002, que, inclusive, limitaram o pleno acesso à justiça. Por isso, este capítulo tem como objetivo tratar do direito fundamental de acesso à justiça, condicionante para a efetivação dos direitos familiares que se busca consumir.

O direito ao acesso à justiça foi posto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no rol de direitos fundamentais previstos em seu artigo quinto. Nesse contexto, depreende-se no inciso XXXV do artigo mencionado, inserido no Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988, que tratam “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a descrição do conceito clássico do direito ao acesso à justiça, materializado no seguinte modo, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

A partir da vigência do Estado Constitucional, o direito de ação passou a ser focalizado como ‘o direito de acesso à Justiça’, devendo tal expressão ser compreendida como uma garantia do jurisdicionado à efetiva e adequada tutela jurisdicional (DEMO, 2020, p. 163).

Essa concepção, replicada pela Constituinte de 1988, apresenta um conceito restritivo do direito fundamental de acesso à justiça, pois se resumiria a busca dos cidadãos ao Poder Judiciário para a solução dos conflitos. Nas palavras de José Afonso da Silva (1992), o artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88,

[...] consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. (SILVA, 1992, p. 377).

Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 80) faz importante observação acerca da redação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, pois para ele, “[...] do ponto de vista semântico, não geraria muita dúvida ao não jurista e aparentaria ser clara que não se

pode impedir o Poder Judiciário de apreciar pedido algum”. Nítido, portanto, o aspecto processual que compõe esse entendimento, traduzindo em verdadeiro paradigma do processo judicial. Nesse sentido, a função do processo é resolver os conflitos.

Todo processo pressupõe um ou mais conflitos e é um meio idôneo para dirimi-los por intervenção da autoridade. A doutrina distingue entre autodefesa (meio de fato para fazer cessar a injustiça); a autocomposição (entendimento para pôr fim ao conflito por atos das próprias partes); e processo (meio jurídico para pôr fim ao conflito por ato emanado da autoridade). O processo tem, como finalidade, fazer cessar o conflito, mediante um debate preordenado, por ato de autoridade (COUTURE, 2001, p. 45).

Logo, é competente o Poder Judiciário para resolução dos conflitos da sociedade, defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF), tendo por essência funcional no Estado Democrático de Direito a defesa dos direitos fundamentais (MENDES, 2015). Assim, “[...] o poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 30). Veja-se, portanto, que a jurisdição se distingue das demais funções do Estado (legislação, administração) em primeiro plano, pela finalidade pacificadora com que o Estado a exerce (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006).

A atuação jurisdicional confere ao Estado três escopos: social, político e jurídico. O principal destes é o escopo social, relacionado ao resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e à vida coletiva de seus membros, destacando-se a pacificação como o objetivo primordial da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 30). Nessa perspectiva do direito ao acesso à justiça atrelado ao direito de ação, o processo é um instrumento a serviço da paz social, impondo ao magistrado, no exercício de sua função, uma enorme responsabilidade.

Sendo um instrumento pacificador, o processo “[...] há de ser sempre pensado na perspectiva constitucional de sua duração razoável, sem prejuízo do garantismo, finalismo e segurança jurídica” (DEMO, 2020, p. 165), caso contrário, não alcançará seu efetivo propósito.

Não se pode olvidar a importância do processo para a civilização do homem. Couture (2001, p. 13) adverte: “[...] o primeiro ímpeto da alma primeva é a justiça por suas próprias mãos”. Para mudar essa forma de ser, foram necessários enormes esforços sociais para substituir na alma humana a ideia de justiça realizada com as próprias mãos pela ideia de justiça a cargo de autoridade. Assim, com o surgimento da Ação Civil, o monopólio do Estado em decidir os conflitos é, em última essência, o substitutivo civilizado da vingança.

Na sua atual configuração, esse substitutivo civilizado da vingança consiste em um poder jurídico de apelar para o tribunal, pedindo algo contrário aos interesses do demandado. A circunstância de ser essa pretensão fundada ou infundada, é coisa diferente. Durante o litígio, dissemos, reina a incerteza. Só a decisão lhe põe termo (COUTURE, 2002, p. 13).

O Estado, ao criar a jurisdição, conseguiu resolver conflitos e efetivar direitos, tendo como protagonista o processo judicial. Por isso, o processo tem um papel histórico fundamental, que acaba por impor certas barreiras culturais a métodos alternativos de resolução de conflitos, tamanha sua confiança. Apesar disso, reconhecendo a importância do processo judicial e do direito de ação, o seu sucesso não pode obstaculizar os avanços sociais. É preciso rever o conceito restrito e engessado de acesso à justiça posto pela Constituinte de 1988.

O monopólio do Estado para solução de conflitos se deu por meio do processo judicial e pode-se dizer que, até certo período, isso tenha funcionado. Ocorre que, com a evolução da sociedade, paradoxalmente, aumentou-se a quantidade de conflitos bem como a sua complexidade. O Estado não conseguiu se adaptar às novas realidades e, por isso, é possível dizer sem medo de errar que, em uma infinidade de vezes, verifica-se a não efetiva entrega e proteção dos direitos fundamentais aos cidadãos, ainda que positivados na Constituição Federal.

Para Kazuo Watanabe (2019), a crise que afeta a Justiça brasileira, sobretudo relacionadas à morosidade, efetividade e adequação dos conflitos, tem como um dos seus principais fatores a adoção pelo nosso Judiciário do método adjudicatório para a resolução dos conflitos a ele encaminhados, vale dizer, solução dada autoritariamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz.

Além desses fatores citados, há outros obstáculos ao acesso à justiça, de vários aspectos e formatos. Mauro Cappelletti (2002) traz o exemplo das custas judiciais que, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas, e que, nas pequenas causas, pode, inclusive, exceder o montante da controvérsia ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar-se a demanda uma futilidade.

Diante das dificuldades experimentadas pela sociedade brasileira perante o cenário abarrotado do Poder Judiciário, o qual se encontra assim por diversas razões, desde uma cultura de judicialização dos conflitos, dos ensinamentos da academia jurídica, até a má organização Estatal, o que se deve buscar são alternativas e soluções que favoreçam o povo e que estejam correlatas ao Estado Democrático de Direito. Para isso, no entanto, é preciso, inicialmente, compreender o direito ao acesso à justiça sob um novo paradigma, o que faremos a seguir.

### 3.1 UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLIADA DO ACESSO À JUSTIÇA, ESTRUTURADA A PARTIR DO PROJETO DE FLORENÇA

Para compreender a nova concepção de acesso à justiça, em razão da mudança de paradigmas de um direito vinculado ao processo judicial para um direito mais abrangente e complexo, é preciso recorrer aos ensinamentos do jurista italiano Mauro Cappelletti sobre o tema, na perspectiva do movimento universal de acesso à justiça.

O Movimento Universal de acesso à justiça surgiu em meados da década de 1960, em virtude da realização de pesquisa desenvolvida na cidade italiana de Florença, sob direção de Mauro Cappelletti, professor do Instituto Universitário Europeu e da Universitat degli Studi de Firenze (SANTOS, 2021). Em 1979, Mauro Cappelletti concluiu o amplo projeto internacional de investigação, cujo tema foi o “acesso à justiça”. Conta o autor que os cinco anos mais intensos de sua vida profissional resultaram na publicação de um trabalho de quatro volumes e, após ganhar projeção internacional, ficou conhecido como Projeto Florença.

O primeiro dos quatro volumes, intitulado “Acesso à Justiça: Uma Pesquisa Mundial”<sup>5</sup> é o que nos interessa para esta pesquisa. Conta Cappelletti (2010) que o primeiro volume da série florentina contém 25 relatórios nacionais elaborados ou apoiados em um questionário muito detalhado que provêm de partes do mundo muito diversas, por suas tradições históricas e culturais, assim como por seu contexto político e econômico e por suas estruturas sociais.

Nessa pesquisa, Cappelletti faz uma análise crítica e aprofundada sobre o acesso à justiça e sobre o não acesso à justiça ao redor do globo, a partir do exame de diferentes sistemas judiciais e seus respectivos ordenamentos jurídicos e o funcionamento de sua acessibilidade, o que proporcionou uma grande quantidade de dados e de informações relativas ao custo, à demora, e ao que ele denominou de “obstáculos” da justiça, assim como os mecanismos e ferramentas adotados para torná-la mais acessível, em relação às distintas exigências e problemas de cada sociedade.

Em razão desse amplo e profundo estudo e das suas conclusas robustas oriundas de uma metodologia clara, é que se utiliza do jurista como base teórica para desenhar o novo paradigma de acesso à justiça e adotar o seu conceito. De acordo com Ricardo Goretti Santos (2021):

O referido estudo transcendeu os limites territoriais do país-sede, tendo envolvido pesquisadores juristas, sociólogos, antropólogos, políticos e psicólogos de diversas nacionalidades. Seguramente, trata-se da mais importante investigação já realizada sobre a temática do acesso à justiça. (SANTOS, 2021, p. 102).

Para Mauro Cappelletti (1992), são três os obstáculos básicos que devem ser enfrentados e combatidos: O primeiro é o obstáculo econômico, isto é, a pobreza de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada; o segundo é o obstáculo organizacional que compreende o conjunto de entraves que dificultam ou inviabilizam a efetivação de direitos difusos e coletivos; o terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico, é o processual, que

---

<sup>5</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: Access to Justice: A World Survey.

engloba entraves que prejudicam a realização dos escopos do processo judicial, tais como a morosidade processual, a insuficiência de recursos humanos e materiais, o formalismo exagerado da legislação processual vigente, o excesso de demandas que se acumulam, dentre outros.

Quanto ao obstáculo processual, vale chamar a atenção a respeito do tempo, que também é abordado por Cappelletti (2002), em que se percebe com facilidade a sua similaridade à realidade brasileira:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (CAPPELLETTI, 2002, p. 20 – 21).

A pesquisa presidida por Mauro Cappelletti foi dedicada à investigação das causas e efeitos produzidos pelos obstáculos mencionados, mas também revelou compromisso com a identificação e proposição de medidas de amenização dos efeitos por eles produzidos. Ao conjunto de ações de combate aos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, deu-se o nome de primeira, segunda e terceira onda do Movimento Universal de Acesso à Justiça, respectivamente, que assim foram brevemente apresentadas por Cappelletti e Bryant Garth (1988):

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Tem direta relação com a pesquisa desta dissertação a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, pois como bem define Ricardo Goretti Santos (2021):

A terceira onda do movimento universal de reforma teve suas atenções centradas na identificação e proposição de medidas de combate às causas e efeitos produzidos pelos entraves que dificultam ou inviabilizam a realização de uma prestação jurisdicional verdadeiramente adequada, efetiva e

tempestiva: os chamados obstáculos processuais. Entraves dessa natureza compreendem a aglutinação de um extenso rol de mazelas do processo, que torna o processo judicial um instrumento incapaz de dar cumprimento aos seus escopos sociais, jurídicos e políticos. (SANTOS, 2021, p. 112).

Essa onda, portanto, traz consigo um enfoque muito mais amplo para o direito de acesso à justiça, inclui a advocacia judicial e extrajudicial, centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Desse modo,

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70 - 71).

A partir desse novo paradigma de acesso à justiça, reconhecido pelos estudos delineados no projeto de Florença, verifica-se que o combate aos obstáculos de natureza processual deve ser buscado mediante duas frentes de ação: difusão de métodos alternativos ao processo judicial, tais como conciliação, mediação, negociação, arbitragem e o processamento de demandas perante serventias extrajudiciais e reformas legislativas de simplificação processual.

Nessa perspectiva, Cappelletti e Garth (1988) sustentam que o acesso à justiça representaria duas funções que o sistema jurídico deveria possuir: igualdade de acesso a todos e capacidade para produzir resultado social e individualmente justos. Assim, a pacificação do conflito não mais se origina, essencialmente, das decisões dos magistrados.

Logo, o chamado sistema jurídico deve ser composto dos meios consensuais de solução de conflito, até porque compõem amplo e substancial conceito de acesso à justiça. Sem a inclusão dos meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça (WATANABE, 2019). No mesmo sentir, em nossa tradução livre:

Foi sustentada a necessidade de se referir a essa questão sob o rótulo de acesso à justiça e não acesso à justiça com a intenção de ampliar o foco desse direito, de forma que não conote apenas a entrada o sistema judicial,

mas também abrange o caminho para formas desjudicializadas de resolução de conflitos (ÁLVAREZ, 2003, p. 31-33).

A partir dessa nova concepção de acesso à justiça, é impositiva a necessidade de se implementar outros métodos que sejam adequados à pacificação dos conflitos. A medida em que essa utilização for ampliada, esse fenômeno ganha mais força e passa a ser aceito e compreendido culturalmente. Com a implementação de outros métodos alheios ao processo judicial, ganham relevância os que foram denominados originariamente de “Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos”, decorrentes da sigla ADR, que na língua inglesa significa *Alternative Dispute Resolution*. A evolução do conceito passou a denominar os métodos alternativos de resolução de conflitos para Métodos Adequados de Solução de Conflitos (AZEVEDO, 2016).

A despeito do conceito de Métodos Alternativos ou Adequados de Resolução de Conflitos, vale anexar a explicação de Mauro Cappelletti:

À expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. Este, porém, não é o único sentido que os organizadores do Simpósio tinham em mente. Com propriedade, tornaram claro que visavam a ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – judiciais ou não – que tem emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, do procedimento; assim, por exemplo as *class actions* integrariam o tópico de que eles pensavam tratar, bem como em geral o acesso à Justiça, inclusive o acesso à informação em poder de litigantes potenciais (CAPPELLETTI, 1992, p.82)

Sendo, portanto, os meios alternativos de solução de conflitos um fenômeno aceito e que elevará a qualidade da prestação jurisdicional, é imperiosa a sua implementação para oferecer à sociedade caminhos adequados para a resolução de seus conflitos, afinal:

Sabemos [...] por experiência própria, que há conflitos de interesses que, em razão de sua natureza peculiar e das particularidades das pessoas envolvidas, exigem soluções diferenciadas, muitas vezes bem diversas das que decorreriam da pura aplicação de uma norma jurídica aos fatos, da solução pelo critério do “certo ou errado”, “do tudo ou nada”, “do branco ou preto”, que é a dada pelo método da solução adjudicada pela autoridade estatal (WATANABE, 2019, p. 81).

No Brasil, a Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça surgiu como uma das iniciativas estatais mais importantes já concretizada, no sentido de conferir maior projeção e sistematização às práticas de conciliação e mediação no país (SANTOS; COURA, 2014), determinando o seguinte entendimento acerca do acesso à justiça:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (RESOLUÇÃO 125 CNJ, 2010)

Somente com a Resolução n. 125 que se concretizou no Brasil uma verdadeira Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, destinada à solução adequada de conflitos. Após a sua edição, houve a reforma do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), incorporando a política pública nacional do CNJ, a Lei de Mediação (Lei 13.140/15) e a reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.128/15), formando, assim, um microssistema de métodos apropriados de resolução de disputas no Brasil. Cabral (2021) ressalta ainda,

[...] que inúmeras leis posteriores, envolvendo diferentes matérias, passaram a inserir o princípio da consensualidade em suas disposições. Não obstante, o legislador brasileiro tem prestigiado de modo bastante amplo a desjudicialização, que consiste em evitar a judicialização dos conflitos, retirando da justiça estatal atividades antes reservadas exclusivamente ao Poder Judiciário. (CABRAL, 2021, p. 262).

Importante conquista se deu com a promulgação do “novo” Código de processo Civil de 2015, que inovou a sistemática processual, concedendo grande ênfase à autocomposição, como explica Rodrigo Sanchez (2021) que:

Nesse esforço de estimular a autocomposição, o artigo 334 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) introduziu uma nova regra no sistema jurídico nacional, segundo a qual, se a petição inicial atender aos requisitos legais e não for caso de improcedência liminar do pedido, deverá ser designada audiência de *conciliação* ou de *mediação*. Essa audiência é de *obrigatória realização*, à exceção de duas situações: quando os litigantes (autor e réu), de forma expressa, manifestarem desinteresse e quando o objeto do litígio *não* admitir autocomposição. (SANCHEZ, 2021, p. 417).

Por oportuno, vale trazer, ainda, aquela que é a mais atual ferramenta de pacificação dos conflitos, consubstanciada nos “Métodos Online de Resolução de Conflitos”, que em inglês, provém da sigla ODR – *Online Dispute Resolution*. Explica Trícia Navarro Xavier Cabral (2021, p. 266) que, “[...] com o surgimento da internet, os avanços tecnológicos e uma sociedade cada dia mais hiperconectada, foi possível desenvolver plataformas virtuais de resolução de conflitos, denominadas Online Dispute Resolution”.

De acordo com a autora, as ODRs não se limitaram a deslocar as técnicas presenciais de resolução adequada de conflitos para o ambiente virtual, como também desenvolveram ferramentas outras que auxiliam na prevenção, gestão e na própria resolução de controvérsias, tornando-se um instrumento bem mais amplo e complexo no tratamento das disputas.

As novas tecnologias promovem, ampliam e renovam o acesso à justiça, sobretudo, em países e cenários de desigualdade. Podem auxiliar na prevenção e contenção de conflitos, em vez de limitar-se a sua resolução e podem ser incorporadas aos tribunais, para serem online e virtuais, para ampliar o acesso à justiça, priorizando a prevenção e a contenção de conflitos, gerindo o processo e oferecendo o julgamento à distância com qualidade e eficiência, e sem perder a humanidade (MARQUES, 2023).

O direito brasileiro busca, assim, se inserir no contexto do movimento de acesso à Justiça com o propósito de descobrir novos trilhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas. No entanto, ainda estamos distantes de uma aproximação espontânea com a cultura do consenso, da coexistência, da autonomia, constatação que nos leva a concluir que a crescente busca por métodos alternativos não é espontânea (SANTOS; COURA, 2014).

É preciso, assim, expor que o cenário de acesso à justiça vinculado ao sistema processual brasileiro não está sendo capaz de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos no contexto do nosso país. Lembrando-se que a necessária ampliação das vias de acesso à justiça deve ser fomentada não apenas para desafogar o Judiciário e, conseqüentemente, amenizar a crise, mas, sim, com o

escopo principal de diversificar a oferta de métodos de prevenção e solução de conflitos para promover a sua gestão adequada e, desse modo, efetivar o direito fundamental de acesso à justiça. Importante, contudo, identificar os contornos da crise do Judiciário brasileiro, o que se faz a seguir.

### **3.1.1 Crise do judiciário e desjudicialização**

O sistema judicial brasileiro enfrenta uma crise estrutural que implica no descumprimento constitucional de efetivar os direitos garantidos na Carta Magna de 1988. Esse embaraço do sistema Judiciário brasileiro está diretamente ligado à concepção de acesso à justiça na perspectiva processual. Pois, como explica Trícia Navarro Xavier Cabral,

A história da nossa formação jurídica e cultura sempre teve a imposição de uma sentença judicial, como única forma de se resolver às disputas, independentemente da natureza ou da complexidade da contenda. Todavia, há diversas outras ferramentas de solução de conflitos que podem ser mais apropriadas e proporcionais ao caso concreto, com a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem, só para citar os utilizados (CABRAL, 2021, p. 262).

Os cidadãos foram direcionados, por questões legais e culturais, a sempre procurarem o Poder Judiciário para a solução de seus conflitos. No entanto, o simples acesso à justiça no sentido de bater às portas do Judiciário para o tratamento do seu conflito é tão somente uma parte do direito ao acesso à justiça, traduzido no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como assevera Kazuo Watanabe (2019):

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa. (WATANABE, 2019, p. 82).

No mesmo sentido, explica Alvarez (2003, p. 31 - 33):

O acesso à justiça é o princípio essencial de todo o sistema jurídico e implica não apenas que os cidadãos possam exercer seus direitos, mas também que

seus conflitos sejam solucionados de forma adequada e oportuna. (ÁLVAREZ, p. 31 – 33).<sup>6</sup> (tradução livre)

O processo judicial, como procedimento, é sistematizado por princípio de assento constitucional e de matriz inconstitucional. Sendo que, “[...] o princípio do devido processo legal (*due process of law*) é a matriz de onde emanam todos os demais princípios do processo na Constituição Federal” (KLIPPEL, 2018, p. 136), citamos, por exemplo, os princípios da ampla defesa e contraditório, do juiz natural, da duração razoável do processo, entre muitos outros. Logo, como bem asseverou Kazuo Watanabe, acima citado, não basta que o Poder Judiciário profira uma decisão para o caso das partes, é preciso que essa decisão seja devidamente motivada, adequada, respeitando a igualdade entre as partes e no tempo razoável.

Chama a atenção para o princípio constitucional da duração razoável do processo que, além de presente na Constituição Federal, está previsto no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8, 1, bem como na legislação infraconstitucional, nos artigos 4º e 139, inciso II, do Código de Processo Civil. Muito embora previstos e positivados, a realidade das garantias e da efetivação dos direitos é, muitas vezes, oposta ao que pretendiam os legisladores, senão vejamos:

A demora na prestação jurisdicional devido ao alto volume de demandas e a falta de utilização de mecanismos adequados para solucioná-las com maior eficiência tornam-se um problema crônico de nossa sociedade. Ainda que os fatores para determinar o tempo de duração de um processo judicial sejam complexos, a demora é patente e a experiência forense apresenta diversos exemplos de lides que demoram cerca de uma década no Brasil, ou até mais. (FALECK, 2020, p. 09).

É nesse ponto que, no Brasil, é possível perceber que o direito ao acesso à justiça não está sendo devidamente efetivado. O Poder Judiciário, tal como se encontra, não é capaz de gerir adequadamente todos os conflitos que são direcionados a ele, conforme se passa a demonstrar. Em contrapartida, não podemos pleitear uma

---

<sup>6</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “Se ha sostenido la necesidad de aludir a esta temática bajo el rótulo acceso a justicia y no acceso a la justicia con la intención de ampliar el enfoque de este derecho, de manera tal que no connote solamente la entrada al sistema judicial sino que abarque el camino a formas desjudicializadas de resolución de conflictos. [...] El acceso a la justicia es el principio esencial de todo sistema jurídico e implica no solamente que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, sino, además, que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente” (ÁLVAREZ, 2003 p. 31 – 33).

resposta rápida a qualquer custo, mas um processo que efetivamente dure o tempo que tenha que durar. Vale colacionar importante advertência de Freddie Didier Jr. (2022):

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser mais rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles. (DIDIER JR, 2022, p. 145).

Recorremos ao denominado Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado da realização do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, para apresentar dados da crise nacional de administração da justiça de maneira sistemática.

Anualmente, o CNJ torna pública uma compilação detalhada de dados relativos à estrutura, recursos financeiros, recursos humanos, litigiosidade, justiça digital, produtividade de juízes, servidores e tribunais brasileiros. Trata-se do Relatório Justiça em Números: documento que serve de fonte de pesquisa e orientação para o desenvolvimento de políticas judiciárias no Brasil (Santos, 2021, p. 119/120).

Os dados que serão explorados nesta pesquisa foram extraídos do Relatório Justiça em Números 2022, tendo como ano base o ano de 2021. Apresentaremos aqueles dados que mais se relacionam com o objetivo deste trabalho.

Inicialmente, muito embora o Poder Judiciário seja alvo de críticas vagas e genéricas, atreladas ao senso comum e sem o conhecimento da realidade prática, habitualmente percebidas em bares e restaurantes, como as de que Juízes e Servidores não trabalham o suficiente, é imperioso esclarecer esses dados para encontrar as reais fontes dos problemas.

De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2022 (CNJ, p. 118), no que tange à produtividade, no ano de 2021 foram baixados por magistrados 1.588 processos, ou seja, uma média de 6,3 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar

períodos de férias e recessos. Na Justiça Estadual, que norteia nossa análise, a maior produtividade está no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com 2.939 processos baixados, enquanto a pior está no Tribunal de Justiça do Acre, com 826 processos, uma grande diferença de 2.113 casos baixados por magistrado.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo possui uma média produtiva de 1.059 processos baixados por magistrado. Quanto aos servidores do Judiciário, durante o ano de 2021, cada servidor ou servidora baixou, em média, 135 processos, um aumento de 13,3% de produtividade do ano anterior, sendo que a maior produtividade no âmbito estadual é do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, com uma média de 277 processos por servidor (CNJ, p. 121).

Veja-se que resta superada a falácia de que Juízes e Servidores não trabalham, haja vista que é possível afirmar que estes produzem adequadamente. Ocorre que isso não é suficiente para garantir o efetivo acesso à justiça. Um dado alarmante, que choca e comprova a crise estrutural no Poder Judiciário é o chamando “Tempo de Giro do Acervo”.

Em síntese, corresponde, ao tempo necessário para que o volume de acervo processual, mesmo que não houvesse o ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, fosse zerado no estoque. O tempo de giro do acervo é calculado pela razão entre os processos pendentes e baixados. O resultado auferido pelo CNJ é de que seriam necessários dois anos e dez meses de trabalho a portas fechadas para zerar o estoque (CNJ, p. 107), sendo que no Tribunal de Justiça do Espírito Santos seriam necessários três anos e um mês, não sendo, contudo, o maior tempo de giro, como se depreende do relatório:

Na Justiça Estadual, o resultado é de 3 anos e 2 meses; na Justiça Federal, é de 2 anos e 8 meses; na Justiça do Trabalho, é de 1 ano e 10 meses; na Justiça Militar Estadual, é de 1 ano e 5 meses; e nos Tribunais Superiores, é de 1 ano e 4 meses, conforme observado na Figura 58. Os órgãos que apresentaram maiores tempos de giro do acervo são: TRF3 com 4 anos e 10 meses e TJSP com 4 anos e 9 meses, os únicos acima de quatro anos (CNJ, 2022, p. 108).

Outros dados que chamam a atenção são aqueles referentes às despesas com pessoal, que correspondem a 91,5% do gasto total do Poder Judiciário.

O detalhamento dessa rubrica mostra que 86,2% dos gastos destinam-se ao pagamento de subsídios e remunerações dos(as) magistrados(as) e servidores(as) ativos(as) e inativos(as), que incluem também pensões, imposto de renda e encargos sociais; 7,1% são referentes ao pagamento de benefícios (ex.: auxílio-alimentação, auxílio-saúde); 2,4% correspondem ao pagamento de despesas em caráter eventual e indenizatório, tais como diárias, passagens e auxílio-moradia; 3,6% são gastos com terceirizados(as) e 0,6% com estagiários(as) (CNJ, 2022, p. 88).

Da análise dos dados apresentados, é possível verificar algumas conclusões. A primeira é de que a produtividade apresentada pelos magistrados e servidores do Poder Judiciário é adequada. Apesar da produtividade, seriam necessários, em média, dois anos e um mês, no cenário fantasioso em que não fosse possível o ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores para zerar o acervo processual existente. E, ainda, que não há recursos suficientes para importantes investimentos em tecnologia e ampliação de servidores públicos e magistrados. Logo, é possível afirmar, de modo incontroverso, a partir dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, que há uma crise estrutural no Poder Judiciário.

Por essas razões, ao longo das últimas décadas, o Brasil testemunhou um significativo avanço legislativo que valoriza a abordagem apropriada dos conflitos, por meio de métodos adaptados às particularidades do caso específico, com incentivo explícito à busca por consenso (CABRAL, 2021), além da promoção da desjudicialização.

Em âmbito global, a Organização das Nações Unidas – ONU, decidiu, entre os dias 25 e 27 de setembro de 2015, na sede das Nações Unidas em Nova York, Estados Unidos da América, na 70<sup>a</sup> Assembleia Geral da ONU, os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável global, a partir da denominada “Agenda 2030”<sup>7</sup>.

A Agenda global 2030 é um compromisso assumido por líderes de 193 Países, inclusive o Brasil, e coordenada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Essa agenda foi recepcionada pelo Poder Judiciário Brasileiro, por meio do Conselho Nacional de Justiça, e teve como marco inicial a criação do Comitê Interinstitucional da Agenda 2030. São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas no período de 2016 a 2030, relacionados à efetivação dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável (CNJ, 2022, p. 288).

---

<sup>7</sup> Para mais informações, disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>.

Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável são sucessores dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, promovidos na década de 1990 em uma série de cúpulas multilaterais, refletidas as preocupações de 191 países e constituíram o primeiro arcabouço global de políticas para o desenvolvimento.

Na agenda 2030, para cada objetivo são apresentadas metas que buscam alcançar sua efetividade. Comunica-se com esta pesquisa o objetivo nº 16 apresentado pelas Nações Unidas, consubstanciado em “[...] promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” especificamente em sua meta 16.3, que tem como escopo “[...] promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”.

Em consonância com a agenda 2030, no ano de 2019, em Maceió/AL, os presidentes e representantes dos tribunais do país reuniram-se durante o XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, e aprovaram metas para o Judiciário brasileiro alcançar em 2020, dentre elas, impõe dispor sobre a meta 9, assim intitulada: “Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados)”, que possui o seguinte objetivo: “Realizar ações de prevenção e desjudicialização de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030”.

De acordo com a nona meta do Conselho Nacional de Justiça, desjudicializar significa reverter a judicialização excessiva a partir da prevenção, localizando a origem do problema e encontrando soluções pacíficas por meio de técnicas de conciliação ou mediação com atores do sistema de justiça, sem que cause impacto no acesso à justiça. Identificar os problemas familiares e sucessórios e atuar na prevenção de sua fonte de litígio por meio da solução pacífica de conflitos, por meio de diálogos e autonomia entre as partes é o que se busca possibilitar com a presente pesquisa, em conformidade com a Agenda 2030 e as metas do Poder Judiciário, trazendo fundamental papel de gestão à classe da advocacia.

A implementação desses objetivos deve refletir o contexto das comunidades locais, estabelecendo um diálogo com os cidadãos e ensejando importante participação do Poder Legislativo, que deve ter atenção às mudanças sociais e que busquem garantir o acesso à justiça, com ênfase, na nossa perspectiva, na prevenção dos conflitos. Sobre isso, no capítulo 5 desta pesquisa, serão apresentadas propostas de melhorias legislativas que busquem adequar o contexto da família à realidade contemporânea.

A partir da necessidade de efetivar o acesso à justiça e tratar os conflitos de modo eficaz, que se deu, como visto, antes da agenda 2030, é que surgiram algumas teorias e pensamentos que buscam solucionar tal problema. Por isso, no próximo tópico, apresentaremos a ideia do Tribunal Multiportas, concebido por Frank Sander, que vem sendo aplicada à realidade brasileira.

### **3.1.2 sistema de justiça multiportas**

A partir dessa nova concepção de acesso à justiça, já referenciado nos capítulos anteriores, o professor norte-americano da Universidade de Harvard, Sr. Frank Sander, formulou a ideia do Tribunal Multiportas. A proposta do professor se deu, inicialmente, em razão do crescimento das taxas de litigiosidade nos Estados Unidos da América:

A proposição de um sistema multiportas de gestão adequada de conflitos surgiu da inquietação de Frank Sander (2010, p. 1-2) quanto ao crescimento das taxas de litigiosidade nos Estados Unidos da América, em meados da década de 70; um problema que, segundo ele, exigiria a tomada de medidas diversificadas, tais como: i) a realização de alterações no direito substantivo, como retirada do caráter sancionatório de certas condutas no âmbito criminal e a adoção do princípio da não culpabilidade no caso de acidentes automotivos; ii) uma maior ênfase a direito preventivo, como forma de prevenção ao surgimento de conflitos; iii) a difusão de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito extrajudicial, visando à redução da sobrecarga judicial (SANTOS, 2017, p. 108).

Com o propósito de atravessar os obstáculos do acesso à justiça e ampliar o seu efetivo alcance, Frank Sander concebe a ideia do Tribunal Multiportas, senão vejamos:

A ideia foi concebida pelo professor de Direito da Universidade de Harvard, Frank Sander, quando falou das variedades na resolução de disputas e propôs a ideia de um tribunal multiportas ou programas de resolução de disputas. Os casos seriam atendidos, diagnosticados e encaminhados a porta

apropriada, ou enviados inclusive para fora dos tribunais, para serem submetidos à mediação, arbitragem ou avaliação neutra. (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 122).<sup>8</sup> (tradução livre).

O conceito de Tribunal Multiportas pode, então, ser definido nos seguintes termos (em nossa tradução livre): “O Tribunal Multiportas é um centro de resolução multifacetado que tem como premissa a noção de que existem vantagens e desvantagens em qualquer caso concreto na utilização de um ou outro processo de resolução de litígios”<sup>9</sup> (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

Nesse sentido, o acesso à justiça no Tribunal de Justiça não seria exclusividade do processo judicial, tradicional método de resolução de conflito, mas, sim, propiciaria aos cidadãos diferentes ferramentas, ou como convencionou chamar, diferentes “portas” que serão abertas que se adequem à realidade do conflito enfrentado para o tratamento adequado. Logo, em nossa tradução livre, “[...] ao invés de apenas uma ‘porta’ levando ao tribunal, um centro de justiça tão abrangente tem muitas portas pelas quais os indivíduos podem chegar a um tratamento adequado”<sup>10</sup> (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

Ao registrar seu diálogo com o professor de Harvard, a professora Mariana Hernandez, diretora executiva e fundadora da Rede de Pesquisas Internacionais em Resolução Alternativa de Conflitos da Universidade de Saint Thomas (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 25), conseguiu identificar alguns de seus ideais e um pouco da trajetória do pensamento do Tribunal Multiportas. Inclusive, originariamente, a ideia teria sido denominada de Centro Abrangente de Justiça (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 32), mas a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos da América

---

<sup>8</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “La idea fue concebida por el profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, Frank Sander, cuando habló de las variedades en la resolución de disputas y propuso la idea de un tribunal con múltiples puertas o programas de resolución de disputas. Los casos serían atendidos, diagnosticados y derivados a través de la puerta apropiada, o enviados inclusive fuera de los tribunales, para ser sometido a mediación, a arbitrajes o a evaluación neutral anticipada” (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 122).

<sup>9</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “The multidoor courthouse (MDC) is a multifaceted resolution center that is premised on the notion that there are advantages and disadvantages in any specific case to using one or another dispute resolution process” (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

<sup>10</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “instead of just one “door” leading to the courtroom, such a comprehensive justice center has many doors through which individuals can get to an appropriate process” (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

o denominou Tribunal Multiportas, numa jogada de *marketing*, que veio a facilitar sua assimilação.

De acordo com Frank Sander, o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples. O Tribunal Multiportas é uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 26).

Por isso, o desenvolvimento de uma visão mais ampliada sobre as possibilidades de realização da justiça se torna uma exigência fundamental para os profissionais do Direito, na medida em que ganham relevo as intervenções no âmbito coletivo, extrajudicial e preventivo. (SANTOS, 2017). Esse olhar abrangente é perquirido por Sander (2010, p. 20), como se vê abaixo:

Acima de tudo, porém, o importante é que acumulemos e divulguemos as informações disponíveis sobre o tema dos promissores meios alternativos de resolução de conflitos e que incentivemos a experimentação e a investigação. Nesse sentido, então, é onde devemos avançar para estabelecer vínculos com profissionais de outras disciplinas que, de uma forma ou de outra, compartilham nossas preocupações, visto que as diferenças relacionadas à sua orientação e treinamento são ferramentas que permitem enxergar o sistema jurídico a partir de uma nova perspectiva.<sup>11</sup> (tradução livre).

O Tribunal Multiportas possui uma relação natural com o Tribunal de Justiça, e que, por isso, deveria existir uma ligação entre os dois, mas que, não necessariamente, deveriam estar juntos no mesmo local:

Bem, não existe qualquer relação inerente. Penso, por outro lado, que se trata de uma relação bastante natural, porque os tribunais são o principal local de que dispomos, talvez o mais importante, para a resolução de conflitos. Assim, podemos argumentar que o Tribunal Multiportas deveria estar ligado aos tribunais, mas tecnicamente o centro abrangente da justiça que eu citei poderia estar bem separado dos tribunais. [...] O tribunal é o lugar onde os casos estão, portanto, nada mais natural do que fazer do tribunal uma das portas do Tribunal Multiportas – a ideia é essa. Mas pode acontecer de o

---

<sup>11</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “Por encima de todo, sin embargo, lo importante es que acumulemos y diseminemos la información que se encuentra disponible em matéria de los promisorios medios alternativos de resolución de conflictos, y que promovamos que se experimente y que se investigue. En este sentido es, entonces, por donde debemos seguir adelante para establecer vínculos com aquellos profesionales de otras disciplinas que, de una u otra forma, comparten nuestras inquietudes, dado que las diferencias relacionadas con su orientación y formación son herramientas que les permiten ver el sistema jurídico desde una nueva perspectiva.” (SANDER, 2010, p. 20).

tribunal estar aqui, e os outros processos (arbitragem, mediação etc) estarem lá; não exige nada (no método) que possa evitar esse fato (Sander, 2012, p. 33).

A teoria de Sander tem como ponto chave de atuação que o cidadão busque ou que o sistema imponha a estes, quando da existência de um conflito, que seja iniciado no Tribunal Multiportas, que, como visto, não necessariamente é o Tribunal tradicionalmente conhecido, pois:

A principal característica do tribunal multiportas é o procedimento inicial: triagem de admissão e encaminhamento. Aqui, as disputas são analisadas de acordo com vários critérios para determinar qual mecanismo ou sequência de mecanismos seria apropriado para a resolução do problema. (Goldberg *et al.*, 2003, p. 383)<sup>12</sup> (Tradução livre).

Nesse ponto, no entanto, surge um problema do método sugerido, que se traduz na dificuldade de definir quem vai fazer o diagnóstico do conflito e direcionar as partes para o procedimento adequado. Em nossa tradução livre: “Primeiro, o diagnóstico inteligente e o encaminhamento pelo oficial de admissão assumem que ele ou ela está completamente ciente de todos os fatos relevantes”.<sup>13</sup> (Goldberg *et al.*, 2003, p. 383).

A relevante importância a despeito do profissional que vai fazer essa análise inicial do conflito, o que outrora convencionaremos chamar de diagnóstico do conflito, é que esta tem de ter uma taxa de equívoco mínima, caso contrário, o tempo do conflito e sua espiral podem crescer exponencialmente, contrariando o objetivo do Tribunal Multiportas e da gestão adequada do conflito.

Não obstante a existência do profissional que irá fazer o diagnóstico do conflito, a parte ou as partes devem, ainda, poder ter a liberdade de escolha de qual porta adentrar, conforme entendimento compartilhado por Heide Burgess e Guy Burgess (1997, p. 201):

O termo tribunal multiportas refere-se a um local, que pode ou não ser um tribunal de justiça, onde as pessoas podem ir para resolver uma disputa de

---

<sup>12</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “The key feature of the multidoor courthouse is the initial procedure: intake screening and referral. Here disputes are analyzed according to various criteria to determine what mechanism or sequence of mechanisms would be appropriate for the resolution of the problem” (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

<sup>13</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: “First, intelligent diagnosis and referral by the intake official assumes that he or she is completely aware of all the relevant facts”. (GOLDBERG *et al.*, 2003, p. 383).

várias maneiras. Em um tribunal de multiportas, as pessoas com problemas primeiro falam com um responsável pela admissão. Ao ouvir e fazer perguntas sobre o problema, o responsável pela admissão sugere o fórum mais apropriado para solucionar o problema: litígio em comum, juizado de pequenas causas, mediação ou arbitragem, por exemplo. Se o responsável pelo registro de informações tiver conhecimento e habilidade suficientes, essa triagem inicial pode economizar muito tempo e dinheiro dos litigantes, combinando o problema com o processo que provavelmente será mais eficaz. No entanto, as pessoas devem poder escolher um processo diferente do recomendado, se assim o desejarem, ou alterar os processos no meio do caminho, se o curso de ação inicial não estiver funcionando efetivamente.<sup>14</sup> (Tradução livre).

Nesse contexto, o sistema multiportas exige, ao nosso ver, sobretudo dos advogados, maior conhecimento sobre as ferramentas que surgem e, conseqüentemente, um dever ético de avaliar diferentes formas de resolução dos conflitos em suas ações. Afinal, pode se resolver, inclusive, em optar por esses profissionais para realizarem o diagnóstico do conflito e indicarem a porta a ser adentrada.

Fato é que a ideia do Tribunal Multiportas de Sander traz enorme expectativa e, mais do que isso, esperança para que o sistema judiciário e a forma de gestão de conflitos sejam verdadeiramente capazes de pacificar os conflitos de modo célere, eficaz e adequado. Sabendo que, no entanto, tal ideia deve se adequar às especificadas de cada realidade que se pretenda intervir, caso contrário estará apenas criando um problema aos cidadãos.

Na acepção de Tricia Navarro Xavier Cabral (2021), a justiça multiportas representa a ressignificação do acesso à justiça, para contemplar diferentes ambientes e formas de resolução de conflitos. Sua concepção inclui a autocomposição e a heterocomposição, as esferas judicial e extrajudicial, os setores público e privado e os ambientes presenciais e virtuais.

---

<sup>14</sup> Para conferir maior credibilidade à tradução realizada transcrevemos o texto na língua original: "The term multidoor courthouse refers to a place, which may or may not be an actual courthouse, where people can go to get a dispute handled in a variety of ways. In a multidoor courthouse, people with problems first talk to an intake person. By listening and asking questions about the problem, the intake person suggest the most appropriate forum for addressing the problem: regular litigation, smallclaims court, mediation, or arbitration, for example. If the intake person is sufficiently knowledgeable and skilled, this initial screening can save disputants much time and money by matching the problem to the process that is likely to be most effective. However, people must be able to choose a different process from the one recommended if they so desire or to change processes midstream if the initial course of action is not working effectively". (BURGESS; BURGESS, 1997, p. 201).

Vale citar, nesse contexto, o importante papel que as Serventias Extrajudiciais podem assumir na prevenção e resolução de conflitos. Sobretudo no âmbito do Direito de Família e sucessório, foco da presente pesquisa, os Cartórios Extrajudiciais já se amoldam à realidade social, permitindo a formulação de pactos antenupciais, casamentos, divórcios, inventários, dentre outros tantos que auxiliam de maneira célere o acesso à justiça.

A adoção das vias extrajudiciais de acesso à justiça garante aos cidadãos uma maior liberdade e poder de decisão sobre a forma como será solucionado o seu caso concreto, diminuindo a interferência estatal, que não mais substitui a vontade das partes através de uma decisão judicial, mas somente a resguarda, fiscaliza e orienta (ANDRADE, 2022, p. 41).

Quanto às Serventias Extrajudiciais, assim como o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, apresenta anualmente o relatório Justiça em números, em âmbito extrajudicial, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, apresentou o relatório “Cartório em Números de 2022” em sua 4ª Edição.

Cartório em números é o principal documento de publicidade e transparência dos Cartórios Extrajudiciais brasileiros. Produzido pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR), consolidada em uma única publicação dados gerais da atuação do segmento extrajudicial e abrange informações relativas aos serviços de Registro Civil, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas, Tabelionatos de Notas e Tabelionatos de Protesto por meio de uma vasta gama de atos extrajudiciais que mensuram o nível de atuação de notários e registradores brasileiros (ANOREG/BR, 2022, p. 161).

Nesse contexto, é imperativo destacar que a pesquisa realizada em parceria com o Instituto Datafolha concluiu que os cartórios brasileiros lideram em termos de confiança, importância e qualidade dos serviços. Assim, eles são considerados a instituição mais confiável do Brasil, superando até mesmo o Poder Judiciário.

A desjudicialização dos procedimentos, portanto, é uma realidade brasileira e os Cartórios Extrajudiciais devem ser inseridos cada vez mais como uma das portas de acesso à Justiça no Brasil. No que se refere à desjudicialização, nos apropriamos do conceito apresentado por Ricardo Goretti Santos (2021, p. 102), que assim define:

A desjudicialização deve ser tratada como sinônimo de não judicialização, ou seja: como o resultado útil da prevenção ou resolução de um conflito por vias

extrajudiciais como a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem, ou um cartório extrajudicial. (SANTOS, 2021, p. 102).

Cabe salientar que a postura da advocacia é fundamental para a gestão adequada dos conflitos por meio da desjudicialização. Como vimos no conceito acima, a desjudicialização não passa pelas serventias extrajudiciais como condição de existência, mas ao lado de outras vias, como mediação, conciliação e negociação, por exemplo, são importantes vias de desjudicialização e de prevenção de conflitos. Sendo a prevenção de conflitos uma forma de evitar a judicialização, logo, pode ser inserida no contexto das práticas de desjudicialização.

Mais do que um Tribunal Multiportas, é preciso implementar, no Brasil, um verdadeiro Sistema de Justiça Multiportas, cuja resolução dos conflitos não fique atrelada ao Poder Judiciário, mas, sim, que o Poder Judiciário pertença a esse Sistema de Justiça Multiportas, junto às demais vias de resolução e prevenção de conflitos, como mediação, conciliação, arbitragem, negociação, serventias extrajudiciais e outros.

Alguns números apresentados pelo relatório Cartório em números devem ser apresentados, para melhor compreensão da importância e funcionamento das Serventias. No que concerne ao tempo do divórcio, “[...] a população deixou de levar um ano para se divorciar na Justiça, para fazer o ato no mesmo dia em um cartório” (ANOREG/BR, 2022, p. 50). Com relação aos inventários, “[...] a população deixou de levar 15 anos para fazer o Inventário na Justiça para fazer o ato em 15 dias em um cartório” (ANOREG/BR, 2022, p. 50).

Evidentemente que os dados apresentados são de processos consensuais, ou seja, onde não há litígio entre as partes e elas estão de comum acordo. Porém, evita-se o ingresso em um sistema, como visto, em crise, e trata o conflito de modo completamente adequado, respeitando a vontade das partes, as características do conflito e o tempo para sua execução.

Assim, os Cartórios Extrajudiciais devem ser utilizados não só para resolver conflitos, como também a sua prevenção. Por isso, a partir do próximo capítulo, será apontado um grande problema que aflige o Direito de Família e o direito sucessório, a partir da

análise do planejamento sucessório nos pactos antenupciais, traduzido, em síntese, na vedação aos pactos sucessórios.

#### **4. A UTILIZAÇÃO DO PACTO ANTENUPCIAL NO BRASIL**

No segundo capítulo desta dissertação, apresentamos a família brasileira, seus contornos históricos, sua evolução legislativa na virada do século, sobre o casamento, regime de bens, pacto antenupcial e as alterações no ordenamento jurídico com o Código Civil de 2002 no âmbito familiar e sucessório. Já no terceiro capítulo, abordamos o tema do direito fundamental de acesso à justiça, apresentando sua mudança de paradigma (expressão delimitada no capítulo segundo) a partir do projeto de Florença, realizado por Mauro Cappelletti, cujo conceito antes atrelado a uma visão restritiva ao processo, agora é mais amplo em benefício da população.

Discorreremos sobre a crise do Poder Judiciário, evidenciando as pesquisas registradas pelo Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça e, na sequência, apresentamos a ideia do Tribunal Multiportas de Frank Sander, salientando a importância das Serventias Extrajudiciais para as famílias, no que se referem às soluções de conflitos familiares e sucessórios, muitas vezes vinculados entre si.

Este quarto capítulo tem por escopo a análise da utilização do pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório, especialmente para ampliar sua utilização que, vale ressaltar, de acordo com o relatório do Cartório em Números, entre o ano de 2006 e novembro de 2022, foram realizados 728 mil pactos antenupciais no Brasil, efetivando-se a vontade dos casais com relação à disposição de seus bens pessoais e patrimoniais.

Evidente, portanto, a importância do instituto para a sociedade brasileira que o utiliza veementemente. Por isso, este capítulo buscará determinar, a partir de uma visão de planejamento familiar patrimonial e sucessório, as suas possibilidades e seus anseios do passado e do presente, com vistas para o futuro, que busca a efetivação do acesso à justiça na perspectiva da prevenção do conflito a partir da autonomia da vontade.

##### **4.1 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR PATRIMONIAL E SUCESSÓRIO**

A liberdade constitui um dos direitos mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro. Tanto é assim que esse direito é garantido de maneira ampla, pela Constituição

Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, conforme se depreende do texto constitucional, senão vejamos:

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 [...] (BRASIL, 1988).

Atrelado à liberdade, o parágrafo sétimo do artigo acima citado apresenta o planejamento familiar, orientado pela livre decisão do casal e pela proibição de qualquer espécie de coerção (XAVIER, 2022), em relação direta com a autonomia privada do casal, que assim prevê:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002, por sua vez, em consonância com a Carta Magna, prevê em seus artigos 1.513 e 1.565, parágrafo segundo que, *in legis*:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

A norma infraconstitucional consagra, assim, o princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família (TARTUCE; SIMÃO, 2013), que mantém relação direta com o princípio da autonomia da vontade, que nada mais é do que o poder da pessoa regulamentar os próprios interesses. Logo, a autonomia decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo, portanto, o direito que a pessoa tem de se auto regulamentar (TARTUCE; SIMÃO, 2013).

Um exemplo prático da efetivação do princípio da autonomia da vontade é a possibilidade dos nubentes em escolherem o próprio regime de bens por meio do pacto antenupcial. Além desse exemplo, na ótica do direito sucessório, tem-se o instituto do testamento de fácil percepção da autonomia do testamenteiro, ou seja, daquele que promove seu testamento.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013) a autonomia da vontade é, em regra, irrestrita, somente encontrando limites nas normas cogentes, de ordem pública (autonomia plena). Nesse sentido, é preciso esclarecer que as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública, pois estão relacionadas ao direito existencial, ou seja, com a própria concepção da pessoa humana. Por essa razão, qualquer previsão que traga a renúncia de um direito familiar é nula de pleno direito. Contudo, mesmo no Direito de Família, há normas de ordem privada, como, por exemplo, a escolha do regime de bens do casamento. Nesse viés, é possível que as partes realizem acordos que contrariem as normas legais.

A expressão “autonomia privada” é compreendida de modo mais abrangente por Maria Celin Bodin de Moraes (2010), pois para ela:

A expressão “autonomia privada” deve ser entendida não mais apenas como liberdade contratual, sob uma acepção patrimonialista, mas no seu sentido mais amplo: como manifestação do poder da vontade individual, ou melhor, como manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não patrimoniais. (MORAES, 2010, p. 191).

Neste trabalho, aderimos a esse entendimento, partindo do pressuposto de que a autonomia da vontade do sujeito pode alcançar todos os atos da vida civil, patrimoniais ou não. Apesar disso, reitera-se o objetivo do deste estudo em analisar a possibilidade de renúncia a herança no pacto antenupcial, uma discussão com foco eminentemente patrimonial.

A partir desse foco patrimonial, torna-se imprescindível falar sobre o planejamento familiar, sobretudo, quanto às questões patrimoniais vinculadas ao casamento e sucessórias, notadamente vinculadas ao falecimento de um membro da família. As relações econômicas, com vistas ao casamento, manifestam-se, em regra, em três oportunidades: i. Antes do matrimônio, por meio de estipulações que os futuros

cônjuges estabeleçam por meio de doações ou de pactos antenupciais; ii. durante as núpcias, pelo regime de bens que estabeleçam expressamente ou que venham a aceitar de maneira tácita, optando assim pelo regime legal do país; e iii. depois do casamento, pela sucessão (CHAVES, 1975).

Veja-se, portanto, que o planejamento familiar nada mais é do que uma ferramenta para a gestão da família. Mas não uma simples ferramenta, afinal pode ser determinante para a continuidade da relação familiar após eventual divórcio ou o eminente falecimento e, por essa razão, deve ser enaltecida e utilizada como instrumento fundamental.

Permite que os membros da família tomem decisões racionais que possibilitem alcançar os objetivos programados e, mais do que isso, é fator determinante para gerenciar e prevenir conflitos ou o aumento de sua espiral, afinal há um entendimento posto, em um momento de racionalidade, sobre a disposição dos bens (o que pertence a quem e com quem ficará) em caso de divórcio ou falecimento de um membro. Evita-se, assim, sua ingerência em momentos que a influência dos sentimentos toma as rédeas das discussões, tão habituais nos processos de divórcio e inventário.

Vale lembrar, na ocasião do divórcio, os problemas passam a ser geridos por ex-casados ou ex-companheiros, geralmente com filhos oriundos desse relacionamento. Quando situações adversas poderiam ter sido previstas, ainda que parcialmente, e assim, as proporções do conflito seriam naturalmente impedidas de crescer exponencialmente. Nada mais racional do que prescrever remédios para os sintomas brandos antes de estar acometido pela doença terminal.

E, por isso, vale recordar os motivos pelos quais as pessoas se unem. Assim “[...] se indagarmos sobre os fins que impelem duas pessoas ao casamento e as norteiam na vida conjugal, verificaremos, então, que homem e mulher buscam encontrar o bem comum, que é a felicidade” (MONTEIRO; SILVA, 2013, p. 53). Esse momento de busca pela felicidade, ainda que acometido pela emoção, é, indubitavelmente, mais favorável para se encontrar respostas positivas criadas pelas pessoas envolvidas, do que quando no término do relacionamento, seja por qual motivo for.

Nesse contexto, o planejamento patrimonial familiar é peça chave, pois “[...] é condição básica de convivência social que tenhamos uma sociedade consciente de

como efetuar seu planejamento familiar, fator coerente com a ordem democrática e com os limites intransponíveis do Estado” (OLIVEIRA, 2002, p. 288). Não podemos olvidar que as grandes controvérsias que abastecem o Judiciário são os conflitos familiares e sucessórios que, em sua grande maioria se alongam em virtude das questões patrimoniais.

As questões ligadas à família figuram como a terceira causa que motiva o cidadão brasileiro buscar o poder Judiciário, ficando atrás apenas das questões trabalhistas e consumeristas (XAVIER, 2022). A simples escolha consciente do regime de bens seria capaz de prevenir conflitos ou impedir o seu crescimento. Aproveita-se para, neste ponto, fazer uma breve crítica ao regime supletivo posto pelo legislador infraconstitucional, qual seja o regime da comunhão parcial de bens, o qual, ao nosso ver, corresponde à faísca que implode as brigas, quando, na verdade, o mais justo e correspondente aos anseios de autonomia, seria o da separação de bens, pelo qual os próprios cônjuges determinam ao longo do relacionamento o que é de quem, efetivamente.

Ainda mais árduo do que os divórcios, são os conflitos sucessórios. Isso porque, ao invés de duas pessoas disputando pelos bens, o caso de divórcio, nas lides sucessórias os herdeiros podem ser incontáveis, eis que com o longo tempo do processo, outros podem vir a falecer e a briga ao invés de ser com herdeiros diretos passa a ser com os herdeiros por representação, cuja possibilidade de diálogo se torna, muitas vezes, ainda mais difícil.

Nesse cenário, encaixa-se, perfeitamente, o planejamento sucessório, isto é, nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2022):

Afigura-se o planejamento sucessório como uma providência preventiva, permitindo ao titular de um patrimônio definir, ainda vivo, o modo como se deve concretizar a transmissão dos bens aos sucessores, respeitando o limite da legítima, caso existam herdeiros necessários, com vistas a precaver conflitos, cujos reflexos deletérios podem ocasionar, até mesmo, a perda ou deterioração de bens e de pessoas jurídicas. (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 91).

Explica Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2020, p. 233) que “[...] a sucessão pode ser regulada, ainda em vida, por seu autor. Ao conjunto de medidas adotadas, com esse objetivo, dá-se o nome de planejamento sucessório”.

São inúmeros os benefícios de se regular a sucessão. A partir de uma visão empresarial, por exemplo, em razão do grande número de empresas familiares no Brasil, desde menores (microempresas) até os grandes grupos econômicos, chama atenção Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2020), da importância em planejar o futuro, haja vista que os riscos que as mudanças abruptas podem gerar no negócio familiar:

Não considerar, permanentemente, a necessidade de sucessão na titularidade da empresa ou dos títulos societários (quotas ou ações), bem como da administração societária, é um erro comum nas corporações e que cobra um preço alto das empresas. Com efeito, quando fatores imprevistos criam a necessidade de substituição do administrador empresarial, forma-se uma situação potencialmente crítica: a sucessão é inevitável, mas aquele que assumirá a gestão da empresa estará diante de um cenário que lhe é absolutamente estranho. O novo responsável pela condução da atividade negocial terá que rapidamente tomar pé de toda a estrutura empresarial, as pessoas envolvidas, da cultura interna e do trabalho, clientes logísticas e etc. (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 102).

A visão empresarial demonstra os riscos que uma sucessão desorientada tem para a saúde da empresa. Nas famílias não é diferente e, por isso, a pessoa humana deve ser colocada como o centro das destinações jurídicas, valorizando-se o ser e não ter, tendo o fator patrimônio uma função complementar (LÔBO, 2011). Para isso, é preciso não só que a lei permita com a maior autonomia possível o planejamento familiar (patrimonial e sucessório), como também que o incentive.

Afinal, o planejamento sucessório enseja sensível economia de tempo e dinheiro, uma vez que um projeto de sucessão consistente e adequadamente concebido (sendo um papel importante da atuação da advocacia) tem, como consequência, a redução drástica do âmbito do litígio que, habitualmente, se instaura nos inventários judiciais, podendo, ainda, gerar substancial redução de custos e até mesmo significativa economia fiscal (FONSECA, 2020). Alinha-se a isso a busca de uma melhoria do “[...] relacionamento entre herdeiros, garantindo a continuidade do negócio (sem perdas e, se possível, maximizando lucros) e a preservação da afetividade que entrelaça os membros do núcleo familiar” (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 92).

Reitera-se o fato de que a sucessão se mostra uma fonte inesgotável de conflitos e, por isso, a prévia estruturação sucessória é a providência que se revela proveitosa para a adequada divisão da herança, preservando, assim, os herdeiros das

vicissitudes e dos conflitos inerentes a toda e qualquer concorrência sucessória. Nesse sentido, evita-se em muitos casos a conhecida morosidade dos inventários e as despesas daí decorrentes.

O planejamento para definir a quem cabe determinado quinhão pode pacificar os interesses conflitantes e evitar o surgimento de novos conflitos a partir da exclusão de determinado herdeiro de certo bem que poderia ensejar inconveniente condomínio, além de preservar o patrimônio de regulares dilapidações ou a indesejada atribuição a terceiros estranhos ao vínculo familiar. A planificação possibilita, ainda, regulamentar a forma de administração dos bens deixados, e prestigiar àqueles herdeiros mais carentes (FONSECA, 2020).

Veja-se, portanto, que, indubitavelmente, é o exercício da autonomia privada que garante o respeito à vida digna (XAVIER, 2022). Permite minimizar as interferências do legislador e atenuar os percalços advindos das oscilações jurisprudências, nas quais, nos últimos tempos, vêm se revelando cada vez mais acentuadas (FONSECA, 2020). O planejamento patrimonial familiar, portanto, deve, por essas e outras razões, ser visto como um ato de carinho à família, destinado, nada a mais, do que o cuidado para com esta. Afinal, o processo judicial pode, muitas vezes, representar um estímulo ao acirramento das diferenças, impossibilitando a resolução consensual imposta pelo planejamento familiar.

Conclui-se, assim, que o planejamento familiar, patrimonial e sucessório, é uma ferramenta para a prevenção de conflito, que deve, sim, ser incentivada pelo Poder Público aos cidadãos, como forma de efetivar, por meio da autonomia, a sua dignidade humana, sendo um grande instrumento o pacto antenupcial, negócio jurídico, que, como visto no capítulo 2 deste estudo, pode abranger muito mais do que a mera escolha do regime de bens pelos nubentes.

#### 4.2 DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Como visto no capítulo 2 deste trabalho, a Constituição Federal inaugurou o denominado Estado Democrático de Direito, por meio do processo constituinte de 1987/1988, sob o signo das lutas pela democratização do país e pela consequente

extensão da cidadania plena aos trabalhadores e excluídos, após o regime imposto pelos militares no Golpe de 1964 (PEDRA, 2014). De acordo com Trícia Navarro Xavier Cabral (2019) em razão de três virtudes, a Carta de 1988 foi posta entre as constituições mais avançadas no mundo no que diz respeito ao campo das garantias e direitos fundamentais, quais sejam:

a) a alteração da topologia da matéria, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor essencial, a qual informa a nova ordem constitucional, elencando-a inclusive como cláusula pétrea; b) o alargamento significativo do rol de direitos e garantias fundamentais, adicionando aos direitos civis e políticos os direitos sociais, além dos direitos coletivos e difusos, acolhendo, assim, o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; e c) a instituição do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico destinado a tais direitos. (CABRAL, 2019, p. 139-140).

No que concerne a alínea “b” acima apresentada, dentre os direitos presentes no alargamento dos chamados direitos fundamentais inseridos no artigo 5º da Carta Magna, encontra-se no inciso XXX que, “[...] é garantido o direito de herança”. O direito à herança foi incluído pelo Constituinte como cláusula pétrea, o qual é objeto de análise e crítica no presente trabalho e que será debatido com mais profundidade nos subcapítulos seguintes.

Cabe, antes disso, fazer um esclarecimento acerca do tema direito fundamental. Há no Direito brasileiro uma dificuldade para se definir o que é “Direito Fundamental”. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 25), sobre o tema,

[...] em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. Em caráter ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

Para Sarlet (2018), a expressão “direito fundamental” tem um cunho genérico que abrangeria todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, e se aplicaria para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. No mesmo sentir, J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 393, *in* Cabral, 2019, p. 139) conceitua os direitos fundamentais como sendo os “[...] direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e

limitados espacialmente [...] seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Já para José Afonso da Silva (1992, p. 163/164), a expressão correta seria “direitos fundamentais do homem”, pois:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. (SILVA, 1992, P. 163-164).

A partir das três definições, pode-se concluir, com o auxílio de Ingo W. Sarlet (2018, p. 31), que direitos fundamentais “[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente”. Na mesma linha, está Gilmar Mendes e Gustavo Branco (2015, p. 140), que assim definem: “[...] os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Fato é que os direitos fundamentais nascem e findam com as Constituições e, por isso, enquanto esta vigorar, devem ser respeitados e efetivados, enquanto direito posto.

Em nosso sistema jurídico, como dito anteriormente, a herança foi alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, como reza o inciso XXX do artigo 5º da Carta Magna. Trata-se, conseqüentemente, de cláusula pétrea que não pode ser afrontada, sequer, pelo poder constituinte derivado. Efetivamente, o direito de herança é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será transmitida com a morte do respectivo titular (FARIAS; ROSENVALD, 2022), ou seja, o direito à propriedade é a base fundante do direito à herança.

A transmissão patrimonial em razão da morte tem relevante função social, pois gera a conservação das unidades econômicas em prol da proteção do núcleo familiar do falecido, daí o limite à liberdade de testar seu patrimônio. Logo, a sucessão hereditária tem o condão de conferir estabilidade ao direito de propriedade privada. Vale ressaltar, nos Estados onde a propriedade privada é ameaçada, por opções políticas, o direito à herança é prejudicado e, conseqüentemente, suprimida a propriedade privada.

Nesse sentido, o direito fundamental à herança é, também, um direito de defesa contra o próprio Estado.

Não obstante o direito à herança ser um direito fundamental, é também um direito disponível, ou seja, um direito a despeito das quais as partes podem transigir. Não poderia ser diferente, afinal “[...] se todos os direitos fundamentais forem indisponíveis, ou se todos os direitos da personalidade o forem, haveria de se reconhecer o caos na jurisprudência dos tribunais brasileiros” (MARTEL, 2010, p. 25).

Em sendo a herança um direito disponível, este é passível de renúncia, desde que a disposição do direito fundamental advenha de comportamento do titular do direito, ou seja, daquele que ocupa o papel dominante na relação. Destarte, a disposição de posição subjetiva de direito fundamental não poderá ser heterônoma, isto é, efetuada por terceiros e sem encontrar sua justificação em comportamento do titular da posição (MARTEL, 2010).

A despeito da renúncia à herança, vale colacionar os ensinamentos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, que afirmam categoricamente que o exercício ao direito de suceder não é obrigatório:

Afinal de contas, ninguém pode ser compelido a aceitar a transmissão automática das relações patrimoniais do falecido, sendo possível o repúdio à herança transmitida por parte do sucessível. Até porque a qualidade de sucessor envolve aspectos de ordem existencial e patrimonial, não podendo ser compulsoriamente imposta, sob pena de afrontar a dignidade do titular. Bem por isso, lhe é reconhecido o direito de declinar da transmissão hereditária através de renúncia, optando por se manter completamente estranho àquela sucessão. (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 251).

O ordenamento jurídico não impõe ao titular do direito hereditário, a obrigatoriedade de receber a herança, podendo, portanto, declinar do chamamento que é feito pela Lei ou pelo testamento.

Em sendo assim, surge a renúncia, ou repúdio, como o ato jurídico em sentido estrito, unilateral, pelo qual o herdeiro declara não aceitar o patrimônio do falecido, repudiando a transmissão automática que a lei operava em seu favor, despojando-se, por conseguinte, da sua titularidade. É, enfim, a rejeição ao recebimento de uma herança. (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 252).

Não há dúvidas, portanto, da possibilidade de renunciar à herança, eis que, inclusive, prevista no Código Civil de 2002. No entanto, há três requisitos para poder renunciá-la, quais sejam: a) Requisito subjetivo; b) Requisito formal; e c) Requisito temporal, sendo este último o mais importante para este trabalho.

Pontue-se, ainda, ser desnecessária a homologação judicial do ato de renúncia da herança porque, em se tratando de um ato volitivo, baseado plenamente na autonomia privada, perfectibiliza-se pela simples manifestação de vontade do titular, bastando que se observe à forma escrita, solene e pública, para deflagrar a produção de efeitos (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 252).

O Requisito subjetivo compreende que a renúncia somente pode ser realizada por quem dispõe da plena capacidade civil e da legitimação sucessória. Quanto ao requisito formal, a renúncia “[...] depende de ato solene, a saber, escritura pública ou termo nos autos do inventário; petição manifestando a renúncia, com a promessa de assinatura do termo judicial, não produz efeitos sem que essa formalidade seja ultimada” (STJ, Ac. unân. 3ª T., Resp. 431.695/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 21.5.02, DJU 5.8.02, p. 399, in RSTJ 163:321).

Por fim, o requisito temporal se traduz na condição de que só é possível renunciar a herança após a abertura da sucessão, quando surgiria o direito hereditário para o titular (FARIAS; ROSENVALD, 2022). Assim, não restam dúvidas acerca da possibilidade de renunciar à herança. A discussão de quando isso pode ser feito, no entanto, será confrontado a seguir.

#### 4.3 DO PACTO SUCESSÓRIO OU PACTO CORVINA

A expressão “pacto sucessório” designa a convenção ou o contrato que tem por objeto a sucessão de um ou de ambos os contraentes (DELGADO, 2019). Para Conrado Paulino da Rosa (2022), os pactos sucessórios ou pacto corvina, podem, doutrinariamente, ser classificados em três espécies, conforme sua natureza: a) Renunciativos: Ou seja, quando se renuncia uma sucessão ainda não aberto; b) Designativos: quando se regula a sucessão do próprio pactuante; e c) Dispositivo: onde se dispõe de um eventual direito à herança.

Alerta o autor que todos esses, *a priori*, são proibidos no Brasil ante o disposto no artigo 426 do Código Civil de 2002 (ROSA, 2022). Acrescenta Mário Luiz Delgado uma quarta classificação, que seriam os pactos sobre a sucessão de um terceiro ou de *hereditate tertii*, que se refere aos atos bilaterais *inter vivos* efetuados entre dois interessados, acerca da sucessão de uma pessoa viva, que permanece estranha ao acordo celebrado. É o caso clássico da cessão de direitos hereditários celebrada pelo herdeiro com terceiro, enquanto vivo o autor da herança (DELGADO, 2019).

Nas palavras de Tito Rosas (1896, p. 41), pactos de sucessão são aqueles pelos quais “[...] alguém promete a outrem instituí-lo herdeiro, ou transfere a terceiro o direito de suceder. Enquanto pactos de não sucessão são aqueles pelos quais se renuncia a herança de uma pessoa viva ou renúncia à sucessão do outro”. Aqui trataremos com exclusividade dos pactos sucessórios renunciativos ou de não sucessão.

Antes disso, no entanto, cabe explicar a razão pela qual os pactos sucessórios são também chamados de pacto corvina. Para tanto, utilizaremos o ensinamento de José Fernando Simão (2005), que o faz nos seguintes termos,

O nome pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie corvídeos, especialmente àquelas do gênero *corvus*, de plumagem negra, encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul. O corvo é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto, necrófago. A analogia que se faz é justamente, relativa aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e ao objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morto para aqueles de quem a sucessão se trata. Assim, como os corvos, que esperam a morte de sua vítima para se alimentarem, os contratantes estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança. (SIMÃO, 2005, p. 47).

O nome causa estranheza aos brasileiros, talvez, pelo desconhecimento do animal a que se refere, eis que, como visto, não são encontrados no continente sul-americano.

#### **4.3.1 Do pacto sucessório renunciativo ou de não sucessão (*non succedendo*)**

A doutrina moderna entende não ser possível a validade do pacto sucessório, mesmo o renunciativo. De acordo com Gabriela Franco Maculan Assumpção (2019), não há dúvida de que essa renúncia configura uma disposição sobre herança de pessoa viva, que seria expressamente vedado pelo Código Civil. Além disso, para a autora, qualquer disposição que afastasse o cônjuge da qualidade de herdeiro feriria de forma

cabal o disposto no artigo 1.829 do mesmo diploma legal. Contudo, nem sempre foi assim.

Ainda no século XIX, o saudoso jurista Candido Mendes de Almeida (1870), mais especificamente no ano de 1870, conta que os juristas que organizaram as Ordenações Philippinas permitiam os pactos de *non succedendo*, desde que confirmados por juramento no Desembargo do Paço.

Os pactos – de non succedendo declara a mesma Ord. no par. 4º, que são confirmáveis por juramento. Mas como a Ord. do liv. 4 t. 73 proíbe os contratos jurados, o que só podia ser dispensado pelo Desembargo do Paço nos termos do par. 87 do seu Regimento, resulta que são hoje impossíveis esses pactos para não suceder, confirmáveis por juramento. A razão é que o Desembargo do Paço foi abolido pela L. de 22 de setembro de 1828, sem que se transmitisse para outra autoridade a atribuição de dispensar aquela Ord. liv. 4 tit. 73; dizendo o art. 7 da mesma Lei que, abolidas ficavam todas as atribuições do Tribunal extinto, que não iam especificadas. (ALMEIDA, 1870, p. 882).

O Desembargo do Paço<sup>15</sup> era o Tribunal Supremo, de relevância na monarquia portuguesa e antecessor histórico do Supremo Tribunal Federal. Fortificou-se em 1808 quando foi estabelecida a Mesa da Consciência e Ordens, composta pela estrutura do Desembargo do Paço e do Tribunal da Consciência e Ordens, órgão superior da administração judiciária que se instalou no Brasil com a vinda da corte portuguesa.

Ao Desembargo do Paço, competia dar licença para o juramento, licença essa necessária para a validade dos pactos de não sucessão. Infelizmente, ao nosso ver, como advento da lei de 22 de setembro de 1828, o Desembargo do Paço foi abolido sem dar tal atribuição a qualquer outro Tribunal, razão pela qual passou a não mais serem possíveis os pactos de não sucessão no nosso direito (ROSAS, 1896). No mesmo sentido está a explicação de Clóvis Beviláqua (1980):

Desaparecera a exceção, que as Ords. faziam a favor dos pactos renunciativos (de non succedendo), quando fossem jurados (Ord., 4, 70 par. 3º); porque se extinguiu o tribunal do desembaraço do paço, autoridade competente para permitir os contratos sob juramentos, e essa faculdade não foi concedida a outro qualquer órgão do poder público. (BEVILÁQUA, 1980, p. 203 – 204).

---

<sup>15</sup> Para mais informações sobre o Desembargo do Paço. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-abr-29/desembargo\\_paco\\_tribunal\\_supremo\\_portugues](https://www.conjur.com.br/2008-abr-29/desembargo_paco_tribunal_supremo_portugues) e <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/198-mesa-do-desembargo-do-paco> e <https://neamp.pucsp.br/organizacoes/mesa-do-desembargo-do-paco-e-da-consciencia-e-ordens>.

Dentre as justificativas que levaram os juristas a proibirem os pactos sucessórios, segundo Tito Rosas (1896, p. 42):

Eu estou certo de que os juristas que proibiram os pactos sucessórios de um modo tão expreso julgaram-se *conforma in totum* a pura doutrina romana, expressa de um modo muito claro em mais de um texto do velho direito dos *quirites*. Não é menos certo que eles estavam convencidos de prestar com isso um grande serviço à humanidade, pois consideravam tais contratos como imorais, atentatórios aos bons costumes, à honestidade pública.

Clóvis Beviláqua (1980, p. 204), se filiando aos juristas que proibiram os pactos sucessórios, este acreditava que a sucessão pactuada oferecia grandes inconvenientes, pois:

a) Determina o surto de sentimentos imorais, porque toma por base de suas combinações a morte da pessoa, de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (*de succedendo*), sejam renunciativos (*de non succedendo*). *Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*. b) Contraria o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do dispoente.

Apesar de tentar compreender as razões, Tito Rosas tinha pensamento antagônico, o qual nos filiamos, e pretendia demonstrar que aqueles que defendiam a impossibilidade dos pactos sucessórios estavam enganados, conforme observamos a forte declaração abaixo:

Eu pretendo, porém, mostrar que os velhos juristas estavam num doce engano d'alma ledo e cego, laboraram numa ilusão; pois que, nem a tradição ou antes o direito romano sanciona totalmente uma proibição absoluta, nem são procedentes ou outros motivos da proibição. E efetivamente fácil de provar que o interdito deve ser levantado, tanto mais quanto ele não se justifica diante das inconseqüências da lei (ROSAS, 1896, p. 43).

Ainda depois da emancipação política, o país continuou a se reger, durante algum tempo, pelas leis vindas de Portugal, especialmente as Ordenações Filipinas. Constitui o direito português, realmente, a mais importante fonte histórica do Direito de Família brasileiro (GOMES, 1976), como consta no capítulo 2. Os reflexos são ainda percebidos no Código Civil de 1916 e de 2002, que mantêm a proibição dos pactos sucessórios, respectivamente nos artigos 1.089 e 426, que assim determinam: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Enquanto vigente o Código Civil de 1916, os julgados se desenhavam pela impossibilidade de cessão de direitos hereditários quando vivos os transmitentes da herança, conforme exemplo de julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, datado de 1978:

Herança. Pessoa viva. Cessão. Art. 1.089 do CC. Ineficácia.

Não produzem efeitos as cessões de direitos hereditários feitas ainda quando vivos os transmitentes da herança, eis que o artigo 1.089 do CC é claro ao preceituar que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. – (2ª CC do TJPR, Ap. n. 978/77, v. un. em 13.12.1978, rel. Des. Vátel Pereira, RT-543/244).

Recentemente, já na vigência do Código Civil de 2002, que, reitera-se, manteve o dispositivo previsto no Códex anterior *ipsis literis*, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou, declarando nulos pactos antenupciais que contravenham disposição absoluta de lei. A título de exemplo, tem-se o julgado relatoria do Ministros Massami Uyeda de 2011:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido. (REsp 954567/PE - RECURSO ESPECIAL 2007/0098236-3 – Rel.: Ministro MASSAMI UYEDA - DJe 18.05.2011).

No mesmo viés cognitivo, outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, agora de relatoria do Ministro Raul Araújo em 2017:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM PROCESSO DE INVENTÁRIO. TRANSAÇÃO SOBRE HERANÇA FUTURA. NULIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973, o fato de o Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte recorrente, suficiente para decidir integralmente a

controvérsia. 2. Acórdão recorrido que manteve a nulidade de cessão de direitos hereditários em que os cessionários dispuseram de direitos a serem futuramente herdados, expondo motivadamente as razões pelas quais entendeu que o negócio jurídico em questão não dizia respeito a adiantamento de legítima, e sim de vedada transação envolvendo herança de pessoa viva. 3. A reforma do julgado demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. 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. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1341825 / SC AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2012/0184431-5 - Ministro RAUL ARAÚJO - 4a Turma - DJe 10.02.2017). (Grifo nosso).

Assim, no próximo tópico, analisaremos as premissas para proibição dos pactos renunciativos para compreendê-las e, em seguida, enfrentá-las.

#### 4.4 DAS PREMISSAS QUE BUSCAM JUSTIFICAR A PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS RENUNCIATIVOS

Movidos pelo propósito de investigar se as premissas estabelecidas pelo legislador e respaldadas pela doutrina majoritária para fundamentar a proibição legal da renúncia à herança no pacto antenupcial são válidas à luz do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, levando em consideração a importância de buscar a prevenção de conflitos como meio de concretizar o direito de acesso à justiça, conforme preconizado pela teoria de Mauro Cappelletti, este subcapítulo empenha-se em analisar as premissas defendidas e suas justificativas. No próximo tópico, submeteremos essas premissas a testes de refutação e falseamento, e caso não resistam, apresentaremos soluções provisórias para o problema. Tais soluções permanecerão válidas até serem refutadas de maneira similar.

A controvérsia fática-jurídica decorre da interpretação do artigo 426 do Código Civil de 2002, que proíbe qualquer convenção sobre a herança de pessoa viva e, aparentemente, veda os contratos rotulados de *pacta corvina*.

Embora o Direito brasileiro seja prolífero na previsão e regulação de mecanismos contratuais com vistas à comunicação patrimonial entre cônjuges e conviventes, e igualmente rico em figuras jurídicas destinadas a planejar a sucessão patrimonial do provedor da família, encarregando-se o

próprio legislador de forçar proteções sucessórias por meio de benefícios viduais, o ordenamento jurídico brasileiro é totalmente avesso e reticente quando trata de prever e de viabilizar pactos de sucessão (MADALENO, 2018, p. 31).

Para compreender essa aversão, vamos verificar se as quatro premissas de dedução válida são verdadeiras e se sustentam aos testes de falseabilidade.

#### **4.4.1 A contrariedade à honestidade pública e aos bons costumes**

A premissa inicial que será submetida a teste de falseamento é a contrariedade à honestidade pública e aos bons costumes da renúncia à herança no pacto antenupcial.

Em 1896, essa premissa foi apresentada por Tito Rosas como o “argumento clássico”, repetido por quase todos ou ao menos por todos aqueles contrários à renúncia à herança no pacto antenupcial. Explica o autor, que o argumento consiste em dizer que “[...] os pactos sucessórios implicam um *votum captanda mortis* constituem um *pactum corvinum* e conseqüentemente devem ser proibidos por serem contrários à honestidade pública e aos bons costumes” (ROSAS, 1896, p. 44).

Esse argumento teve grande força de persuasão no direito romano (L.4, Código de inútil, *Stipulat.* XVIII, 39) e exercitou notável influência no Código francês (E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile*, pag. 305. *in* ROSAS, 1896, p. 45). Ainda hoje, o paradigma que mantém cerrada a possibilidade de existência dos pactos sucessórios é, portanto, o ataque aos “bons costumes”. Então, cabe explicar de que maneira o pacto seria capaz de atingir esses bons costumes.

Para José Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2022), o sistema proíbe o pacto sobre bens relativos à futura sucessão pois, “[...] trata-se de comando que tem orientação ética no sentido de não admitir contratos que tenham por objeto bens que ainda não pertencem às partes” (MEDINA; ARAÚJO, 2022, p. 121).

Mais próximo da questão moral e ética, Nelson Rosenvald (2021) ensina que a formalização de um contrato de tal natureza geraria um clima de expectativa de óbito

entre os herdeiros, que, como corvos – recordando da nomenclatura apresentada: pacto corvina – aguardam ansiosamente pela transmissão da propriedade. No mesmo sentido, Conrado Paulino da Rosa (2022) indica que os pactos sucessórios, em essência, geram consequências prejudiciais, “[...] despertando sentimentos imorais, tais como o desejo da morte do autor da herança, podendo chegar ao extremo de uma tentação de atentar contra a sua vida” (ROSA, 2022, p. 56).

Lembra, ainda, assim como Tito Rosas, da tradição romana e da possibilidade de passar a especular sobre a morte eventual do autor da herança. No mesmo sentido, para J. M. Carvalho Santos (1951), esses contratos despertam sentimentos imorais como:

o desejo da morte da pessoa, a quem pertence o patrimônio visado no contrato, podendo mesmo, com o correr dos tempos, tornarem-se aqueles sentimentos em tentação para o crime, levando o interessado ao extremo da eliminação daquele de cuja herança se trata. Esses inconvenientes verificam-se em qualquer hipótese: quer se trate de pactos renunciativos (de non sucedendo), quer se trate de pactos aquisitivos (de sucedendo). (SANTOS, 1951, p. 192 – 193).

Portanto, a premissa consiste em dizer que o pacto antenupcial refletiria um desejo maligno dos eventuais herdeiros em anteciparem a morte do autor da herança e, por isso, estaria em contrariedade à honestidade e aos bons costumes. Essa é a primeira premissa que mais a frente será submetida a teste de falseamento.

#### **4.4.2 A privação em regular a própria herança**

O segundo argumento em defesa da proibição dos pactos sucessórios constitui-se na privação em regular a própria herança, argumento que atinge genericamente os pactos sucessórios e, muito embora, ao nosso entender, não ser um dos impeditivos da existência ao pacto renunciativo é também importante o seu enfrentamento.

Explica J. M. Carvalho Santos (1951) que os pactos sucessórios contrariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser essencialmente revogáveis, até o momento da morte do disponente. “Até a abertura da sucessão, os direitos dos herdeiros são meramente eventuais, pois o doador não

está impedido de dispor durante a sua vida de forma onerosa acerca dos seus bens para outra pessoa” (MADALENO, 2018, p. 34).

Para Nelson Rosenvald (2021, p. 464), “[...] restaria desnaturada a revogabilidade das disposições de última vontade, já que o contratante não poderia resilir unilateralmente o pacto, de forma que se privaria uma pessoa de regular sua própria sucessão”. De acordo com Conrado Paulino da Rosa (2022), a disposição e última vontade concedida ao testador é, de forma imprescindível, passível de mudança até o momento de sua morte. Dito de outra forma, os pactos sucessórios supostamente contrariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser essencialmente revogáveis, até o momento da morte do disponente.

Tendo em vista que essa premissa não alcança aos pactos sucessórios renunciativos ou de não sucessão, pois não haveria transferência de patrimônio ao renunciante que o impedisse de testar e atribuir sua última vontade ao patrimônio que sequer lhe pertence, esta não será submetida a teste, pois alcança tão somente os demais pactos sucessórios que não são objeto deste estudo.

#### **4.4.3 O objeto negociado e às disposições de ordem pública**

A segunda premissa a ser submetida a teste de falseamento compõe o objeto negociado e às disposições de ordem pública. O objeto negociado no pacto antenupcial que visa a renúncia à herança é a herança em si. Segundo Conrado Paulino da Rosa (2022) a herança só existe após a abertura da sucessão, ou seja, após a morte do detentor do patrimônio.

Por essa razão o objeto do negócio jurídico seria inexistente até que um dos contratantes viesse a falecer, em momento futuro e incerto e, por isso, tornaria o ato impraticável, ensejando sua conveniente proibição. Além disso, a renúncia a essa posição (de herdeiro) dependeria da abertura da sucessão. Sendo realizada antes de aberta a sucessão ofenderia norma cogente e seria o objeto seria impossível.

A despeito do objeto impossível, o pacto sucessório seria um ato nulo, uma vez que a prestação atentaria contra a ordem pública, conforme disposto no artigo 166, inciso

II do Código Civil, que determina ser nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminado seu objeto (ROSENVALD, 2021).

Nessa perspectiva,

os pactos sucessórios dariam margem, se tolerados, para ilidir as disposições legais, que em razão de interesse de ordem pública, reservam os direitos hereditários a determinadas pessoas, ou privam outras, no todo ou em parte, da faculdade de conseguir a herança de um defunto, por isso que aquele a quem a herança pertence poderia, com a liberalidade da convenção, desrespeitar a lei, tirando a herança, de quem por lei, não podia dela ficar privado, ou atribuindo-a a outros, que, por lei, nunca poderiam herdar (SANTOS, 1951, p. 194).

Assim, a premissa consiste em dizer que o objeto negociado – herança – seria impossível, eis que não aberta a sucessão e, por consequência, atentaria contra a ordem pública. Esse argumento será refutado nos próximos tópicos.

#### **4.4.4 Dever de mútua assistência entre os cônjuges**

A terceira premissa a ser submetida a teste de falseamento é oriunda da responsabilidade dos cônjuges em fornecer assistência após o fim do relacionamento.

O casamento estabelece deveres recíprocos entre os cônjuges em benefício da plena comunhão de vida inaugurada, ao menos formalmente. O artigo 1.566 do Código Civil determina que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, a vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos. Esses deveres compreendem em sua inversão direitos recíprocos entre os cônjuges, necessários para a que a relação matrimonial alcance sua plenitude e os objetivos por ela criados.

A mútua assistência, foco deste subcapítulo, compreende aspectos morais e materiais e “[...] impõe ao cônjuge a prestação daquilo que o outro precisa para viver, ganhando concretude, sem dúvida, através do pensionamento alimentar” (CHAVES; ROSENVALD, 2016, p. 284). Seria a mútua assistência, portanto, um dos meios de materialização da solidariedade, objetivo constitucional imposto no artigo 3º da Carta Magna.

No contexto da possibilidade de renúncia à herança entre os cônjuges pelo uso do pacto antenupcial, surge a preocupação acerca da efetiva proteção ao cônjuge sobrevivente para afastá-lo do desamparo financeiro. Essa preocupação é ampliada, principalmente, a depender do regime de bens adotados pelo casal, que pode beneficiar ou não o cônjuge sobrevivente ao término do relacionamento, seja pelo divórcio ou pela morte.

O dever de mútua assistência “[...] se projeta para após o fim do vínculo conjugal e, por isso, não se confunde com o mero sustento do lar conjugal, o qual finda com o término do relacionamento” (FIGUEIREDO, 2023, p. 323). Por essa razão, é pertinente a preocupação de alguns doutrinadores com a renúncia da herança no pacto antenupcial.

Vale ressaltar, a assistência fornecida por um dos cônjuges ao final do casamento se concretiza, como visto, pela via dos alimentos que indiscutivelmente não podem ser renunciados. No entanto, como veremos mais a frente, esse é outro argumento que pode e deve ser superado sem que haja prejuízos ao cônjuge sobrevivente.

#### 4.5 TESTES DE FALSEAMENTO: REFUTAÇÃO DAS PREMISSAS QUE IMPEDEM A RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL

Apresentadas as três premissas, passamos a submetê-las a testes de falseamento para verificar se as soluções provisórias defendidas pelo legislador e pela doutrina majoritária que impedem à renúncia à herança no pacto antenupcial resistem ao emprego dos critérios racionais que serão postos à análise.

Além disso, é importante lembrar que a supremacia e a unidade da Constituição Federal exigem que as normas de direito privado sejam submetidas a um permanente processo de filtragem, que obriga o civilista a adotar uma postura antropocêntrica e emancipatória (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 39).

##### **4.5.1 Refutando a premissa de que os pactos sucessórios são contrários à honestidade pública e aos bons costumes**

A primeira premissa a ser submetida a teste de falseamento, qualificada como o argumento clássico, é a contrariedade à honestidade pública e aos bons costumes da renúncia à herança no pacto antenupcial.

Em síntese, afirmam os defensores da proibição dos pactos sucessórios que estes são contrários à honestidade pública e aos bons costumes por despertar sentimentos ruins, que especulam e anseiam pelo falecimento do autor da herança e, por essa razão, devem ser proibidos. O objetivo deste subcapítulo, no entanto, é verificar se essa premissa resiste à argumentos sólidos e contundentes, que nos fazem refletir sobre a realidade do ordenamento jurídico no cotidiano das pessoas e à prevenção dos conflitos sucessórios.

Como é sabido, o direito romano, que também influenciou o direito brasileiro, sempre apresentou certa aversão pelos pactos sucessórios, perceptíveis pelo formalismo exagerado de seu direito, em razão do hábito quase cotidiano dos habitantes da antiga Roma de tirarem a vida pelo veneno e outros meios atrozes às pessoas a quem tinham esperanças de suceder.

Mesmo assim, apesar das suas fortes razões ao tempo e de todo seu rigorismo, o direito romano admitiu casos notáveis em que se podia pactuar sobre uma sucessão futura (ROSAS, 1986). Portanto, nos parece que os doutrinadores que defendem a proibição dos pactos sucessórios sem qualquer exceção caíram em uma grande armadilha que diferencia e distancia o mundo acadêmico do mundo real.

Desgastado com a justificativa para manutenção da impossibilidade de se exercer a autonomia por meio dos pactos sucessórios, Tito Rosas (1896), além de não a compreender, faz um apelo ao legislador ao expor seu pensamento, senão vejamos:

[...] não compreendo as leis que permitem aos indivíduos venderem tudo o que tem durante a sua vida; gastarem o patrimônio de seus filhos mesmo no jogo ou em outros vícios, proibindo-lhes que disponham livremente de seus bens para depois da sua morte. Que a lei seja ao menos consequente. Se não admite que quem tem herdeiros necessários possa dispor de todos os seus bens para depois da sua morte, não permita que durante a vida, o patrimônio possa ser destruído em detrimento desses mesmos herdeiros. (ROSAS, 1896, p. 43).

Para o autor, há uma inconsequência palmar na norma que a torna inconsequente e injustificável, caracterizada por ser uma criação artificial que não tem base nos sons

princípios da filosofia (ROSAS, 1896). No mesmo viés, Araken de Assis (2007) coloca em xeque as razões pelas quais ainda subsistem justificativas técnicas, econômicas e sociais, proibindo os pactos sucessórios.

Fato é que, assim como disse Antoine-Laurent de Lavoisier que na natureza, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma, a morte de uma pessoa é uma fatalidade da existência humana e que naturalmente vai ser aproveitada pelas outras pessoas que permanecem vivas. Isso ocorre não somente na existência humana, mas em toda existência animal e esse fato deve ser comemorado, deve ser entendido como algo confortante que tira a inutilidade da morte e coloca-se um proveito marcante a ela.

Na sociedade brasileira, contudo, falar em morte foi, e ainda é, algo de extrema dificuldade, como bem explicitam Jose Francisco Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 215).

O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para “afastar maus fluidos e más agruras”(…) Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, atraem o azar.

É possível afirmar, com reduzida chance de equívoco, que o povo brasileiro não se prepara para a morte. Ainda assim, paradoxalmente, com ou sem pactos sucessórios é pertinente a indagação de Tito Rosas, quando assim questiona: *Quantos votum captandae mortis se faz todos os dias sem a necessidade dos pactos sucessórios?* Indo além, refutando que os pactos sucessórios sejam proibidos por serem contrários aos bons costumes e a honestidade pública por conterem um *votum alicujus mortis*, seria necessário considerar como contrárias aos bons costumes todas as convenções feitas na previsão da morte de alguém?

Quanto a primeira indagação, é importante lembrar a existência da legítima no direito sucessório brasileiro. A legítima representa parcela de 50% da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários, ou seja, é uma garantia elementar de ordem patrimonial estabelecida em favor de um núcleo familiar básico,

arrefecendo a dimensão absoluta da livre disposição do direito de propriedade (FARIAS; ROSENVALD, 2022).

Nesse sentido, não é possível auferir se o herdeiro legítimo de um indivíduo deseja que o autor da herança venha a falecer, mas comum verificarmos o degradante fato de herdeiros que tentam apressar a morte da pessoa que deva suceder, ainda que, por exemplo, com ações de interdição infundadas, com o único objetivo de deter o patrimônio. Nesse caso, é no mínimo curioso para aqueles que sustentam a sucessão legítima se manifestarem contrariamente aos pactos sucessórios, que perde sua razão de ser entre os coerdeiros (ROSAS, 1986).

Em resposta ao segundo questionamento, importante refletir sobre os outros meios de convenções feitos a partir da morte do autor da herança. Para Conrado Paulino da Rosa (2022, p. 57), há um “[...] evidente descompasso da vedação do art. 426 do Código Civil – sobretudo com base nos bons costumes – com o ordenamento jurídico atual, que permite amplamente negócios jurídicos embasados na morte”. Afinal:

Há diversas situações em que o evento morte não só é admitido, mas expressamente previsto na legislação como circunstância que determina a eficácia do negócio jurídico, como na substituição fideicomissária, da doação com cláusula de reversão, do usufruto por si só ou clausulado com o direito de acrescer. Essa admissão da “esperança de morte” por parte do ordenamento jurídico demonstra uma incoerência do *votum alicujus mortis* como fundamento principal da vedação dos contratos de herança futura, questionando o sistema proibitivo (ROSA, 2022, p. 57).

A principal esperança pela morte prevista no ordenamento jurídico e mais cotidiana é a contratação do seguro de vida. O contrato de seguro de vida é hipótese clara de estipulação em favor de terceiro, consubstanciada em negócio jurídico pelo qual se beneficia alguém, em razão da morte de outrem (sinistro), por meio do contrato de risco (aleatório) (FARIAS; ROSENVALD, 2022).

Ademais, note-se que os beneficiários do seguro de vida (indicados pelo segurado no negócio celebrado) não são, necessariamente, os seus herdeiros legítimos. É perfeitamente possível, portanto, que o beneficiário de um seguro de vida não mantenha qualquer vínculo familiar com o titular do negócio jurídico. E, com isso, nota-se que a indenização decorrente de seguro de vida seja paga a pessoas entranhas à sucessão legítima do falecido, sem qualquer benefício para os seus herdeiros previstos em lei. (Rosenvald, Farias, 2022, p.44).

É, no mínimo, tentador receber o prêmio pelo falecimento de outra pessoa. Uma verdadeira afronta aos bons costumes e à honestidade pública de acordo com aqueles que defendem a proibição do pacto sucessório. Há, portanto, uma inegável verdadeira contradição.

Outra possibilidade do autor da herança, previsto pelo ordenamento jurídico, é a partilha em vida pelo ascendente, por ato entre vivos (art. 2.018 do CC), desde que o doador estipule direito real de usufruto sobre renda suficiente para sua subsistência (art. 548 do CC). “Há uma transferência antecipada de patrimônio que dispensa o futuro inventário. A divisão patrimonial produz efeitos imediatos sob a forma de escritura de doação, respeitando as legítimas dos herdeiros necessários” (ROSENVALD, 2021, p. 453).

Se no primeiro caso pode existir um desejo da morte do proprietário do bem, nesse caso, como consequência da antecipação da herança, o autor passa a ser uma pessoa indiferente aos olhos de seus familiares, que nada mais tem de valor, podendo ter como consequência um abandono afetivo daqueles que se interessavam tão somente pelos valores que poderiam receber.

Além dessas, lembra Mario Luiz Delgado (2019) que, no âmbito empresarial, há a hipótese da sucessão das quotas sociais, ou seja, “[...] a possibilidade de o contrato social regular o modo como se dará o ingresso do herdeiro do sócio quotista na sociedade, ou mesmo a forma como ocorrerá o pagamento dos haveres quando o ingresso não é admitido” (DELGADO, 2019, p. 14). Nesse ponto, é possível verificar uma ampla margem de autonomia privada na disciplina da sucessão das quotas sociais, o que configura certamente a exceção ao princípio genérico previsto no artigo 426 do Código Civil.

Constata-se, portanto, que são diversas as exceções já amplamente consagradas pelo ordenamento jurídico brasileiro que se sobrepõem à regra da vedação dos pactos sucessórios, o que nos autoriza a questionar se aquelas razões de ordem moral, as quais criariam uma verdadeira expectativa de morte da pessoa, ainda permanecem de forma indiscriminada no Direito brasileiro (DELGADO, 2019).

Concluem Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva (2016, p. 192) ao prescreverem que “[...] o pacto renunciativo não atrai a esperança de morte

daquele cuja sucessão se trata. Ao revés, os herdeiros permanecem os mesmos, com exceção do cônjuge, que muito mais preferirá a vida do que a morte de seu consorte”. Portanto, pode-se concluir, com tranquilidade, que no direito moderno não tem mais razão de ser a proibição dos pactos sucessórios.

Concluimos que, em razão de uma evidente contradição presente no ordenamento jurídico pátrio, que possibilita inúmeras maneiras de dispor do patrimônio, condicionando ao fim da vida, o argumento de que os pactos sucessórios são contrários à honestidade pública e aos bons costumes não resistiram aos testes de falseabilidade, impondo necessária proposta de solução provisória, as quais serão delineadas no capítulo 5 desta dissertação.

#### **4.5.2 Refutando a premissa do objeto negociado e o momento de renunciar à herança**

A segunda premissa a ser submetida ao teste de falseamento consiste na argumentação de que o objeto negociado – a herança – é impossível, uma vez que a sucessão não está aberta no momento da realização do negócio jurídico do pacto antenupcial. Isso resultaria na alegação de violação de norma de ordem pública.

O raciocínio adotado pelos defensores da proibição do pacto sucessório se resume ao fato de que o objeto negociado é a "herança" e que esta só existe após a abertura da sucessão. Portanto, argumentam que o objeto do contrato (pacto antenupcial) seria inexistente. Em outras palavras, a condição para renunciar à herança seria a abertura da sucessão. Contudo, essa abordagem implica no esvaziamento do propósito de efetivar a autonomia e o planejamento sucessório, uma vez que o autor da herança e seus herdeiros não teriam qualquer garantia de que as promessas feitas em vida seriam cumpridas.

Apesar disso, não há dúvidas de que o Direito Sucessório é alcançado pela autonomia patrimonial dos membros da família e que qualquer herdeiro pode renunciar à herança ou ao legado. Assim:

Um primeiro ponto é que a referência a “contrato” permite inferir que a renúncia à herança estaria permitida no Direito brasileiro, já que renúncia é ato unilateral de vontade, arbitrário, emanado dos poderes dispositivos de quem é sujeito de um direito legalmente reconhecido. Manifestação de

vontade livre e espontânea de dispor de um direito que é seu. Não existe qualquer restrição à renúncia de direitos futuros. Quando o Código Civil quis proibir a renúncia a direito futuro, ele o fez expressamente, como no caso do art. 556, que proíbe ao doador renunciar antecipadamente ao direito (futuro) de revogar a doação por ingratidão. Ora, se fosse ínsito ao sistema a impossibilidade de renúncia a direito futuro, a proibição do art. 556 seria despropositada. O art. 424 do Código Civil é igualmente claro a esse respeito: “[n]os contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Em muitas situações além dessas, é verdade, há vedações à renúncia de direito futuro, mas o fato é que a regra é a sua renunciabilidade, assim como a possibilidade de renúncia à expectativa de um direito. (DELGADO, 2019, p. 10).

Para Mario Luiz Delgado (2019), da dicção do art. 1.808 do Código Civil, não obstante que se tratando de renúncia à herança proíba que ela se restrinja a bens determinados ou à parte do acervo hereditário, na visão do autor essa mesma regra não proíbe que a renúncia se faça previamente, antes da abertura da sucessão.

Quando o legislador quis proibir os pactos dispositivos ou de “*hereditate tertii*”, ele também o fez expressamente. Assim é que o art. 1.793 proíbe a cessão de direitos hereditários antes da abertura da sucessão. Contudo, não há nenhuma disposição que proíba, por exemplo, a renúncia a direitos hereditários antes da abertura da sucessão. (DELGADO, 2019, p. 18).

Sob o mesmo prisma, encontra-se o pensamento de Tito Rosas (1896), pois, segundo ele, proibir os pactos sucessórios sob o pretexto de que eles tratam de coisas futuras, ao mesmo tempo em que se permite a contratação sobre bens que ainda não existem, como por exemplo, sacas de café que sequer foram cultivadas, seria um verdadeiro contrassenso. O autor supracitado desconhece as razões pelas quais é permitido contratar sob condição ou a termo, mas não compreende por que, na visão do legislador, os pactos sucessórios tornariam a propriedade mais incerta do que outros contratos similares.

Para Daniel Bucar (*In* TEIXEIRA; RODRIGUES, 2020, p. 352), nem todos os pactos sucessórios estariam na vedação legal, pois seria possível observar a inócência da proibição funcionalizada, principalmente no pacto sucessório renunciativo (*non succedendo*) ou seja, “[...] a possibilidade de um herdeiro, durante a vida do autor da herança despir-se de tal posição, conforme acordo entre estas partes”.

Em sentido mais restrito, compondo não a renúncia da herança em si, mas a renúncia ao direito de concorrer à herança com ascendentes e descendentes, Rolf Madaleno (2018, p. 48) é assertivo em defender essa possibilidade, pois:

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

Inferimos que as premissas quanto ao objeto negociado e o momento da renúncia tampouco resistiram aos argumentos que compõem o teste de falseabilidade. Acerca do momento da renúncia, não há, na lei, uma proibição ou uma marcação de quando se pode renunciar à herança pelo que se depreende do artigo 1.808 do Código Civil.

Quanto ao objeto negociado, mais uma vez, caem em contradição o legislador e a doutrina majoritária, eis que ainda que a sucessão não tenha sido aberta, não se trata de bem impossível, afinal, o ordenamento jurídico permite a negociação de coisas que ainda não existem e também podem não existir. Outrossim, sob uma diferente perspectiva, seria possível ainda renunciar tão somente o direito concorrencial, cujo resultado prático, quando da existência de ascendentes e descendentes do *de cujus* é muito semelhante e, nesse caso, não se estaria afrontando o artigo 426 do Código Civil.

#### **4.5.3 Refutando a premissa do dever de mútua assistência entre os cônjuges**

Por fim, a terceira premissa a ser submetida a teste de falseamento cinge-se na análise do dever de mútua assistência entre os cônjuges e se isso seria suficiente para impedir a renúncia à herança no pacto antenupcial, em razão do suposto risco de um dos cônjuges ficar desamparado financeiramente com o falecimento do outro.

Inicialmente, precisamos esclarecer que o risco de um ou dos dois cônjuges ficar desamparado existe e sempre irá existir, tendo sido realizado a renúncia à herança ou não. A saúde financeira de uma família pode sofrer grandes perdas durante o casamento ou, como muitas vezes acontece, no seu final.

Os processos judiciais de divórcio e de inventário por muitas vezes corroem o patrimônio da família em razão da falta de planejamento e equilíbrio para lidar com a controvérsia. O risco de desamparo financeiro no mundo capitalista é parte inegociável da vida. Contudo, para os mais afortunados financeiramente é importante realizar uma análise das consequências da renúncia à herança no pacto antenupcial.

De fato, o instituto que rege a materialização do dever de mútua assistência são os alimentos. Em caso de divórcio, independente do regime de bens, é possível ao cônjuge menos afortunado requerer judicialmente uma pensão alimentícia para reinserir-se no mercado de trabalho e/ou readquirir autonomia patrimonial e, quando isso não for possível, a depender do caso concreto, seria possível ainda a fixação de pensão por tempo determinado.

Ainda que seja fixada uma pensão alimentícia, tampouco é garantia de que a vida financeira do alimentado estará resguardada, afinal, caso a capacidade do alimentante para arcar com as custas da pensão diminuir, conseqüentemente, o valor dos alimentos também se diminuirá.

Quanto a situação do cônjuge viúvo, não há vínculo algum que garanta sua assistência em caso de renúncia à herança. Há um verdadeiro risco com o falecimento do cônjuge mais bem afortunado. Contudo, o direito de meação também não é afetado pela renúncia à herança, o que, a depender do caso, pode ser suficiente para a subsistência do cônjuge sobrevivente, ainda que haja uma mudança de estado econômico.

A situação de maior risco seria aquela em que o regime de bens fosse o da separação convencional ou obrigatória que, atrelado à renúncia à herança, pode colocar o cônjuge sobrevivente em uma posição financeira mais difícil.

Contudo, o próprio pacto antenupcial pode salvaguardar o cônjuge menos favorecido. Como apontado no capítulo 2.4 deste estudo, o pacto antenupcial vai muito além de

definir o regime de bens a ser adotado pelos nubentes. Nesse ponto, entendemos que é possível fixar no pacto antenupcial o valor de alimentos e o tempo de limitação. No mesmo sentido, é possível incluir uma obrigatoriedade no uso de determinado valor para o cônjuge sobrevivente, independente de quem receber a herança.

A conclusão de que o dever de mútua assistência deve afastar a possibilidade de renunciar a herança no pacto antenupcial é inaceitável. O dever de mútua assistência origina-se no Direito de Família e este, sim, não pode ser renunciado. O pacto antenupcial, por outro lado, efetiva a autonomia das partes, que podem acordar ou não a renúncia à herança e assumir os riscos advindos dela.

Além disso, no próprio pacto, pode a parte buscar um regime de bens que a proteja, como a comunhão universal e a comunhão parcial de bens, ou ainda um regime misto. Ou seja, contrariamente ao que alegam a sua proibição, o próprio pacto antenupcial é capaz de proteger o cônjuge sobrevivente e impedir que ele fique desamparado.

## 5. A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DOS PACTOS RENUNCIATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO.

No capítulo anterior, foram submetidas a teste de falseamento as premissas fixadas pelo legislador e defendidas pela doutrina majoritária para sustentar a vedação legal à renúncia à herança no pacto antenupcial, considerando a necessidade de se buscar a prevenção dos conflitos como forma de efetivação do direito de acesso à justiça.

Da análise das premissas, resultou que as premissas não se sustentam e as razões para a impossibilidade de existência dos pactos sucessórios no Brasil se mostram ultrapassadas e em descompasso com os preceitos constitucionais de liberdade, autonomia, planejamento familiar e prevenção de conflitos. Diante disso, passamos a propor novas conjecturas ao instituto do pacto antenupcial no ordenamento jurídico brasileiro.

No subcapítulo 2.5.3, verificamos que foram impostas, nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 233), “[...] terríveis limitações [...]” pela lei em sede de direito sucessório para a proteção financeira ao cônjuge supérstite, de modo exagerado, como explica Rolf Madaleno (2018):

O atual legislador optou por mudar a dinâmica do direito sucessório vigente e decidiu ampliar o chamamento dos descendentes e dos ascendentes, que passariam a concorrer com o cônjuge ou convivente sobrevivente, concedendo sem a menor sombra de dúvida um direito de visível conotação protetiva, projetado para prestar assistência financeira incidente em momento posterior ao término da vida em comum quando ceifada pela morte de um dos cônjuges. Não fosse a legislação em vigor especialmente moldada para dispor o cônjuge sobrevivente em uma redoma de proteção patrimonial e de cunho nitidamente assistencial, descendentes ou ascendentes quase sempre presentes na vocação hereditária tornariam bastante distante a expectativa sucessória do consorte que só é chamado como herdeiro na terceira classe sucessível. Portanto, a qualificação dos bens, se privados ou comuns, tem transcendência significativa apenas no direito concorrencial, nunca a despeito do direito hereditário do cônjuge ou convivente sobrevivente quando chamado diretamente à herança, por ausentes os herdeiros necessários descendentes e ascendentes. (MADALENO, 2018, p. 11).

Com isso, o Código Civil de 2002 trouxe enorme rigidez ao direito sucessório e, por isso, passou a ser questionado com maior frequência, como explica Conrado Paulino da Rosa (2022).

A rigidez – com a autonomia restrita a ser exercida na parte disponível – do sistema sucessório brasileiro está em descompasso com a sociedade contemporânea, o que torna necessário a análise de uma adequação do

direito das sucessões às exigências sociais. Questiona-se se não estaria no momento de se verificar a justificação de sua vedação completa, ou se seria o caso de se admitir alguma exceção. Os fundamentos da doutrina para justificar o art. 426 do CC podem estar em desacordo com a sociedade e com a legislação sucessória brasileira. Resta pacífico que sua vedação é um dogma do direito romano, que poderia ter sido flexibilizado na redação do Código Civil de 2002, mas como se percebe, não ocorreram maiores debates entre os civilistas. (ROSA, 2022, p. 60).

Os pactos sucessórios podem, muito bem, se conciliar com o sistema de sucessão legítima, afinal, a prévia abdicação ao direito de herança não traz benefício algum ao herdeiro renunciante, tão pouco apresenta sentimento odioso e imoral.

É imperioso concluir que nada realmente se apresenta como odioso ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem eventuais heranças conjugais. Primeiro, porque o próprio regime da separação de bens tem o inequívoco propósito de afastar a comunhão de bens, e, em efeito muito mais próximo dos cônjuges, em realidade mediato, porquanto incidente sobre a meação dos bens construídos diariamente na constância do casamento, representando a renúncia de futura e incerta herança uma simples extensão deste incontroverso escopo de separar os bens particulares de cada cônjuge, quanto mais a abdicação de uma herança ainda remota, e de mera especulação, mais ela ficaria condicionada a um sem-número de futuras circunstâncias fáticas que a tornam muito mais remota do que seria a meação (MADALENO, 2018, p. 36).

Apesar disso, hoje, a única maneira negocial de operar a transmissão de todo um patrimônio é o negócio jurídico unilateral *mortis causa* do testamento, que, no entanto, por se tratar de negócio unilateral, poderá ser revogado a qualquer tempo, prevalecendo as derradeiras disposições do testador (ROSENVALD, 2021). Fato é que os pactos matrimoniais são projetados para momentos de crise e de ruptura conjugal, que podem suceder em vida ou inevitavelmente pela morte (MADALENO, 2018).

Partindo da premissa de que somos movidos por meio de conflitos e que estes estão a todo tempo presentes em nossas vidas, faz parte da gestão do conflito trabalhar a sua prevenção, incluindo nesta, criar caminhos para que o conflito não se expanda. Nas palavras de Tricia Navarro Xavier Cabral, “[...] todos os esforços devem ser direcionados para a adequada gestão e resolução dos conflitos, tanto na esfera pública como privada” (CABRAL, 2021, p. 261).

Muito embora tenhamos vivido uma evolução legislativa para o tratamento adequado de conflitos, pouco se notou quanto à prevenção. Por isso, é preciso pensar em novos caminhos, não só para a resolução desses conflitos, mas, principalmente, para fazer com que eles deixem de existir, pois o direito busca viabilizar a vida em sociedade (MONTEIRO; SILVA, 2013).

Por isso, passaremos a analisar possíveis novos caminhos a serem percorridos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário para prevenir os conflitos sucessórios e efetivar o acesso à justiça.

### 5.1 SOLUÇÕES A PARTIR DO PODER LEGISLATIVO

Com o intuito de prevenir conflitos sucessórios no contexto da possibilidade de se renunciar a herança no pacto antenupcial, nos parece que o caminho ideal, em consonância com o Estado Democrático de Direito, seja dado a partir de uma reforma legislativa. Como bem assevera Conrado Paulino da Rosa (2022, p. 62):

Em nosso sentir, ausente alteração legislativa, não se mostra juridicamente possível a renúncia antecipada de direitos hereditários, ainda mais em relação aos cônjuges. Isso porque, de forma bastante clara, nosso ordenamento jurídico elevou o esposo supérstite ao status de herdeiro necessário, sendo imperiosa a reserva da legítima em seu favor. Dessa forma, não se trata de direito disponível passível de renúncia entre os cônjuges.

O Direito de Família e o Direito das Sucessões devem, contudo, proteger a autonomia da vontade, por meio de uma menor interferência do Estado para conferir maior amplitude a esse exercício nas relações familiares (ASSUMPÇÃO, 2019), pois no seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência e as consequências no seu fim (PEREIRA, 2012). Ocorre que o Direito Sucessório “[...] ainda se encontra lento, para não dizer inerte, sem tantas opções para o exercício da autonomia, de modo em que ainda se encontra distante das atuais necessidades da sociedade” (SILVA, 2022, p. 42/43).

A falta de autonomia gera a desorganização e a falta de controle dos cônjuges sobre o que é de quem e, quando em momentos de fim de relacionamento, seja por divórcio ou pelo falecimento, tenha por consequência grandes incertezas atreladas às

emoções negativas. A legislação nunca privou aos cônjuges, ainda que estáveis emocionalmente de firmarem acordos, como pontua Rolf Madaleno (2018, p. 43),

Toda a intervenção estatal, jamais os consortes foram impedidos de organizarem suas relações pessoais e econômicas, como melhor lhes aprouvesse, materializando suas vontades por acordos de separação, divórcio e dissolução de união estável, sempre em momentos de colapso e de ruptura conjugal presentes sentimento de insegurança ou de euforia matrimonial, sem que fossem empecilhos para a homologação ou a escrituração das rupturas oficiais.

No entanto, são nesses momentos de instabilidade emocional, colapso e de ruptura conjugal que asseverou Madaleno, que os conflitos são potencialmente ampliados e, por isso, se justifica a utilização do pacto antenupcial como forma de planejamento sucessório para prevenir conflitos. Apesar disso, a utilização do pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório possui ampla carência de discussão doutrinária (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019). Contudo, é importante apresentarmos, ante às frágeis concepções do legislador e da doutrina majoritária, soluções provisórias para o problema.

### **5.1.1 Da proposta de alteração legislativa do artigo 1.829 do código civil de 2002**

Depreende-se do Livro V – Do Direito das Sucessões, Título II – Da Sucessão Legítima, Capítulo I – Da Ordem de Vocação Hereditária, que de acordo com o artigo 1.829, a sucessão legítima defere-se na seguinte ordem, *in legis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Veja-se, portanto, que o Código Civil de 2002 posicionou o cônjuge como concorrente na sucessão ao lado dos descendentes e, na falta destes, dos ascendentes. Sendo que apenas não concorre com os descendentes se casado com o cônjuge falecido no regime da comunhão universal de bens, pois não haveria bens particulares, ou no regime da separação obrigatória de bens ou, ainda, se no regime da comunhão parcial de bens o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Ao nosso ver, o modo mais simples para acabar com o problema da falta de autonomia no planejamento sucessório e reduzir a intervenção estatal, se daria por meio da inclusão no rol de exceções à concorrência do cônjuge sobrevivente, se este for casado no regime da separação convencional de bens.

Afinal, se os cônjuges não querem dividir seu patrimônio em vida, certamente com o falecimento também optariam por deixar com os demais herdeiros. Ainda que não seja o caso, persiste a possibilidade de os cônjuges promoverem testamento deixando a parte disponível para o cônjuge sobrevivente em caso de morte.

Portanto, propõe que a redação do inciso I do artigo 1.829 passe a ser a seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; ou ainda no regime da separação convencional de bens.

Podemos submeter a proposta a teste de falseamento assim como fizemos com os argumentos defendidos. Nesse caso, entendemos que a proposta resiste ao interesse da efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, eis que sequer se entraria no mérito de estar-se renunciando à herança, mas, sim, deixaria evidente a possibilidade de os cônjuges decidirem seu futuro, mantendo-se, nesse caso, paradoxalmente, a vedação à renúncia à herança.

### **5.1.2 Da proposta de alteração legislativa do artigo 426 do código civil de 2002**

Outra proposta de alteração legislativa teria como alvo o artigo 426 do Código Civil, situado no Título V – Dos Contratos em Geral, Capítulo I – Disposições Gerais, Seção

I – Preliminares, que assim prevê: Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. A proposta inicial seria de revogar integralmente esse artigo e dar ao autor da herança plena autonomia sobre seu patrimônio. Ocorre que essa proposta peca em seu excesso e em consequências que podem, ao invés de diminuir os conflitos, aumentá-los em razão da extensão da sua abrangência à herança de pessoa viva, o que iria na contramão do que se perquiri aqui.

Em razão disso, visando exclusivamente a possibilidade de se realizar pactos sucessórios renunciativos ou de não sucessão, a proposta seria a criação de uma exceção à impossibilidade de a herança ser objeto de contrato de pessoa viva, de modo que permitisse aos cônjuges conciliarem seus interesses econômicos e existenciais, utilizando dos pactos sucessórios para concretizar e projetar seus interesses e seus direitos, ainda que as cláusulas tivessem seus efeitos condicionados para depois da existência física da pessoa.

Nesse sentido, se propõe ao legislador que crie um parágrafo ao artigo 426 do Código Civil, apontando uma exceção aos pactos antenupciais para que seja permitida a renúncia à herança do cônjuge. Testando a sugestão apresentada, com a criação de uma exceção à regra, todos os argumentos vinculados ao descumprimento do ordenamento jurídico seriam superados.

Uma outra linha de raciocínio que vale ser apresentada sinteticamente, ainda que não reflita uma alteração legislativa, é a interpretação dada por Mario Luiz Delgado (2019) ao artigo 426 do Código Civil, uma vez que, para ele, os pactos sucessórios já são permitidos na legislação vigente. Senão vejamos:

Reforça esse entendimento a supressão do § 2º do art. 300 do Projeto Primitivo do Código Civil de 1916. Isso porque havia entendimento, capitaneado por Clóvis Beviláqua, no sentido de que era necessário consignar regra específica proibindo disposição em pacto antenupcial que alterasse a ordem a vocação hereditária. Ora, se o fez, foi porque entendia que a regra geral da proibição dos pactos sucessórios (antigo art. 1.089, atual art. 426) não abrangeria essa hipótese ou haveria, ao menos, uma dúvida razoável sobre a questão. Portanto, a supressão do referido § 2º representou, na prática, uma maior autonomia privada conferida aos pactos antenupciais, inclusive no que toca ao direito sucessório. (DELGADO, 2019, p. 17 – 18).

Contudo, por ser a compreensão do autor supracitado veementemente minoritária, é que se propõe o acréscimo de um parágrafo ao artigo 426 do Código Civil, apontando

uma exceção aos pactos antenupciais para que seja permitida a renúncia à herança do cônjuge.

## 5.2 SOLUÇÃO A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO

O Direito sucessório brasileiro tem sua legislação praticamente inalterada desde o Código Civil de 1916, ou seja, mais de 100 anos. Por essa razão, não podemos ser ingênuos e esperar que o Legislativo se preocupará e modificará rapidamente essa realidade. Por isso, na omissão ou demora do legislativo, é preciso recorrer ao Poder Judiciário.

O Estado Democrático de Direito é por essência um agente de transformação social, tendo por função precípua a concretização dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. (SILVA, 1992).

Ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorridas, ainda marcadamente, dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos (SARLET, 2018).

A seu turno, ao inserir a pessoa como valor maior, fim e fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana se anuncia como o seu elemento estruturante, verdadeiro manancial de direitos fundamentais, podendo ser esmiuçada na incondicional proteção da integridade psicofísica da pessoa, bem como em sua liberdade, igualdade e solidariedade perante os demais membros da comunidade (FARIAS; ROSENVALD, 2016), assim, os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica (SARLET, 2018).

É preciso, portanto, que o Poder Judiciário garanta o direito aos cidadãos a partir dos valores constitucionais, no caso concreto, a intervenção mínima, autonomia, liberdade, e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Ainda que minoritariamente, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou quanto à validade do pacto sucessório renunciativo em julgamento do Recurso Especial n. 992.749/MS, notadamente da 3ª Turma, de lavra da Ministra Nancy Andrighi, que provocou grande polêmica no Direito Sucessório, por se tratar de suposta decisão *contra legem*. Vejamos a Ementa do julgado:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - [...] - Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. - Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. [...] - O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

Veja-se que, nesse caso, o regime de bens escolhido e vigente no casamento era o de separação absoluta de bens. A ministra relatora proferiu decisão com fulcro em sua interpretação, segundo a qual o cônjuge não deveria concorrer com os descendentes. Em outras palavras, a Ministra aplicou interpretação extensiva à regra do art. 1.829 da legislação civil, entendendo que se tratava de regime de bens adotado à semelhança ao da separação obrigatória de bens. Ocorre que, muito embora

sejamos adeptos a esse entendimento, este não é um posicionamento pacífico nem na doutrina, nem na jurisprudência (ASSUMPÇÃO, 2019).

Como na mesma linha de pensamento seguiu a 6ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto do Desembargador Percival Nogueira, ao afastar no Agravo de Instrumento n. 0224175-94-2011.8.26.0000 o direito hereditário de viúva casada com o falecido pelo regime pactuado da separação de bens, arrematando que considerá-la herdeira concorrencial necessária significaria admitir a colisão entre os artigos 1.829, I, e 1.687 do Código Civil.<sup>16</sup>

Trata-se, no entanto, de uma medida de ativismo judicial, compreendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso como “[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2016, p. 389).

Alvaro Augusto Lauff Machado (2022, p. 113) define ativismo judicial como um modo de agir em concreto do Poder Judiciário, com uma participação ampla e intervencionista em matérias de ordem social, econômica e cultural, “[...] cuja ordenação, em essência, deveria se dar no âmbito deliberativo do espaço democrático e mediante instituições formadas, técnicas e estruturalmente para atender a tais demandas”.

Nesse sentido, quando inerte o Poder Legislativo, como é o caso, se faz necessário recorrer ao Judiciário para efetivar e garantir o direito dos cônjuges, ainda que, precipuamente, deveria ser angariado pelo primeiro. Contudo, ante a essa possibilidade real, provadas por meio das decisões alhures colacionadas, é importante aos cônjuges que, quando quiserem, promover o pacto antenupcial com cláusulas sucessórias, pois, como salienta Wilson de Souza Campos Batalha (1980, p. 401),

A validade dos pactos de *succedendo ou de non succedendo* rege-se pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão e não pela lei vigente ao tempo

---

<sup>16</sup> EMENTA: Inventário. Casamento. Segundas núpcias. Pacto Antenupcial. Regime. Separação total de bens. Participação da viúva como herdeira necessária. Impossibilidade. Viúva casada com o de cujus pelo regime da separação de bens não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento.” (julgado em 20.10.2011).

da celebração desses pactos, por não se tratar de matéria atinente ao regime dos contratos, mas ao estatuto legal das sucessões.

Ou seja, ainda que, possivelmente, não tenha validade na data da celebração do contrato, pode passar a valer na abertura da sucessão em razão de modificação legislativa ou entendimento jurisprudencial.

A última proposta apresentada, portanto, seria recorrer ao judiciário para tornar essas decisões, cujo entendimento é minoritário, em precedentes vinculantes que efetivem a autonomia das partes e efetivem o acesso à justiça para prevenção dos conflitos sucessórios. Ante as propostas que buscam a participação dos Poderes Legislativo e Judiciário, encerra-se o desenvolvimento deste trabalho, passando às considerações finais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção das famílias, ao nosso ver, é o grande desafio do Estado. A continuidade das relações familiares sustenta uma sociedade saudável, afinal, desde os primórdios, a família é a base da sociedade, caracterizada como um organismo vivo, que, de modo natural, se transforma e evolui constantemente.

Muito embora seja possível verificar algumas narrativas apontando que a família está em decadência em razão das suas novas concepções e de seus novos formatos, devemos, contudo, negar veementemente essa falaciosa assertiva. A liberdade para se buscar à felicidade desvinculada das amarras impostas pelo Estado, com pitadas de religião (ainda que em um Estado Laico), jamais poderá ser causa à suposta decadência da família. Cada indivíduo pode e deve buscar sua felicidade como resultado de sua individualidade para assim alcançar a dignidade humana.

Por outro lado, a cultura da gestão inadequada de soluções de conflitos atrelado à crise do Poder Judiciário e às imposições legais ultrapassadas pode, sim, ser um dos principais elementos que deterioram a família brasileira.

A elaboração deste estudo, portanto, caminhou no sentido de identificar o comportamento da gestão estatal dos conflitos, com especial atenção aos litígios familiares e sucessórios, uma vez que ambos são razão e consequência da construção das bases familiares individuais, ou seja, é a partir das escolhas dos membros das famílias que no futuro podem ensejar maiores controvérsias em momentos de tensão, desgaste ou fim do relacionamento, seja pelo divórcio, seja pelo falecimento de um de seus membros.

Por essa razão, foi preciso investigar o conceito de acesso à justiça clássico, referenciado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV, que traduz uma limitada concepção, que visa tão somente o ingresso à justiça por meio do Poder Judiciário, especificamente, no âmbito do processo judicial.

Essa concepção, no entanto, deu causa ao fenômeno da judicialização, imposta pelo Estado como único remédio para o tratamento da doença conflito. Muito embora os conflitos sejam únicos, irrepetíveis e concretos, a solução estatal se deu através de

um remédio genérico, independente dos sintomas das partes envolvidas. Nesse sentido, é impossível solucionar conflitos tão diferentes, por meio do mesmo procedimento. Trata-se de inegável adoção de uma gestão inadequada e ultrapassada dos litígios.

Essa cultura da judicialização, em que os cidadãos, por qualquer motivo, buscam no Judiciário uma decisão sobre seus conflitos é um dos elementos justificantes da crise do Poder Judiciário. Apesar do papel importante do Poder Judiciário e dos números favoráveis em termo de produtividade de seus membros – magistrados e servidores – conforme relatório Justiça em números, não são suficientes para a entrega efetiva do acesso à justiça, vez que violados outros direitos, como, por exemplo, o da duração razoável do processo.

Por isso que, com base nos ensinamentos de Mauro Cappelletti, é preciso superar o paradigma do processo judicial como forma de acesso à justiça e apresentar meios adequados de solução de conflitos, que não os trate com o mesmo procedimento, mas, sim, buscando métodos diversos, que se adequem ao tipo de conflito apresentado. Só assim, ao nosso ver, teríamos uma verdadeira gestão adequada dos conflitos.

Mais do que isso, o acesso à justiça e os esforços do Estado não devem se restringir a legislações e políticas públicas eficientes para a resolução dos conflitos. Devemos nos empenhar em soluções preventivas que possam fazer com que os conflitos deixem de existir, pois, assim, estaríamos diante de um acesso à justiça pleno, de acordo com as diretrizes e objetivos mundiais apresentados na agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Com esse viés, a ideia do sistema multiportas pensado por Frank Sander se encaixa ao novo contexto. Pois, além de prever diferentes métodos de solução de conflitos, tais como, mediação, conciliação e arbitragem, cujos casos seriam direcionados por profissional competente que faria o diagnóstico do conflito e sugeriria o método adequado para a busca da sua resolução, esse pensamento aponta para métodos judiciais, como também extrajudiciais. Nesse aspecto, ganham protagonismo as Serventias Extrajudiciais, que, além de terem a capacidade de solucionar conflitos,

talvez sejam o principal local para possibilitar aos cidadãos prevenir conflitos, especialmente os familiares e sucessórios.

Com esse espírito preventivo, os pactos antenupciais se posicionam como uma ferramenta fundamental, capaz de prevenir conflitos a partir de um planejamento familiar patrimonial e sucessório. Para isso, no entanto, é preciso possibilitar aos nubentes plena autonomia e liberdade para ditar as escolhas pessoais em busca da felicidade. Por essa razão, é preciso repensar a impossibilidade de se promover cláusulas sucessórias, sobretudo, de não sucessão.

Os pactos sucessórios, proibidos no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a corrente majoritária, por força do artigo 426 do Código Civil, se sustentam, em razão do argumento clássico de que estes se caracterizam como imorais e atentatórios aos bons costumes, por, supostamente, incitarem desejos escusos de falecimento do autor da herança.

Ao longo deste trabalho, a partir de testes de falseamento, sob a perspectiva epistemológica de Karl Popper, foi possível concluir que as razões para a manutenção da proibição dos pactos sucessórios não mais se sustentam. Os resultados dos testes de refutação e falseabilidade apontam que os argumentos que sustentam a imposição da proibição vão em sentido contrário às necessidades de prevenção dos conflitos sucessórios e familiares.

Os benefícios dos pactos sucessórios que visam efetivar os direitos fundamentais à autonomia, liberdade, igualdade e dignidade humana, além de outros, causam desconforto ao Estado, pois impõem a este uma mínima interferência nas relações familiares.

Mais do que isso, os pactos sucessórios renunciativos ou de não sucessão visam tão somente aos nubentes, eventualmente cônjuges, a efetivarem na morte o mesmo que o regime da separação de bens faz em vida. Ora, se as partes podem se privar de partilhar seus bens em vida *a fortiori* na ocasião de sua morte deveriam poder escolher o destino de seu tempo e esforço em vida.

Outrossim, colocar nos pactos antenupciais cláusulas sucessórias demonstra o comprometimento do casal em busca dos seus objetivos e ressalta o afeto, pilar das

relações familiares no contexto do século XXI. O pacto antenupcial é resultado de um momento de racionalidade, calma, comunhão de propósitos e, por isso, pode evitar conflitos futuros, quando se desenha os caminhos a serem trilhados ao final do relacionamento, seja pelo divórcio seja pela morte.

Diferente e como habitualmente ocorre, quando o casal não planeja as consequências quando do fim do relacionamento e são surpreendidos por sentimentos ruins, os verdadeiros interesses são subtraídos por posições que buscam, muitas vezes, a continuidade forçada de vínculo, como também ações meramente vingativas.

Evidente, porém, que não podemos ser ingênuos e pensar que, por permitir que as partes decidam sobre a própria vida, não haverá conflitos. Pois estes sempre vão existir, afinal, a sociedade é moldada por conflitos. Contudo, acreditamos fielmente, a partir dos indícios apresentados, que o planejamento familiar patrimonial e sucessório que englobe cláusulas sucessórias renunciativas é capaz de prevenir conflitos ou, ao menos, minimizá-los.

Assim, para responder ao problema de pesquisa posto na introdução, qual seja, se: As premissas fixadas pelo legislador e defendidas pela doutrina majoritária para sustentar a vedação legal à renúncia à herança no pacto antenupcial resistem à aplicação do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, considerando a necessidade de se buscar a prevenção de conflitos como forma de efetivação do direito de acesso à justiça a partir da teoria de Mauro Cappelletti? Concluímos que as premissas defendidas não resistiram aos testes de refutação e falseamento, pois ignoram a realidade e não tem por escopo a prevenção do conflito.

A renúncia à herança ao integrar o pacto antenupcial torna-se uma ferramenta de planejamento patrimonial, cujo principal objetivo é programar situações de adversidade em que as partes não estariam suficientemente capazes de resolver, em razão dos valores emocionais envolvidos, sem sua prévia concordância, podendo e devendo ser uma forma de acesso à justiça sob o viés do novo paradigma para possibilitar a prevenção dos conflitos e tornando-os inexistentes.

Para viabilizar a utilização do instituto do pacto antenupcial para renunciar à herança, o melhor caminho se daria, inicialmente, por meio de uma reforma legislativa. Contudo, ante o seu inócuo funcionamento, não podemos deixar de imaginar uma

solução a partir da intervenção do Poder Judiciário a favor da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.

Assim, esperamos que este trabalho possa contribuir e estimular o desenvolvimento desse tema, tão caro para a sociedade contemporânea que se liberta das amarras Estatais e busca, em sua singularidade, definir o que é melhor para sua vida. Com o desejo de que se possa maximizar a prevenção de conflitos e manter vivos os laços de afeto nas famílias, base da sociedade e dos seres humanos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, C. M. de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: Quarto Livro das Ordenações. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- ALMEIDA, R. A; ALMEIDA, T; CRESPO, M. H. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro, 2012.
- ÁLVAREZ, G. S. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires/ARG: Rubinzal – Culzoni Editores; 2003.
- ÁLVAREZ, G. S.; HIGHTON, E. I.; JASSAN, E. **Mediación y Justicia**. Buenos Aires/ARG: Depalma: 1996.
- ANDRADE, A. R. de. Cartórios e acesso à justiça: a mediação e a conciliação realizadas pelas serventias notariais e registrais. **Revista de Direito Imobiliário**. vol. 92. ano 45. p. 13-41. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2022.
- ANOREG/BR. **Cartório em Números**. 4ª Edição. 2022.
- ASSIS, A. de *et al.* In: ALVIM, A.; ALVIM, T. (Coord.) **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Vol. 05. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ASSUMPÇÃO, G. F. M. O pacto antenupcial e a renúncia à herança. **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 36, p. 44-53, maio/jun. 2019.
- AZEVEDO, A. G. de. **Manual de mediação judicial**. 6ª Edição. Brasília: CNJ, 2016
- BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BATALHA, W. de S. C. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.
- BEVILÁQUA, C. **Código Civil dos Estado Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Volume 2. 5ª Tiragem. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio e em convênio com a Universidade Gama Filho, 1980.
- BEVILÁQUA, C. **O problema da codificação do direito civil brasileiro**. Revista Acadêmica, da Faculdade de Direito do Recife. Vol. 6, n. 01, páginas 03 a 18, 1896.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1º de nov. de 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 25 de nov. de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 25 de nov. de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 179, de 2023**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2346910> Acesso em: 20 de nov. de 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte, Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, Relatório e Anteprojeto de Norma Constitucional**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais 2020 aprovadas no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Meta n. 9 do Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BUCAR, D. Pactos Sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In*: TEIXEIRA, A. C. B.; RODRIGUES, R. de L. (Coord.). **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba: Foco, 2020.

BURGESS, H.; BURGESS, G. M. **Encyclopedia of Conflict Resolution**. California/EUA: ABC-CLIO, 1997.

CABRAL, T. N. X. **Limites da Liberdade Processual**. São Paulo: Editora Foco, 2019.

CABRAL, T. N. X. **Justiça Multiportas e Inovação**. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia navarro Xavier. (Org.). **Tecnologia e Justiça Multiportas**. 1ª Edição. Indaiatuba: Foco, 2021, v. 1, p. 261-274.

CAHALI, Franciso Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2007.

CALMON, Rafael. **Manual de Partilha de Bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável: aspectos materiais e processuais**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

CAPPELLETTI, M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. Repositório de jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça sob n. 11 (Portaria n. 8/90), e pelo Tribunal Regional Federal, da 1ª Região (portaria n. 2, de 6 de junho de 1992, DJ-seções II, de 17.6.92, p.17.850). Abril-Junho, 1994.

CAPPELLETTI, M. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONNIER, J. **Droit et passion du droit**: sous la Ve République. Paris, Flammarion, 1996.

CHAVES, Antonio. **Lições de direito civil**: Direito de Família II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

COELHO, Francisco Pereira; e OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**: Volume 1 – Introdução Direito Matrimonial. 3ª Ed. com a colaboração de Rui Moura Ramos Professor da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça**. – Brasília: CNJ, 2022.

COUTURE, E. J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEMO, A. J. **Direito de Propriedade e Acesso à Justiça**: possibilidade da exceção de domínio na perspectiva da jurisdição no Estado Constitucional. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESPINOLA, E. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro/RJ: Conquista, 1957.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: Sucessões. 8ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos e Espécie. Vol. 4. 6ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil Famílias**. 14ª Edição. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FIGUEIREDO, L. **Pacto antenupcial**: limites da customização matrimonial. São Paulo: JusPodivm, 2023.

FISHER, R.; SHAPIRO, D. **Além da razão**: a força da emoção na solução de conflitos. Rio de Janeiro: Alta life, 2019.

FISHER, R.; URY, W. **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FONSECA, P. M. P. C. da. **Manual do Planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias**. 2ª ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters revista dos Tribunais, 2020.

GAMA, G. C. N. **Direito Civil Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil – Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3ª Edição. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOLDBERG, S. B.; *et al.* **Dispute Resolution**. Negotiation, Mediation, and Other Process. Nova York/EUA: Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2003.

GOMES, O. **Direito de Família**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Tratado de Direito das Famílias**. Capítulo 1: O conceito de Família e sua Organização (fls. 25/105). Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª Edição. Belo Horizonte/MG: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2019.

HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. **Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 21, p. 88-89, jul./ set. 2019. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/466/309>>. Acesso em: 20 mai. De 2023.

KUHN, T. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 13ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2020

LAGRASTA NETO, C.; TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2012.

LARANJA, A. L. **Fundamentos Constitucionais da Desjudicialização**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

LÔBO, P. **Direito Civil: Famílias: De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MACHADO, A. A. L. **Ativismo Judicial: direito e democracia**. 1ª Edição. São Paulo: Noeses, 2022.

MADALENO, R. **A retroatividade restritiva do controle de convivência**. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-retroatividade-restritiva-do-contrato-de-convivencia>>. Acesso em: 01 de nov. de 2022.

MADALENO, R. Renúncia de herança no pacto antenupcial. Revista IBDFAM – Família e Sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 27, p. 09-58, maio/jun. 2018.

MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C.  **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

MARQUES, R. D.  **Métodos Online de Resolução de Conflitos (ODR)**: processo, tecnologia, acesso à justiça e devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MARTEL, L. de C. V.  **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado - Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Professor Doutor Luís Roberto Barroso. 2010.

MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. de.  **Código Civil Comentado**: Com Jurisprudência Seleccionada e Enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil. 5ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.  **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, W. de B.  **Curso de Direito Civil**: Direito de Família: De acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-1001). Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 38ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MONTEIRO, W. de B.; SILVA, R. B. T. da.  **Curso de Direito Civil**: 2 Direito de Família. 42ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES, M. C. B. de.  **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, J. S. de.  **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEDRA, A. S.  **A constituição viva**: Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2014.

PELLEGRINI, C. P. V.; OLIVEIRA, M. C. C.; COLNAGO, V. L. S.  **Direito de Família e Psicanálise**: Laços, Rupturas e Judicialização de Conflitos Familiares. Vitória: Editora Cousa, 2021.

PEREIRA, C. M. da S.  **Instituições de Direito Civil**: Volume V: Direito de Família. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PEREIRA, R. da C.  **Princípios Norteadores do Direito de Família**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, N. L.  **O Direito de Família no Projeto do Código Civil**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Bauru: A. R. Editora e Artes, ago-nov/98.

POPPER, K. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.

ROGUIN, E. **Traité de droit civil compare**, vol. 2º, 1905.

ROSA, C. P. da. **Planejamento Sucessório**: Teoria e prática. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ROSAS, T. Pactos Sucessórios. **Revista Acadêmica**, da Faculdade de Direito do Recife. Vol. 6, n. 01, páginas 41 a 59, 1896.

ROSENVALD, N. **Código Civil: Comentado**: Doutrina e Jurisprudência. 15ª Ed. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Barueri/SP: Manole, 2021.

SANCHEZ, R. E. A audiência de conciliação ou mediação, no procedimento comum civil e o conflito normativo entre o CPC/2015 e a lei da mediação. **Revista de Processo**. vol. 316. ano 46. p. 417-434. São Paulo: Ed. RT, junho 202.

SANDER, F. E. A. **Variedades em el procesamiento de disputas**. Londres/ENG, 2010.

SANTOS, J. M. C. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, v. XV.

SANTOS, R. G.; COURA, A. de C. **Protagonismo judicial vs autonomia do jurisdicionado**: um diálogo sobre a contribuição eu a política pública implantada pela Resolução n. 125/2010 do CNJ pode prestar no Empoderamento de uma sociedade órfã do poder de tutela dos tribunais. Direito, política e constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do estado democrático de direito. Curitiba: Editora CRV, 2014.

SANTOS, R. G. **Mediação e acesso à justiça**. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

SANTOS, R. G. **Negociação estratégica**: ferramentas para a gestão negociada de conflitos. Vitória: Mllfontes, 2022.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2ª Edição. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações/Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

SILVA, L. A. P. da. A evolução histórica do pacto antenupcial: dos bens ao planejamento sucessório. **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 49, p. 24-43, jan/fev. 2022.

SIMÃO, J. F. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência do pacto sucessório. **Revista Imes**, jan/jul. 2005.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TEIXEIRA, A. C. B. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, G. **Tratado de Direito das Famílias**. 3ª Edição. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direito de Família: Atualizada de acordo com o Código Civil de 2002: Estudo comparado com o Código Civil de 1916**. 4ª Edição. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

WALD, A. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

WATANABE, K. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

XAVIER, M. P. **Contrato de Namoro: amor líquido e Direito de Família mínimo**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022.