13
Volume
Ano 2024

ANAIS

XIV Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM

Efetividade dos Direitos Fundamentais

IBDFAM
Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBDFAM
Instituto Brasileiro de Direito de Família

Rua Tenente Brito Melo, 1.223/ 3º andar
Belo Horizonte - MG - 30.180-070
editora@ibdfam.org.br

DIRETORIA EXECUTIVA: Presidente: Rodrigo da Cunha Pereira (MG); Vice-Presidente: Maria Berenice Dias (RS); Primeiro-Secretário: Rolf Hanssen Madaleno (RS); Segundo-Secretário: Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB); Primeiro-Tesoureiro: José Roberto Moreira Filho (MG); Segunda-Tesoureira: Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho (MG); Diretor de Relações Internacionais: Paulo Malta Lins e Silva (RJ); Vice-Presidente: Cássio Sabbagh Namur (SP), Coordenadora de Projetos de Relações Internacionais: Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner (PR); Diretora das Relações Interdisciplinares: Giselle Câmara Groeninga (SP); Vice-Diretora das Relações Interdisciplinares: Cláudia Pretti Vasconcellos Pelegrini (ES).

CONSELHO CONSULTIVO: Presidente: Paulo Luiz Netto Lôbo (AL); Vice-Presidente: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP).

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO: Diretor Norte: Raduan Miguel Filho (RO); Diretor Nordeste: Marcos Ehrhardt Júnior (AL); Diretora Centro-Oeste: Eliene Ferreira Bastos (DF); Diretora Sul: Ana Carla Harmatiuk Matos (PR); Diretora Sudeste: Viviane Girardi (SP).

CONSELHO FISCAL: Presidente: Nelson Rosenvald (MG); Vice-Presidente: Alberto Raimundo Gomes dos Santos (BA); Segundo-Vice: Luiz Cláudio Guimarães (RJ); Terceira-Vice: Angela Gimenez (MT); Secretária: Maria Rita Holanda (PE).

Diretorias Estaduais:

REGIÃO NORTE: Acre: Isabela Vieira de Sousa Gouveia; Amapá: Nicolau Eládio Bassalo Crispino; Amazonas: Gildo Alves de Carvalho Filho; Pará: Leonardo Amaral Pinheiro da Silva; Rondônia: Raduan Miguel Filho; Roraima: Andréia Vallandro; Tocantins: Alessandra Aparecida Muniz Valdevino.

REGIÃO NORDESTE: Alagoas: Patrícia Ferreira Rocha; Bahia: Fernanda Carvalho Leão Barretto; Ceará: Gabriela Nascimento Lima; Maranhão: Lourival de Jesus Serejo Sousa; Paraíba: Renata Torres da Costa Mangueira; Pernambuco: Jones Figueiredo Alves; Piauí: Isabella Paranaguá de Carvalho Drumond; Rio Grande do Norte: Suetônio Luiz de Lira; Sergipe: Acácia Gardênia Santos Lelis.

REGIÃO CENTRO-OESTE: Distrito Federal: Ana Carolina Senna; Goiás: Solimar Santana Oliveira; Mato Grosso: Fabiano Rabaneda dos Santos; Mato Grosso do Sul: Ana Maria Medeiros Navarro Santos.

REGIÃO SUDESTE: Espírito Santo: Ana Paula Protzner Morbeck; Minas Gerais: José Roberto Moreira Filho; Rio de Janeiro: Luiz Cláudio de Lima Guimarães Coelho; São Paulo: Ana Paula Gonçalves Copriva.

REGIÃO SUL: Paraná: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Rio Grande do Sul: Conrado Paulino da Rosa; Santa Catarina: Ana Paula de Oliveira.

NÚCLEOS DE PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA:

Coordenadora-Geral: Maria Berenice Dias; Secretária-Geral: Ana Brussolo Gerbase. Núcleo Angola: Arlindo da Silva Castro; Vice: Iracelma Medeiros Filipe. Núcleo Moçambique: Teresa Chelengo; Vice: Cândida Chelengo. Núcleo Timor-Leste: Soraia Regina dos Santos Marques; Vice: Helena Basília Marcelina Magno Dias Ximenes. Núcleo Portugal: Tereza Lima. Núcleo São Tomé e Príncipe: Célia Posser. Núcleo Guiné-Bissau: Mónica Nancassa; Vice: Benhancarem João Lima. Núcleo Cabo Verde: Mirtes Aparecida dos Santos.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO: Marandhayan Oliveira, Débora Anunciação, Guilherme Gomes

DESIGNER: Maria Carolina Tavares, Rebeca Ornelas **ASSESSORIA JURÍDICA:** Ronner Botelho, Esther Moraes (estagiária)

342.16 C749 2025 v.14

Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM (14: 2024: Belo Horizonte, MG). Anais.../ 14º Congresso Brasileiro do Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM: efetividade dos direitos fundamentais / [Editado por] Ronner Botelho Soares. – Belo Horizonte: IBDFAM, 2025.

ISBN: 978-65-69632-13-9
ISBN: 978-65-69632-13-9 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Direito das famílias. 3. Direitos fundamentais. 4. Inventário e partilha de bens. 5. Multiconjugalidades. 6. Famílias multiconjugais. 7. Herança. 8. Testamento. 9. Divórcio liminar. 10. Direitos de personalidade. 11. Concorrência sucessória. 12. União estável. 13. Pacto antenupcial. 14. Multiparentalidade. I. Soares, Ronner Botelho (Ed.). II. Madaleno, Rolf...[*et al*]. III. Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. IV. 14º Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM. V. Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões, 14. VI. Título.

CDDir – 342.16
CDD (23.ed.) – 346.015

Elaboração: Fátima Falci – CRB/6-nº700

Anais
XIV Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM

Efetividade dos Direitos Fundamentais

Autores
Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Patrícia Corrêa Sanches, Raduan Miguel Filho, Mário Luiz Delgado, Wlademir Paes de Lira, Eliene Ferreira Bastos, Paulo Lôbo, Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, Luciano L. Figueiredo, Anderson Schreiber, Ana Luiza Maia Nevares

Editor
Ronner Botelho Soares

Revisão
Cybele Maria de Souza

Diagramação
Rebeca Ornelas

Superintendente
Maria José Marques

Administrativo
Patrícia Maffort

SUMÁRIO

1 O JUÍZO VERBAL DE PARTILHA

Rolf Madaleno.....6

2 MULTICONJUGALIDADES

Maria Berenice Dias.....27

3 O NOVO CONCEITO DE HERANÇA: DO *DOWNLOAD* DE PERSONALIDADE E CHATGPT

Patrícia Corrêa Sanches.....43

4 A EFETIVIDADE DA *DISREGARD DOCTRINE* NA FRAUDE À MEAÇÃO

Raduan Miguel Filho.....55

5 O DIREITO FUNDAMENTAL DE HERANÇA

Mário Luiz Delgado.....65

6 ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES E DIVÓRCIO LIMINAR

Wlademir Paes de Lira.....87

7 JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Eliene Ferreira Bastos.....106

8 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS DAS FAMÍLIAS: TRANSVERSALIDADES E OS DESAFIOS NA APLICAÇÃO

Paulo Lôbo.....118

9 A ULTRATIVIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/2002 NA SUCESSÃO DO(A) COMPANHEIRO(A)

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva.....134

10 A RENÚNCIA DO CÔNJUGE À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca.....146

11 PACTO ANTENUPCIAL E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Luciano L. Figueiredo.....157

12 MULTA POR INFIDELIDADE E OUTRAS SANÇÕES NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Anderson Schreiber.....183

13 A FUNÇÃO DO TESTAMENTO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Ana Luiza Maia Nevares.....196

O JUÍZO VERBAL DE PARTILHA

Rolf Madaleno

Advogado e Professor de Direito de Família na Pós-Graduação da PUC/RS. Sócio-fundador e diretor nacional do IBDFAM. Mestre em Direito Processual pela PUC/RS. Membro da AIJUDEFA. Diretor-Geral da ESARS. Membro da Comissão do Senado Federal de Revisão do Código Civil. Palestrante no Brasil e no exterior.

Sumário: 1. Inventário e partilha. 2. O direito argentino. 3. O processo de inventário e de partilha brasileiro. 4. Extinção do regime matrimonial. 5. O juízo verbal da partilha. 6. A função do contador partidor no juízo verbal da partilha. 7. Referências.

1 INVENTÁRIO E PARTILHA

A processualística brasileira sofre de uma longa e crônica deficiência no que respeita ao procedimento de liquidação judicial do regime econômico matrimonial, em cuja seara o sistema jurídico brasileiro padece de uma regulação clara e específica, que cuide exclusivamente da partilha dos bens comuns provenientes de divórcios ou de dissoluções de uniões estáveis.

Embora o artigo 4° do Código de Processo Civil assegure que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, e cujo dispositivo reproduz a previsão de que o processo deve ter duração razoável, infelizmente, no âmbito das demandas de partilha em vida será difícil encontrar quem consiga testemunhar ter terminado de forma exitosa uma divisão judicial de bens conjugais ou convivenciais, sem que o juiz tenha ordenado uma calamitosa divisão de genérico e problemático condomínio, ou sem que as partes tenham chegado a um desastroso acordo, que sempre acaba com um dos meeiros perdendo uma parcela significativa de sua meação, premido pela angústia e pela ansiedade de um interminável processo litigioso de partilha. São partes desanimadas pela excessiva demora do rústico processo de partilha que, simplesmente favorece o cônjuge ou companheiro que se encontra na posse e na administração dos bens comuns, principalmente quando se tratam de bens

geradores de renda, ingressos estes que terminam sendo embolsados pelo consorte administrador.

Como bem pontua Rafael Calmon, o sistema jurídico brasileiro não disciplina um modo específico para o exercício da partilha dos bens de um casal, dado que o único dispositivo processual destinado à partilha dos bens comuns oriundos das entidades familiares, consta do artigo 731, parágrafo único do Código de Processo Civil, ao enunciar que não tendo os consortes ou companheiros chegado a algum consenso, a partilha dos bens comuns será feita depois de homologado o divórcio e o mesmo vale para a homologação da dissolução de uma união estável, na forma estabelecida pelos artigos 647 a 658 do CPC,[1] destinados à partilha dos inventários, não existindo, como deveria acontecer, um rito próprio e exclusivamente destinado a dar eficiência à divisão dos bens amealhados por casais que dissolvem judicialmente suas relações afetivas.

Peca o direito processual brasileiro por deixar se seduzir pela surrada fórmula de promover a partilha dos bens conjugais pelo rito dos inventários, e por isto anda sempre na contramão dos valores fundamentais de um procedimento que precisa ser eficiente, com razoável duração na sua tramitação, tanto que sempre cabe perguntar se alguém já realizou uma partilha conjugal ou convivencial que tenha procedido a uma efetiva divisão cômoda e igualitária dos seus bens.

Por partilha entenda-se o ato destinado a pôr fim às indivisões comunitárias e hereditárias de bens comuns, porque é mediante a divisão de seus bens comuns que cônjuges, conviventes ou herdeiros materializam suas meações ou a porção ideal advinda da herança, transformando suas meações ou seus quinhões hereditários em lotes concretos e sobre os quais eles passam a ter direitos exclusivos.[2]

O procedimento do inventário e da partilha começa no artigo 610 do Código de Processo Civil, ao passo que a partilha do inventário tem assento no artigo 647 do CPC, quando o juiz faculta às partes formularem o pedido de quinhão, devendo o juiz, na sequência, proferir decisão deliberando sobre a partilha ao designar os bens que devam constituir o quinhão de cada herdeiro ou legatário. Trata-se de regramento utópico, pois o jurisdicionado se ressente de um julgador que realmente dê efetividade em razoável tempo de duração do processo e delibere sobre o quinhão de cada herdeiro ou legatário ou acerca da meação de cada consorte ou companheiro. Com muito menos dará vazão e efetividade o artigo 648 do Código de Processo Civil, ao dispor deva o juiz da partilha observar a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens, cuja disposição terminará ordenando o famigerado condomínio e justamente afrontando o inciso subsequente que orienta deva o magistrado prevenir futuros litígios.

---

[1] CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável.* Aspectos materiais e processuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 295.

[2] LLOVERAS, Néstor L. *Extinción y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020, p. 231.

O efeito mais visível do fato de o juiz ao ordenar a partilha em condomínio, infelizmente, é exatamente conduzir os condôminos para o litígio subsequente, que cuidará de extinguir, em custosa e morosa demanda que o magistrado não logrou evitar, de extinção de condomínio. Foge o julgador de família de uma responsabilidade maior de julgar, se omitindo de ordenar a efetiva e equânime divisão dos bens conjugais ou convivenciais, cuja verdadeira partilha tem esbarrado nesta cômoda prática de divisão condominial, conferindo desta forma uma incompleta prestação jurisdicional.

Isto que o artigo 649 do Código de Processo Civil adverte que os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite, ou no quinhão de um só herdeiro serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo para que sejam adjudicados a todos.

A partilha planejada para os processos de inventário serve por empréstimo para os processos de divórcio e de dissolução de união estável, e mostra o tempo, como testemunham os fracassos judiciais, que esta fórmula está longe de servir aos desígnios esperados, pois tem sido praticamente impossível encontrar alguma sentença que tenha concluído em tempo razoável entre cônjuges ou conviventes desavindos, uma partilha equânime, em que cada um deles tenha recebido integralmente a sua meação, em termos de valor, natureza e qualidade dos bens, prevenindo com isto futuros litígios. Qualquer enquete mostrará que em sua majoritária realidade, um dos meeiros pagou com boa parcela da sua meação pelo fracasso de um procedimento de partilha projetado para os processos de inventário, e que não se concilia com as partilhas conjugais.

Afigura-se caótico o processo de partilha brasileiro e como disse Rafael Calmon, o legislador de 2015 perdeu uma grande oportunidade de regulamentar um procedimento específico e de elaborar normas próprias do Direito de Família, com suas características e peculiaridades inerentes às relações jurídicas travadas entre consortes e companheiros,[3] que, obviamente, são distintas das partilhas dos bens deixados em um inventário, e que tampouco é atendido de maneira satisfatória.

A atração do legislador brasileiro por um procedimento único, que comporte a partilha sucessória e também a da liquidação dos regimes matrimoniais, talvez exsurja da circunstância de que na morte a liquidação dos bens conjugais se dá em primeiro lugar com o pagamento da meação do consorte ou companheiro sobrevivente e depois, ocorrendo tudo em um documento único, com o pagamento dos quinhões hereditários. Embora a dissolução pelo divórcio e a dissolução pela morte se trate de dois negócios jurídicos diferenciados, o processo brasileiro, que segue outros modelos internacionais, ele inclui em um mesmo procedimento a

[3] CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável.* Aspectos materiais e processuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 296.

liquidação da sociedade conjugal e continua com a partilha dos bens deixados pela meação do sucedido.[4]

Mais problemático se mostra o rito especial dos inventários como instrumento de partilhas conjugais e convivenciais quando os casais discutem a origem, a qualidade e a quantidade dos bens a serem partilhados e tudo se agudiza quando concordam com a grade de bens a serem divididos, mas criam discussões no que respeita à comunicação destes bens, como também em relação aos seus valores de mercado, forçando com este expediente adicional que o juiz da causa desloque os litigantes do rito do inventário para uma ação de liquidação de partilha pelo rito comum e na qual suscitarão suas dúvidas e aportarão seus argumentos para incluírem ou excluírem bens que entendam sejam ou não comuns.

Isto porque, em consonância com o rito dos inventários, dispõe o artigo 612 do Código Civil que as questões de direito poderão ser decididas no juízo do inventário se estiveram comprovadas por documentos, sendo remetidas para as vias ordinárias se dependerem de prova ou demandarem questionamentos de alta indagação.

Ora, a lei brasileira confere uma nítida natureza de jurisdição voluntária para a liquidação do regime econômico conjugal, o qual não comporta e nem tem espaço processual para uma demanda litigiosa, com discussões de alta indagação, como acontece e sobrevém na quase totalidade das partilhas litigiosas do rito ordinário, sem nenhuma efetividade na sua liquidação, gerando problemas processuais quando afasta do inventário, diante de um elevado caráter contencioso que causa tumulto e lentidão processuais que dificultam a conclusão da ação de partilha.

Dessa forma se instala o maior problema das partilhas conjugais, verdadeiras falácias do sistema jurídico brasileiro, pois são processos cuja prestação jurisdicional representa o maior desserviço ao jurisdicionado que nada consegue dividir, embora até possa existir bens em quantidade suficiente para uma cômoda divisão. Também ocorre com muita frequência de os bens a serem partilhados ostentarem características de indivisibilidade, impondo que depois de longo processo restem os ex-cônjuges como cotitulares dos direitos sobre suas precedentes meações,[5] especialmente quando existe somente um imóvel para divisão conjugal.

Contudo, amiúde, todo o acervo conjugal fica em condomínio por obra de uma sentença que decide que nada deve ser repartido e que tudo se transmude do estado de comunhão para o *status* jurídico de condomínio, até que todos os bens deixados em condomínio sejam judicialmente vendidos em nova, morosa, cara e prejudicial ação de extinção de condomínio, que malbaratam os bens levados à leilão, muito embora nos termos do artigo 2.019 do Código Civil (ou art. 649 do

---

[4] ESCRIBANO, Celia Martínez. *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio.* 2. ed. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, p. 370.

[5] CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável.* Aspectos materiais e processuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 300-301.

CPC), o juízo da partilha possa ordenar a venda judicial dos bens insuscetíveis de uma cômoda divisão e partilhar o preço da venda judicial.

Raramente casais desavindos guardam a lucidez suficiente para buscarem por acordo a venda particular de bens comuns que ficaram judicialmente em condomínio por sentença de divórcio ou de dissolução de união estável que os tirou do *status* de meeiros e os transformou em condôminos, mas que em realidade nada mudou.

Como mencionado, a partilha dos bens conjugais está processualmente projetada para tramitar no rito especial do inventário e que em sua essência se constitui de três procedimentos destinados ao inventário dos bens deixados por quem falece, mas que igualmente se presta para a liquidação do regime econômico matrimonial ou da união estável, em cujas hipóteses judiciais o rito assume uma função bipartida, ao partilhar os bens do defunto ao mesmo tempo em que promove o pagamento da meação do consorte ou convivente sobrevivente.

2 O DIREITO ARGENTINO

O Direito argentino adota o mesmo princípio do Direito brasileiro de se valer do procedimento do inventário para a divisão dos bens conjugais, prescrevendo o artigo 500 do Código Civil e Comercial da Argentina, que qualquer que seja a causa da dissolução do regime de comunidade, a partilha deve ser realizada conforme as regras que o mesmo texto legal dispõe para a partilha das heranças. Ou seja, também no sistema jurídico argentino o inventário e a partilha são as normas utilizadas para a divisão dos bens das comunidades afetivas e cujo regramento consta a partir dos artigos 2363 e seguintes do Código Civil e Comercial da Argentina, sendo que para a partilha judicial são aplicados os artigos 2371 e seguintes do Código Civil e Comercial argentino.

A divisão dos bens comuns pode-se dar por acordo na sua versão privada, como a denomina o Direito argentino, quando todos interessados são maiores e capazes e estão de comum acordo, ou por partilha judicial, se os partícipes não concordam em promover a divisão particular dos bens comuns. Entretanto, diferente do direito brasileiro, o Código Civil e Comercial argentino ordena no artigo 438 que toda a petição de divórcio venha acompanhada de uma proposta que regule os efeitos derivados da dissolução do vínculo conjugal, entenda-se, inclusive com proposição de partilha, e aduz que a omissão da proposta impede a tramitação do divórcio. Contudo, o demandado pode oferecer uma contraproposta e se as propostas estiverem em desacordo, o juiz convoca as partes para uma audiência visando consolidar e concluir a demanda, e se porventura não lograr um acordo, a ação segue sem interrupção da sentença de divórcio.

A partilha judicial começa pelo artigo 2371 do Código Civil e Comercial da Argentina, podendo qualquer um dos consortes pedir a venda de algum dos bens comuns ou a sua adjudicação em sua meação, sendo executada a partilha através de um partidor ou por vários partidores que atuarão conjuntamente (CCCN argentino, art. 2373), revestidos do caráter de auxiliares do Judiciário, em cuja representação dividem a herança ou as meações mediante a formação de lotes de igual valor, observando as normas sobre a atribuição preferencial, evitando o fracionamento de imóveis e a divisão de empresas. O partidor não atua como mandatário das partes e tampouco como árbitro, cometendo ao juiz a sua escolha se as partes não propuserem um nome de consenso. Este partidor fará o inventário dos bens e a sua avaliação, formando a massa partilhável, apurando as dívidas e cargas comuns e separando os bens para atendimento dos débitos conjugais, daí estabelecendo o valor da meação de cada consorte e de tudo dando contas ao juiz.

O partidor poderá proceder à venda de alguns bens quando dos lotes não derive sua igualdade, para compensar com dinheiro a diferença das meações. Conforme explicam Mariano Constanzo e Leandro N. Posteraro Sanchez, os meeiros podem decidir por múltiplas modalidades de partilha existentes: a) a partilha de todos os bens em espécie; b) a venda privada ou por leilão de todos os bens e partilha do dinheiro obtido; c) a partilha em espécie de parte dos bens; d) a partilha em espécie e compensação de diferenças com bens particulares ou com dinheiro; e) a permuta dos bens do acervo e a simultânea partilha dos bens adquiridos.[6]

Pelo artigo 2375 do Código Civil e Comercial argentino a licitação judicial não se dará, ainda que os bens sejam divisíveis, se o aproveitamento desta alienação se mostrar antieconômica para as partes e uma vez formados os lotes devem ser reservados bens para pagamento das dívidas.

Por ocasião da partilha, o cônjuge pode pedir a preferência de atribuição em sua meação da participação societária de um estabelecimento agrícola, comercial, industrial, artesanal ou de serviços que constitui uma unidade econômica e de cuja formação participou, obrigando-se a pagar ou compensar o saldo, se existente (CCC argentino, art. 2380) ao meeiro ou coerdeiro. Como o cônjuge também terá atribuição preferencial em sua meação sobre a propriedade ou direito de locação do imóvel que lhe serve de habitação e dos móveis nele existentes, e também sobre o local de uso profissional com os respectivos móveis, se nele exerce sua profissão, ademais do conjunto das coisas móveis necessárias para a exploração de um bem rural como arrendatário ou parceiro.

---

[6] CONSTANZO, Mariano; SANCHEZ, Leandro N. Posteraro; CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coord.). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado.* Buenos Aires: Astrea, v. 8, 2015, p. 132.

3 O PROCESSO DE INVENTÁRIO E DE PARTILHA BRASILEIRO

No Direito brasileiro, o procedimento do inventário também possui natureza especial e bifásica como no sistema jurídico argentino, e por meio dele são outorgadas as partilhas dos bens conjugais e convivenciais, cujo processo projeta uma prévia descrição dos bens a serem inventariados com a sua posterior partilha, e tudo seria perfeitamente correto e pertinente se este procedimento de liquidação da comunidade de bens conjugais se adaptasse às necessidades de celeridade e de efetividade de uma divisão de meações que se extinguem com a dissolução da relação afetiva.

Esclarece Araken de Assis que o inventário e a partilha constituem operações distintas, ou fases do processo complementares, e o que caracteriza as duas atividades consiste na cumulação das pretensões de inventariar e de partilhar, sem solução de continuidade, no âmbito da relação processual formada para esse fim.[7]

Acontece que o legislador imaginou que os processos de partilha de bens meatórios poderiam certamente adotar o rito dos inventários, na crença de que todos os casais aportariam direitos líquidos e certos sobre bens comuns destituídos de quaisquer controvérsias, quando esta não é a realidade dos processos de dissolução de casamentos ou de uniões estáveis, nos quais prepondera o litígio que usualmente se instaura em tempos de crise afetiva diante do corrente dissenso emocional dos casais e que facilmente se espraia para discussões patrimoniais desbravando se seriam bens comuns e partilháveis ou bens particulares e incomunicáveis.

Sucede que a partilha de bens conjugais traz no mais das vezes casais desavindos que costumam contestar a comunicação dos bens arrolados para divisão judicial, discordando sobre a comunicação do patrimônio arrolado geralmente por um dos litigantes e dizendo o outro contendor que se trata de bens particulares, ou por vezes usando o processo de partilha para uma longa discussão a despeito de atos de notória prática fraudatória, o que significa concluir que as demandas de partilha de bens matrimoniais usualmente descambam para o procedimento comum e exigem instrução processual completa. Portanto, são procedimentos que não se compadecem com o procedimento especial do inventário e da partilha que pressupõe uma razoável e esperada consensualidade, tanto que afasta a discussão de provas fatuais (CPC, art. 612), tão próprias de uma jurisdição contenciosa.

Infelizmente, o Direito brasileiro se ressente de um procedimento de partilha próprio, especialmente projetado para as costumeiras divisões contenciosas de bens conjugais ou convivenciais, resultando em intrincadas ações, que simplesmente empurram parceiros afetivos para demandas altamente controvertidas e de

[7] ASSIS, Araken de. *Inventário e partilha*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022, p.11.

exauriente dilação probatória, frustrando as expectativas dos casais que intentam dividir suas meações assim que terminam seus relacionamentos.

Contudo, ao contrário, eles restam envolvidos em ações de partilha que se orientam pelo procedimento comum do artigo 318 do Código de Processo Civil, dado que o rito especial do inventário e da partilha, inicialmente previsto para a divisão de bens conjugais termina esbarrando, como há pouco informado, no entrave previsto no artigo 612 do Código de Processo Civil, que os remete para as vias ordinárias quando surgem questões de fato que necessitam de outros meios de prova, que não o documental, cujos temas são considerados na linguagem do CPC de 1973 como de alta indagação,[8] e que "em razão da celeridade imposta pelo prazo de encerramento do inventário, marcando termo final para as atividades processuais, ficaria excluída a apreciação incidental das árduas disputas em relação à matéria de direito".[9]

O legislador brasileiro tem sido demasiadamente otimista ao pretender que as tormentosas partilhas de bens conjugais ou da união estável dissolvidas se deem pelo rito especial do inventário e da partilha, sem ter tido o cuidado de projetar um procedimento que realmente permitisse aos dissidentes afetivos alcançarem em razoável tempo processual a efetiva e concreta divisão de seus bens comuns, servindo-se para tanto, de um conjunto de operações que pusessem fim à situação de comunidade nascida de regimes matrimoniais de bens.

A aquisição dos bens sucessórios pelos herdeiros ou a aquisição das meações pelos consortes ou companheiros dissidentes só irão produzir seus jurídicos e legais efeitos depois de levado à cabo a sua concreta partilha, mas, até chegar a este desejado estágio, coerdeiros e meeiros serão titulares de um direito abstrato sobre o patrimônio que permanece em estado de indivisão como titulares de uma comunidade de indivisão pós conjugal.

É somente com a partilha que este direito abstrato se transforma em um direito sólido de bens que serão adjudicados aos herdeiros ou meeiros, e somente a partir desta concreta partilha é que poderão exercitar as ações próprias do domínio e é só depois desta efetiva partilha que passam a ter um poder de disposição sobre os bens, sendo que não atingem este objetivo se o juízo da partilha confere apenas uma genérica divisão condominial dos bens que em realidade continuam sendo comuns.

É tal qual ensina Celia Martínez Escribano, de que a efetiva partilha substitui a quota que tem cada coerdeiro ou cônjuge na comunhão de bens, ao trocar a comunidade abstrata pela titularidade exclusiva dos bens e direitos que lhe são adjudicados, ou seja, com a partilha se substitui um direito impreciso por outro

---

[8] ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha.* Teoria e prática. Salvador. JusPodivm, 2019, p. 315.

[9] ASSIS, Araken de. *Inventário e partilha*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022, p. 22-23.

individualizado e concreto sobre certos bens que ingressam no patrimônio do meeiro ou do coerdeiro.[10]

4 EXTINÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL

O regime matrimonial patrimonial se extingue pelo falecimento de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros, pela presunção de óbito ou quando se trata de anulação do casamento, separação, divórcio ou dissolução de união estável, bem assim quando houver ação de alteração do regime de comunhão de bens para o da separação convencional, sendo que em todos estes casos restam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé.

Rompida a relação afetiva e na falta de acordo dos consortes ou companheiros, deve ser promovida a liquidação do regime matrimonial de bens, que segue como antes visto antes pelo rito do inventário e da partilha, cuja liquidação consiste em calcular a diferença entre o ativo bruto e o passivo dos bens comuns, de modo a encontrar seu ativo líquido que será repartido entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, ingressando neste passivo as dívidas atinentes ao relacionamento e que deverão ser computadas, sem que necessariamente precisem ser pagas ou liquidadas para que seja procedida a partilha dos bens comuns, pois que seguem ambos respondendo solidariamente com suas meações pelas dívidas comuns, de tal forma que a partilha também pode se dar pelo ativo bruto, estabelecendo o Código Civil e o Código de Processo Civil certas regras para que seja procedida a divisão das meações vinculadas ao regime de comunidade de bens dos cônjuges ou companheiros em tempos de ruptura afetiva.

Para ser procedida a divisão das meações deveriam ser formulados lotes de bens idênticos, como prescreve o artigo 2.017 do Código Civil, no sentido de serem observados o valor, a natureza, a qualidade e a maior igualdade possível dos bens. Por sua vez dispõe em idêntico sentido o artigo 648 do Código de Processo Civil que, na partilha serão observadas as seguintes regras: I) a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II) a prevenção de litígios futuros; e III) a máxima comodidade do cônjuge ou do companheiro.

Portanto, a partilha deve guardar sempre que possível uma igualdade qualitativa, contendo as meações, se viável, bens do mesmo tipo e em igual proporção, formando lotes ou meações homogêneas, ainda que em certas circunstâncias algum bem seja indivisível ou se deprecie muito com a sua divisão. Neste caso, o bem poderá então ser adjudicado a um dos divorciados e abonando o outro sua meação com dinheiro, acaso não opte qualquer um dos meeiros pela

[10] ESCRIBANO, Celia Martínez. *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio.* 2. ed. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, p. 358-359.

venda pública ou privativa do bem, como sugere o artigo 2.019 do Código Civil, ao dispor que os bens insuscetíveis de divisão cômoda e que não couberem na meação do consorte (sobrevivente), serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado e neste mesmo sentido o artigo 649 do Código de Processo Civil brasileiro ao estabelecer que, os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado.

Por seu turno, ordena o § 1° do artigo 2.019 do Código Civil brasileiro que não se procederá à licitação se o cônjuge (sobrevivente) ou um ou mais herdeiros requererem a adjudicação do bem, repondo aos outros, em dinheiro, a diferença, após a avaliação atualizada e embora no inventário possam existir outros herdeiros interessados, forçando a licitação, nada será diferente na dissolução do casamento ou da união estável, eis que a licitação se fará igualmente obrigatória se ambos os parceiros mostrarem interesse na adjudicação, acrescendo Araken de Assis que, em caso de igualdade de oferta entre duas ou mais partes, incidirá o artigo 876, § 6°, por analogia à alienação judicial (CPC, art. 730), preferindo nessa ordem o lanço do cônjuge, do companheiro, dos descendentes e dos ascendentes.[11]

Como explica Rodrigo Mazzei a finalidade da partilha está no encerramento do condomínio criado com a sucessão, por meio da divisão pelos respectivos condôminos dos bens remanescentes depois de efetuada a liquidação da herança,[12] como que, com efeito, a partilha dos bens comuns e comunicáveis do regime patrimonial do casamento ou da união estável, seu objetivo é o de romper o estado de indivisão criado pela universalidade dos bens em sua configuração de meeiros, não se mostrando nada produtivo qualquer procedimento judicial que transmude as meações em frações condominiais, como tem sido a melhor das opções ofertadas pela legislação e jurisprudência processuais brasileiras, que apenas elencam o inábil processo de inventário e de partilha.

Casais deveriam dividir e concretizar a titularidade de suas meações, no entanto, terminam na maioria das vezes enfrentando estressante ação de partilha, com altas indagações de fuga de bens comuns e com infindáveis discussões sobre a qualidade e o valor dos bens, e cujos bens terminam sendo ordenados em um execrável condomínio que obriga estes casais já exauridos a renovarem suas desavenças processuais em outra morosa, onerosa e prejudicial demanda judicial, igualmente ineficiente e destituída de efetividade, e que costuma malbaratar as desgastadas meações dos cônjuges ou companheiros comumente vulneráveis.

---

[11] ASSIS, Araken de. *Inventário e partilha*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022, p. 163.

[12] MAZZEI, Rodrigo Reis. Do inventário e da partilha. *In*: GOUVÊA, José Roberto F; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. XII, 2023, p. 712.

5 O JUÍZO VERBAL DA PARTILHA

A regra da partilha deveria ser simples, uma vez que a finalidade do procedimento de liquidação do regime de comunhão parcial é o de materializar a meação que cada um dos consortes ou companheiros ostenta na sociedade conjugal ou convivencial, procedendo para tanto, em uma série de operações necessárias para conseguir a ativa divisão, com a partilha e adjudicação dos bens comuns que se dividirão por metade entre os cônjuges ou conviventes, tendo como único pressuposto indispensável e inerente ao partilhamento dos bens comuns, que tenha sucedido a prévia separação, divórcio[13] ou a dissolução da união estável dos meeiros.[14]

É mais do que tempo de repensar e revisar o modelo processual de partilha dos bens atinentes aos regimes matrimoniais ou convivenciais, cuja adoção do rito do inventário e da partilha não tem se mostrado decidido e expedito, mas, bem ao revés, tem sido fonte de intermináveis ações que, ao lado de exaurirem o meeiro mais vulnerável, servem como motivação para meeiros que se encontram na posse e administração dos bens comuns se sirvam desta morosidade e da baixa eficácia processual como incentivo para postergarem a divisão dos bens comuns, eternizando uma estéril discussão daquilo que se comunica ou não nos diferentes regimes de bens.

É diante deste estado de coisas que se mostra imprescindível encontrar mecanismos normativos mais diligentes para por fim à vida conjugal econômica e cuja partilha prescinde de uma rápida, efetiva e concreta liquidação, a permitir que cada meeiro adjudique a sua meação e titule os seus próprios e exclusivos bens, garantindo o equilíbrio e a igualdade na divisão do acervo conquistado pelo esforço comum. Contudo, este propósito ainda está longe de ser alcançado à vista do vigente rito de liquidação sustentado no processo do inventário e da partilha, impensadamente tomado por empréstimo no sistema jurídico brasileiro para também servir na divisão dos bens conjugais.

O sistema processual brasileiro de partilha da meação se vale do direito sucessório por expressa determinação legal, sem previsão de audiência e cuja ritualística não aproxima os meeiros para uma precedente e imperiosa solenidade destinada a depurar pontos controvertidos, e a partir deste encontro tentar sanear as dissidências que sempre se atrelam à instrução probatória, servindo esta audiência como ponto de partida para um conclusivo processo de partilha.

---

[13] APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p.123.

[14] O procedimento judicial da liquidação da sociedade de *gananciales* do Direito espanhol, equivalente ao regime da comunhão parcial brasileira, no Direito espanhol não se aplica sob nenhuma hipótese às uniões estáveis.

É imprescindível que se registre para efeitos de comparação, que a lei processual espanhola também remete as partes às normas sobre partilha de herança, contidas no artigo 784 e seguintes da sua Lei Processual Civil, no caso de desacordo dos cônjuges em relação à partilha de seus bens, suscitando inúmeros conflitos que surgem na prática, uma vez que se apresentam, tal como no sistema jurídico brasileiro, muitas questões complexas, que põem em manifesto a necessidade de uma reforma, também no Direito espanhol dê efetividade à liquidação dos bens matrimoniais e que impeçam a morosa tramitação dos processos espanhóis de partilha dos bens conjugais.[15]

Prescreve o artigo 806 do Código de Processo Civil espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC*) que: "a liquidação de qualquer regime econômico matrimonial que, por pacto antenupcial ou por disposição legal determine a existência de uma massa comum de bens e direitos sujeita à determinados encargos e obrigações será levada à cabo, na falta de acordo entre os cônjuges, com suporte no disposto no presente capítulo[16] e nas normas civis que resultem aplicáveis".

Daí que se apresentam três pressupostos para a aplicação do procedimento processual espanhol de partilha: 1°) A existência de um matrimônio entre os titulares do patrimônio; 2°) A existência de um regime econômico que determine uma massa comum de bens e de direitos; 3°) Que os cônjuges não tenham chegado a um acordo a respeito da liquidação de seus bens.[17]

Reforma legislativa sucedida em março de 2022, modificou o conteúdo dos artigos 808 e 810 da LEC espanhola, na busca da melhor proteção das pessoas órfãs e de vítimas de violência de gênero, ao reconhecer a legitimação dos herdeiros do cônjuge para instarem o processo de liquidação dos bens conjugais, acaso já iniciada a ação de separação ou de divórcio dos pais.[18]

Uma vez dissolvida a sociedade conjugal, a primeira fase da liquidação no Direito espanhol começa pelo inventário do ativo e do passivo da entidade familiar (CC espanhol, art. 1396), determinando como requisito imperativo para a admissão da demanda de partilha, que esta se faça acompanhada de uma proposta palpável de liquidação, contendo esta proposição todas as certidões, matrículas e documentos que compõem o ativo e o passivo do acervo conjugal, com as seguintes informações adicionais: 1°) Os bens comuns existentes ao tempo

---

[15] APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 124.

[16] O capítulo II, do Título II – Da divisão judicial de patrimônios começa com o capítulo I, que trata da divisão da herança, ao passo que o mencionado capítulo II ainda da legislação processual espanhola respeita o Procedimento para a liquidação do regime econômico matrimonial.

[17] BOSCH, Joaquín de La Serna. *División judicial de patrimonios.* Aspectos procesales. 3. ed. Madrid: Wolters Kluwer/Bosch, 2020, p. 135-136.

[18] APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 125.

da dissolução; 2°) O montante atualizado do valor que teriam os bens vendidos fraudulentamente se não foram recuperados; 3°) O montante atualizado dos valores pagos pela sociedade nupcial e que se constituem em créditos da sociedade conjugal (CC espanhol, art. 1397).

A avaliação dos bens pode ser indicada diretamente pela parte proponente da liquidação patrimonial, ou se preferir, pode se valer de informes periciais que serão meramente indicativos e não vinculativos. A petição de liquidação dos bens comuns também conterá uma proposta de pagamento das dívidas conjugais em dinheiro, ou com adjudicação de bens diretamente aos credores ou diante da assunção da dívida por um dos consortes. A petição também conterá propostas de reintegração ou reembolso dos valores em favor do cônjuge que antecipou estes recursos em obséquio da sociedade conjugal e que dela se faz credor. Por fim, a proposta conterá os pedidos de preferências sobre bens na formação dos respectivos lotes ou meações de cada um dos esposos e que respeitam aos: 1°) Bens de uso pessoal (excluindo as roupas e objetos de uso individual sem excessivo valor econômico); 2°) A exploração econômica que está sob sua gestão; 3°) O local onde exerce sua profissão; 4°) Em caso de morte do outro cônjuge, a vivenda que servia de residência habitual (CC, espanhol, art. 1406). Se porventura estes bens preferenciais superarem o montante da meação do adjudicatário, este deverá abonar a diferença em dinheiro.

Por seu turno, o passivo da sociedade nupcial é composto pelas seguintes rubricas: 1°) As dívidas pendentes da sociedade conjugal;[19] 2°) O montante atualizado do valor dos bens privativos quando sua restituição deva ser feita em moeda corrente por haver sido gasto no interesse da sociedade nupcial; 3°) O montante atualizado das quantidades, havendo sido pagas por um só dos cônjuges, mas que eram encargo da sociedade, se constituindo em créditos dos cônjuges contra a sociedade (CC espanhol, art.1398). Terminado o inventário do ativo e passivo, serão pagos os débitos da sociedade, tendo preferência as dívidas alimentícias e se os bens forem insuficientes abre o concurso de credores (CC espanhol, art. 1399), constituindo o remanescente um *haver* da sociedade, que se dividirá por metade entre os cônjuges ou seus respectivos herdeiros (CC espanhol, art.1404). De acordo com o artigo 1406 do Código Civil espanhol, cada cônjuge terá direito a que se incluam com preferência em sua meação e até onde este alcance: 1°) Os bens de uso pessoal; 2°) A exploração econômica sob sua gestão; 3°) O local onde exerce sua profissão.

Em conformidade com o artigo 807 da lei processual espanhola, será competente para o procedimento de liquidação o juízo de primeira instância

[19] Relevante registrar que para parcela dos julgados do Direito espanhol as dívidas que se vencerem depois do divórcio do casal (ou da separação de fato do par afetivo) não são débitos da sociedade conjugal e, portanto, não podem ser incluídas e liquidadas na partilha por serem consideradas dívidas pós-conjugais que ocorrem durante depois da separação fática ou do divórcio dos consortes ou durante o procedimento de partilha, já que deixam de ser dívidas do casamento e passam a ser dívidas dos meeiros. Outros julgados aceitam estas dívidas pós-conjugais como crédito do meeiro que as tenha abonado até a efetiva liquidação dos bens comuns, devendo ser incluídas no passivo.

que esteja processando ou que tenha processado a ação de nulidade, anulação, separação ou divórcio e uma vez iniciada a dissolução do regime econômico matrimonial, qualquer dos cônjuges poderá solicitar a formação de um inventário, fazendo acompanhar uma proposta de partilha escoltada das diferentes certidões e documentos de propriedade dos bens (LEC, art. 808).

À vista deste requerimento e se encontrando conforme, será designada audiência, para um prazo máximo de dez dias para que se proceda a formação do inventário, mandando intimar os cônjuges para a respectiva solenidade, devendo eles se fazerem acompanhar dos seus respectivos advogados. Não comparecendo a parte demandada sem justificativa haverá presunção de que aceitou a proposta formulada pelo autor (LEC, art. 810), como a mesma presunção se dará se não comparecer à audiência a parte demandante.

O comparecimento obrigatório dos consortes tem em mira propiciar a que os casais possam chegar a um acordo, devendo os consortes obrarem de boa-fé e anexando ao inventário[20] todos os documentos que fundamentem jurídica e detalhadamente os seus argumentos e suas controvérsias, sendo vedado ao juiz praticar investigações ou oficiar organismos públicos e entidades particulares para averiguação de possíveis bens, uma vez que o inventário se formaliza com os dados aportados pelas partes, o que obviamente não faria sentido se estivessem os cônjuges em demanda de apuração de fraude.

Nesta mesma audiência ou no dia seguinte, o juiz decidirá o que deve ser procedido com relação à administração dos bens inventariados e se for suscitada alguma controvérsia sobre a inclusão ou exclusão de algum bem ou valor dos bens que estão sendo inventariados, o juiz fará constar as pretensões e os argumentos de cada cônjuge sobre os referidos bens, sentenciando sobre todas as questões ventiladas, aprovando o inventário e nele dispondo sobre a administração e disposição dos bens comuns (LEC, art. 809). É que, com a finalização da fase de inventário da sociedade de comunidade de bens, restam aclarados quais bens e dívidas serão recíprocas. Contudo, como informa Antonio Javier Pérez Martín, este é somente o primeiro passo para a efetiva liquidação da sociedade patrimonial, na qual ainda será preciso efetuar operações de avaliação, pagamento das dívidas e finalmente a adjudicação da meação de cada um dos cônjuges.[21]

Acaso não alcancem um acordo sobre a liquidação começa então a segunda fase e na qual o juiz designará um contador encarregado de realizar a proposta de partilha, respeitando os princípios que informam a liquidação da comunidade de bens conjugais e encarregado o contador de evitar a sua indivisão quando possível, para afastar o condomínio. Se necessário, o juiz designará perito para a prática das operações divisórias de avaliação dos bens (LEC, art. 810), continuando

[20] O inventário respeita a relação de bens, direitos, dívidas e encargos que integram o patrimônio comum.

[21] MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Los libros azules de derecho de familia.* Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales. Córdoba: Lexfamily, 2019, p. 483.

a tramitação da partilha nos termos dos artigos 784 e seguintes da legislação processual espanhola (LEC).

Uma vez elaborada pelo contador a proposta de partilha, as partes serão intimadas para, no prazo de dez dias comuns, formularem por escrito as suas oposições ou para que manifestem a sua conformidade, mas em se opondo, convém que deixem bem registradas as causas desta oposição que será restrita às seguintes hipóteses: 1) eventuais erros materiais a que possa ter incorrido o contador; 2) eventuais erros que possam ser relacionadas a uma avaliação arbitrária dos bens,[22] vulnerando o princípio da igualdade na partilha;[23] 3) dado ao fato de o contador não ter aplicado os direitos de preferência nas respectivas adjudicações; 4) acaso créditos e dívidas não tiverem sido monetariamente atualizadas pelo contador; 5) se ocorreu algum um excesso no valor dos bens adjudicados a favor de um dos cônjuges, hipótese na qual o outro em que deverá ser compensado em moeda corrente.

Suscitada a oposição, o juiz fixará dia e hora para a celebração de uma nova audiência na qual irão as partes e seus procuradores, o contador e eventuais peritos avaliadores, em que buscarão a conformação do debate em processo verbal,[24] e se acaso não comparece o opositor, a sua ausência será interpretada como desistência da oposição com a aprovação das operações divisórias apresentadas pelo contador, e se não comparece a parte que não formulou a oposição será levada adiante e na própria audiência a discussão levantada na oposição com a consequente resolução judicial. Ou seja, acaso não tenha sido alcançado qualquer acordo nesta audiência, o ato inicial se converte em um procedimento de juízo verbal, no qual as partes externam as suas alegações, não só ratificando suas oposições, senão também contestando as oposições contra elas formuladas, e na mesma audiência apresentarão as provas que consideram atinentes. Alerta Rosa Perez-Villar Aparício sobre a importância de as partes terem formulado com exatidão seus escritos de oposição, e da importância de estarem rigorosamente preparadas para, nesta audiência, defenderem suas posições com as provas por elas carreadas, dado que desta solenidade de um juízo eminentemente verbal resultará a sentença judicial de partilha.[25]

---

[22] É pacífico na doutrina espanhola que a avaliação dos bens deve vir referida no momento efetivo da liquidação, em conformidade com o disposto no artigo 1.397 do Código Civil espanhol, podendo as partes se oporem se a avaliação não tiver como marco a data da liquidação. Também procede a oposição se a metodologia de avaliação utilizada pelo perito designado for defeituosa, sendo contestada mediante outros informes periciais, devendo ser ouvido o perito judicial diante desta oposição ao seu laudo de avaliação no juízo verbal de partilha, decidindo o juiz diante do resultado deste confronto (APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 133).

[23] O artigo 1.061 do Código Civil espanhol impõe o critério de igualdade das meações ou lotes adjudicados a cada meeiro ou herdeiro, impondo a obrigação de adjudicar a cada um deles coisas da mesma natureza, qualidade ou espécie, qual seja, a partilha deve ser procedida por um critério de equitativa ponderação (APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 132).

[24] APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 132.

[25] APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 135.

O juízo oral de partilha intenta ordenar ao menos a divisão dos bens comuns e considerados incontroversos ou de mera comprovação documental, não sendo o marco idôneo para resolver questões complexas ou altamente controvertidas; seja em razão da aparência dos títulos e da documentação apresentada; seja em decorrência de dúvidas levantadas em juízo acerca da sua real comunicabilidade, sendo então deslocados para um juízo de maior investigação, como por idêntico sucede no Direito brasileiro com as chamadas *questões de alta indagação* como foi do uso da nomenclatura do Código de Processo Civil de 1973.

Temas como os de nulidade ou de anulação de negócios jurídicos incidentes sobre bens que, em fraude foram excluídos do patrimônio comum precisam encontrar no rito processual brasileiro ações mais céleres e eficientes, que reclamam inclusive, um maior rigor punitivo endereçado ao fraudador, que busca sonegar os bens da divisão patrimonial. Havendo severa punição no âmbito civil e penal, certamente haverá maior segurança jurídica e melhor resultado positivo nas ações que demandem a apuração e a correção da fraude.

Questões de alta indagação e ações de apurações de fraudes não são, necessariamente, problemas da mesma origem, tendo em vista que, na fraude o agente busca excluir da partilha um bem que sabidamente deveria ser dividido por ser comum ao casal, ao passo que na *alta indagação* são suscitadas questões fáticas e jurídicas questionando a convenção dos bens e que precisam ser decididas em primeiro lugar, para depois permitirem sua inclusão ou exclusão da ação de partilha, como sucede, por exemplo, com uma união estável em que se faz imprescindível apurar mediante instrução processual a sua real existência e seu período de convivência com a correlata declaração judicial.

Ainda à despeito do tópico pertinente às *questões de alta indagação,* que por força do artigo 612 do Código de Processo Civil ficam afastadas do processo de inventário e que devem ser feridas em ação de conhecimento em autos próprios. Escreve Denise Lage Bezerra Weyne se tratar de uma estratégia do legislador brasileiro com vistas à contenção da litigiosidade e para a fluidez do processo de inventário, limitando a competência do juízo do inventário que, de acordo com o artigo 612 do CPC, decidirá apenas as questões amparadas por prova documental,[26] lembrando com outro corriqueiro exemplo, a ação de investigação de paternidade biológica ou socioafetiva cumulada com partilha de bens, presente quando os coerdeiros não reconhecem a filiação investigada e sua afirmação carece de prova documental.

Aponta ainda Denise Weyne que tais instrumentos de contenção de litigiosidade na ação de inventário e o mesmo se presta para as demandas de partilha de bens conjugais ou convivenciais trazem repercussões negativas aos

[26] WEYNE, Denise Lage Bezerra. *Democratizando o processo de inventário.* Silêncio legislativo e análise comportamental na partilha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 83.

herdeiros, como igualmente as trazem para os meeiros diante do alto custo da remessa desta matéria prejudicial para as vias ordinárias que tomam maior tempo para a finalização do processo,[27] e assim prestando, um completo desserviço aos jurisdicionados, que são levados a demandarem em juízo contencioso, por tempo incerto e oneroso, na ansiosa busca da conclusão judicial de suas desavenças e assim mantendo indivisas suas heranças ou meações, que seguem sob a administração de um dos meeiros ou do inventariante..

Transitada em julgada a sentença do juízo verbal de partilha do direito espanhol, procedido o inventário dos bens e pagas as dívidas comuns, dita sentença goza dos plenos efeitos de coisa julgada e autoriza a adjudicação dos bens a cada um dos consortes em conformidade com o plano de partilha apresentado pelo contador e homologado em juízo verbal pelo julgador.

6 A FUNÇÃO DO CONTADOR PARTIDOR NO JUÍZO VERBAL DE PARTILHA

Como requisitos indispensáveis para que se inicie a liquidação dos bens comuns conjugais, deve ocorrer a precedente dissolução do regime matrimonial pelo decreto do divórcio ou da dissolução de uma união estável, restando informados em juízo os bens e as dívidas partilháveis incontroversas, permitindo ao menos a divisão da parcela incontroversa do acervo comum, não obstante possa existir outro monte situado no campo da sonegação ou da alta indagação.

Logo, não tendo os consortes alcançado um acordo acerca dos bens controvertidos da partilha, ou sendo todos eles controversos, seguem os trâmites previstos para a divisão de uma herança, nos termos dos artigos 810 e 811 e arrimo nos artigos 785 a 789 da *Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha (LEC)*.

Prescreve o artigo 810 da LEC que, dissolvida a relação conjugal e concluído o inventário com a descrição dos bens partilháveis e o consequente regime matrimonial de bens, qualquer dos consortes ou seus herdeiros poderá solicitar a liquidação dos bens totais ou somente dos remanescentes e controvertidos e faltando consenso será nomeado um contador encarregado de elaborar o plano de partilha, podendo obter o auxílio de peritos e avaliadores, conforme artigo 786 da LEC.

Lembra Carmen Sánchez Hernández que a principal função do contador é a prática das operações de divisão e a dos peritos é a de intervirem na avaliação dos bens que formam o acervo conjugal ou hereditário, sendo fixado um prazo

[27] WEYNE, Denise Lage Bezerra. *Democratizando o processo de inventário.* Silêncio legislativo e análise comportamental na partilha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 84.

para que o contador apresente as operações divisórias, sob pena de responder por perdas e danos.[28]

O contador será nomeado pelo juiz por um sorteio entre os *experts* de uma lista de peritos que é indicada em janeiro de cada ano pelos respectivos *Colegios Profesionales*, seguindo a partilha nos termos dos artigos 782 até 789 da LEC, que tratam da divisão judicial da herança.

É inquestionável que uma excessiva indivisão dos imóveis pode colocar em perigo a integridade e o valor econômico dos bens, devendo o contador observar a maior igualdade possível, ao estabelecer os lotes ou meações e suas adjudicações, que devem observar a mesma natureza, qualidade e espécie, e quando uma coisa se mostre indivisível ou deprecie muito em razão de sua divisão, poderá o bem ser adjudicado a um dos consortes ou coerdeiros, abonando o(s) outro(s) em dinheiro ou promovendo a sua venda para terceiros.

A partilha realizada pelo contador partidor não necessita do consentimento dos cônjuges e deve ser concluída em média, no prazo de dois meses, dela sendo dadas vistas às partes para que em dez dias formulem oposição, nos termos do artigo 787 da LEC espanhola. Havendo oposição serão convocadas as partes, o contador e os peritos para a audiência de juízo verbal na busca de um consenso, e se alcançado, tratará o contador partidor de fazer os necessários ajustes finais, mas se não houver conformidade o juiz ouvirá as partes nesta mesma audiência e admitirá as provas por elas propostas desde que não sejam impertinentes ou inúteis.

Só poderão ser discutidas as operações divisórias, nunca a existência ou inexistência de bens que integram o juízo do inventário que se realizou, e que foi concluído em um momento anterior, salvo contando com a concordância dos cônjuges. Ficam fora desta discussão, procedida no juízo verbal de partilha, os bens controvertidos e as questões de alta indagação, sobre as quais não houve consenso no juízo inicial de partilha.

Recorda Antonio Javier Pérez Martín que a avaliação atribuída aos bens costuma ser uma das causas mais frequentes com a quais as partes se opõem durante as operações divisórias, devendo aquele que as impugna aportar formas e meios de prova que sustentem sua inconformidade, caso contrário não passará de uma "típica oposição em que o opositor pretende substituir o imparcial critério do perito avaliador ou do contador partidor pelo seu, sem aportar prova alguma que leve o Judiciário a uma conclusão distinta".[29]

---

[28] HERNÁNDEZ, Carmen Sánchez. *La partición judicial de la herencia.* Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 20122, p. 195-196.

[29] MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Los libros azules de derecho de familia.* Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales. Córdoba: Lexfamily, 2019, p. 620.

Outra fonte frequente de oposição às partilhas formuladas pelos contadores partidores respeita à formação dos lotes divisórios, discrepando as partes acerca do conteúdo dos lotes de cada um dos cônjuges, por infringirem o artigo 1061 do Código Civil espanhol, que trata da igualdade das meações ou quinhões hereditários, cuidando de adjudicar a cada consorte ou herdeiro *coisas da mesma natureza, qualidade* e *espécie*.[30] Determinados consortes ou herdeiros insistem em manter seus próprios critérios de partilha, os quais eles consideram sempre mais justos e equitativos, o que equivale a se servir do processo para impor os critérios subjetivos de suas suas avaliações, forçando recursos para que o Tribunal Supremo espanhol decida depois de longos anos de recursos a efetiva partilha.[31]

Com vistas a evitar estes subterfúgios o direito processual espanhol vai fechando as portas para impedir que o juízo oral de partilha se perca no seu itinerário desenvolvido para dar efetividade à divisão patrimonial, eternizando o estado de indivisão dos bens comuns ou que estes bens terminem na pior das opções, que seria a do estado de condomínio.

Outro ponto nevrálgico atinente à operação de divisão apresentada pelo contador partidor e que pode ser alvo de oposição dos ex-cônjuges ou herdeiros respeita ao direito de atribuição preferencial de bens, que está regulado pelo artigo 1406 do Código Civil espanhol, matéria que tampouco é indiferente ao direito brasileiro, dispondo a norma estrangeira que cada cônjuge terá direito a que se incluam com preferência na sua meação, ou no seu quinhão hereditário no caso de inventário: a) os bens de uso pessoal; b) a exploração econômica que este consorte efetivamente administre; c) o local onde o cônjuge ou herdeiro exerce sua profissão e no caso de morte; d) a moradia que servia de residência habitual.

O contador partidor precisa levar em consideração estas circunstâncias fáticas preferenciais quando for construir os lotes dos quinhões dos herdeiros ou das meações dos meeiros, como previsto no artigo 1406 do Código Civil espanhol, pois sendo apresentados lotes com eventual excesso das meações ou dos quinhões hereditários, deve o contador partidor prever que estes excessos possam ser pagos ou compensados com créditos que adjudicatários tenham entre eles ou que os compensem em moeda sonante.

Feitas as oposições e procedidas as correções pelo contador partidor, mesmo assim não havendo consenso, o contador partidor, as partes e eventuais peritos serão convocadas para uma audiência, onde serão interrogados os peritos avaliadores acerca dos critérios utilizados nas avaliações dos bens que estão sendo partilhados e seus informes contraditórios. Pode o impugnante formular suas objeções aos peritos avaliadores e levar perito próprio para esta solenidade eminentemente oral,

---

[30] Correspondente ao artigo 2.017 do Código Civil brasileiro: "No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível".

[31] MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Los libros azules de derecho de familia.* Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales. Córdoba: Lexfamily, 2019, p. 621.

com vistas a dirimir dúvidas e se possível alcançar um acordo de partilha. São provas e discussões que auxiliam ao juiz, mas que não o substituem, sendo da sua livre apreciação os laudos e as discussões travadas, optando por aquela avaliação que lhe pareceu mais coerente e convincente, para consignar na sentença de partilha: a) sua decisão acerca das impugnações das avaliações realizadas; b) em decidir acerca dos lotes das meações (ou quinhões hereditários) apresentados pelo contador partidor, cuidando para que tenham respeitado os princípios de igualdade, equidade e ponderação (conhecida como cômoda divisão do CC, art. 2017).

Destarte, se o juiz rejeita a impugnação homologará a partilha sugerida pelo contador partidor, mas ao revés, se acatar a impugnação fará as adjudicações finais de acordo com as oposições, podendo recorrer aos distintos meios de adjudicação, que podem ser a do condomínio, que seria a pior de todas as opções, ou com o auxílio do contador partidor reajustar as meações ou lotes de partilha anteriormente por ele sugeridas, e ao reconsiderar os valores a partir das impugnações, reorganizar a divisão na própria audiência.

Pode também o juiz ordenar a venda em hasta pública dos bens, embora na versão brasileira exista a alternativa da venda particular dos bens partilháveis, como previsto no artigo 2.019 do Código Civil brasileiro, cuja alternativa poderia ser desde logo ordenada pelo juiz brasileiro no lugar deste péssimo costume de decretar o retardatário regime condominial, que nada resolve e que só protela e onera a partilha das meações conjugais ou convivenciais. Resolvida a partilha dos bens incontroversos, partem depois para a fase mais tenebrosa de busca dos bens sonegados e desviados em falaciosas simulações, que só encontrarão porto seguro e segurança jurídica se a fraude for apenada com a perda do bem sonegado, e que reste derradeiramente revogada a escusa absolutória do artigo 181 do Código Penal, que não criminaliza atos criminais efetuados no seio do grupo familiar, sob a escusa de mantença dos fortes laços consanguíneos, e que o processo crime poderia prejudicar uma possível reconciliação familiar, trazendo a temática para a jurisdição civil, que pressupõe uma intervenção menos traumática e mais expedita para as afetações de interesses econômicos.[32]

7 REFERÊNCIAS

APARÍCIO, Rosa Pérez-Villar. Procedimiento judicial de la liquidación de la sociedad lega de gananciales. *In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023.

[32] MOLINARI, Alberto. *La responsabilidad penal del cónyuge en el régimen económico de gananciales. In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023, p. 251.

ASSIS, Araken de. *Inventário e partilha*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022.

BOSCH, Joaquín de La Serna. *División judicial de patrimonios.* Aspectos procesales. 3. ed. Madrid: Wolters Kluwer/Bosch, 2020.

CALMON, Rafael. *Manual de partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável.* Aspectos materiais e processuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CONSTANZO, Mariano; SANCHEZ, Leandro N. Posteraro; CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coord.). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado.* Buenos Aires: Astrea, v. 8, 2015.

ESCRIBANO, Celia Martínez. *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio.* 2. ed. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015.

HERNÁNDEZ, Carmen Sánchez. *La partición judicial de la herencia.* Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

LLOVERAS, Néstor L. *Extinción y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Los libros azules de derecho de familia.* Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales. Córdoba: Lexfamily, 2019.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Do inventário e da partilha. *In*: GOUVÊA, José Roberto - F; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, v. XII, 2023.

MOLINARI, Alberto. *La responsabilidad penal del cónyuge en el régimen económico de gananciales. In:* II CONGRESO AMAFI – La liquidación de gananciales y su aplicación en los Tribunales, 21 e 22 abr. 2023. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha.* Teoria e prática. Salvador. JusPodivm, 2019.

WEYNE, Denise Lage Bezerra. *Democratizando o processo de inventário.* Silêncio legislativo e análise comportamental na partilha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MULTICONJUGALIDADES

Maria Berenice Dias

Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões.
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.

Sumário: 1. O conservadorismo social. 2. O cânone constitucional. 3. O papel do IBDFAM. 4. O medo do legislador. 5. O protagonismo da Justiça. 6. Multiconjugalidades. 7. A primazia da verdade da vida. 8. Referências.

1 O CONSERVADORISMO SOCIAL

Tanto o Estado como todas as religiões, credos e crenças, sempre tentaram amarrar e eternizar os vínculos afetivos heterossexuais. O "matrimônio" sempre foi considerado sacramento com a chancela divina. Ou uma instituição, sendo as regras consideradas de ordem pública. O modelo era um só, a família chamada de tradicional: matrimonializada, patriarcal, assimétrica, hierarquizada, patrimonializada, indissolúvel e heterossexual.

A tentativa de engessar o exercício da sexualidade ao casamento e a obrigação de o casal se multiplicar até a morte decorriam da acentuada finalidade patrimonial: permitir a identidade dos elos de consanguinidade para assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos sucessores legítimos do *pater familiae*. Tanto que até agora a lei chega ao ponto de invadir a privacidade conjugal, ao impor o dever de fidelidade (CC, art. 1.566, I).

A tendência sempre foi formatar os vínculos afetivos segundo os valores culturais dominantes em determinada época. A sociedade, com perfil nitidamente conservador, em nome do que chama de moral e bons costumes, impõe rígidos padrões de comportamento, cultua valores absolutamente estigmatizantes, insistindo em repetir os modelos postos.

Basta lembrar que os vínculos afetivos constituídos fora do casamento não eram considerados uma família. Independente do tempo de convívio, do número

de filhos, ficavam à margem do Direito das Famílias e das Sucessões. Tais uniões – com o nome de "concubinato" – eram consideradas meras sociedades de fato. Via de consequência, não existia direito a alimentos, previdenciários ou sucessórios. Exclusões que vinham sempre em prejuízo da mulher, uma vez que o patrimônio sempre esteve em nome do homem.

Esta visão polarizada extremamente limitante e excludente gera um sistema de exclusões baseado, na maioria das vezes, em meros preconceitos. Tudo o que se situa fora do estereótipo acaba sendo rotulado de "anormal", ou seja, fora da normalidade, por não se encaixar nos padrões aceitos pela maioria.

O evoluir da sociedade ao longo do último século levou à transformação da família. As causas foram muitas: a revolução industrial, o movimento feminista, o surgimento dos métodos contraceptivos, a engenharia genética. Ainda assim, as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade são alvo da danação religiosa e, por via de consequência, da repulsa social. Tal enseja o silêncio do legislador ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afastem do modelo monogâmico.

Apesar da proibição legal, estruturas vivenciais fora do casamento sempre existiram. Mesmo sem nome, mesmo sem lei, acabaram forçando sua inserção social e foram bater às portas do Poder Judiciário. E não é possível excluir do âmbito da tutela jurídica as entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade que gera comprometimento mútuo, envolvimento pessoal e patrimonial. Chancelar o enriquecimento injustificado é afrontar a ética, é ser conivente com injustiças.

2 O CÂNONE CONSTITUCIONAL

A Constituição da República, desde seu preâmbulo, consagra como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade humana (CR, art. 1.º, III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes.[1]

Compromisso esse que serve de norte a todo o sistema jurídico. É assegurada proteção a todos, vedada discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade (CR, art. 3º, IV). Bem como 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.

---

[1] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 350.

A expressão entidade familiar alargou o conceito de família. A ela é assegurada a especial proteção do Estado como base da sociedade (CR, art. 226). Além do casamento, é feita expressa referência à união estável (CR, art. 226, § 3.º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CR, art. 226, § 4.º), chamada de família monoparental ou solo. O constituinte se limitou a referência expressa às espécies mais frequentes, mas o elenco é somente exemplificativo e não exaustivo. Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição não são números fechados.[2]

Esta dilação conceitual correspondeu a uma exigência da sociedade, deixando o modelo sacralizado do casamento de ser o único espaço em que as pessoas buscam a realização do sonho de felicidade. Ou seja, todos têm o direito de conviver em família, sendo imperioso concluir que existe um direito fundamental à convivência familiar.

O amor tornou-se líquido e o afeto tornou-se o elemento identificador dos relacionamentos familiares, não mais sujeitos a modelos pré-moldados. Os vínculos parentais se descolaram da verdade genética. Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição, provocando eco nas estruturas de convívio. Um mosaico da diversidade, um ninho de comunhão de vida, cuja vocação é a realização pessoal de cada um de seus membros, o respeito ao outro e a proteção das individualidades no coletivo familiar.[3]

Foi assim que relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados adquiriram visibilidade e aceitação. As uniões tidas outrora como marginais ganharam reconhecimento social. A família se transformou e os vínculos afetivos precisam gerar responsabilidades recíprocas. Daí falar-se em Direito das Famílias como forma de impor um comportamento ético a todas as conformações que têm uma vinculação mútua decorrente do laço da afetividade.

No entanto, a dificuldade de relações afetivas outras serem identificadas como entidades familiares, ainda revela a visão sacralizada do conceito de família. Mesmo que não exista qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a negativa sistemática de estender a todos os arranjos familiares a mesma normatização evidencia a tentativa de preservação da família dentro dos padrões convencionais.

---

[2] LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus dausus*. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 106.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 15. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, v. 6, p. 89.

3 O PAPEL DO IBDFAM

Ao longo de sua existência, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), sem medo e nem pudor, não se acanha em firmar posições de vanguarda, rompendo séculos de conservadorismo e preconceito que sempre rondaram a sociedade e a justiça. Corajosamente insurge-se contra posições doutrinárias consolidadas e jurisprudência pacificada.

Quando a Constituição da República trouxe a expressão entidade familiar para albergar outras estruturas de convívio, o IBDFAM buscou uma definição para além da tríade: heterossexualidade, casamento e filiação.

Ao identificar a responsabilidade ética do afeto, como elemento fundante das estruturas familiares merecedoras da tutela jurídica, cunhou um novo conceito de família. Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, a família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser um espaço de afeto. Transformou-se em uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função.[4]

Pouco importa que em nenhum momento a Constituição cite as palavras afeto ou afetividade. Tal nem de longe afasta o caráter constitucional do princípio da afetividade. Como a união estável se constitui sem necessidade da chancela estatal, significa que é o afeto que une e enlaça as pessoas, a ponto de merecer reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao Direito das Famílias. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.[5]

Contudo, de nada adianta proclamar respeito à dignidade humana. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Apesar de elencado um rol imenso de direitos individuais e sociais, enquanto houver segmentos alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, não for respeitado o direito à felicidade, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Expressões como família marginal, informal, filiação ilegítima, espúria, impura, adulterina, não mais servem. Trazem um ranço discriminatório que foi

---

[4] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2023, p. 35.
[5] LÔBO, Fabíola Albuquerque. *Multiparentalidade*: efeitos no direito de família. São Paulo: Foco, 2021, p. 162.

banido do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas.[6] Ainda assim, todos estes avanços não se mostram suficientes para o reconhecimento de estruturas de convívios outros.

4 O MEDO DO LEGISLADOR

Ninguém duvida que a razão de existir da sociedade e do próprio Estado é a de proteger as pessoas, de assegurar-lhes o direito de ser feliz. No entanto, a lei é retardatária, sempre vem depois do fato e tenta impor pautas comportamentais como forma de controlar a organização social. No mais das vezes, a forma de punir quem age contrário ao parâmetro aceito pela moral conservadora é negando sua existência. Com isso acaba excluído do âmbito da tutela jurídica um punhado de vínculos afetivos pelo só fato de escaparem do modelo que todos devem cegamente seguir e cumprir.

Ainda que a função do Poder Legislativo seja fazer leis que atendam às necessidades de todos os segmentos sociais, quando surge alguma proposta de regulamentar o que foge aos padrões convencionais, o legislador se omite. O medo de comprometer sua reeleição é confundido com intenção deliberada de negar direitos. Chega-se a falar em silêncio eloquente do legislador. Só que a omissão em assegurar tutela jurídica não pode ser considerada como manifestação de vontade do Estado de fazer algo desaparecer.

Como a ausência de lei não significa ausência de direito, muitas demandas acabam batendo às portas dos tribunais. O juiz, ao ser convocado a decidir questões que não têm previsão normativa, não pode singelamente considerar que a negativa do legislador significa vontade de não emprestar juridicidade à hipótese trazida a julgamento, o que acaba adquirindo uma conotação punitiva.

O silêncio da lei não pode ser óbice para que se assegure proteção integral a quem tem garantido constitucionalmente o direito à convivência familiar.

O resultado é perverso. A forma mais cruel de exclusão da cidadania. Condena à invisibilidade a vida como ela é.

5 O PROTAGONISMO DA JUSTIÇA

Parece singelo afirmar, mas é imperioso repetir que cabe ao Estado garantir ao cidadão os direitos que lhe são assegurados constitucionalmente. Para dar

---

[6] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 325.

efetividade a estes direitos devem ser editadas leis. Contudo, quando o legislador se omite, essa função é exercida pelo Poder Judiciário, que tem o encargo de fazer Justiça, sem que com isso se possa falar em afronta à divisão dos poderes.

À inércia do Poder Legislativo tem sido oposto um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da Justiça.[7]

O juiz tem que julgar. Não pode se omitir, ainda que não exista previsão legal. De todo descabido a extinção do processo sob o equivocado fundamento da impossibilidade jurídica do pedido. Precisa buscar as demais fontes do direito: a analogia, os princípios constitucionais e os costumes (LINDB, art. 4º[8] e CPC, art. 140).[9] Quando a lei fala em "costumes" não está se referindo o que popularizou chamar de "pauta dos costumes", expressão cunhada por movimentos evangélicos e de extrema direita, que tentam impor uma moralidade estrita de exclusão. Costume nada mais é do que a feição atual da sociedade, a maneira de agir e pensar na contemporaneidade.

Desse modo, enquanto a lei não vem, esta missão é do juiz. Não basta procurar uma norma que preveja situação que retrate paradigmas preestabelecidos. A ele cabe identificar a presença de um vínculo de afetividade. Não é necessária expressa previsão legal para o reconhecimento dos vínculos afetivos que geram direitos e obrigações recíprocas.

Como os juízes trabalham mais rente aos fatos, cabe a eles a missão de enxergar a realidade da vida, atentar às mudanças que ocorrem no meio social e reconhecer as situações merecedoras de tutela. Se as relações se estabelecem fora dos parâmetros da estrita legalidade, do modo não convencional, precisam identificar a existência de um vínculo familiar e abrigá-lo sob o manto da juridicidade. Essa é a única forma de se fazer Justiça.

Um belo exemplo foi o Supremo Tribunal Federal (STF) que, diante da omissão do legislador, acabou suprindo esta lacuna. Fazendo uma interpretação conforme da Constituição reconheceu as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.[10] Não demorou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assegurar acesso ao casamento homoafetivo.[11] Até que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) impediu que fosse negado o direito ao casamento, ao reconhecimento

---

[7] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983. Acesso em: 15 jun. 2023.

[8] LINDB, art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[9] CPC, art. 140: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

[10] STJ. ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

[11] STJ. REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

da união estável e sua conversão em casamento.[12] Com isso, o Brasil se tornou o primeiro país do mundo a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por decisão judicial e não por meio da lei.

A consolidação de novos paradigmas ditados pela jurisprudência deveria forçar sua inserção na lei e na própria Constituição. Tal, no entanto, demora a acontecer e, enquanto isso, as pessoas não podem ficar em um limbo jurídico.

Não há como amarrar a vida dentro de um emaranhado de regras e normas quando a maneira encontrada pelas pessoas de amar e serem felizes em nada comprometem a estrutura da sociedade.

Está mais do na hora de o Estado mudar o perverso tratamento discriminatório que atinge modalidades familiares outras pelo só fato de não corresponderem ao modelo adotado por uma sociedade ainda vítima de um conservadorismo retrógrado, um machismo estrutural.

6 MULTICONJUGALIDADES

Ainda que os tempos tenham mudado e se esteja vivendo sob a égide de uma Constituição encharcada de princípios, que assegura respeito à dignidade das pessoas, persistem posturas excludentes.

Há realidades que ainda se encontram fora da tutela do Estado. Um exemplo? As uniões simultâneas. Também chamadas de concubinato adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem. Não dá para dizer que não existem. Aliás, sempre existiram e em larga escala.

Como diz Giselda Hironaka, a família simultânea não é uma família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e, como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos dessa sua visibilidade na vida social e no sistema de Direito brasileiro.[13]

Esta é uma realidade masculina. Os homens conseguem a façanha de ter duas famílias ao mesmo tempo. Desdobram-se entre uma e outra casa. Vivem de cá para lá e de lá para cá. De um modo geral têm filhos e mantêm ambas as famílias. Está errado? Certamente nesta receita há infidelidade, há descumprimento do dever de lealdade, há mentiras.

---

[12] CNJ. Resolução 175/2013.

[13] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983. Acesso em: 15 jun. 2023.

O fato é que tais relacionamentos contavam – e, infelizmente, ainda contam – com a conivência social, a omissão legal e a chancela judicial. Ou seja, somente uma das entidades familiares recebe a tutela jurídica. A outra – ou outras – são condenadas à invisibilidade. Clara a intenção de proteger os homens.

Aliás, esta é uma saída recorrente. Negar a existência na vã tentativa de evitar determinados comportamentos. Cabe lembrar dos filhos rotulados de "ilegítimos" por terem sido concebidos fora do casamento. Não podiam ser reconhecidos, não tinham direito à identidade, a alimentos ou direitos sucessórios. Ou seja, os filhos é que eram punidos e o genitor ficava desobrigado de quaisquer responsabilidades.

O mesmo acontecia com os chamados concubinatos. Depois da separação, os homens constituíam novas famílias. Como as mulheres restavam com a pecha de "desquitadas", assumiam a prole, dificilmente encontravam novo parceiro. Mais um ingrediente. O patrimônio era reconhecido como propriedade exclusiva do varão, que detinha a sua titularidade, não sendo reconhecido qualquer valor econômico às atividades "do lar" das mulheres. Conclusão: findas estas uniões pela morte ou pela separação, tais famílias não eram reconhecidas e as "concubinas" a nada tinham direito.

Nos dias de hoje, não é diferente. Independente do tempo de duração, da existência de filhos e do reconhecimento social de duas famílias, só uma delas é reconhecida. A outra, rotulada de "concubinato adulterino", não gera qualquer direito ou obrigação. Ou seja, os homens continuam incentivados a terem vários amores. Serão sempre responsáveis por apenas um deles. Ele que foi infiel, foi desleal a duas mulheres, é "absolvido". Nada lhe é imposto. Permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida

Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, a dificuldade de reconhecer e legitimar famílias simultâneas é de ordem moral, e não ética.[14] E, ao contrário do raciocínio moralista, esse não reconhecimento é um prêmio a quem escolhe ter uma segunda ou terceira família, já que seu patrimônio fica blindado pelo casamento.[15] Assim, uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas do âmbito da tutela jurídica.

Ou seja, a justiça não perdeu o ranço conservador da sociedade que ainda privilegia o homem e é muito mais rigoroso ao cobrar da mulher comportamento afinado com a moral conservadora, como se fosse ela a guardiã da moralidade da família e a única responsável pela estrutura social. Tanto que se questiona a ela se sabia da condição de casado do companheiro. A resposta negativa leva ao reconhecimento de uma união estável putativa de boa-fé, a autorizar somente o

[14] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2023, p. 32.
[15] SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 181.

reconhecimento de mera sociedade de fato. Se a resposta for afirmativa, a nada tem direito. A tendência, ainda, é somente reconhecer direitos à mulher se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Isto é, para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessar que desconfiava ou sabia da traição recebe um solene: Bem feito! Quem mandou se meter com homem casado![16]

Essa solução, à primeira vista, parece prestigiar a boa-fé de quem diz ter sido enganado. No entanto, só é exigida a boa-fé de um dos integrantes do "triângulo amoroso" – da "outra". Condenada por cumplicidade, ela é punida pelo adultério que foi cometido por ele. A esposa saber do relacionamento do marido não tem qualquer significado. Continua privilegiada. Uma hipocrisia.

O reconhecimento das uniões simultâneas começou na Justiça Federal ao determinar o rateio da pensão previdenciária por morte.[17]

O STF chegou a reconhecer o tema como de repercussão geral, editando duas teses no âmbito do direito previdenciário.[18]

Na justiça estadual, inúmeras as ações determinavam a divisão do patrimônio, em três partes iguais, com o nome de triação.[19]

No entanto, acabou o STF por negar proteção estatal às uniões afetivas simultâneas.[20] Equivocadamente, é invocado o dever de fidelidade e à monogamia como afronta ao ordenamento jurídico-constitucional. Ora, a monogamia não é um princípio do direito estatal da família. Trata-se de regra que proíbe a chancela do Estado a mais de um casamento.

Descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob a égide legal. Alguém que constitua famílias

---

[16] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

[17] Lei 8.213/1991, art. 16: São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
I – o cônjuge, a companheira, o companheiro [...]
§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I [...]

[18] STF. Tema 526: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. (RE 883.168).
STF. Tema 529: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. (RE 1.045.273).

[19] A possibilidade de rateio da pensão previdenciária foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral. Reconhecida a união estável e o casamento simultâneos, como no presente, a jurisprudência da Corte tem entendido necessário dividir o patrimônio adquirido no período da concomitância em três partes, o que se convencionou chamar de triação. (TJRS. AC 70082663261, 8ª C. Cív., Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar, j. 09/10/2020).

[20] STF. Tema 526: É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (RE 883.168).
STF. Tema 529: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (RE 1.045.273).

simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, não pode estar, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica, principalmente quando a pluralidade é pública e ostensiva, e ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal. O que afronta a ética e infringe o princípio da boa-fé é ignorar a existência dos deveres familiares perante ambas as famílias.[21] Não se pode é deixar de atribuir efeitos jurídicos à união estável, pelo fato de coexistir com um casamento. Muito menos quando são duas uniões estáveis. Há que se perquirir tão só se estão comprovados todos os requisitos legais para o reconhecimento da união estável.[22]

O Código Civil não define, mas reconhece a existência do que chama de concubinato, limitando-se a dizer que não é uma união estável.[23] Entretanto, em nenhum momento é afirmado que tais relacionamentos não geram qualquer direito, que não constituem uma entidade familiar, ao contrário, a lei impõe aos concubinos o dever de mútua assistência. Isso porque o concubinato de quem recebe alimentos faz cessar a obrigação do alimentante.[24]

Há mais. Em três oportunidades é mantida a higidez das doações feitas ao parceiro da união paralela. Reconhecido em sede jurisprudencial que é a separação de fato que põe fim ao casamento, não persiste o direito hereditário do cônjuge sobrevivente, sendo válidos os atos de liberalidades levados a efeito depois do fim da vida em comum.[25] Como caiu o instituto da culpa, o testador separado de fato pode, a qualquer tempo, nomear o concubino herdeiro testamentário ou legatário.[26]

A partir do momento em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade de se conceder tratamento diferenciado entre casamento e união estável,[27] com a aprovação de tese de repercussão geral e efeito vinculante,[28] nenhum juiz ou tribunal pode emprestar tratamento diferenciado, hierarquizar as entidades familiares ou emprestar mais prestígio ao casamento do que à união estável. A interpretação da norma constitucional deve ser inclusiva, e não segregativa ou retrospectiva.

Ou seja, não há como a justiça eleger qual o vínculo que deve prevalecer. Mesmo que se trate de um casamento e uma união estável. Ao declarar

---

[21] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

[22] CC, art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[23] CC, art. 1.727: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

[24] CC, art. 1.708: Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

[25] CC, art. 550: Decorridos dois anos da dissolução do casamento, nem o cônjuge nem seus sucessores podem buscar a desconstituição do ato de liberalidade levado a efeito pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice.
CC, art. 1.642, V: Depois de cinco anos a contar da separação de fato o cônjuge não pode reivindicar os bens comuns doados pelo outro ao concubino, se ficar provado que o bem foi adquirido com esforço comum dos companheiros.

[26] CC, art. 1.801: Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; [...].

[27] STF. RE 646.721/RS, T. Pleno, Rel./acórdão Min. Luís Roberto Barroso, p. 11/09/2017.

[28] STF. Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002.

a inconstitucionalidade do dispositivo legal que emprestava tratamento diferenciado entre casamento e união estável, o STF proclamou a ausência de hierarquia entre estes institutos, em respeito ao princípio da igualdade.[29]

Deste modo, comprovada a concomitância do dúplice vínculo, impõe-se a divisão do patrimônio acrescido durante o período de sua mantença. Não é possível deixar de conceder tutela jurídica à entidade familiar que atende a todos os requisitos legais, pelo só fato de existir outra entidade, formalizada ou não pelo casamento.[30]

Todavia, há realidades outras que são alvo ainda de maior rejeição social, mas que existem. Os termos são muitos: poliamor, poliamorismo, família poliafetiva ou poliamorosa. O formato de tais arranjos familiares também é variado. Embora se assemelhem à união poliafetiva se distingue da união simultânea. A distinção é de natureza espacial. Na maioria das vezes, nos relacionamentos paralelos, o homem – sempre ele! – mantém duas ou mais entidades familiares, com todas as características legais. Cada uma vivendo em uma residência e, muitas vezes, uma não sabe da existência da outra.

Na união poliafetiva forma-se uma única entidade familiar. Todos convivem. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isso significa que o tratamento jurídico conferido à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo Direito.[31]

Apesar de ser um vínculo mais autêntico, assumido por todos os seus integrantes, estão eles proibidos até de firmarem escritura pública para estabelecer deveres recíprocos. Neste sentido, esdrúxula recomendação do CNJ.[32] Como se a falta de formalização fosse fazer o vínculo desaparecer. Mais uma vez a solução encontrada acaba por chancelar o enriquecimento sem causa de uns, em detrimento do direito de outros, que restam condenados à indigência.

Como na grande maioria das vezes tais estruturas de convívio são constituídas por um homem e duas ou mais mulheres, a justiça favorece a ele. Não lhe são impostos deveres e nenhum direito é assegurado a elas. Ou seja, o homem fica livre de toda e qualquer obrigação. Apesar de se tratar de uma entidade familiar, ainda que atenda a todos os requisitos legais para a sua configuração: relacionamento público, contínuo, duradouro que constituiu uma família.

Não ver, dizer que uniões de diferentes conformações não existem, é incentivar comportamentos antiéticos. Para Carlos Pianovski o direito não pode se colocar

---

[29] STF. RE 646721 RS, T. Pleno, Redator/acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10/05/2017.
[30] IBDFAM – Enunciado 4: A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico.
[31] SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias*: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 196.
[32] CNJ. Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000.

como alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas: se a violação da boa-fé pode obstar, por conta do sentido ético que dele emerge, a produção de certos efeitos, esse mesmo sentido ético se coloca, quando a boa-fé resta plenamente atendida, a impor eficácia jurídica à situação de simultaneidade.[33]

Apesar da clareza do texto constitucional da legitimação de todas as formas de famílias, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que continua imperando um "negacionismo jurídico", com relação às famílias conjugais que se constituem da forma diferente das tradicionais, especialmente as poliafetivas e as simultâneas. Não há argumento jurídico razoável que justifique a negação de direitos a essas famílias. Todos os argumentos estão assentados na ordem moral, e não jurídica. Portanto, a única barreira para o reconhecimento jurídico dessas famílias é o moralismo do intérprete da lei.[34]

Família não é monopólio do casamento, da heteroafetividade e da monogamia. Em um Estado Democrático de Direito todas as formas de família podem coexistir. E, a partir do momento em que se deixa de lado o negacionismo jurídico, em relação às famílias que se constituem de formas diferentes das tradicionais, e se passar a respeitar as diferenças e o desejo alheio, e não excluí-las, estaremos na direção do ideal de justiça desejável.[35]

Nas palavras do saudoso João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.[36]

7 A PRIMAZIA DA VERDADE DA VIDA

A legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos modelos de núcleos familiares que fogem ao elenco

---

[33] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 215.

[34] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias multiconjugais e o negacionismo jurídico*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1865/Fam%C3%ADlias+multiconjugais+e+o+negacionismo+jur%C3%ADdico. Acesso em: 12 set. 2023.

[35] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias multiconjugais e o negacionismo jurídico*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1865/Fam%C3%ADlias+multiconjugais+e+o+negacionismo+jur%C3%ADdico. Acesso em: 12 set. 2023.

[36] VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *In: Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.

constitucional. Apesar de alguns avanços, a jurisprudência vem retrocedendo. Condena as uniões simultâneas à invisibilidade, negando a existência de qualquer direito ou obrigação a quem compartilha a vida, mas sem exclusividade. Como esta é uma postura masculina, acabam os homens sendo incentivados a manterem duplos relacionamentos.

O farto é que, é necessária expressa previsão legal para que os vínculos afetivos – todos eles – sejam enlaçados pelo direito, com a imposição de responsabilidades recíprocas. A exclusão de direitos é resultado da perversa tentativa de não ver o que foge do modelo do que não é espelho.

Apesar da injustificável tentativa da Suprema Corte de impor enorme retrocesso social, condenar à invisibilidade mulheres pelo simples fato de amarem, respeitando compromisso do companheiro com outra estrutura familiar, tal não pode se sobrepor à realidade da vida.

Foi com esta responsabilidade que o Tribunal de Justiça do Paraná, em decisão erudita, sensível e corajosa, invocando preceitos constantes em convenções internacionais do qual o Brasil é signatário, de forma corajosa fez justiça.[37]

---

[37] DIREITO DAS FAMÍLIAS. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. RECONHECIMENTO JURÍDICO. (3) HERMENÊUTICA JURÍDICA. FORÇA CRIATIVA (NORMATIVA) DOS FATOS SOCIAIS (EX FACTIS JUS ORIUTUR). PLURALISMO JURÍDICO. HETEROGENEIDADE SOCIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. VIRADA DE COPÉRNICO. JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DINÂMICA DO DIREITO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. PROMOÇÃO DOS VALORES ÉTICOS. MÁXIMA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS. (4) ENTIDADES FAMILIARES SIMULTÂNEAS. EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. MONOGAMIA NA ORDEM JURÍDICA COMPREENDIDA COMO VALOR SÓCIO-CULTURAL RELEVANTE, NÃO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO ESTRUTURANTE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DOUTRINÁRIO Nº 04 DE 2022-2023 DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). EFEITOS JURÍDICOS ADEQUADOS À REALIDADE FÁTICA-AFETIVA. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ORIENTAÇÃO Nº 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. DOCUMENTOS HÁBEIS E DEPOIMENTOS UNÍSSONOS ATESTANDO A CONCOMITÂNCIA E MANUTENÇÃO FINANCEIRA DAS FAMÍLIAS. BOA-FÉ OBJETIVA. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. COEXISTIBILIDADE, ESTABILIDADE, OSTENTABILIDADE E PUBLICIDADE DEMONSTRADAS. AQUIESCÊNCIA DOS COMPONENTES DAS RELAÇÕES FAMILIARES SOBRE A CONDIÇÃO DE CADA UMA DAS MULHERES (CÔNJUGE E COMPANHEIRA). CONVÍVIO FAMILIAR HARMÔNICO ENTRE AS FAMÍLIAS DURANTE DÉCADAS. ARRANJO FAMILIAR CONSENTIDO PELAS PARTES DAS MÚLTIPLAS RELAÇÕES AFETIVAS. DECISÃO JUDICIAL, NO PONTO, MODIFICADA. (5) PARTILHA DOS BENS AMEALHADOS NA COEXISTÊNCIA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. ESFORÇO DIRETO DA APELANTE COMPROVADO. TRIAÇÃO DO PATRIMÔNIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. [...] 3. A realidade das famílias simultâneas reclama uma atenção especial do Poder Judiciário, com um viés mais sensível à dinâmica da sociedade, já que compreensão da pluralidade e da heterogeneidade das famílias se modifica com a complexidade dos fatos sociais, que também possuem força criadora (normativa) de direitos, como emerge da máxima ex factis jus oriutur. Caso contrário, o Direito não se comunicaria com a realidade social, pois as injustiças somente podem ser percebidas no domínio da experiência ordinária da vida, que, além de impregnada de consensos, condiciona o agir social e jurídico. O mundo da vida e a experiência social devem ser percebidos e acolhidos pelo Direito, notadamente pela jurisprudência, que, por ser também fonte jurídica, permite que os fatos relevantes retroalimentem a constante evolução na intepretação e na aplicação do Direito, voltada à construção de uma hermenêutica que consagre o princípio da primazia da realidade, a promoção dos valores éticos e a máxima proteção dos direitos humanos-fundamentais (Virada de Copérnico). Literatura jurídica. 4. A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo institucionalizado da família nuclear, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, tendo adotado a concepção sócio-cultural, funcional, pluralista, democrática e eudemonista, caracterizada pelo afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo, estando voltada à plena realização e felicidade de seus membros. Interpretação do Preâmbulo ("sociedade pluralista") e não-reducionista do artigo 226 da Constituição Federal. Precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277/DF). 5. No contexto da interpretação extensiva e não-reducionista do rol (meramente exemplificativo) do artigo 226 da Constituição Federal, e baseado no princípio da boa-fé objetiva, devem ser reconhecidos efeitos jurídicos aos arranjos familiares não-monogâmicos presentes em famílias paralelas ou simultâneas, a partir da compreensão da monogamia como um valor sócio-cultural relevante, e não como um princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias. Exegese dos artigos 226 da Constituição Federal, 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil. Literatura jurídica. Aplica-

Com o mesmo grau de sensibilidade, a decisão da justiça gaúcha que reconheceu uma união poliafetiva.[38] Sem recurso do Ministério Público, a sentença transitou em julgado.

Punir quem vive fora dos parâmetros aceitos pela moral conservadora não é função do juiz, nem do Estado, nem de ninguém. O juiz não pode usar a espada que consta do símbolo de sua profissão para podar direitos. Precisa arrancar a venda dos olhos e ver a necessidade de as diferenças serem respeitadas, cânone maior do direito à igualdade e à liberdade.

ção do Enunciado Doutrinário nº 4 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – 2022/2023, pelo qual a "constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico". Precedente deste Tribunal de Justiça. 6. O Supremo Tribunal Federal, no RE 1.045.273/SE, consolidou a Tese de Repercussão Geral nº 529, pela qual a "preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 7. Entretanto, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que precisa ser levada em consideração pelos juízes latino-americanos (cf. arts. 4º, par. ún., e 5º, § 2º, da Constituição Federal e 1º, inc. II, da Resolução nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, bem como pela jurisprudência do STF – v.g., ADPF 635-MC/RJ), a dinâmica da vida não pode ser compreendida restritivamente. A visão do direito à vida abrange uma dimensão positiva que atribui aos Estados, integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a necessidade de adotar medidas adequadas para conferir a máxima proteção ao direito fundamental à vida digna. Também é dever jurídico dos Estados-partes conferir aplicação progressiva aos direitos humanos sociais. Exegese do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Consagração da proteção indireta de direitos sociais mediante a proteção de direitos civis. Interpretação evolutiva do direito. 8. A Corte IDH considera que os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos. A Corte IDH indicou que a ausência de recursos econômicos, causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria, gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. Deste modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente restrições no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. A Corte lDH afirma, ainda, que o direito à vida digna é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros direitos desaparecem. Precedente da Corte IDH. Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019. 9. Não obstante os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos tenham caráter vinculante (art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil), é possível que, excepcionalmente, o juiz ou o tribunal afaste o precedente obrigatório mediante a técnica conhecida como distinção ou distinguishing, ao explicitar, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*). Aplicação dos artigos 489, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil (*a contrario sensu*) e 14 da Recomendação nº 134/2022 do CNJ. 10. Famílias simultâneas ou paralelas se caracterizam pela circunstância de uma pessoa que, ao mesmo tempo, se coloca como membro de duas ou mais entidades familiares. Todavia, o reconhecimento jurídico destas famílias – resultantes da coexistencialidade e desde que fundadas na estabilidade, ostensibilidade, continuidade e publicidade – não se confundem com a situação dos relacionamentos clandestinos, nem com as relações afetivas casuais, livres, descomprometidas, sem comunhão de vida, atentatórias da dignidade, desonestas ou desprovidas de boa-fé em sentido objetivo. 11. No caso concreto, devem ser observadas as suas peculiaridades, em que não há vício de vontade (coação) de Francisco, que, embora tenha estabelecido união estável com Janete desde 1972, celebrou casamento com Lorena em 1974, vindo a se separar, de fato, desta no ano de 1996. Aliás, restou demonstrado que ele teve filhos com ambas as mulheres, as quais não apenas tiveram conhecimento da existência uma da outra, mas também viveram, por décadas, um arranjo familiar público, contínuo, duradouro, tendo inclusive criado seus filhos juntos e em harmonia com a pluralidade das relações afetivas estabelecidas pelas famílias. Circunstâncias que se amoldam com a máxima proteção do direito humano à vida digna, em conformidade com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos [Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru.] de caráter obrigatório e vinculante para o Estado Brasileiro, conforme julgado do STF (ADPF nº 635-MC/RJ). Exegese dos artigos 62.1 e 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada em 29/09/1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 e pelo Decreto nº 4463, de 08/11/2002).12. O patrimônio, construído na constância da coexistencialidade das famílias simultâneas, deve ser partilhado com a apelante, que demonstrou ter trabalhado, por mais de duas décadas, em uma das empresas do companheiro, sendo reconhecida pelos funcionários como "gerente" e "proprietária", fato, aliás, não controvertido pela apelada. O não reconhecimento do esforço – direto e indireto – comum da companheira (ora recorrente) daria ensejo ao enriquecimento sem causa, razão pela qual, mesmo que afastada a configuração de entidades familiares simultâneas, *ad argumentandum tantum*, ensejaria a justa partilha dos bens amealhados com seu trabalho (tanto na empresa quanto doméstico), por força da irrefutável caracterização da sociedade de fato. Exegese do artigo 884 do Código Civil. Incidência da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. (TJPR. AC 0003076-13.2017.8.16.0035/2, 12ª C. Cív., Rel./acódão Eduardo Augusto Salomão Cambi, j. 26.04.2023).

[38] TJRS. Novo Hamburgo, 2ª Vara de Família, sentença publicada em de 28/08/2023, número do processo e nome do magistrado indisponível.

Não se pode esquecer que a Constituição consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, é indispensável reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, direito social de escolha e direito humano à felicidade.

8 REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 15. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983. Acesso em: 15 jun. 2023.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. *Multiparentalidade*: efeitos no direito de família. São Paulo: Foco, 2021.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias multiconjugais e o negacionismo jurídico*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1865/Fam%C3%ADlias+multiconjugais+e+o+negacionismo+jur%C3%ADdico. Acesso em: 12 set. 2023.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias*: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*. Curitiba: Juruá, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *In: Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, set. 1994.

O NOVO CONCEITO DE HERANÇA: DO *DOWNLOAD* DE PERSONALIDADE E CHATGPT

Patrícia Corrêa Sanches

Doutora em Ciências Jurídicas. Professora na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, e em diversas instituições de ensino jurídico, incluindo a Universidade de Coimbra nos cursos em convênio com o IBDFAM. Professora do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Presidente da Comissão de Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família–IBDFAM.

Sumário: 1. Introdução. 2. Inteligência artificial e direito à preservação da imagem. 3. Novo conceito de herança? 4. Do ChatGPT ao *download* de personalidade. 5. Contornos éticos e IA. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As pessoas são imortalizadas por meio de suas conquistas, realizações e, em tempos modernos, também por meio das redes sociais e tecnologias de inteligência artificial. Figuras renomadas do cinema têm autorizado que a tecnologia possa perpetuar suas carreiras, recriando suas imagens em produções futuras mesmo após sua aposentadoria ou sua morte, enquanto outras celebridades já expressaram publicamente o desejo contrário. É um fato que obras e imagens de indivíduos famosos já estão sendo recriadas pela inteligência artificial anos após a morte, tornando essas personalidades atemporais.

A rápida disseminação das novas tecnologias como um meio de utilidade globalizada tem gerado mudanças rápidas e contínuas nas relações cotidianas. É nesse contexto que surgem desafios significativos para o campo jurídico. A adaptação do arcabouço legal às novas demandas sociais, que acontecia de maneira lenta – uma vez que, como ciência, o Direito está baseado na conjugação

de múltiplas análises detalhadas e específicas de aspectos da sociedade, política, economia e sociologia, voltado a promover o bem-estar social – agora enfrenta o desafio da aceleração para acompanhar a evolução tecnológica.

Importante nos atentarmos para duas questões desafiadoras relacionadas à inteligência artificial: a primeira diz respeito à geração de comportamentos que nunca ocorreram – o que suscita debates sobre a proteção do direito de imagem; a segunda, envolve a criação de novos trabalhos e condutas envolvendo pessoas falecidas, o que levanta discussões sobre o direito à herança desses ativos.

Fato é: vivemos um caminho irreversível de crescente dependência das tecnologias de inteligência artificial.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM

A inteligência artificial, utilizando-se de *deepfake* (construção de uma realidade falsa), gera imagens e cenas descritivas de acontecimentos que não são reais, porque não ocorreram, colocando pessoas onde jamais estiveram e em atividades que nunca realizaram. Essa técnica também tem a capacidade de reproduzir a voz e os trejeitos de uma pessoa à perfeição.

Um dos desafios que enfrentamos a esse respeito é a utilização da imagem contextualizada em atividade ou situação avessa àquela imagem que foi construída (e deixada) pela pessoa falecida. De modo contínuo, os herdeiros possuem o direito aos frutos pela exploração da imagem. No entanto, esse direito cabível aos herdeiros poderia extrapolar o direito de preservação da imagem deixada pela pessoa falecida?

Outro desafio, portanto, é quanto à legitimidade para a proteção da imagem, quando os próprios herdeiros não respeitam o limite de proteção dos direitos da personalidade daquele que não mais está presente.

Recentemente, o Conselho de Ética, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, recomendou o arquivamento da Representação n. 134/2023, sobre a utilização de *deepfake* no anúncio que utilizava a imagem da cantora Elis Regina em atividade recriada 40 anos após o seu falecimento. O arquivamento, por unanimidade, deu-se por dois fatores: a imagem da artista não foi desrespeitada – já que cantar era o ofício da artista; e a imagem foi utilizada somente após o consentimento dos herdeiros.

Outro aspecto abordado na análise do CONAR foi no tocante à omissão da utilização de *deepfakes*: a obrigatoriedade de informar sobre o uso da tecnologia

deepfake não está prevista na regulamentação do CONAR, existindo uma lacuna na regulamentação à matéria. Nesse caso, entenderam que é inequívoco o uso da tecnologia para o público, pela notoriedade da cantora e do conhecimento público de sua precoce partida deste mundo, assim a propaganda não poderia ser considerada enganosa ou com falta de transparência.

Com base nessa análise, sem pretender encerrar a discussão, podemos considerar que a inteligência artificial introduz uma nova realidade: a imagem-atributo póstuma, quando considerada vulnerável, pode requerer um tratamento especial de direitos inalienáveis, próprios à personalidade, quando não encontra a devida proteção.

Nesse contexto, surge a indagação sobre a pertinência de se invocar a intervenção do Estado, por meio da atuação do Ministério Público, à luz do artigo 127 da Constituição Federal, quando nos deparamos com ações lesivas por parte daqueles que têm a responsabilidade de preservação da imagem alheia – ainda que de pessoas falecidas, em defesa de um direito individual inalienável.

3 NOVO CONCEITO DE HERANÇA?

Um outro desafio trazido pela inteligência artificial diz respeito à capacidade de gerar novas obras a partir de atributos de pessoas já falecidas – a exemplo da voz e da imagem de artistas, como aconteceu com Kurt Cobain, o icônico cantor da banda Nirvana, que faleceu em 1994.

Em 2021, foi noticiado que a IA descompartimentou a voz e todos os instrumentos da banda de *rock* norte-americana, isolando cada nota e tonalidade, criando, de forma autônoma, nova obra com letra e música. A criação da nova obra foi batizada de *Drowned in the Sun* que, apesar de utilizar os elementos da voz de Kurt e a interpretação da banda que não existe há décadas, não teve a participação de nenhum dos artistas, nem no passado, nem no presente.

A quem pertencem os benefícios provenientes de obras criadas pela IA em situações como essas? Instintivamente, a resposta que surge é que cabe aos herdeiros. No entanto, faço um convite à análise: herança é o conjunto de direitos e obrigações deixado pela pessoa falecida, e que se transmite no momento da morte pelo princípio da *saisine,* que, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é o princípio pelo qual "se estabelece que a propriedade dos bens do *de cujus* se transmite aos seus herdeiros de imediato no momento da morte".[1]

[1] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 583.

Embora o Código Civil brasileiro não conceitue "herança", podemos infirmar seu conceito do próprio sistema normativo, como sintetiza Luiz Paulo Vieira de Carvalho, ao afirmar que herança, "nada mais é do que o conjunto de bens, direitos, pretensões e obrigações de que o morto era titular (compreendendo o seu ativo e passivo), exceto os intransmissíveis, por força de sua morte, aos seus sucessores".[2]

A herança, portanto, representa o acúmulo do que foi construído ao longo da vida e deixado quando do advento da morte. No entanto, a inteligência artificial tem a capacidade de gerar algo completamente novo, algo que nunca foi criado anteriormente e que, portanto, não recebeu contribuição alguma da inteligência ou mesmo da sorte da pessoa durante sua vida.

Outro caminho que podemos trilhar em busca de uma resposta, com as ferramentas jurídicas existentes, é na direção dos direitos autorais. No entanto, também iremos encontrar embates, a começar por seu próprio conceito, descrito no artigo 7º da Lei n. 9.610/1998, ao afirmar que "são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)".

Ou seja, certamente a obra *Drowned in the Sun* não foi criada a partir da inspiração de Kurt Cobain – ao menos do prisma material – já que falecido 30 anos antes. Portanto, o direito autoral não nos socorre, uma vez que não podemos lhe imputar a autoria. Contudo, o desafio persiste, pois a voz do cantor, ainda que masterizada,[3] foi utilizada em alguma compreensão tecnológica.

Evidente que a voz é um atributo da personalidade e, como tal, impõe-se proteção, conforme tese do STJ, firmada por meio da edição n. 138 da *Jurisprudência em Teses*, em seu item 3, ao dizer que "a voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade, seja como direito autônomo ou como parte integrante do direito à imagem ou do direito à identidade pessoal".[4]

Ainda que seja considerada a voz do cantor falecido, a obra não teve sua participação direta e não foi criada por sua inspiração.

Ou seja, se herança é o resultado do que foi deixado, ainda assim, poderíamos destinar aos herdeiros o direito de exploração de uma obra criada pela IA 30 anos depois do falecimento?

É aqui que entra a ousadia de minha sugestão para a atualização da lei, visando a conceituar expressamente que: "[...] herança é o conjunto de bens e direitos

[2] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões.* São Paulo: Atlas, 2014, p. 23-24.

[3] "Masterizar é o passo final no processo de pós-produção do áudio. O propósito da masterização é balancear os elementos em uma *mix* em estéreo e otimizar a reprodução em todo o tipo de sistema de som e formados de mídia." Disponível em: https://www.landr.com/pt/o-que-e-masterizacao/. Acesso em: 20 ago. 2023.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*, Brasília, n. 138, 29 nov. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/issue/view/2039/showToc. Acesso em: 20 ago. 2023.

deixados por uma pessoa falecida, incluindo aqueles gerados no futuro, advindos, de alguma forma, do seu concurso por meio da tecnologia".

Podemos aplicar os ensinamentos de Norberto Bobbio,[5] com sua teoria da completude do ordenamento jurídico, em que as lacunas são meramente aparentes, cabendo sua complementação pela utilização de outras fontes, como a doutrina.

O enfrentamento atual desse desafio, com base nas ferramentas legais disponíveis, é possível a partir da seguinte análise: os direitos da personalidade são intransmissíveis (art. 11, CC) – no entanto, os frutos patrimoniais advindos da personalidade passam a ser herdados.

Vamos conjugar essa primeira premissa, com a aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa (art. 884, CC) – o qual impõe a obrigação de restituição àquele que se enriquece sem justificativa. Agora, somamos o fato de que as plataformas de *streaming* de música obtêm resultado econômico advindo das curtidas e dos seguidores, ao explorarem essas obras que, de alguma forma, incorporam atributos da personalidade de pessoas falecidas.

Como resultado, e com base nessas duas ferramentas legais mencionadas – a) a transmissibilidade dos ganhos provenientes de atributos da personalidade, como a voz, e b) o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa – podemos desenvolver a tese jurídica que sustenta a concessão, aos herdeiros, dos ganhos resultantes de obras geradas pela IA quando contiverem, ainda que pelo auxílio da tecnologia, atributos da personalidade da pessoa falecida.

A argumentação acima apresentada pode ser utilizada, igualmente, quando a IA utiliza a imagem de atrizes/atores para produções no futuro que contenham sua participação, sem que tenha ocorrido o concurso de sua atuação.

No entanto, existe uma diferença entre os artistas falecidos há anos, para aqueles artistas que estão vivenciando essa tecnologia, uma vez que os atuais podem escolher sobre sua utilização ou não no futuro – a exemplo do que fizeram a atriz norte-americana Whoopi Goldberg e a cantora Madonna, que determinaram, em testamento, a proibição da reprodução digital de suas imagens.

4 DO CHATGPT AO *DOWNLOAD* DE PERSONALIDADE

Uma ferramenta revolucionária aproximou a IA da sociedade comum: o ChatGPT. Essa tecnologia, criada pela empresa OpenAI, criou uma interface de aproximação "íntima" entre a máquina e o usuário, permitindo que respostas

[5] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 7. ed. Brasília: UnB, 1996.

fossem geradas em tempo real. Contudo, o diferencial foi o fato de a máquina simular a escrita humana, criando a sensação de que "alguém" estaria digitando ao responder.

A tecnologia utilizada em *chatbots* (programas que permitem a interação escrita ou por voz) como o ChatGPT, é alimentada por informações advindas de banco de dados já existentes, de informações da internet, além de milhares de trabalhadores que inserem, manualmente, obras literárias e artísticas inteiras em seu sistema.

Existem sistemas diferentes de *chatbots* alimentados por IA: a) preditiva, com perguntas direcionadas e respostas predeterminadas pela plataforma; b) generativa, que utiliza informações previamente inseridas (preditiva), porém, as perguntas realizadas são conjugadas com as respostas apresentadas pela tecnologia, e servem de nova informação que alimenta o sistema, ou seja, ocorre uma retroalimentação em que a máquina aprende com as perguntas que lhe são direcionadas (*machine learning*) – que é a tecnologia utilizada pelo ChatGPT e por modernos sistemas de IA. Essa realidade tecnológica, que hoje conhecemos, ainda é embrionária perto de sua capacidade de desenvolvimento.

A inteligência artificial generativa, portanto, é capaz de produzir, por si só, conhecimento novo por meio do sistema de *machine learning* – e é a essa capacidade que devemos a máxima atenção.

Segundo o próprio ChatGPT, ele é "um programa de inteligência artificial, baseado na arquitetura GPT-3.5, que é uma versão avançada do GPT-3. A sigla GPT significa "Generative Pre-trained Transformer", e esse modelo é projetado para entender e gerar texto de maneira natural, o que o torna particularmente útil para tarefas de processamento de linguagem natural, como responder a perguntas, escrever texto, realizar traduções, entre outras". A nova versão do ChatGPT, assim como outras tecnologias similares, também é capaz de criar imagens a partir de instruções e do livre pensamento do usuário.

O sistema que aprende e passa a gerar novas informações de maneira autônoma, além de ser alimentado de informações automaticamente, passa a simular a experiência humana. Nesse contexto, surge a possibilidade de utilizar a IA como um *backup* (cópia) da personalidade.

Algumas empresas já oferecem o serviço que permite ao titular imortalizar sua memória por meio da inteligência artificial. A partir de uma permissão específica, a ferramenta disponível realiza uma varredura na internet, capturando todos os áudios e escritos realizados por meio da captura de vídeos e fotos, a tecnologia formata a aparência, a voz e o jeito da pessoa – para que seu avatar corresponda a sua imagem e semelhança. O titular também tem a possibilidade de treinar a ferramenta de IA por meio da leitura de seus escritos (voz) e por

meio do *upload*[6] de material complementar – tudo voltado a contribuir para que seu avatar chegue, o mais próximo possível, à perfeição de sua realidade e da expressão da sua vontade.

Resultado? Uma personalidade *ad eternum,* alimentada por ferramentas de IA. Essa versão virtual da personalidade conhecemos como "tecnopessoa" ou "tecnopersona". Pergunta-se: está chegando o momento em que essa tecnologia servirá para tirarmos dúvidas sobre disposições testamentárias, ou até mesmo será o fim do testamento? Bastaria perguntar à tecnopessoa do falecido qual seria a sua vontade dispositiva.

Outro desafio que estamos prestes a enfrentar está relacionado ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Uma vez que a ferramenta de IA descrita acima está compilada à imagem e semelhança de determinada pessoa, caberia a ela, na livre disposição de sua vontade e do desenvolvimento de sua própria personalidade, escolher por representar-se socialmente apenas por meio de seu avatar? Ou seja, o relacionamento social, incluindo o familiar e o profissional, aconteceria tão somente no âmbito virtual por expressão de sua tecnopersona.

Javier Echeverría e Lola Almendros, em sua obra *Tecnopersonas: como nos transforman la tecnologia*, apontam que (em tradução livre) "nossas ações, eleições e relações estão atravessadas por redes de comunicação onde fazer e consumir se fundem".[7] Nesse contexto, caminhamos para a justificativa da concessão de personalidade jurídica às tecnopessoas.

5 CONTORNOS ÉTICOS E IA

A toda evidência, os limites éticos para atuação da inteligência artificial devem ser considerados e cada vez mais discutidos no âmbito do Direito. A ética está vinculada às regras que norteiam a liberdade de nossas escolhas.

Zygmunt Bauman nos conduz com seus ensinamentos, afirmando que, no contexto humano universal a ética nos faz capazes de diferenciar aquelas ações consideradas positivas das negativas, "de modo ideal, a ética é um código de leis que prescreve o comportamento 'universalmente' correto, isto é, para todas as pessoas em todos os momentos. Trata-se daquele comportamento que separa o bem do mal para todos, de uma vez por todas".[8] Em razão de sua própria hermenêutica,

---

[6] Segundo o Chat-GPT, *upload* é "um termo em inglês que se refere ao ato de enviar dados, arquivos ou informações de um dispositivo local para um servidor remoto ou para a nuvem. Isso é feito comumente por meio da internet. Os *uploads* são frequentemente utilizados para compartilhar fotos, vídeos, documentos, músicas e outros tipos de arquivos com outras pessoas ou para fazer *backup* de dados".

[7] ECHEVERRÍA, Javier; ALMENDROS, Lola S. *Tecnopersona*: como nos transforman las tecnologias. Buenos Aires: Grama Editores, 2023, p. 21.

[8] BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos* – sobre a ética pós-moderna. São Paulo: Zahar, 2020, p. 21

os elementos éticos precisam estar no centro das discussões quando o assunto é o desenvolvimento das tecnologias de IA, para que a sociedade possa delimitar os limites de atuação da tecnologia a evitar que gere resultados deletérios.

Danilo Doneda e Miriam Wimmer destacam a importância da intervenção humana na tomada de decisões que envolvem percepções, valores ou comportamentos que, a princípio são impossíveis de ser por uma leitura de máquina.[9] Argumentam que para a manutenção de uma "humanização" de decisões é necessária a intervenção humana, tanto por razões éticas quanto em termos de eficiência, com base nas taxas de erros e acertos de um sistema específico. Portanto, importantes juristas defendem abertamente a necessidade da participação direta do ser humano na definição de conceitos éticos.

Não se deve equiparar a autonomia da tecnologia à autonomia humana da vontade. Em primeiro lugar, a inteligência artificial não possui qualquer elemento volitivo. Em segundo lugar, quando lidamos com indivíduos falecidos, não podemos conceber que seriam capazes de antecipar o surgimento de tecnologias que poderiam trazê-los de volta no futuro e, nesse caso, uma disposição testamentária dispondo sobre essa vontade, resolveria. Em terceiro lugar, a ideia de que a IA possa reproduzir a personalidade de alguém não equivale à expressão da vontade da pessoa reproduzida. Portanto, a tecnologia possui uma autonomia que deve ser submetida à responsabilidade do seu desenvolvedor.

Nesse contexto, Filipe Medon apresenta como ponto de vista de que a "diferença entre a autonomia aqui retratada e aquela do direito civil clássico, então, é que a da inteligência artificial é puramente tecnológica: um agir independente dos humanos. Nada obstante, essa autonomia também produz impactos no Direito, principalmente na seara da responsabilidade civil".[10]

No contexto da inteligência artificial, pelo menos até o momento, a discussão não gira em torno da "escolha" ou da "vontade" atribuída à tecnologia, mas sim aos indivíduos que a desenvolvem. Daí decorrem todas as discussões sobre ética e responsabilidade civil, visando estabelecer limites para a "autonomia tecnológica" concedida à IA, com o objetivo de evitar a perda de controle sobre suas ações.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em agosto de 2020, emitiu a Resolução n. 332, como a primeira regulamentação estabelecendo diretrizes relacionadas à ética, transparência e governança na criação e no emprego da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, assegurando a preservação dos valores humanos na utilização dessas tecnologias.

---

[9] DONEDA, Danilo; WIMMER, Miriam. "Falhas de IA" e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. *Revista de Direito Público* – dossiê temático: Inteligência Artificial, Ética e Epistemologia. Brasília: IDP, v. 18, n. 100, 2021, p. 377.

[10] MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil.* 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 132.

Em 2022, foi apresentado o PL n. 2338/2023, elaborado por uma Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal, como substitutivo à proposta até então existente. O objetivo principal é a regulamentação do desenvolvimento e da utilização de sistemas de inteligência artificial no Brasil, com ênfase na vulnerabilidade das pessoas naturais diante dos impactos contínuos decorrentes dos sistemas de inteligência artificial.

A Comissão que apresentou o denominado "Marco Legal da Inteligência Artificial" ressaltou a existência de dois objetivos: "estabelecer direitos para proteção do elo mais vulnerável em questão, a pessoa natural que já é diariamente impactada por sistemas de inteligência artificial, desde a recomendação de conteúdo e direcionamento de publicidade na internet até a sua análise de elegibilidade para tomada de crédito e para determinadas políticas públicas. De outro lado, ao dispor de ferramentas de governança e de um arranjo institucional de fiscalização e supervisão, criar condições de previsibilidade acerca da sua interpretação e, em última análise, segurança jurídica para inovação e o desenvolvimento econômico-tecnológico".[11]

6 CONCLUSÃO

São inúmeros e incontáveis os benefícios que tecnologias utilizando IA nos trazem à sociedade, com ferramentas de controle da saúde e de doenças, eficácia nos transportes urbanos e no mercado consumidor, assim como a acuidade e a velocidade nas atividades jurídicas – gerando urgente necessidade de regulação, principalmente, na seara da ética e da responsabilidade, visando a proteção dos direitos fundamentais.

Nessa mesma página de preocupação pela regulamentação normativa das atividades envolvendo IA, o gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos apresentou o Relatório sobre o Direito à Privacidade na era digital, ressaltando o princípio da não discriminação, apontando limites éticos e a responsabilização como instrumentos de proteção aos direitos da personalidade. Em contribuição global, o relatório também identifica tendências e desafios na tensão entre a IA e os direitos humanos, e apresenta sugestões de melhores práticas pertinentes.

O reconhecimento da pessoa enquanto valor jurídico a ser tutelado foi inaugurado pela Constituição de *Weimer* de 1919, na Alemanha. Por séculos, a proteção da propriedade serviu como norte em diversas cartas constitucionais nas sociedades ocidentais, desenvolvendo um viés econômico de proteção, o que foi

[11] BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório Final* – Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre Inteligência Artificial no Brasil. Brasília, 2022, p. 10 Disponível em: https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9219958&. Acesso em: 20 ago. 2023.

quebrado pela Constituição alemã de 1919 – contribuindo como marco temporal da proteção de um sujeito de direito, desenvolvendo-se até as proteções advindas dos direitos da personalidade.

Os desafios apresentados demonstram ser imprescindível o fortalecimento dos sistemas de proteção dos direitos da personalidade diante de tecnologias, crescentes e desafiadoras, que operam a inteligência artificial.

Nos colocamos diante da geração pela IA, de novas condutas utilizando pessoas já falecidas, ou seja, a tecnologia coloca pessoas em atividades que jamais realizaram, em locais que jamais estiveram. O desafio está na delimitação do direito dos herdeiros de explorarem a imagem-atributo da pessoa extinta, quando essa imagem vem a ser atingida. Nesse caso, caberia uma separação entre o direito dos herdeiros de receberem pelos frutos advindos da exploração econômica da imagem, do dever de proteção da imagem da pessoa falecida que, a princípio, caberia aos próprios herdeiros.

A nova conduta criada pela IA não pode se distanciar daquela imagem que foi criada e cultivada pela pessoa durante sua vida (imagem-atributo). Na hipótese de os herdeiros desrespeitarem a imagem-atributo da pessoa falecida, a quem caberia o dever de proteção? Talvez seja possível construir a competência ao Ministério Público.

A imagem possui proteção constitucional como direito da personalidade no âmbito do direito fundamental, conforme o art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal – tanto da imagem-atributo quanto da imagem-retrato e, também, proteção disposta no art. 12 do Código Civil – ratificando o dever de respeito, mesmo após o falecimento.

A inexistência de normativa específica quanto às tecnologias de IA no Brasil não significa inexistência de proteção jurídica e de responsabilidade. O desafio está na utilização do direito posto, utilizando as demais fontes como integradoras do sistema normativo, para regular e conceder a segurança jurídica necessária.

Outra questão trazida à discussão, é o fato de que o conceito de "herança" não se encontra expressamente disposto no texto legal, no entanto, está plenamente conceituado no sistema jurídico por meio da doutrina e da jurisprudência, entendida e aplicada como sendo o resultado dos bens e direitos que foram deixados pela pessoa falecida a seus sucessores.

Nesse contexto, quando a IA cria uma obra nova, utilizando os parâmetros da personalidade de uma pessoa já falecida ao tempo da criação, gera um enorme desafio ao direito sucessório, pois, pelo princípio da *saisine*, os herdeiros herdam os bens e direitos deixados pela pessoa extinta – e, definitivamente, a criação realizada pela IA anos após a morte, não pode constar no acervo hereditário. Ou

seja, o herdeiro não herdaria. Então, a quem caberia o direito sobre a nova obra gerada pela IA?

A construção de uma saída jurídica é possível pela concepção de que existiu um concurso, ainda que indireto, da pessoa falecida, quando da utilização de elementos de sua personalidade (voz e/ou a imagem). Com esse norte, pode-se entender que os herdeiros passam a ter o direito sobre os frutos advindos dessa nova obra – já que foram utilizados elementos da personalidade da pessoa falecida. Outro fator que serve como sustento dessa tese é a proibição do enriquecimento sem causa, pois, caso contrário, caberia aos desenvolvedores da IA o direito de perceber os frutos.

Com essa construção jurídica, conseguimos conceber aos herdeiros o direito de perceberem os frutos advindos de obras novas criadas pela IA, porém, não pelo princípio da *saisine,* mas sim, pela construção jurídica de vedação ao enriquecimento sem causa somada à utilização de elementos da personalidade da pessoa extinta.

Percebemos, portanto, que é urgente a inclusão de um conceito de herança no Código Civil brasileiro, já concebendo as novas tecnologias, para considerar "o conjunto de bens e direitos deixados por uma pessoa falecida, incluindo aqueles gerados no futuro, advindos, de alguma forma, do seu concurso por meio da tecnologia".

A toda evidência, a criação do texto legal demanda elementos incompatíveis com a velocidade da tecnologia, sobretudo, da inteligência artificial, capaz de se retroalimentar com suas próprias ferramentas. As constantes novidades surgidas por meio da tecnologia de IA, geram inúmeros e constantes desafios ao mundo jurídico, uma vez que precisa conceder respostas na velocidade que lhe é imposta.

7 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos* – sobre a ética pós-moderna. São Paulo: Zahar, 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 7. ed. Brasília: UnB, 1996.

BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório Final* – Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil. Brasília, 2022, p. 10 Disponível em: https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9219958&. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*, Brasília, n. 138, 29 nov. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/issue/view/2039/showToc. Acesso em: 20 ago. 2023.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões.* São Paulo: Atlas, 2014.

DONEDA, Danilo; WIMMER, Miriam. "Falhas de IA" e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. *Revista de Direito Público* – dossiê temático: Inteligência artificial, Ética e Epistemologia. Brasília: IDP, v. 18, n. 100, 2021.

ECHEVERRÍA, Javier; ALMENDROS, Lola S. *Tecnopersona*: como nos transforman las tecnologias. Buenos Aires: Grama Editores, 2023.

MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil.* 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

A EFETIVIDADE DA *DISREGARD DOCTRINE* NA FRAUDE À MEAÇÃO

Raduan Miguel Filho

Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia. Presidente do IBDFAM – Rondônia. Professor e Diretor da Escola da Magistratura de Rondônia.

Sumário: Apresentação. 1. O que era de vidro se quebrou... 2. Uma tipologia emprestada: 1.001 tipos de desconsideração da personalidade jurídica. 3. Uma revisitação bibliográfica: o que vem sendo dito sobre isso? 4. Eu, tu e eles: multiplicidade de partes e desafios processuais. 5. Um estudo de ca(u)so. 6. Considerações finais. 7. Referências.

APRESENTAÇÃO

A "Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica" é, a um só tempo, um conceito jurídico, um construto teórico e uma inovação interpretativa que permite, em dadas situações, ignorar a separação (e tensão) jurídica entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica. Embora o postulado seja originalmente desenvolvido na situação empresarial, com fins societários e econômicos, essa tese e sua aplicação vem sendo, em termos jurisprudenciais e teóricos ao Direito de Família (ou, na feliz e clássica expressão de Maria Berenice Dias, *Direito das Famílias*) para avizinhar-se de causos e casos em que a estrutura jurídico-empresarial de uma organização é usada de forma maliciosa, para ocultar ativos, dissimular origem de receitas e/ou evitar obrigações financeiras, especialmente no contexto das relações familiares, como alimentos ou bens a serem meados.

Enquanto tese jurídica é articulada, portanto, quando há suspeita/indícios de fraude (com a ocultação de bens e direitos) e o abuso de uma (ou várias) personalidade(s) jurídica(s) para fraudar interesses familiares, causando uma injustiça econômico-financeira (e, quiçá, com crimes financeiros e/ou tributários). Em outros dizeres, a desconsideração da personalidade jurídica no Direito de Família é uma ferramenta processual com vistas a assegurar a equidade e a justiça

nas responsabilidades financeiras entre os integrantes de uma família quando a estrutura jurídica traveste relações abusivas e fraudulentas.[1]

Quando aplicada ao Direito de Família, a desconsideração da personalidade jurídica pode implicar que as receitas, os bens ou obrigações da pessoa jurídica sejam atribuídos diretamente aos indivíduos que a controlam e/ou se beneficiam dela. Isso pode ser feito para garantir a equidade e a justiça nas questões financeiras envolvidas em membros de uma família.[2]

Em tempos de planejamento tributário-sucessional e de *holdings* familiares, em que, a pretexto de proteger o patrimônio, promovem-se medidas de sonegação de direitos de outros integrantes da (outrora) unidade familiar, o Direito passou a examinar mecanismos de todas as ordens com vistas à tutela e resguardo de um bem jurídico maior: a boa-fé!

A aplicação dos postulados é nova e complexa. Requer, de mais em mais, uma análise meticulosa das especificações de cada lide e cada configuração empresarial-econômica e familiar. Como tem sido consolidado pela História do Direito, a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física é um preceito fundamental, evoluindo da distinção comercial e financeira do início do sistema capitalista, sendo estatuída para agasalhar tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas de possíveis prejuízos ocasionados por (con)fusões entre suas identidades, obrigações jurídicas e responsabilidades.

Não tardou para que essa separação entre a pessoa jurídica e a(s) pessoa(s) natural(is) fossem utilizadas de maneira fraudulenta, possibilitando a ocultação de bens. Ainda faltam avanços legislativos mais adequados, como a inclusão da desconsideração da personalidade jurídica na legislação nacional de forma mais específica e menos genérica. No entanto, o sistema jurídico tem se adaptado para garantir a proteção da dignidade da pessoa humana, a boa-fé das relações e a justiça econômico-patrimonial em casos de desfazimento da unidade familiar.

1 O QUE ERA DE VIDRO SE QUEBROU...

O divórcio não é meramente a dissolução de um relacionamento jurídico. Mais que isso, costuma ser o desdobramento de desgastes emocionais e fragmentação de expectativas dos integrantes daquela unidade familiar. Em termos culturais e

[1] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desconsideração da pessoa jurídica para fins de partilha e a prova de rendimentos do cônjuge-varão na ação de alimentos pelo nível da vida levada por este. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (coord.). *Direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1996, v. 3.

[2] TARTUCE, Flávio. A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao direito de família e das sucessões e medida provisória 881/2019 (liberdade econômica) – Visão Crítica. *Revista eletrônica Migalhas*, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/303198/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-aplicada-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-e-a-medida-provisoria-881-2019--liberdade-economica---visao-critica. Acesso em: 3 out. 2023.

jurídicos, a unidade familiar ganha estatuto de rito e simbologia religiosa, ainda que secularizada.

Desta ruptura – de expectativas, de intensões e de planejamentos – emergem etapas bem descritas pela Psicologia Social (e Jurídica), importando concretamente em uma forma de *luto* pelo relacionamento idealizado e projetado.[3] Das angústias e mágoas de uma expectativa desatendida, podem surgir sentimentos ambíguos e inconscientes transferindo-se à tentativa de reter (ou, na mesma semiótica, de tomar) o patrimônio. Transferem-se às *coisas*, à *matéria*, aquele desejo do inatingível afeto, em tese, não correspondido (ou insuficientemente retribuído).

A luz dessas premissas – da ruptura, da dor da perda, da insuficiência e da transferência do desejo por bens e até pelo fictício, mas palpável dinheiro – as partilhas, sucedâneas do desfazimento da unidade familiar, seja pelo formato do divórcio ou da dissolução de uma união estável, nunca atenderão aos desejos das partes. Sempre se tentará suprir uma falta (do Outro); em muitas circunstâncias, a partir de uma *vendeta* econômico-patrimonial.

De uma Antropologia Filosófica de um realismo extremado, humanos são mesquinhos. Isso perpassa de Maquiavel a Hobbes. O primeiro, chega a indicar, em sua obra célebre, que um homem é capaz de perdoar o assassinato de seu pai, mas jamais esquecer uma dívida financeira. O segundo, em contexto diferenciado, faz o alerta que o humano é uma fera capaz de devorar outros humanos! Somos, nesse sentido, em natureza, mesquinhos e avaros.

Intérpretes do Direito devem municiar-se desses aspectos sutis, do enredamento das relações humanas, para a análise, sempre, caso a caso, para desvelar as finuras afetivo-sentimentais envolvidas. Nem toda existência e/ou uso de personalidade jurídica é ilegal, irregular ou abusivo. Somente o refinamento do raciocínio jurídico-hermenêutico, baseado em provas e, por muitas vezes, depoimentos pessoais, poderá levar a uma apuração adequada.

2 UMA TIPOLOGIA EMPRESTADA: 1.001 TIPOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O primeiro autor brasileiro a abordar a desconsideração da personalidade jurídica – não ainda às situações familiares – foi Rubens Requião, seguido pelos estudos de Fábio Konder Comparato, ambos nos anos de 1960 a 1970.[4]

---

[3] KUBLER-ROSS, E. *Sobre a morte e o morrer*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1985.

[4] CAMPOS, Renato Luiz Franco de. *Desconsideração da personalidade jurídica*: limitações e aplicações no direito de família e sucessões. 2014. Dissertação – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Bem sabemos que um dos autores que mais aprofundaram os debates sobre a temática foi o jurista Rolf Madaleno.[5] Em sua dissertação de Mestrado na PUC-RS, ele inventariou os seguintes tipos de desconsideração da personalidade jurídica, por área do Direito:

a) Ambiental;

b) Antitruste;

c) Civil;

d) Comercial;

e) Consumerista;

f) Trabalhista;

g) Tributária.

Seu incontornável trabalho, vai, ainda, dispor das modalidades ou eventos que podem caracterizar um abuso:

a) Confusão Patrimonial;

b) Desvio de Finalidade;

c) Fraude contra credores;

d) Fraude à execução;

e) Simulação;

f) Subcapitalização;

g) Uso de terceiros (interposta pessoa).

Essa aplicação da modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, trazida de diversos sub-ramos do Direito, mais claramente no Direito de Família, foi previsto nas questões de Sucessões e de uniões estáveis plúrimas, contemplando a anulabilidade de doações, por exemplo, feitas sem o consentimento de outros familiares interessados e, em tese, lesados com um prejuízo.

---

[5] MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. 2008. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

O tema tem ganho uma profusão de estudos. Rápida consulta em plataformas de literatura científica, com a delimitação temporal de 2023, ano em que se redige este trabalho, rapidamente retornam alguns trabalhos, como trabalhos monográficos[6] ou livros.[7]

Outrossim, há renovado interesse e relevância jurídica da temática.

3 UMA REVISITAÇÃO BIBLIOGRÁFICA: O QUE VEM SENDO DITO SOBRE ISSO?

Como é comum na redação jurídica, seguindo o fio de Ariadne, buscará expor algumas lições doutrinárias aplicáveis ao caso. Assim, sob esse aspecto, o professor Silvio Venosa, ensina que:

> É importante, para concluir pela simulação, estabelecer um quadro, o mais completo possível, de indícios e presunções. São indícios palpáveis para a conclusão positiva de simulação: parentesco ou amizade íntima entre os contraentes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente (que pode ser comprovada com a requisição de cópia de sua declaração de Imposto de Renda); o fato de o adquirente não ter declarado na relação de bens, para o Imposto de Renda, o bem adquirido.
> Um dos principais indícios de simulação é a pesquisa da '*causa simulandi*'. A primeira pergunta que deve fazer o julgador é: possuíam os contraentes motivo para praticar um ato simulado? Assim como o criminoso tem um móvel para o crime, os simuladores têm um móvel para a prática do negócio viciado.
> A segunda pergunta que se deve fazer no exame de um caso de simulação é: possuíam os contraentes 'necessidade' de praticar o negócio simulado? Tal necessidade pode ser de variada natureza. O caso concreto dará a resposta.
> A resposta afirmativa a essas duas questões induz o julgador a decidir pela existência da simulação.
> Outros indícios, porém, formarão o complexo probatório: alienação de todo o patrimônio do agente ou de grande parte dele; relações já citadas de parentesco ou amizade íntima entre os simuladores, bem como relação de dependência hierárquica ou meramente empregatícia ou moral; antecedentes e a personalidade do simulador; existência de outros atos semelhantes praticados por ele; decantada falta de possibilidade financeira do adquirente: preço vil;

[6] GRAMIGNOLLI, Letícia Couto. *A aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica*. 2023. 33 f. Monografia (Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023; OLIVEIRA, Ana Julia de Almeida Vicente *Desconsideração da personalidade jurídica inversa no direito de família e sucessões*. Monografia, 2023. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/a3ae38bb-e383-4416-b3c0-ee29cb5354e1. Acesso em: 3 out. 2023.

[7] LOPES, Paula Ferla. *A aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica em ações de alimentos*. São Paulo: Dialética, 2023.

> não-transferência de numerário no ato nas contas bancárias dos participantes; continuação do alienante na posse da coisa alienada; o fato de o adquirente não conhecer a coisa adquirida.[8]

Nessa toada, a doutrina de Tartuce não é diferente ao categorizar a simulação como sinônimo de fraude:

> [...] a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública. Na simulação, as duas partes contratantes estão combinadas e objetivam iludir terceiros. Como se percebe, sem dúvida, há um vício de repercussão social, equiparável à fraude contra credores, mas que gera a nulidade e não anulabilidade do negócio jurídico celebrado, conforme a inovação constante do art. 167 o CC.[9]

No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em seu *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, defendem que:

> [...] em primeiro lugar, a simulação deixou de ser causa de anulabilidade e passou a figurar entre as hipóteses legais de nulidade do ato jurídico. Em caso de simulação absoluta, fulmina-se de invalidade todo o ato; caso se trate de simulação relativa, declara-se a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, substituindo o que se dissimulou, se for válido na substância e na forma.[10]

O Código Processual Civil, em seu artigo 133, § 2º, prescreve que as disposições se encontram passíveis de aplicação igualmente quando se deparam com a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Esta singular, embora não desconhecida pela doutrina e jurisprudência modalidade da desconsideração da personalidade jurídica, insurge mediante o véu da pessoa jurídica. Como indicado ao longo da apresentação do texto, tem-se por finalidade efetivar a quitação de obrigações pecuniário-financeiras de pessoa física que compõe a referida pessoa jurídica, sob a condição *sine qua non* de que se atendam aos pressupostos delineados no artigo 50 do Código Civil.

Neste contexto, vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça detém um papel na configuração de critérios e diretrizes destinados a reger a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Por meio de suas decisões, o

---

[8] VENOSA, Sívio de Salvo. *Direito civil* – Parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 564-565.
[9] TARTUCE, Flávio. *Direito civil* – Lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1, p. 489.
[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* – Parte geral. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1, p. 465.

STJ vem concebendo que tal expediente processual encontra cabimento diante de indícios de malversação ou abuso da entidade jurídica com o desiderato de prejudicar terceiros ou sonegar direitos.

O entendimento sedimentado pelo STJ estipula que a desconsideração inversa da personalidade jurídica não deve ser manejada de forma facilitada e desarrazoada, mas, sim, em situações em que se disponha de provas da utilização da estrutura societária. Além disso, preconiza-se que a deliberação de desconsideração deve ser adequadamente fundamentada, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa aos litigantes.

Outrossim, o STJ ressaltou que a desconsideração inversa não pode converter-se em uma ferramenta para o derruir indiscriminado da dicotomia entre o patrimônio da entidade jurídica e o da pessoa física, impondo-se, por conseguinte, a observação dos ditames legais e a configuração de indícios contundentes de fraude.

Em virtude do exposto, a jurisprudência emanada do STJ realça a premência de uma meticulosa análise dos casos de desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a que esta seja acionada com parcimônia e em consonância com os princípios legais, resguardando-se, assim, os direitos das partes envolvidas e a prevenção de eventuais excessos.

4 EU, TU E ELES: MULTIPLICIDADE DE PARTES E DESAFIOS PROCESSUAIS

Merece, mais, detida análise, no campo Processual Civil, as questões da ampliação dos partícipes da lide em tal questão. Tratando-se de uma lide com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é inevitável, em respeito ao contraditório e ao direito de defesa, a formação de um ampliado repertório de requeridos.

Emerge, aqui, uma configuração processual com plúrimas partes, trazendo à lide, a participação de eventuais sócios (terceiros interessados) de um quadro societário a ser desconsiderado. Neste litisconsórcio passivo necessário, pode-se, ainda, haver a intervenção de outros interessados, por embargos de terceiros.

Aqui, emergem mais dúvidas e complexidades práticas do que propriamente soluções. Se, como apresentado em brevidade a reflexão anterior dos desamores que circundam a relação litigiosa (ou, ao menos, não amigável) da separação, a interveniência de múltiplos atores jurídico-processuais, por vezes com intenções próprias, se distancia a cada parte acrescida processualmente de uma solução.

Com cada parte, independentemente de sua origem ou intenção, ampliam-se os prazos (e cada prazo, multiplicam-se as possibilidades de embargos declaratórios,

agravos de instrumento, vistas aos demais em uma escala próxima do infinito!) e as repercussões patrimoniais.

Enquanto cautela, a nós, a refletirmos de forma conjugada sobre tema, precisamos mesmo ponderar: o litisconsorte passivo necessário traz, em si, quais interesses?

Outro aspecto que aqui pode exsurgir é como resguardar a intimidade e a privacidade, por vezes devassada em um divórcio ou dissolução de união estável, com múltiplos partícipes? Como encontrar a ponderação entre o sigilo de uma dimensão privada e o contraditório de terceiros, sejam eles sócios ou credores de uma pessoa jurídica a serem afetados pelo litigio estabelecido?

Não é de somenos importância relembrar que os autos de matérias sobre Direito de Família são acobertados pelo sigilo judiciário, o que impõe deveres para todos os participantes da relação jurídico-processual, independentemente de sua natureza.

5 UM ESTUDO DE CA(U)SO

Uma situação pormenorizada do tema em exame foi o REsp 1.236.916, em que a Ministra Nancy Andrighi dispôs sobre duas hipóteses de fraude a ensejar a desconsideração:

1) na situação em que o/a cônjuge/companheiro esvazia seu patrimônio pessoal (e o integra ao da pessoa jurídica para afastá-lo da partilha);

2) quando o/a cônjuge/companheiro, no prenúncio do divórcio/dissolução, retira-se da sociedade da qual é sócio (transferindo sua participação para outro membro da empresa ou para terceiro mancomunado), também com o objetivo de fraudar a partilha.

No caso aqui citado, revigorou-se a excepcionalidade da medida e a necessidade de demonstração de fraude ou abuso de direito, nos termos mais ordinários do Direito Civil.

Válido trazer que a busca por precedentes esbarra em uma dificuldade do acesso e uso de dados sobre litígios de família, que tramitam em segredo judiciário, como se mencionou em outro ponto deste trabalho. Assim, a busca por decisões e precedentes aplicáveis é árida, passando pela necessidade de uma pesquisa mais apurada. Raros são os casos que um acórdão está integralmente disponível, como no caso do REsp aqui citado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é uma legal que atinge uma pessoa jurídica por ações prejudiciais ou abusivas de seus sócios ou administradores. Ela difere da desconsideração convencional, que atinge o patrimônio dos sócios por danos causados pela empresa, pois afeta o patrimônio da própria pessoa jurídica quando um sócio a utiliza de forma fraudulenta para simular negócios ou prejudicar credores. Essa abordagem é legítima quando a empresa se torna uma mera extensão da pessoa física do sócio, como quando bens matrimoniais são transferidos fraudulentamente para a empresa.

A desconsideração da personalidade jurídica, de forma ampla e para além do Direito de Família, tem, pelos precedentes judiciais, exigido o requisito da excepcionalidade. Também, tem-se exigido uma demonstração mais sólida e robusta de uma má utilização da personalidade jurídica, trazendo mais que mera fumaça de uma gestão fraudulenta, encontrando ainda elementos de que a fraude se dá em sonegação do patrimônio de consorte(s) da relação jurídico-matrimonial.

Entre os preceitos aqui desenhados, é preciso avançar nas ponderações, sempre instáveis e elucidativas tão somente a partir de casos concretos, buscando aplicar os princípios de equidade e de boa-fé. A desconsideração da personalidade jurídica, embora medida excepcional, é figura jurídica existente e deve servir ao ideal de combater uma gestão ou prática fraudulenta por um/a dos consortes.

Talvez, da tentativa de se ocultar e sonegar bens/receitas/valores, possamos encontrar o contraponto: é impossível furtar-se da partilha de desavenças e desgostos da vida. Das angústias de uma ruptura e da lancinante dor do término, o Sistema de Justiça e seus intérpretes possam encontrar mecanismos – sutis e reconfortantes – de recomposição de afetos e de gestão patrimonial. Que a busca pela paz social seja uma diretriz a todos os intérpretes do Direito, sobretudo, no campo mais frágil do humano: nas relações privadas do amor e do afeto.

7 REFERÊNCIAS

CAMPOS, Renato Luiz Franco de. *Desconsideração da personalidade jurídica*: limitações e aplicações no direito de família e sucessões. 2014. Dissertação – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* – Parte geral. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

GRAMIGNOLLI, Letícia Couto. *A aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica*. 2023. 33 f. Monografia (Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.

KUBLER-ROSS, E. *Sobre a morte e o morrer*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1985.

LOPES, Paula Ferla. *A aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica em ações de alimentos*. São Paulo: Dialética, 2023.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. 2008. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

OLIVEIRA, Ana Julia de Almeida Vicente *Desconsideração da personalidade jurídica inversa no direito de família e sucessões*. Monografia, 2023. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/a3ae38bb-e383-4416-b3c0-ee29cb5354e1. Acesso em: 3 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao direito de família e das sucessões e medida provisória 881/2019 (liberdade econômica) – Visão Crítica. *Revista eletrônica Migalhas*, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/303198/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-aplicada-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-e-a-medida-provisoria-881-2019--liberdade-economica----visao-critica. Acesso em: 3 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil* – Lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

VENOSA, Sívio de Salvo. *Direito civil* – Parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desconsideração da pessoa jurídica para fins de partilha e a prova de rendimentos do cônjuge-varão na ação de alimentos pelo nível da vida levada por este. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (coord.). *Direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1996, v. 3.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE HERANÇA

Mário Luiz Delgado

Doutor em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Civil na Escolas da Magistratura e da Advocacia. Diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM. É membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC. Ex-assessor na Câmara dos Deputados, da Relatoria-Geral do projeto de lei que deu origem ao novo Código Civil brasileiro. Autor e coautor de livros e artigos jurídicos.

Sumário: 1. O direito fundamental de herança: titulares e natureza jurídica. 2. O direito de herança e a evolução histórica dos direitos fundamentais. 3. Ponderação do direito de herança com outros direitos fundamentais. 4. Uma nova postura hermenêutica diante da demanda por maior liberdade no âmbito do Direito das Sucessões 5. Notas conclusivas. 6. Referências.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE HERANÇA: TITULARES E NATUREZA JURÍDICA

A Carta Cidadã de 1988 erigiu o direito de herança ao patamar de direito constitucional, no elenco de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, dispondo no inciso XXX que: "é garantido o direito de herança". Os direitos fundamentais, segundo Carlos Blanco de Morais, "definem-se como posições jurídicas ativas reconhecidas constitucionalmente às pessoas individuais e às pessoas coletivas privadas".[1]

Antes reconhecido como garantia implícita conferida ao direito de propriedade, foi positivado, na qualidade de direito fundamental explícito, pela primeira vez com a Constituição de 1988, e tem a função de complementar o direito de propriedade, garantindo-lhe o atributo da disponibilidade (*jus*

[1] BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, t. II, v. 2, p. 549.

disponendi causa mortis) e o caráter perpétuo,[2] pela proteção da transmissão dos bens aos sucessores do titular do domínio, protegendo, na *ultima ratio*, a própria estrutura econômica e patrimonial da família.

Ao assim proceder, o Constituinte nada mais fez do que enaltecer a relevância do direito à propriedade privada, coibindo, dessa maneira, que o Estado expropriasse os bens da pessoa, após a sua morte. O reconhecimento da sucessão *mortis causa* é corolário da garantia do direito à propriedade privada, constituindo garantia fundamental dos cidadãos. Não há como dissociar o fenômeno sucessório da ideia de propriedade privada. Herança e propriedade, ensina Gustavo Andrade,

> [...] atravessam o curso da história amalgamados. Esta ligação por óbvio se reflete no direito. E ainda que a gama de sistemas jurídicos surgidos, qualquer que seja sua origem, tenha pulverizado as situações a serem conhecidas, uma constante é possível perceber: a estreita ligação entre o direito de propriedade e o direito das sucessões.[3]

Por este motivo, destaca Raquel Helena Valesi,

> [...] na nossa legislação tanto o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF) como o direito sucessório (art. 5º, XXX, CF) dispõem de assento constitucional e essa abordagem de entrelaçar direito de propriedade e de herança dá-se pelo fato de que, pelo direito de herança, reconhece-se que o sucessor tem direito à propriedade pela aplicação direta do *droit de saisine* e, se não fosse só por esta razão, também há a especial proteção às pessoas da entidade familiar, que nela devem permanecer as economias do sucedido. Por isso que tutelar família é tutelar o acesso à propriedade.[4]

Autores como Ingo Sarlet aludem ao direito de herança como "garantia institucional", uma das espécies de garantias fundamentais, até porque "a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além da sua função instrumental (assecuratória e protetiva),

---

[2] O direito de propriedade se diz perpétuo porque não se extingue pelo advento de qualquer termo, especialmente pela morte do titular. A propriedade, salvo a de caráter resolúvel, só desaparece por vontade do proprietário ou por disposição legal.

[3] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 41. O direito de herança "está em conexão com outras garantias, princípios e direitos fundamentais, como, nomeadamente o direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e o princípio da autodeterminação pessoal, subjacente aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da livre-iniciativa (art. 1º, III e IV, art. 170, II, quanto à livre-iniciativa econômica), bem como a garantia ao direito de propriedade (art. 5º, XXII)" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 338).

[4] VALESI, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 192-193.

podem ser consideradas autêntico direito subjetivo".[5] O autor salienta "que os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados (garantias de instituto) jurídico-públicos (garantias institucionais), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas".[6] E como exemplos de autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição, cita, exatamente, a garantia da propriedade (art. 5º, inc. XXII) e do direito de herança (art. 5º, inc. XXX).[7] No mesmo sentido, a doutrina de Judith Martins-Costa:

> A garantia mencionada no inciso XXX é uma garantia institucional cujo âmbito de proteção é estritamente normativo, cabendo ao legislador ordinário determinar a amplitude, a conformação, o conteúdo e os modos de exercício do direito, sendo a sua atuação indispensável para a própria concretização da garantia ao instituto da herança. Sua qualificação como garantia institucional, contudo, não afasta a sua função como fundamento do exercício de verdadeiro direito subjetivo, o direito de herança, classificado dentre os direitos fundamentais econômicos.[8]

Pode-se considerar a herança, assim, como verdadeira garantia constitucional da propriedade, impondo ao Estado o dever de garanti-la e preservá-la, destacando-se, especialmente, o dever de respeito ao poder de disposição do autor da sucessão, sem desmerecer o direito dos sucessores legitimários de sucedê-lo em parcela do patrimônio. Ou seja, fica proibida a interferência do Estado para restringir ou limitar, tanto aquilo que é transmitido ao indivíduo por força da sucessão legítima e testamentária como a manifestação de vontade do autor de planear a própria sucessão e transmitir os seus bens a quem melhor lhe aprouver.

O Código Civil assegura concretude infraconstitucional ao direito fundamental de herança, quando disciplina, em polos opostos, mas ao mesmo tempo, complementares, a liberdade e a autonomia privada do titular do patrimônio, na sucessão testamentária; e o direito dos herdeiros e a proteção econômica da família, na sucessão legítima.

---

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 199. Para esse autor, "ao lado de uma grande maioria de direitos-garantia, caracterizados pela sua função dúplice como direitos subjetivos e sua natureza instrumental, encontramos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição também algumas garantias institucionais típicas. Estas – de acordo com a tradição da publicística latino-americana – costumam ser enquadradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, ao menos no direito pátrio, um tratamento autónomo e sistemático" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 200).

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 201.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 201.

[8] MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 338.

Importante ressaltar que a garantia constitucional se refere ao direito *de* herança e não ao direito **à** herança. A distinção não é meramente semântica, como notou Gustavo Henrique Baptista Andrade:

> Uma observação que merece ser destacada na redação do inciso XXX do art. 5º da Constituição é de ordem sintática e diz respeito ao uso da preposição "de" ao invés da preposição "a" na expressão nele contida. De fato, garantiu-se o direito de herança e não o direito à herança. Não obstante a pouca importância no que diz respeito à linguística, já que ambas as utilizações estão corretas, é forçoso reconhecer que a expressão ´direito de herança´ traz em si carga de objetividade compatível com boa técnica legislativa. *O direito de herança está afeto aos destinatários anteriormente indicados, quais sejam, herdeiros, Estado e todos os demais cidadãos; liga-se à lei que deve regulamentá-lo; e também por óbvio ao autor da herança.* A norma tratou de garantir o instituto jurídico da herança. Caso o legislador tivesse optado por usar a preposição "a", transformando a expressão em `direito a herança`, a norma dirigir-se-ia de maneira muito mais clara aos herdeiros.[9] (Grifo nosso).

Ao contrário do sustentado por alguns respeitáveis autores,[10] esse direito fundamental não se dirige exclusivamente aos herdeiros legítimos e necessários de quem morreu, mas também aos herdeiros testamentários, aos legatários e, principalmente, ao autor da herança, a quem deve ser garantido o pleno exercício de todos os poderes atinentes ao domínio, especialmente o de dispor, em vida ou para após a morte, do acervo patrimonial que integrará a futura herança. São titulares desse direito fundamental sucessores e sucedidos,[11] sendo inadmissível a conclusão oposta:

---

[9] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 51-52.

[10] Para Raquel Helena Valesi, "[...] o direito à herança é direito de participar da partilha, havendo para si o quinhão legalmente reservado, ou ainda o atribuído por testamento. Trata-se de direito fundamental de primeira dimensão, mediante o qual se protege o patrimônio dos herdeiros. O acesso à herança é decorrência lógica do direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII e XXX, da CF). Este patrimônio dos sucessores é protegido constitucionalmente como direito subjetivo e tem natureza de direito fundamental (art. 5º, XXX, da CF) e, portanto, imune ao Poder Constituinte derivado, ou seja, não é possível ser deliberado, no Brasil, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo (art. 60, 4º, IV, da CF)" (VALESI, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 45-46). Nos dizeres de Paulo Lôbo, "em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade, que era tida como norte de interpretação, a primazia passou para o herdeiro. O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador. O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro. [...] As normas do código civil de 2002 hão de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras constitucionais. Estes e estas prevalecem sobre aquelas. Na dúvida, o intérprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o direito do herdeiro e não a vontade presumida do autor da herança" (LÔBO, Paulo. *Direito civil – sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41).

[11] Nas lições de Carlos Blanco de Morais, "a titularidade dos direitos consiste na atribuição a uma pessoa de uma faculdade jurídica que a mesma pode exercer, imediata ou mediatamente e que pode fazer valer no plano jurídico, frente aos poderes públicos e frente a terceiros. As pessoas individuais e coletivas privadas são os titulares dos direitos" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549). Em matéria de direitos fundamentais, a maioria da doutrina nacional utiliza como sinônimas as palavras "titulares" e "destinatários". Uma parcela minoritária faz a distinção, considerando como titulares os "sujeitos ativos" e destinatários os "sujeitos passivos" (Cf. NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-42). Para os fins do nosso estudo, vamos considerar como sinônimas as expressões sujeito, titular e destinatário.

> Ponto crucial do debate é saber se, para além da opção do legislador infraconstitucional pela sucessão legítima ao invés da testamentária, a norma constitucional (inc. XXX do art. 5º CR) garante o direito de herança apenas aos herdeiros legítimos e necessários. *É óbvio que não*.[12] (Grifo nosso).
>
> São destinatários do inciso XXX o Estado e a generalidade dos cidadãos. Trata-se de direito de defesa, pois ao assegurar a garantia ao direito de herança e, inclusive, revesti-la com a fixidez da cláusula pétrea (art. 60, IV), a Constituição cria uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação ao Estado de abolir o instituto ou restringir excessivamente o direito sucessório, realizando, por exemplo, o confisco dos bens deixados por sucessão em virtude da morte. Positivamente, têm os cidadãos o direito de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas à garantia por parte dos mesmos. Há ainda uma eficácia no plano hermenêutico, na medida em que o direito assegurado concretiza aspectos dos princípios da autodeterminação pessoal (ao assegurar ao particular o direito de planejar, ainda que limitadamente, a sucessão nos seus bens, em razão da morte) e da solidariedade econômica familiar (ao reservar aos herdeiros necessários uma parte da herança, a "legítima" ou "quota legitimária"). Articulam-se, assim, no inciso XXX, a dimensão subjetiva (o direito à sucessão, pelo qual a herança é atribuída a alguém) e a dimensão jurídico-objetiva, está espelhando decisão valorativa da Constituição em matéria econômica do direito à herança.[13]

Como se percebe, o art. 5º, inc. XXX, da Constituição Federal, tutela o direito de herança como um direito fundamental da pessoa humana, constituindo-se, por um lado, no direito de ser herdeiro, de acordo com o título legitimário (sucessão legítima ou testamentária), a partir da abertura da sucessão; e, de outro, no direito de poder dispor do seu patrimônio para após a sua morte, planejando sua própria sucessão, de maneira a realizar aspirações legítimas da pessoa humana, inclusive no que tange à possibilidade de excluir determinados sucessores. O direito de herança, dessa maneira, tanto é o direito fundamental do sucessor de reconhecimento da condição de herdeiro como a garantia fundamental da disponibilidade do direito de propriedade pela transmissão do patrimônio, *causa mortis*, de acordo com os interesses do sucedido. Importaria dupla incoerência sistemática, se "o Estado dissolvesse, após a morte, essa dupla garantia, ou absorvendo o patrimônio ou negando ao autor da herança a possibilidade de regular os próprios interesses".[14]

---

[12] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 54.

[13] MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 338.

[14] MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 340. Segundo a autora, "a transmissibilidade integra o próprio conteúdo do direito de propriedade, que, se insuscetível de transmissão, converter-se-ia em mero usufruto vitalício. No segundo caso, estaria a impedir a efetivação de aspirações pessoais legítimas da pessoa humana, na medida em que a continuidade em bens patrimoniais tem, para além de seus reflexos econômicos, dimensões no plano extrapatrimonial".

O direito de herança, portanto, não tem como sujeito apenas o herdeiro, mas também o titular do patrimônio, garantindo-lhe o pleno exercício do poder de disposição da propriedade por ato *causa mortis*. Não pode ser visto exclusivamente sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, até porque todo e qualquer direito fundamental constitui concretização e explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangente, por óbvio, de toda e qualquer pessoa. A dignidade exige e pressupõe, ressalta Sarlet, "o reconhecimento e proteção dos direitos de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade".[15]

Nem o direito de propriedade, nem o direito de herança escapam a essa necessária vinculação à dignidade da pessoa humana.[16] E sendo assim, ou seja, constituindo forma de concretização da dignidade, também a herança se prestará a tal papel, não só aos destinatários do patrimônio hereditário, mas também ao disponente que, sob esse prisma, encontrará na autodeterminação para planear a sucessão e na liberdade de disposição do acervo hereditário o núcleo da sua dignidade.

2 O DIREITO DE HERANÇA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão Direitos Fundamentais é normalmente utilizada para fazer referência a determinados direitos expressamente positivados no texto constitucional.[17] Os direitos fundamentais, ensina Ingo Sarlet, constituem o "conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos

---

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84. Segundo o autor, "sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência, e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa".

[16] Adiro, com entusiasmo, à posição de Sarlet, no sentido de que especialmente o direito de propriedade, "tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade. Neste contexto, poder-se-á falar até mesmo de um direito fundamental à aquisição da propriedade por usucapião, isto sem falar no direito à moradia (e, evidentemente, à moradia digna) recentemente introduzido no art. 6º de nossa Constituição, muito embora este último não signifique necessariamente um direito à moradia própria e, portanto, não pode ser identificado (apesar das conexões evidentes) com o direito à propriedade. Não obstante as diversas interpretações que possam ser outorgadas à assertiva, parece-nos que é neste sentido – da vinculação do direito de e à propriedade com a dignidade da pessoa humana – que devemos (ou, pelo menos, podemos) compreender a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa *(Sphäre ihrer Freiheit*), o que, à evidência, não exclui o já referido conteúdo social da propriedade, mas, pelo contrário, outorga-lhe ainda maior sentido" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 89-90).

[17] Paulo Luiz Netto Lôbo entende que "os direitos fundamentais são atualmente concebidos como os direitos humanos positivados nas Constituições, explícita ou implicitamente. Não apenas os direitos de liberdade, de primeira geração, mas todos os que foram agregados como imprescindíveis à realização da dignidade humana" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001). Fala-se ainda, em "liberdades públicas" para se referir àqueles direitos da personalidade já positivados, ou seja, reconhecidos no ordenamento positivo. (Cf BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46).

delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito".[18]

São os direitos humanos "jurídico-institucionalmente garantidos" e "limitados espacio-temporalmente", na expressão de J. J. Gomes Canotilho.[19] Para Canotilho, muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.

Para melhor compreendermos a natureza jurídica do direito de herança, não podemos deixar de nos referir à evolução histórica dos direitos fundamentais, uma vez que o conteúdo desses direitos foi evoluindo ao longo do tempo, ensejando, assim, a célebre classificação popularizada por Norberto Bobbio em gerações de direitos.

Sabemos que foi no fim do século XVIII que se começou a falar em direitos fundamentais, sob a denominação de "direitos fundamentais do homem e do cidadão". Como bem coloca Sergio Resende de Barros, "surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Eram direitos absolutos opondo-se aos reis absolutos: um absoluto contra o outro absoluto".[20] Foi com esse sentido, prossegue o autor, "que as revoluções liberais os proclamaram como direitos universais, imprescritíveis e inalienáveis do ser humano, em suma: direitos assim abstratos e básicos, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente genéricos".[21] Esses são os chamados direitos fundamentais de primeira geração, também chamados de direitos civis e políticos, centrados na pessoa humana individual e que procuraram limitar a intervenção do Estado na liberdade individual. Englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), às liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais.

A principal característica dessa primeira geração de direitos fundamentais é exatamente a imposição de uma atitude "negativa" por parte dos poderes públicos. Nesse sentido, é que se reconheceu ao direito de propriedade a proteção contra a intervenção do Estado fora dos limites permitidos pela própria Constituição, e o direito de herança, ainda que implicitamente, como garantia de disposição do patrimônio pelo titular após a sua morte e, também, garantia de perpetuidade do domínio pela transmissão aos sucessores, impedindo a extinção da propriedade com a morte.

---

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32. Para o autor, os direitos fundamentais seriam os "direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado" (p. 36).

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 391.

[20] BARROS, Sergio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* – Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 609.

[21] BARROS, Sergio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* – Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 609.

A partir do final do século XIX, começou-se a constatar que somente uma atitude negativa do Estado não bastaria para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, que eram apenas formais,[22] havendo necessidade de se compelir o Estado a agir positivamente. Caberia ao Poder Público, por meio de mecanismos de intervenção estatal, garantir aos menos favorecidos o acesso ao conteúdo valorativo dos direitos fundamentais. Esses mecanismos de intervenção estatal são exatamente os chamados direitos fundamentais de segunda geração ou direitos sociais, cuja principal característica vem a ser a imposição de uma atitude "positiva" por parte dos poderes públicos. Estão representados por meio das "liberdades positivas" ou direitos sociopolíticos e econômicos e centrados na busca do bem-estar social. Corporificam o princípio da justiça social.

Sob essa ótica, os direitos de propriedade e de herança adquirem uma dimensão de segunda geração, exigindo-se uma conduta "positiva" do Estado, para assegurar o "patrimônio mínimo" ou o "mínimo existencial" a todas as pessoas, ao mesmo tempo que se condiciona o exercício da propriedade (e o acesso à herança) ao cumprimento de uma função social. Para Gustavo Andrade, não subsistem dúvidas

> [...] de que a herança, como uma projeção do direito de propriedade no tempo, está subordinada à função social. O questionamento a se colocar seria o de onde está melhor emoldurada essa função social, se na proteção da família ou se na autonomia privada do autor da herança, na ressignificação desta e na funcionalização do testamento como modo de alcançar também os fins sociais, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, pilares do sistema constitucional brasileiro.[23]

Os direitos fundamentais de terceira geração surgem já no século XX, com o fenômeno da globalização, a partir da necessidade de se imprimir aos princípios da solidariedade e da fraternidade uma maior efetividade, não apenas entre os indivíduos ou entre os diversos grupos sociais, mas sim em toda a sociedade global. São os chamados direitos transindividuais, que pertencem a todos os seres humanos, transcendendo a individualidade e assumindo uma titularidade

---

[22] A tão festejada "igualdade" da Declaração Francesa de 1789 constituía mera expressão retórica, pois não implicou em redução das desigualdades econômica e social. Mesmo iguais perante a lei, os cidadãos comuns não obtiveram qualquer melhoria nas suas condições de vida. O mesmo se diga em relação à "liberdade", que nada mais era do que a liberdade do forte subjugar o mais fraco, cabendo aqui fazer menção à célebre frase de Lacordaire: "Em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é lei que liberta".

[23] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 53. Muitos autores tomam partido pela proteção à família como concretização da função social da herança. Haveria, portanto, acentua Raquel Valesi, "uma função social da herança que, sem dúvida, é de assegurar o bem maior (felicidade e prosperidade dos membros da família), a estabilidade à propriedade privada, sua continuidade na pessoa dos herdeiros necessários que farão fruição daquele patrimônio e, porque não, na projeção, na extensão, na ampliação desse patrimônio; daí por que identificar os descendentes no assento registrário, anotando-se no livro de nascimento e, ulteriormente, no livro de óbito dos pais, estar-se-ia garantindo o acesso ao esses bens e à igualdade, prosperidade de seus membros" (VALESI, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 196).

coletiva ou difusa. É o caso do direito ao meio ambiente, à paz, ao patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Os direitos fundamentais de quarta geração, para alguns,[24] seriam o direito à diferença ou o direito à inclusão, no sentido de que, tanto as pessoas como os grupos têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.[25] As comunidades indígenas, por exemplo, têm os mesmos direitos de qualquer outro grupo social, ao mesmo tempo que têm o direito de manter o seu ordenamento consuetudinário, ainda que se contraponha ao direito positivo "civilizado".

Hodiernamente, já se fala, também, em direitos de quinta geração, que seriam aqueles pendentes de desenvolvimento, como o cuidado, o afeto, a busca da felicidade,[26] os direitos dos animais, etc.

Dentro da opção metodológica trilhada nesta obra, considero o direito de herança como inserido, simultaneamente, entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, exigindo-se, para sua garantia, tanto uma atitude de não intervenção por parte dos poderes públicos, em respeito ao acesso e à disponibilidade da propriedade e da herança; como uma postura interventiva, quando necessária a garantir o "patrimônio mínimo" e a vinculação do exercício da propriedade (e do acesso à herança) ao cumprimento de uma função social. Até porque, como bem ressalta Ingo Sarlet,

> [...] as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, entre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições.[27]

---

[24] Não há univocidade quanto ao conteúdo dos direitos de quarta geração. Para alguns seriam os direitos ligados à pesquisa genética, surgidos da necessidade de se impor um controle à manipulação do genótipo humano. Paulo Bonavides coloca como direitos de quarta geração os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação. Fala-se também em direitos da Quinta Geração, surgidos com o avanço da Cibernética. Ou ainda nos direitos transgeracionais, com respeito à tutela das *gerações futuras.*

[25] SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Disponível em http://acd.ufrj.br/pacc/z/ensaio/boaventura/htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

[26] O Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigmático – Recurso Extraordinário n. 898.060, admitiu a força normativa do princípio da busca da felicidade, existindo, inclusive, quem proponha a alteração do texto constitucional para explicitação desse direito fundamental (PEC n. 19/2010).

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

Além disso, prossegue o autor,

> [...] alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao património jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.[28]

Por derradeiro, não se pode negar a eficácia horizontal do direito fundamental de herança e sua oponibilidade *erga omnes* nas relações entre os particulares. Existe um verdadeiro consenso sobre a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais (moradia, saúde etc.),[29] nas relações entre particulares e sobre a possibilidade de se exigir em Juízo tutela que assegure a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial.

3 PONDERAÇÃO DO DIREITO DE HERANÇA COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito de herança, assim como a maioria dos demais direitos fundamentais, não se reveste de caráter absoluto,[30] nem para o titular do patrimônio, que tem o poder de disposição da propriedade limitado pelas regras da sucessão legitimária, nem para os sucessores, passíveis de serem excluídos da sucessão, nos casos previstos em lei, devendo ser sempre analisado com o auxílio da técnica da ponderação de interesses, informada pelo princípio da razoabilidade. Com muito mais razão, a técnica será invocada para mediar eventuais conflitos que podem surgir entre as posições jurídicas de sucedido e sucessores. Na concretização do direito de herança, muitas vezes, estarão em polos opostos: de um lado, o direito de propriedade e a autonomia privada do testador, fundados nos princípios da liberdade e da

---

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

[29] Também os direitos sociais são normas positivas, e não obstante a sua natureza programática, possuem não só força recomendatória, mas igualmente força impositiva. Das lições de Celso Lafer, oportuno o registro seguinte: "As constituições do tipo clássico essencialmente dispõem sobre a distribuição de competência dos poderes políticos e elencam os direitos voltados para assegurar a liberdade. São, por esta razão, classificadas como Constituições-garantia [...] As Constituições contemporâneas têm características diferentes da Constituição-garantia dos séculos XVIII e XIX. Podem ser classificadas como Constituições-programáticas de ânimo dirigente, pois contêm normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação. É por este motivo que as Constituições do século XX, com destaque para as que foram elaboradas no Segundo Pós-Guerra, contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais [...] a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira" (LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos:* Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 11-13).

[30] Apenas quatro direitos fundamentais são considerados pela doutrina como absolutos, não admitindo-se a sua ponderação com qualquer outro: 1. O direito de não ser escravizado; 2. O direito de não ser torturado; 3. O direito não ser associado contra a vontade; 4. O direito de não ser extraditado, em sendo brasileiro nato.

livre iniciativa, todos igualmente consagrados na CF/88; e, de outro, o direito de propriedade e o direito à intangibilidade da legítima dos sucessores.

A proteção constitucional dos herdeiros não se sobrepõe a outras garantias constitucionais de igual hierarquia, como se dá com o direito de propriedade do autor da herança, inexistindo supremacia axiológica dos direitos dos herdeiros sobre os do *de cujus*. O processo interpretativo em matéria de Direito das Sucessões não pode considerar a proteção da legítima uma barreira intransponível quando chamado a resolver eventual conflito entre a prerrogativa de livre disposição do patrimônio pelo titular e o direito de herança dos sucessores, cabendo, justamente aí, ponderar as situações jurídicas em confronto, de forma a que a solução encontrada se amolde à tábua de valores constitucionais.

Ponderar, ensina Ricardo Luiz Lorenzetti,

> [...] é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior ao caso concreto. O grau de generalidade não é decisivo para o princípio jurídico; o importante é sua amplitude como causa de justificação. Por isso é necessário identificar princípios que são contraditórios, complementares, e outros concorrentes entre si [...].[31]

Trata-se de uma técnica de decisão voltada aos chamados *hard cases* e cujo objetivo, ensina Ana Paula de Barcellos, "é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes".[32]

Constitui, nas palavras de Heleno Tôrres, medida de solução de colisões entre princípios de natureza constitucional e infraconstitucional (direito de herança, autonomia privada, liberdade, etc.), uma vez que

> [...] nenhum direito fundamental é ilimitado ou incomensurável, mas, compreendidos a partir do conteúdo essencial e segundo a relativização axiológica que se lhes impõem, toda pretensão jurídica baseada em princípios somente terá êxito nos limites da Constituição. No sopesamento, ou ponderação, os princípios não são excluídos de aplicação, como nos controles de antinomias, com base em hierarquia, sucessão temporal ou especialidade.

---

[31] LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.126-127.

[32] BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.57.

> A ponderação preserva os direitos e liberdades e visa a garantir uma solução amparada na razoabilidade dos valores envolvidos.[33]

Normalmente a técnica da ponderação se desenvolve em três fases. Em um primeiro momento, o intérprete identifica as normas colidentes – por exemplo, em uma ação individual visando evitar a divulgação na imprensa de informação pessoal supostamente ofensiva à honra de alguém, teríamos um confronto entre a liberdade de informação e de imprensa e a inviolabilidade da vida privada, a proteção à honra e à imagem.

Em um segundo momento, o aplicador deve analisar o contexto fático, verificando a repercussão de cada uma das normas conflitantes. Ou seja, considerando o caso concreto, quais seriam as repercussões na hipótese de prevalência da norma conflitante N1 e quais as repercussões, no mesmo caso, se vier a prevalecer a norma N2.

Finalmente, a terceira fase corresponde à decisão, ou seja, a escolha que o intérprete fará, atribuindo "pesos" distintos aos interesses conflitantes, para decidir qual norma deve prevalecer e em que intensidade. É nessa fase que o intérprete tentará avaliar o peso individual de cada uma das normas conflitantes, ou seja, vai realizar o "sopesamento", que corresponde à etapa final da operação de ponderação.

Ocorre que esse peso não é quantificável, e, sendo assim, cabe indagar: o que se quer dizer quando se fala em "peso"?

Alexy propõe alguns parâmetros pelos quais seriam estabelecidas as condições de precedência, ou seja, as condições cuja presença no caso concreto confeririam maior peso a uma norma do que a outra. O principal deles (ou talvez o único até agora) parece ser o recurso aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

O fato é que a ponderação, em cada uma de suas três etapas, envolve uma grande carga de subjetivismo (as valorações são eminentemente subjetivas, influenciáveis pelas circunstâncias pessoais de cada um) e inexistem referências materiais ou axiológicas que orientem e vinculem o intérprete nesse *iter*, o que tem levado à exacerbação da discricionariedade judicial, fomentando o que se tem chamado de *ativismo judicial.*[34]

---

[33] TAVEIRA TÔRRES, Heleno. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Tese apresentada ao concurso público de títulos e provas para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.853-855.

[34] "[...] a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológica para a valoração a ser feita. No seu limite máximo presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem inspiradas, como as nem tanto" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 361).

Todavia, esse é um aspecto que deve ser visto como uma patologia da técnica, causada pelo seu *mau uso*, e não como fundamento para o seu *não uso*. Mecanismos de controle devem ser criados e para tanto a *teoria da argumentação*[35] tem prestado relevante contribuição, uma vez que os tribunais, ao reexaminarem as decisões obtidas por meio da técnica de ponderação, tem-se valido, basicamente, da análise da consistência dos argumentos empregados.

Como bem coloca Barcellos,

> [...] a construção desses parâmetros pela doutrina, a partir de um discurso racional, público e amplamente justificado, está apenas iniciando e exigirá ainda considerável estudo e reflexão, mas é um dos poucos meios capazes de explicar, justificar e controlar a ponderação. E ele carrega em si uma vantagem adicional: trata-se de uma forma de controle puramente persuasivo – a consistência da argumentação é que provará sua eficácia – e não coercitivo, permitindo amplo espaço de determinação ao Poder Judiciário.[36]

No exemplo que propusemos acima, relativo ao confronto entre a liberdade de informação e de imprensa e a inviolabilidade da vida privada, a proteção à honra e à imagem, Barroso[37] sugere um teste tríplice de argumentação para que o juiz possa fundamentar a sua decisão: a) *O fato é ou não é verdadeiro?* Argumento: Somente muito excepcionalmente pode o Judiciário impedir a divulgação de um fato verdadeiro. b) *A informação sobre o fato foi obtida de forma lícita ou de forma ilícita?* Argumento. O Judiciário não pode compactuar com a ilicitude. Se a informação foi obtida por meio criminoso, sua divulgação, quando prejudicial aos direitos de outrem, deve ser obstada. c) *Existe interesse público no conhecimento do fato?* A divulgação de um fato que diga respeito à vida privada de alguém, mesmo verídico e obtido por meios lícitos, deve ser justificada pelo interesse público. Exemplo típico de interesse público consiste na divulgação de atos criminosos cometidos por alguém no momento presente ou relativamente recente. Há

---

[35] A grande questão posta pela teoria da argumentação é a de saber como verificar se uma argumentação é melhor ou mais consistente do que a outra. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 363). O autor sintetiza os três parâmetros utilizados para o controle da argumentação: *(i) Fundamentos normativos*: "[...] a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apóiem e lhe dêem sustentação... não basta o bom senso... A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter jurídico...um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas..."; *(ii) Possibilidade de universalização dos critérios adotados*: "[...] espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes". *(iii) Recurso aos princípios constitucionais instrumentais e materiais*: O intérprete deverá "percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 364-366).

[36] BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117.

[37] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 368.

interesse da sociedade em ter informação sobre tais atos, até mesmo para proteger-se deles e de seus agentes.

Respondidas essas questões, o juiz poderá desenvolver uma argumentação lógica e racional que, mesmo não conduzindo à única solução possível, será suficiente para angariar a adesão de grande contingente de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, comprovando, assim, a consistência da argumentação e, consequentemente, a legitimidade da ponderação.

No conflito concreto entre os interesses do herdeiro e os do autor da sucessão, quando da interpretação do ato de disposição *causa mortis*, a mesma operação será empregada, de forma a se aferir os limites da autonomia do testador quando confrontada com os interesses dos sucessores designados na ordem de vocação hereditária. E a solução vai depender muito de quem sejam os interessados. A posição jurídica dos herdeiros facultativos, quando em confronto com a do titular do patrimônio, terá sempre menos peso, como bem observa Ana Luiza Maia Nevares:

> O resultado da ponderação indicada entre a autonomia privada do testador e os interesses legítimos dos herdeiros é mais facilmente verificado quando se está diante de herdeiros necessários, pois, ante o conflito entre a liberdade e a livre iniciativa de um lado e a solidariedade do outro, devendo ser buscada a solução que melhor realize a dignidade da pessoa humana, as justificativas para privilegiar a solidariedade serão identificadas de forma mais imediata quanto ao herdeiro que não pode ser afastado da sucessão, por força de uma tutela *ex lege* de sua reserva.[38]

O Enunciado n. 17 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, aprovado no Congresso Nacional de Direito das Famílias e Sucessões de 2015, dispõe expressamente que a "técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões".

4 UMA NOVA POSTURA HERMENÊUTICA DIANTE DA DEMANDA POR MAIOR LIBERDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

É inegável que o Direito das Sucessões clama para que seja conferida maior autonomia e liberdade ao autor da herança e titular do patrimônio transmitido. Por isso, Marcos Ehrhardt Júnior e Gustavo Andrade questionam se

[38] NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 216.

> [...] não teria chegado o momento de pensar num direito sucessório mínimo, sujeito à interferência estatal apenas quando estritamente necessário para a proteção de vulneráveis, com amplo espaço para que o titular dos bens decida qual o destino que pretende conferir ao seu patrimônio, quando aberta a sua sucessão?[39]

Sob esse prisma, não seria despropositado refletir sobre a inconstitucionalidade de uma hermenêutica excessivamente restritiva do princípio da liberdade testamentária, por violação ao próprio direito fundamental garantido no inciso XXX da CF/88. O texto constitucional, repita-se, é expresso ao assegurar, entre os direitos e garantias fundamentais, o direito *de* herança e não o direito ***à*** herança. A distinção não é meramente semântica e produz consequências decisivas no tocante ao âmbito de abrangência do direito fundamental, notadamente no que alude aos destinatários da proteção.

O direito de herança tem como titulares, não apenas os herdeiros (o que teria ocorrido se o constituinte houvesse mencionado o direito **à** herança), mas especialmente o autor da herança. O direito de herança é principalmente dele, que era o dono do patrimônio, sobre o qual podia dispor (livremente) em vida e deve poder dispor para depois de sua morte. Quando o legislador ou o intérprete limitam, sem justificativa razoável, o direito de disposição do testador, infringem, diretamente, o direito de herança do titular do patrimônio, não se podendo invocar, *a contrario sensu*, a justificativa da proibição na proteção do direito de herança de qualquer herdeiro.[40]

---

[39] EHRHARDT Jr., Marcos; ANDRADE, Gustavo. A autonomia da vontade no direito sucessório: quais os limites para a denominada "sucessão contratual"? *Migalhas*. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhascontratuais/335429/a-autonomia-da-vontade-no-direito-sucessorio--quais-os-limites-para-a-denominada--sucessaocontratual. Acesso em: 20 nov. 2020. Ressaltam os autores que "no decorrer dos últimos anos, um movimento doutrinário fez despertar o debate em torno dos institutos do direito das sucessões. Em alguns ordenamentos jurídicos, a discussão tem girado em torno da liberdade de testar, aproximando também nesse aspecto os dois grandes sistemas do direito contemporâneo, o da Common Law e o romano-germânico ou da Civil Law, em uma demonstração de que ambos dialogam em busca de segurança jurídica com um maior equilíbrio entre a proteção dos herdeiros necessários e a ampliação da autonomia do autor da herança quanto à destinação dos seus bens após a morte. No Brasil, para além da temática concernente à sucessão testamentária e, por consequência, à possibilidade de flexibilização ou relativização da herança legítima, o debate assumiu dimensão mais larga para abranger uma série de institutos que se abrigam sob o espectro do que veio a se apresentar como "planejamento sucessório"[4]. Mais do que um simples pensar sobre como se dará a sucessão no estreito campo da divisão dos bens, o planejamento sucessório trouxe da experiência do direito empresarial, onde acontece com frequência, a práxis relacionada a uma intrincada rede de atos jurídicos que visam tornar mais rápida, mais fácil e dotada de maior efetividade a sucessão da pessoa física".

[40] Sobre os destinatários, sujeitos ou titulares do direito de herança, repita-se o que dizem Gustavo Andrade e Judith Martins-Costa: Os destinatários da norma insculpida no inciso XXX do art. 5º da Constituição da República são o Estado e todos os demais cidadãos, herdeiros ou não. No que concerne ao Estado, como já anunciado, houve no decorrer da Assembleia Nacional Constituinte grandes debates sobre o tema e a apresentação de inúmeros substitutivos e sugestões de redação, sempre no sentido de garantir o direito de herança, mas com uma clara preocupação de protegê-la da força da máquina administrativa. Segundo Judith Martins-Costa, a norma contida no dispositivo constitucional que garante o direito de herança (inc. XXX, art. 5º, CR) possui importante eficácia no plano hermenêutico, já que "o direito assegurado concretiza aspectos dos princípios da autodeterminação pessoal (ao assegurar ao particular o direito de panejar, ainda que limitadamente, a sucessão nos seus bens, em razão da morte)" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 338). Para a mesma autora, o direito de herança é concretizado pelo Código Civil, que acolhe a sucessão legítima e testamentária, "articulando em um mesmo ´espírito de compromisso´ dois diversos polos de interesses. (Cf. ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 50).

Partindo, então, para uma interpretação inclusiva do direito de herança, a proteger também o titular do patrimônio, e tendo em vista a proteção à liberdade testamentária e à livre disposição dos direitos patrimoniais, seria possível concluir, com facilidade, pela validade e eficácia da renúncia prévia do direito à concorrência sucessória (que não se confunde com herança) pelo cônjuge ou companheiro, uma vez que normas proibitivas, como a do art. 426 do CC, não podem receber interpretação extensiva. O mesmo viés de olhar levaria o intérprete a concordar que o companheiro sobrevivente não se tornou herdeiro necessário, após o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS (Temas 498 e 809), pois o STF não se manifestou, naquela assentada, sobre a aplicação do art. 1.845 do CC à união estável, cabendo lembrar que as leis gozam de presunção de legitimidade e de constitucionalidade, não se podendo, em absoluto, supor ou pressupor a sua inconstitucionalidade. Em outras palavras, duas das maiores polêmicas que grassam em torno da sucessão legítima no Brasil, estariam solucionadas, *de lege lata*, com uma simples mudança de postura ideológica pela doutrina.

Discussões sobre a justa causa testamentária, para fins de imposição das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, restariam superadas, sob a premissa de que a clausulação pode ser instituída, não apenas no interesse exclusivo do herdeiro ou do legatário, mas igualmente para atender aos interesses do autor da herança, especialmente quando a pretensão do testador se mostrar razoável e concretizar a sua dignidade, não se podendo presumir, em todas as situações, ser um interesse do herdeiro mais importante do que aquele declarado pelo autor da herança.

Esse "giro de Copérnico" na hermenêutica sucessória possibilitaria ampliar as possibilidades de deserdação e de exclusão por indignidade, sem que se tenha, necessariamente, que renunciar à taxatividade dos arts. 1.814, 1.962 e 1.963 do CC, nem promover qualquer alteração legislativa. Bastaria que se considerassem as expressões *ofensa física, injúria grave, relações ilícitas e grave enfermidade* como "conceitos jurídicos indeterminados", até porque são todas elas abertas e genéricas, em harmonia com próprio o sistema adotado pela codificação de 2002, exigindo avaliação caso a caso. Com isso, poder-se-ia defender, por exemplo, que o conceito de *injúria grave* não deverá ser preenchido exclusivamente com elementos do direito penal,[41] ou que a delimitação do que seja *grave enfermidade* deva levar em consideração apenas as classificações das ciências médicas.

Importante registrar que essa interpretação não atinge a taxatividade dos dispositivos, pois atua apenas no âmbito da tipificação, sem alterar ou expandir o rol de hipóteses típicas. Rodrigo Mazzei formula apropriada distinção entre taxatividade e tipicidade, demonstrando que esta diz respeito aos contornos

[41] E, por isso, qualquer ofensa moral contra o autor da sucessão serviria a justificar a deserdação, e não apenas o preenchimento do tipo panal respectivo.

peculiares de cada hipótese eleita pelo legislador, em outros termos, a tipicidade se volta à análise individual dos elementos que compõem cada instituto que integra a listagem legal, enquanto a taxatividade se refere ao próprio rol.[42]

Atualmente, as causas típicas da deserdação costumam receber interpretação literal, de excessivo rigor, como que propositadamente engendrada a obstar o ato de autonomia privada do testador. Veja-se, por exemplo, o caso do inciso I dos arts. 1.962 e 1.963 (ofensa física). O legislador ao tipificar a conduta, em momento algum, exigiu o dolo ou especificou o grau de gravidade da ofensa e, por isso, lembra Zeno Veloso, não há que se distinguir ou questionar

> [...] se a ofensa foi leve, ou grave, se a dor causada foi, ou não, profunda. Não há que se discutir se foi soco ou tapa. O filho desnaturado que ousa agredir fisicamente e macular, por exemplo, o rosto de sua mãe, já demonstra o desvio de caráter, a tendência animalesca, pouco importando a intensidade da agressão, que, em qualquer circunstância, é ofensa brutal, estúpida, inominável.[43]

Situações como aquela divulgada na imprensa em que a filha adotiva, supostamente sob efeito de drogas, "arremessou uma faca na direção da idosa e jogou um copo d'água nela, com o objetivo de humilhá-la e ainda incitava um cachorro, que convive na casa, a morder a vítima", deveriam justificar, não apenas a deserdação, como a própria exclusão por indignidade.[44] Apesar disso, respeitáveis autores, como Salomão Cateb, entendem que não basta bater, mesmo de leve, "é preciso que o agente proceda de forma dolosa, queira atingir, ofender, machucar [...] É necessária a apuração do dolo, da vontade dirigida ao resultado".[45]

O que se está a propor neste trabalho é justamente que se rompa com esse paradigma que vitimiza o herdeiro e vilaniza o testador, invertendo, como norte de interpretação, a primazia dos interesses dos herdeiros sobre os do autor da herança. Nessa linha, e apenas especulando, o abandono afetivo de pessoa idosa, poderia se enquadrar no conceito de *injúria grave* ou do *desamparo* a que se refere o inciso IV dos arts. 1.962 e 1.963, a justificar possível deserdação dos descendentes pelos ascendentes. Da mesma maneira, determinadas ofensas verbais, com o uso de expressões de baixo calão (palavrões), lançadas por um filho contra os pais, se prestariam igualmente a

---

[42] Cf. MAZZEI, Rodrigo. Indignidade sucessória e o rol taxativo do art. 1.814 do Código Civil: breves comentários ao julgamento do RESP. 1.943.848/PR *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões,* Belo Horizonte: IBDFAM, v. 50, p. 192, mar./abr. 2022. Sobre o 1.814 do Código Civil, defendo o autor "que o legislador não apenas enumera abstratamente as hipóteses de indignidade, como também as detalha em cada inciso. Em outras linhas, extrai-se que o legislador discriminou hipóteses que autorizam a exclusão de legatários e de herdeiros da sucessão (taxatividade), bem como, em cada inciso do art. 1.814 do Código Civil, apresentou desenho próprio do encaixe, delimitando seus contornos (tipicidade)".

[43] VELOSO, Zeno. *Testamentos*. Belém/PA: CEJUP, 1993, p. 473.

[44] SLEMAN, Gustavo. Justiça converte em preventiva a prisão de filha adotiva que maltratou a mãe. *BandNews FM,* 20 jul. 2022. Disponível em: https://www.band.uol.com.br/bandnews-fm/rio-de-janeiro/noticias/justica-converte-em-preventiva-a-prisao-de-filha-adotiva-que-maltratou-a-mae-cadeirante-16524075. Acesso em: 22 jul. 2022.

[45] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 110.

justificar a deserdação por *injúria grave*. Caberia, exclusivamente, ao autor da herança avaliar o grau da ofensa, ou seja, o quanto se sentiu ofendido, a ponto de desejar excluir o herdeiro da sua sucessão. Jamais o intérprete.

O abandono material em situações extremas se acoplaria ao atentado contra a vida do autor da herança, servindo de fundamento à exclusão por indignidade, ao passo que estaria perfeitamente abrangido no "desamparo" para fins de deserdação, como destaca Rodrigo Mazzei:

> [...] ainda que sem previsão no bojo do art. 1.814 do Código Civil, reconhece-se que o abandono material é uma causa autorizadora de exclusão da sucessão por indignidade, muito embora tal situação não esteja expressamente fixada no dispositivo. A ilustração é um exemplo de acoplamento por atração, pois o art. 1.814 não é preenchido a partir de situação nova (não contida na legislação), mas de hipótese prevista em lei e que possui identidade com a própria regra que pede complementação.
> No sentido, o abandono material pode ser de tamanha monta que o autor da herança sequer teve condições de efetuar a deserdação ou outra forma de exclusão de benefício da sucessão (como, por exemplo, a revogação de legado fixado anos antes), de modo que a projeção pontual das regras dos arts. 555, 1.962, IV e 1.963, IV, do Código Civil, apenas está complementando base normativa, sem qualquer tipo de vulneração à sua superfície.
> Portanto, o procedimento de acoplamento por atração não vulnera a taxatividade, haja vista que o preenchimento em questão se dá a partir de figura ou hipótese prevista em lei. Ademais, ainda que não se revele um método de interpretação propriamente dito, cumpre salientar que, em determinados dispositivos, o mecanismo permite a cognição correta da tipicidade que o artigo de lei molda.[46]

Ao delimitar os conceitos de *injúria grave* ou de *desamparo,* o intérprete não interfere na taxatividade propriamente dita, mas se limita a trabalhar os contornos do tipo legal (tipicidade).

Sinalizando, ainda que incipientemente, a mudança de postura aqui propugnada, o STJ decidiu, recentemente, que o ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, praticado contra os pais, está abrangido pela regra do art. 1.814, I, do CC/2002, segundo a qual será excluído da sucessão o herdeiro que seja autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, consumado ou tentado,

---

[46] MAZZEI, Rodrigo. Indignidade sucessória e o rol taxativo do art. 1.814 do Código Civil: breves comentários ao julgamento do RESP. 1.943.848/PR *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões,* Belo Horizonte: IBDFAM, v. 50, p. 194-195, mar./abr. 2022. O autor chama de *acoplamento por atração* o movimento que deve ser feito pelo intérprete em favor da norma que dita a taxatividade, a fim de que esta possa ser perfeitamente dimensionada, identificando "situações que estão previstas em lei (e, portanto, em respeito a taxatividade) e que devem ser trazidas para a alocação no rol principal" (p. 193).

contra os ascendentes de cuja sucessão se trata.[47] O acórdão, sem flexibilizar a taxatividade das hipóteses de exclusão da sucessão por indignidade, foi ao cerne do problema, ressaltando que "o fato de o rol do art. 1.814 do CC/2002 ser taxativo não induz à necessidade de interpretação literal de seu conteúdo e alcance, uma vez que a taxatividade do rol é compatível com as interpretações lógica, histórico-evolutiva, sistemática, teleológica e sociológica das hipóteses taxativamente listadas". E adverte que se tal regra fosse "interpretada literalmente, *prima facie*, de forma irreflexiva, não contextual e adstrita ao aspecto semântico ou sintático da língua, induziria ao resultado de que o uso da palavra homicídio possuiria um sentido único, técnico e importado diretamente da legislação penal para a civil, razão pela qual o ato infracional análogo ao homicídio praticado pelo filho contra os pais não poderia acarretar a exclusão da sucessão, pois, tecnicamente, homicídio não houve".

O voto prolatado pela Ministra Nancy Andrighi alcança a mesma conclusão que estamos propondo para a interpretação dos arts. 1.962 e 1.963, no sentido de que as hipóteses de exclusão do herdeiro constituem "cláusula geral com raiz ética, moral e jurídica" e que "a diferença técnico-jurídica entre o homicídio doloso e o ato análogo ao homicídio doloso, conquanto relevante para o âmbito penal diante das substanciais diferenças nas consequências e nas repercussões jurídicas do ato ilícito, não se reveste da mesma relevância no âmbito civil, sob pena de ofensa aos valores e às finalidades que nortearam a criação da norma e de completo esvaziamento de seu conteúdo".

Com esse mesmo espírito de privilegiar a autonomia privada do autor da herança, conferindo maior concretude ao seu direito fundamental de herança, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu que o próprio testador, ainda em vida, propusesse a ação judicial prevista no art. 1.965 do Código Civil.[48] No entender do relator, o desembargador Edir Josias Silveira Beck, ao propor a ação enquanto ainda em vida, o futuro autor da herança evita cizânia entre os sucessores: "Tendo-se o ato de deserdação por um direito e como direito dele decorrendo uma ação, cabível sua consubstanciação para além do testamento, exercível através de demanda judicial onde se reconheça a causa e se declare deserdado o herdeiro que se quer deserdado e que deserdado merece ser".[49]

---

[47] Recurso Especial n. 1.943.848 – PR, julg. em 15 de fevereiro de 2022.

[48] Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

[49] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DE DESERDAR ESTABELECIDO NO ARTIGO 1.961 DO CÓDIGO CIVIL, NÃO TENDO A EXEGESE DO ARTIGO 1.964 DO MESMO DIPLOMA CONDÃO DE AFASTAR O CORRESPONDENTE DIREITO DE AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. No comando legal onde estabelece que somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento o que disse o legislador é justamente o que tratou de dizer, no que não está incluso o afastamento do direito de ação que albergue o direito de buscar a declaração judicial de deserdação. O artigo 1.961 do Código Civil assegura que "os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão". Sendo evidente que em relação ao herdeiro obrigatório a norma prevê uma punição que em nada se confunde com alguma faculdade, a conjugação do verbo poder lá produzida diz respeito ao direito de alguém excluir de sua sucessão aquela espécie de sucessor. Em nenhum momento o legislador, ao prever o direito de deserdar, estabeleceu esta ou aquela forma como única e essencial para seu exercício. Não se lê no dispositivo referido, muito embora possível seria se tanto

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Conforme foi possível demonstrar, o direito de herança tem dupla dimensão, revestindo-se, de um lado, a forma de garantia institucional do direito de propriedade do autor da sucessão, de modo a impedir que o Estado-Juiz ou o Estado-Legislador estabeleçam restrições desmedidas à autodeterminação e à liberdade testamentária (liberdade de planejar a própria sucessão e de dispor da propriedade para depois da morte); e, de outro, o caráter de direito fundamental (direito subjetivo) dos sucessores, que não poderão ser excluídos da sucessão ou verem conspurcada a intangibilidade da legítima ao mero arbítrio do sucedido ou fora das hipóteses expressamente previstas em lei.

O direito fundamental de herança serve, assim, para garantir, tanto a liberdade do sujeito "proprietário", de poder dispor do seu patrimônio em testamento, como o direito ao quinhão hereditário do sujeito "herdeiro". Na colisão entre esses dois interesses, não pode o intérprete tomar partido, *prima facie*, por um dos lados, sem a análise concreta dos interesses em conflito. Tem de atender ao comando da lei, sem se deixar embalar pelo "canto da sereia", a poetizar um herdeiro vitimizado pelo *pater familiae* tirânico.

Não se pode mais admitir uma hermenêutica sucessória que privilegie, sempre, o herdeiro legítimo, em detrimento dos demais interessados na sucessão.

É preciso interpretar o direito fundamental de herança de forma sistemática, dentro do sistema do Direito das Sucessões, cujo propósito é o de regular o destino do patrimônio do falecido, garantindo a sua transmissão para além da morte. E considerando a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é mandatório para os órgãos judicantes interpretar e aplicar o Código Civil, bem como colmatar as suas lacunas, em conformidade com o direito fundamental de herança.

---

tivesse pretendido seu redator, algo como: "somente por testamento os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão". Ao ordenar que "somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento", agora no artigo 1.964 do mesmo diploma legal, longe de dizer que o despojo hereditário obrigatoriamente há de se concretizar pela via do testamento, o regramento está a impor que se ou caso a deserdação se fizer através daquela espécie de clausulado da herdade obrigatoriamente haverá de nela se constar expressa a sua causa. Ao trazer para si o embate judicial frente ao herdeiro que deseja deserdar, o autor da correspondente ação impede que tal discussão seja lançada para empós sua morte, evitando cizânia dentre seus herdeiros. Vê declarada, assim, a deserdação que deseja enquanto ainda em vida e evita que seus sucessores herdem, para além do espólio, também discórdia. Forte também no exercício da Equidade, assim, há que se concluir diversamente do que vem compreendendo a doutrina e com ela os poucos julgados pertinentes à quaestio em exame. Tendo-se o ato de deserdação por um direito e como direito dele decorrendo uma ação, cabível sua consubstanciação para além do testamento, exercível através de demanda judicial onde se reconheça a causa e se declare deserdado o herdeiro que se quer deserdado e que deserdado merece ser (TJSC. Apelação n. 0300716-33.2018.8.24.0113, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Edir Josias Silveira Beck, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2022).

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar.* Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Forum, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Sergio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* – Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, t. II, v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

EHRHARDT Jr., Marcos; ANDRADE, Gustavo. A autonomia da vontade no direito sucessório: quais os limites para a denominada "sucessão contratual"? *Migalhas.* Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhascontratuais/335429/a-autonomia-da-vontade-no-direito-sucessorio--quais-os-limites-para-a-denominada--sucessaocontratual. Acesso em: 20 nov. 2020.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos:* Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da decisão judicial:* fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5º, inciso XXX. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAZZEI, Rodrigo. Indignidade sucessória e o rol taxativo do art. 1.814 do Código Civil: breves comentários ao julgamento do RESP. 1.943.848/PR *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões,* Belo Horizonte: IBDFAM, v. 50, mar./abr. 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Disponível em http://acd.ufrj.br/pacc/z/ensaio/boaventura/htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SLEMAN, Gustavo. Justiça converte em preventiva a prisão de filha adotiva que maltratou a mãe. *BandNews FM,* 20 jul. 2022. Disponível em: https://www.band.uol.com.br/bandnews-fm/rio-de-janeiro/noticias/justica-converte-em-preventiva-a-prisao-de-filha-adotiva-que-maltratou-a-mae-cadeirante-16524075. Acesso em: 22 jul. 2022.

TAVEIRA TÔRRES, Heleno. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Tese apresentada ao concurso público de títulos e provas para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALESI, Raquel Helena. *Efetividade de acesso à legítima pelo registro civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. Belém/PA: CEJUP, 1993.

ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES E DIVÓRCIO LIMINAR

Wlademir Paes de Lira

Juiz de Direito. Mestre e Doutorando em Direito Civil. Professor na Universidade Federal de Alagoas e na Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Presidente do IBDFAM em Alagoas.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Os alimentos entre os cônjuges. 3. Divórcio liminar. 4. O momento do pedido de alimentos conjugais e o divórcio liminar. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após a Emenda Complementar n. 66/2010, que retirou todos os requisitos fáticos para a decretação do divórcio, surgiu a possibilidade de concessão do divórcio em caráter liminar.

Apesar de tal concessão vir a concretizar um importante direito de personalidade, como tal direito fundamental, ainda existe certa resistência do Judiciário no deferimento de tal pretensão.

Além das questões processuais que vêm fundamentando o indeferimento do divórcio liminar, surge na jurisprudência decisões entendendo que decretado o divórcio liminarmente, não pode mais haver fixação de alimentos entre os cônjuges, o que precisa ser reparado pela doutrina, pois passa a ser mais um entrave para efetivação do importante instituto do divórcio liminar, e é o que tentaremos abordar nesse pequeno texto, que não tem nenhuma pretensão de esgotar a matéria.

2 OS ALIMENTOS ENTRE OS CÔNJUGES

Quando estudamos os alimentos no sistema jurídico brasileiro, verificamos que no que concerne ao vínculo que obriga o pagamento de alimentos, especificamente tratados pelo Direito de Família, temos os que são fixados em função do poder familiar (de pais para filhos menores), da conjugalidade (casamento e união estável) e do parentesco (descentes e ascendentes maiores, e colaterais até o segundo grau, os irmãos).[1]

Para o que interessa para esse pequeno resumo, trataremos exclusivamente acerca dos alimentos em decorrência da conjugalidade, e como corte metodológico mais específico, do casamento.

Vale a pena salientar, inicialmente, que embora possa se discutir o alcance dos alimentos entre os cônjuges, como mais adiante veremos, os fundamentos que impõem a fixação de alimentos nessas relações são os mesmos que os fundamentam nas demais relações, ou seja, no plano constitucional o fundamento está, considerando os princípios mais específicos até o fundamento maior do sistema jurídico brasileiro, no dever de assistência material, que concretiza o gênero dever de cuidado, concretizadores, por sua vez, do princípio responsabilidade,[2] que concretizam o princípio geral da reciprocidade, indispensáveis para a efetivação do princípio geral da solidariedade, como forma de garantirem, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

No plano infraconstitucional, os alimentos entre cônjuges têm fundamento na Lei de Alimentos, Lei n. 5.578/1968, no Código Civil, artigos 1.694 e seguintes, e no Código de Processo Civil, artigos 693, parágrafo único, que remete à Lei de Alimentos, e 528 a 533, que trata da execução de alimentos.

Entre os efeitos da conjugalidade consta a prestação de assistência mútua ao auxílio material e moral. O término da sociedade afetiva não é causa superveniente para cessar os efeitos decorrentes do instituto em tela. Averiguada a ruptura da união viabiliza-se a possibilidade de reclamação de alimentos entre estes.

Uma questão que embora se encontre já ultrapassada pela doutrina dominante e pela uniformização da nossa jurisprudência é a de que a regra geral, quando se trata de alimentos entre cônjuges, é a de exclusão, após a Constituição de 1988 e mais especificamente do Código Civil, atual, já que a regra anterior era a de inclusão, ou seja, anteriormente o cônjuge virago tinha direito a alimentos, salvo se o varão provasse que ela tinha condições de prover o próprio sustento, regra geral de inclusão, e agora, o cônjuge, tanto varão como virago, não tem direito

---

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* – Famílias. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 696 e ss.
[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 5, p. 67-68.

a alimentos, salvo se provar que não tem condições de se manter sem a ajuda do outro, regra geral de exclusão.

Isso se deve porque o Código Civil de 1916, no artigo 233, inciso V, estabelecia que o marido era o chefe da sociedade conjugal e lhe competia prover a manutenção da família. O artigo 19, da Lei do Divórcio, por sua vez, embora de forma mais flexível, estabelecia que "o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar".

Com a igualdade entre os cônjuges em direitos e obrigações, trazida de forma definitiva pela Constituição de 1988, a interpretação passa a ser diferente, caminhando a doutrina e a jurisprudência no sentido da exclusão de alimentos como regra.

Com o Código Civil de 2002, volta a se discutir a necessidade de fixação de alimentos em favor de cônjuge, em função de que o artigo 1.694 estabelece que "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação", complementando no § 2º que "os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleitea".

Como a expressão "de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social" é extremamente aberta e subjetiva, à época alguns entenderam que para os ex-cônjuges e ex-companheiros continuava seguindo a regra geral de inclusão, ou seja, a princípio são devidos os alimentos sempre que uma parte pedir e a outra não puder provar que o postulante tem condições de manter sua condição social sem a ajuda do outro, como se a condição social de um ainda permanecesse vinculada à condição social do outro.

A questão foi resolvida com a análise sistemática do artigo 1.695, que enuncia que "são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento".

Já tivemos a oportunidade de nos manifestar, mesmo antes da entrada em vigor do Código atual,[3] no sentido de que o artigo 1.695 aponta para uma possibilidade de interpretação de exclusão como regra e concessão como exceção e delimita muito mais apropriadamente o valor que pode ser pedido, já que fala apenas em mantença e não em manutenção de condição social, o que direciona melhor a equidade judicial para a solução do caso.

---

[3] LIRA, Wlademir Paes de. A manutenção da regra de inclusão dos alimentos entre os cônjuges – Tradição ou retrocesso. *Revista A Voz do Magistrado*, Maceió, v. 6, p. 5, 2002.

Apesar da previsão do artigo 1.694, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de adotar o entendimento consolidado em outros países, que em regra os cônjuges não fazem jus a alimentos, e não podendo se manter sem a ajuda do outro, os alimentos não têm o condão de manter o *status* social idêntico ao que mantinha quando casado, pois como dito acima, a condição social é de cada um, e um não adquire a dou outro porque foi casado.

No Direito Civil francês, como lembra Gustavo Tepedino,[4] a regra é a ausência de pensão alimentícia, tendo a concessão um caráter extraordinário, o mesmo acontecendo com o Código Civil alemão, como nos mostra Wilfried Schlüter,[5] traduzido por Elisete Antoniuk, que nos §§ 1.569 a 1.586 não só estabelece a regra geral de exclusão dos alimentos entre ex-cônjuges, como tipifica os casos em que tais alimentos são cabíveis, o que, mesmo não abandonando a previsão da equidade para os casos não previstos, leva a uma interpretação muito mais ajustada com a igualdade de direito e obrigações entre o homem e a mulher na Constituição vigente.

Portanto, quando se trata de alimentos entre cônjuges, a regra geral é que só são devidos os alimentos, quando o que postula comprova cabalmente que não tem condições de prover seu próprio sustento com o fruto de seu trabalho ou com seu patrimônio, já que estão relacionados com as "prestações vitais de quem não pode provê-las por si"[6], provando também, que o cônjuge a quem se pede, tem condições de fornecer os alimentos sem o prejuízo de seu próprio sustento.

Embora ainda tormentosa a questão da quantificação dos alimentos entre os cônjuges, com a recepção pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, dos denominados por alguns[7] de alimentos compensatórios, tornou-se mais objetiva a fixação dos alimentos mencionados, já que deve ser considerado, na linha conceitual dos alimentos civis, o valor suficiente para manter as necessidades básicas da pessoa, abrangendo além da subsistência em si, despesas com educação, saúde, transporte, vestuário, cultura, lazer, entre outras que sejam necessárias para a manutenção de uma vida com dignidade, levando sempre em consideração, o limite da capacidade do alimentante, sem vinculação, como dito, com a condição social que mantinha quando do casamento.

Os alimentos devem manter a existência física (sustento do corpo), como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).[8]

Com respeito aos alimentos propriamente ditos, o Código português expressamente vetou a possibilidade do alimento como equidade, quando no artigo

---

[4] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 246.
[5] SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão* – Direito de família – BGB – *FAMILIENRECHT*. Trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 134-135.
[6] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de janeiro: Forense, 2002, p. 247.
[7] A título de exemplo, MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.055.
[8] CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

2016º, 3, diz que "o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimônio", mas a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas.

Alguns, como Antunes Varela,[9] entendem que deve ser seguida à risca a orientação do artigo 2016º, 3, já que se trata de uma obrigação de alimentos e não de uma obrigação de manutenção, como se o casamento ainda existisse.

O Professor Abel Delgado[10] entende que a obrigação alimentar visa manter o ex-cônjuge ao nível a que ele se habituou durante a vigência do casamento.

Neste sentido, Abílio Neto colaciona jurisprudência.[11]

Os Professores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira adotam uma posição intermediária, que nos parece mais acertada, pois para eles há de haver um meio-termo, "uma situação razoável" que não seja a manutenção exata da condição que existia antes da dissolução da sociedade conjugal, mas que também não seja uma forma de "atribuir ao casamento agora dissolvido o mérito de constituir um seguro contra as diminuições de fortuna".[12]

Doutra banda, parece-nos questionável a previsão contida no artigo 1.694, § 2º, que trata dos alimentos indispensáveis ou naturais, dispondo que, se a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia, este perceberá apenas o necessário à sua sobrevivência, não levando em conta o *status* social do credor nem as possibilidades do prestador.

Antes da EC n. 66/2010 havia outra situação em que também eram aplicáveis os alimentos indispensáveis, qual seja, aquela que se afigura na hipótese de separação judicial culposa. Nesta, o cônjuge que era declarado culpado e não tendo aptidão para o trabalho e nem parentes em condição de prestar-lhe alimentos (art.1.704, parágrafo único), poderia exigir do cônjuge inocente os alimentos indispensáveis à sua sobrevivência.

Os alimentos estritamente necessários à mantença da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites das necessidades vitais, alimentos naturais, que não levam em consideração as necessidades intelectuais e morais, inclusive a recreação do beneficiário, compreendendo necessidades outras da pessoa, alimentos civis, merecem crítica.

---

[9] VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. I , p. 612.

[10] DELGADO, Abel. *O divórcio*. Lisboa: Petrony, 1994, p. 168.

[11] Cf. NETO, Abílio. *Código Civil anotado*. 17. ed. Lisboa: Ediforum, 2010, p. 1436: "A prestação de alimentos devida ao cônjuge não se mede pelas estritas necessidades vitais, visando antes assegurar ao necessitado o trem da vida a que tem jus como cônjuge (ou ex-cônjuge) de devedor, tendo-se, no entanto, em conta as reais possibilidades deste (RC, 10-11-1992: *BMJ*, 421º 508)."

[12] COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família* – Introdução e direito matrimonial. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. I, p. 697.

Embora respeitando a lição de Silvo Venosa,[13] a fixação de alimentos considerando somente as necessidades básicas do cônjuge, com a prestação do que é apenas indispensável à sua subsistência, vai de encontro a preceitos constitucionais.

Ou não se tem direito a alimentos, ou tendo, estes não devem atender apenas às necessidades básicas de subsistência, e sim a todos os elementos indispensáveis à garantia da dignidade humana do credor dos alimentos.[14]

Por outro lado, a questão de se evitar um grande desequilíbrio social entre o padrão de vida em que estava inserido o cônjuge e o que passou a ter após a separação, não deve ser resolvido por meio dos alimentos no sentido estrito, e sim por meio dos alimentos compensatórios, se for o caso.

Acerca dos alimentos compensatórios, já tivemos a oportunidade de nos manifestarmos sobre o tema, em artigo publicado na *Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas*.[15]

O que a doutrina brasileira vem chamando de alimentos compensatórios tem três vertentes conceituais distintas, o que demonstra a falta de uniformização que sofre esse instituto.

Para alguns doutrinadores estão ligados ao equilíbrio econômico e social entre os antigos membros de uma sociedade afetiva, garantindo ao menos favorecido condição social razoável considerando a que vivia antes da ruptura conjugal.[16]

No mesmo sentido se encontra a doutrina de Rolf Madaleno,[17] um dos precursores da introdução desse instituto no Brasil.

Outros entendem que os alimentos compensatórios são uma prestação periódica em dinheiro que tem como objetivo manter um equilíbrio econômico-financeiro entre os componentes do casal durante o processo de divórcio litigioso.

---

[13] Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – Direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.503. "Esta previsão é de grande valia porque, ao mesmo tempo em que atende ao princípio da solidariedade nas relações de parentesco, casamento e união estável, não deixa de reconhecer que em caso de culpa devem ser atendidas somente as necessidades básicas do alimentando, com a prestação do que é indispensável à sua subsistência."

[14] Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 5, p. 391. Com o advento da nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição, em 2010, que extinguiu a separação judicial e seus requisitos de culpa, os alimentos de subsistência não mais se aplicam aos ex-cônjuges, em razão da dissolução do casamento. Fazem jus à integralidade dos alimentos, quando for o caso de comprovada necessidade, independentemente de terem dado causa ao divórcio, porque este não contempla aquela.

[15] LIRA, Wlademir Paes de. Pensão de equidade e pensão reparatória: outro olhar para os denominados alimentos compensatórios e uma análise comparativa entre o Brasil e alguns sistemas jurídicos. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas*, Maceió: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, v. 5, p. 231-272, 2016.

[16] DANTAS, Ana Florinda. Alimentos com efeitos reparatórios. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 453,

[17] MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios.* Disponível em: www.rolfmadaleno.com.br. Acesso em: 29 nov. 2022.

Para esses,[18] essa espécie de alimentos é forma de preservar o direito do cônjuge de receber, inclusive durante o andamento do processo de divórcio, os valores advindos dos lucros do patrimônio comum.

Um terceiro entendimento é o de que a pensão compensatória tanto é a que se destina a restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes quanto a indenização pela administração do patrimônio comum por um dos cônjuges, em prejuízo do outro.

Seguindo esta corrente encontramos Rodrigo da Cunha Pereira[19] e Waldir Grisard Filho.[20]

Tem influência na previsão do artigo 270 do Código Civil francês,[21] do Código Civil espanhol, artigo 97,[22] do Código da Catalunha, artigo 84[23] do Código Civil,

No mesmo sentido entendem, na Itália, Sabina Anna Rita Galluzzo[24] e Bianca Federico.[25]

Estamos, portanto, diante de duas figuras distintas, que ao nosso ver não devem ser tratadas como alimentos.

A primeira, que prefiro chamar como pensão de equidade, visa equilibrar a situação financeira e econômica dos cônjuges, após a separação.

Para este caso o requisito é a necessidade de um cônjuge, que embora não desprovido de condições de sustento, saiu do casamento em situação financeira extremamente desfavorável e precisa de um ajuste patrimonial ou financeiro para manter uma condição compatível com a que tinha quando ainda casado.

---

[18] VALLE, Rodrigo Dalla. *Divórcio e alimentos compensatórios*. Disponível em: http://www.jornaldebeltrao.com.br/artigos/o-que-sao-os-alimentos-compensatorios-na-partilha-de-bens-64749/. Acesso em: 29 nov. 2022.

[19] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio* – Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

[20] GRISARD FILHO, Waldyr. *Pensão compensatória* – Efeito econômico da ruptura convivencial. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29 nov. 2022.

[21] FRANÇA. Código Civil, Artigo 270: *Le divorce met fina u devoir de secours entre époux.*
Lún dês époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, La disparité que La rupture Du mariage crée dans lês conditions de vie respectives. Cette prestatio a um caractere forfaitaire. Elle prend La forme d'um capital dont Le montant est fixe par Le juge. (...)

[22] ESPANHA. Código Civil, Artigo. 97: *El cónyuge al que la separación o divorcio produzca um desequilibrio económico en relación con la posición Del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a uma compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determino en el convenio regulador o em la sentencia.(...).*

[23] CATALUNHA. Código Civil, Artigo 84. *El cónyuge que, como consecuencia Del divorcio o la separación judicial, vea ás perjudicada su situación econômica y, en caso de nulidad, solo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a ricibir del otro una pensión compensatória que no exceda el nível del que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago.*

[24] GALLUZO, Sabina Anna Rita. *Famiglia e minori*. Milano: Gruppo 24 ore, 2010, p. 239. No original: *Entrambi gli assegni comunque, quello de separazione e quello de divorzile, sono secondo La giurisprudenza maggioritaria, finalizzati a garantire ao coniuge più debole Il mantenimento di um tenore de vita corrispondente aquelle goduto in constanza di matrimonio, o addirittura al tenore de vita offerto dale potenzialitá economiche dei coniugi e non già quello tollerato, o subito, o anche concordato con l'adozione de particulari criteri de subdivisione delle spesi familiari e di dispozioni dei redditi personali residui.*

[25] FEDERICO, Bianca. *Compendio di Direitto di Famiglia*. Napoli: Simone, 2010, p. 67.

A outra hipótese surge quando há a necessidade de se reparar um prejuízo patrimonial causado por um cônjuge ao outro, como no caso da administração exclusiva dos bens comuns em proveito apenas de um dos cônjuges, não tendo o juiz como, enquanto não efetivada a partilha, fazer com que o outro cônjuge tenha acesso a tais rendimentos.

Nesse caso, o juiz pode fixar um valor para minimizar o prejuízo sofrido por uma das partes até a solução do processo, que pode ser em forma de prestação pecuniária – sucessiva ou de uma só vez – ou até patrimonial, neste caso podendo ser chamado de pensão reparatória.

Para a pensão reparatória, pela natureza de responsabilidade civil que possui, é necessário que estejam presentes os pressupostos desta.

3 DIVÓRCIO LIMINAR

Fazendo uma suscinta retrospectiva acerca do divórcio no Brasil, já que não faz lá muito tempo, saímos da indissolubilidade do casamento até 1977, para os rígidos requisitos da Lei do Divórcio, depois para uma relativa flexibilização com a Constituição de 1988 e finalmente com uma necessária facilitação após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

Na Lei do Divórcio originária, 6.515/77, o divórcio só poderia ser decretado por conversão de separação judicial ocorrida há pelo menos três anos (art. 25), ou três anos da data da separação cautelar (art. 8º), e a separação, por sua vez, só podia ser concedida: por mútuo consentimento, se o casal já estivesse casado há pelo menos dois anos (art. 4º); litigiosamente se já existisse separação de fato por mais de um ano e impossibilidade de reconstituição (art. 5º, § 1º); se o outro cônjuge estivesse acometido de doença grave por pelo menos cinco anos, que impossibilitasse a vida conjugal (art. 5º, § 2º); ou se um dos cônjuges imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum (art. 5º, *caput*).[26]

A Constituição Federal, primeiramente, estabelecia no § 6º do artigo 226, que o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio, desde que houvesse separação de fato por mais de dois anos ou separação judicial por um ano.

Após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, houve alteração do § 6º, que passou a prever apenas que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

[26] As hipóteses de separação litigiosa são as que eram denominadas na doutrina separação falência, separação remédio e separação sanção.

Uma questão importante que surgiu após a mencionada EC é se continuava a existir no Brasil o sistema duplo, separação e divórcio, só que de forma alternativa, ou se já não mais faz parte do sistema brasileiro a separação judicial.

Por uma questão de objeto de análise e dos limites impostos a este texto, não aprofundaremos acerca da permanência ou não da separação judicial no nosso sistema, embora convenha deixarmos registrado que, embora existam autores que entendem permanecer no sistema a separação judicial,[27] inclusive com decisão do STJ nesse sentido,[28] concordamos com os que entendem que após a EC n. 66/2010 não mais existe a separação judicial no sistema brasileiro,[29] até porque houve supressão do instituto por meio da Emenda, mesmo que leis posteriores tenham tratado da separação, como o NCPC, por exemplo, existindo, até mesmo, algumas decisões nesse sentido.

A separação perde o sentido e o interesse, já que, se as partes pretendem se separar consensualmente, podem se divorciar e no caso de arrependimento, casar novamente, até porque não há limites de divórcios e casamentos no Brasil, e o divórcio pode ser feito, sem a prévia partilha de bens. Se um cônjuge propõe separação judicial contra o outro, este pode, em reconvenção ou em ação dependente, requerer o divórcio, o que tornará inócuo o pedido de decretação da separação, já que o divórcio, como mais adiante se verá, é um direito potestativo, ou seja, certamente o juiz decretará o divórcio perdendo o objeto o pedido de separação.

A preocupação de que deve ser facultado o pedido de separação, pois a parte pode querer comprovar as causas da separação, para fundamentar pedido de indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, também não justifica a manutenção da separação, pois mesmo que decretado o divórcio, a parte que sofrer danos indenizáveis pode buscar a reparação ou compensação por meio de ação própria.

De qualquer sorte, o Supremo Tribunal Federal julgará a matéria em breve e veremos como será uniformizado o entendimento acerca desse assunto.

O que se conclui com a alteração na CF é que não há mais requisitos para o divórcio e como ele está relacionado com o estado civil da pessoa, integra a esfera jurídica como direito de personalidade e como tal, direito fundamental.

Sendo direito fundamental, resta saber se em função dessa qualidade, para além de ser um direito subjetivo é um direito potestativo, ou seja, um direito para o qual a outra parte não pode se opor e tem que a ele se sujeitar. Esse é o

---

[27] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Os riscos da supressão do instituto da separação. *Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao. Acesso em: 29 nov. 2022.

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1247098/MS*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª T, J. 14 mar. 2007.

[29] Vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 5, p. 143, e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias.* Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 240 e ss.

entendimento de Marília Pedroso Xavier e William Soares Pugliese, em trabalho específico sobre o tema.[30] Neste sentido, por exemplo, é o entendimento da 12ª Câmara Cível do TJPR.[31]

Parece óbvio e não vemos contrariedade a isso, que contra o divórcio o outro cônjuge não pode sustentar fato impeditivo, pois não havendo mais requisitos, não há o que se contestar e, consequentemente, não há como não ser decretado o divórcio mesmo com a negativa da outra parte.

Diante do necessário entendimento de que o divórcio é um direito fundamental e potestativo, a sua decretação em caráter liminar não deve encontrar obstáculos.

O divórcio concedido liminarmente enquadra-se numa liminar de antecipação de mérito, já que não visa apenas acautelar o direito discutido e sim antecipar os efeitos da decisão de mérito, não havendo controvérsias neste sentido, podendo a liminar ser requerida por dois fundamentos, a título de tutela de urgência e a título de tutela de evidência.

A tutela de urgência está prevista no artigo 300, do CPC, deve ser concedida quando estejam evidenciados a probabilidade do direito (prova inequívoca que aponte para a verossimilhança do pedido), o perigo de dano ao resultado útil do processo, em função da demora na tramitação normal da demanda e não houver perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Trata-se do preenchimento dos pressupostos positivos, probabilidade e *periculum in mora*, e pressuposto negativo, não existir risco da irreversibilidade da decisão.

Apesar da probabilidade do direito ser inquestionável, pode haver situação que justifique a decretação do divórcio liminarmente a título de tutela de urgência?

A resposta é positiva. Um dos cônjuges pode necessitar da decretação em caráter de urgência em função, por exemplo, de necessitar adquirir imóvel financiado, para o qual o estado de casado pudesse criar empecilho; recebimento de imóvel em programa de moradia social; novo casamento, entre outros.

---

[30] Cf. XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE William Soares. *Divórcio liminar* – Técnica processual adequada para sua decretação. Indaiatuba-SP: Foco, 2022, p. 28. "O divórcio judicial esta, justamente, nessa categoria: trata-se de direito potestativo extintivo. Se não houver acordo entre os cônjuges, a manifestação de vontade deve ser formulada como petição inicial ao Poder Judiciário. Ou seja, o 'pedido' de divórcio é meio pelo qual um dos cônjuges exerce um direito potestativo para pôr fim ao casamento. Esse requerimento gera a sujeição do outro cônjuge, que nada pode opor contra o pedido de divórcio, propriamente dito."

[31] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. *0041434-50.2020.8.16.0000* - 12ª C. Cível. Rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, Curitiba, J. 24 set. 2020. "Diante do pedido expresso da parte autora quanto à sua concessão, *ao réu não há defesa juridicamente possível que obste o provimento do pleito,* mantida a demanda, por evidente, para apreciar demais pendências, se for o caso. (O) Caráter potestativo do direito é de uma evidência incontrastável, pois afirmar o contrário seria admitir o inadmissível: o dever de permanecer casado mesmo diante do fim da vida conjunta». (Grifo nosso).

Portanto, pode-se ter para efeito de tutela de urgência tanto a probabilidade do direito quanto o perigo de dano em função da demora.

A questão que se tem mostrado controversa é a irreversibilidade da decisão. Este tem sido o fundamento de algumas decisões em várias partes do Brasil, tendo, inclusive, decisão do STJ, neste sentido.[32]

A decisão do STJ não tem efeito vinculante.

De acordo com o artigo 927, do CPC, os juízes e tribunais deverão observar, entre outros, os enunciados de súmulas vinculantes, os acórdãos de resoluções de demandas repetitivas e os enunciados das súmulas do STJ em matéria infraconstitucional.

Primeiramente, não se trata de súmula, ou seja, decisões que se converteram em súmula por decisão do próprio STJ.

Em segundo lugar, não se trata de decisão com repercussão geral, na forma dos artigos 1.029 e seguintes do CPC.

Também não se trata de incidente de resolução de demandas repetitivas, já que não estão presentes os requisitos legais, que de acordo com Fredie Dider[33] são: o caráter não preventivo; a restrição do seu objeto à questão unicamente de direito, não sendo cabível para questões de fato; e necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

E finalmente, como sustentam corretamente Marília Pedroso Xavier e William Soares Pugliese,[34] a decisão do STJ mencionada não analisou a questão sobre todos os prismas, tratando da questão meramente processual, sem destacar as questões de direito material relevantes, como potestatividade do direito e seu enquadramento como direito fundamental.

Mesmo que houvesse uma insanável irreversibilidade da decisão, esta, por si, não justificaria o indeferimento ou a impossibilidade de decretação do divórcio liminar. Em determinadas situações, como é o caso do divórcio liminar, é exigência meramente formal, pois materialmente não pode a outra parte, como já visto, se contrapor ao divórcio.

Poder-se-ia argumentar que existem questões que podem ser suscitadas para contestar o pedido de divórcio, por exemplo, e nos parece não existir outras, a inexistência de casamento, o que tornaria o pedido de divórcio inepto por falta

---

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.844-545-GO*, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, 27/03/2020.
[33] DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 626.
[34] XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE William Soares. *Divórcio liminar* – Técnica processual adequada para sua decretação. Indaiatuba-SP: Foco, 2022, p. 15.

de interesse de agir, ou quando o outro cônjuge pede paralelamente ou a título de reconvenção a nulidade do casamento, já que, neste caso, o outro cônjuge, havendo motivos para a anulação do casamento, que da mesma forma lhe é garantido como direito fundamental, pelos mesmos fundamentos do divórcio, não lhe pode ser imposta a decretação do divórcio.

No que concerne à primeira situação, inexistindo casamento, mesmo havendo decretação do divórcio liminar, a decisão não teria efeito nenhum, pois não haveria averbação já que não haveria registro do casamento.

Com respeito ao pedido paralelo de anulação de casamento, caso tenha havido a concessão da liminar do divórcio e este já ter sido averbado nos registros de casamento e nascimento, havendo a procedência da ação de anulação, por óbvio tornará prejudicado o decreto do divórcio, já que anulado o casamento, não restaria interesse de agir para o divórcio.

Neste caso, o juiz determinaria a expedição de mandado aos cartórios de registro civil de casamento e nascimento, para que se tornasse sem efeito a averbação do divórcio e averbasse a anulação do casamento.

É preciso desmistificar a ideia de que decretado o divórcio liminarmente e sendo averbado no registro de casamento, há uma irreversibilidade absoluta.

E caso após o decreto do divórcio e sua averbação, a parte contraiu outro casamento? Também não parece haver problema intransponível, pois o casamento realizado continuará válido, apenas devendo ser retificado o estado civil do cônjuge de divorciado para solteiro, em função da anulação do casamento.

Portanto, em nenhuma hipótese pode ser indeferida a tutela de urgência para concessão do divórcio liminarmente, já que nada há que justifique seu indeferimento.

A outra possibilidade de concessão do divórcio liminarmente é com fundamento na tutela de evidência, prevista no artigo 311, do CPC, que possibilita a concessão de liminar antecipatória de mérito, mesmo sem perigo de dano em função da demora, quando ficar demonstrado o abuso de direito de defesa ou interesse do réu em protelar o feito, ou a questão de fato estiver devidamente comprovada e se enquadrar em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

No caso do divórcio liminar, que tem sido de forma majoritária com fundamento na tutela de evidência, o fundamento está no inciso IV, do artigo 311, que permite seu deferimento liminar quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente para comprovar o direito do autor, a que o réu não possa opor dúvida razoável capaz de gerar dúvida razoável.

A questão da necessidade de oitiva da parte contrária está diretamente ligada com a possibilidade de oposição razoável, que se enquadra na perspectiva geral da irreversibilidade, que já comentamos acima, não sendo motivo absoluto para o indeferimento do divórcio liminar.

Finalmente o divórcio pode ser concedido por meio do julgamento parcial de mérito, previsto no artigo 356, do CPC, que prevê tal possibilidade quando o pedido se mostrar incontroverso ou quando não houver a necessidade de produção de provas, o que se aplica perfeitamente ao divórcio liminar, como ressalta Flávio Tartuce.[35]

4 O MOMENTO DO PEDIDO DE ALIMENTOS CONJUGAIS E O DIVÓRCIO LIMINAR

Um dos motivos pelos quais resolvemos tratar desse tema nesse pequeno ensaio e no Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões do IBDFAM, foi a preocupação de que dois institutos importantes para o Direito de Família, que são os alimentos conjugais e a possibilidade da concessão liminar do divórcio, possam um interferir indevidamente no outro, causando prejuízo para um ou outro.

Provavelmente tal confusão tenha se dado em função do entendimento que se tornou majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o vínculo que permite o pedido de alimentos entre os cônjuges é o vínculo de casamento, sem o qual supostamente não haveria vínculo que pudesse ensejar tal pedido.

A ideia de que existindo o vínculo de casamento, mesmo com a separação de fato, prevista no CC de 1916, que foi mantida na Lei do Divórcio, no seus artigo 5º, §§ 1º e 2º, combinado com os artigos 24 e 26, que preveem que só o divórcio põe termo ao casamento, só cessando os efeitos de assistência após a separação judicial e mesmo neste caso, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuaria com o dever de assistência ao outro.

Tínhamos, então, dois extremos, ou havia o divórcio ou mesmo havendo separação de fato, permaneceriam os efeitos do casamento, até a decretação do divórcio.

---

[35] Cf. TARTUCE, Flávio. Julgamentos parciais de mérito em ações de família. Visão jurisprudencial após seis anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. *Coluna Migalhas – Família e Sucessões*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/362698/julgamentos-parciais-de-merito-em-acoes-de-familia. Acesso em: 10 out 2023. "A sua incidência, como defendido, dar-se-ia sobretudo em ações de divórcio e de dissolução de união estável, podendo o julgador decretar o fim do vínculo familiar havido entre as partes e seguir na demanda com o debate e a análise de outros temas, como alimentos, guarda de filhos, uso do nome, partilha de bens e pedido de reparação de danos, inclusive morais. Conforme está previsto nesse comando instrumental, o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: a) mostrar-se incontroverso; e b) estiver em condições de imediato julgamento, por não haver a necessidade de produção de provas ou por ter ocorrido à revelia. Ademais, o seu § 1º prevê que a decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida – certa quanto à existência e determinada quanto ao valor –, ou mesmo ilíquida – que não preenche tais requisitos; o que pode ser aplicado a dívidas alimentares, por exemplo".

Tal possibilidade gerou diversas injustiças, quando, após muitos anos de separação de fato, um dos cônjuges ajuizava a ação do divórcio, o outro podia reivindicar a meação dos bens adquiridos pelo outro, mesmo após a separação de fato.

A questão da suspensão dos efeitos do casamento após a separação de fato foi pacificada na doutrina.[36]

Com esse entendimento, hoje, o marco temporal que possibilita a fixação dos alimentos conjugais é o da separação de fato e não do divórcio, até porque a separação de fato põe termo à vida conjugal e, consequentemente, aos deveres conjugais, e sendo o casamento um contrato, uma das partes não pode exigir apenas a parte que lhe beneficia, não tendo cumprido com as obrigações a ele inerentes, como a vida em comum, assistência mútua, fidelidade, entre outros.

Se por um lado, ao postular alimentos algum tempo depois da separação de fato, quer em função de uma ação de divórcio, quer em função de uma ação específica de alimentos, carece do vínculo que fundamenta a obrigação de prestar alimentos, que é o liame da conjugalidade, já que tal vínculo deve ser analisado no tempo em que se postula os alimentos, pois algum tempo depois já não existe vida conjugal, independentemente de ter havido ou não o divórcio.

Embora a renúncia, em qualquer situação de direito, tenha que ser expressa, no caso dos alimentos entre os cônjuges pode haver renúncia, como sustenta Berenice Dias,[37] e o decurso do tempo sem o pedido dos alimentos pode ser encarado como desistência tácita.

O mesmo se aplica, apesar de inapropriado e inconstitucional enunciado do artigo 1.830 do CC, aos efeitos sucessórios, que não trataremos aqui.

A questão a ser analisada, que pode gerar certa complexidade, é como mensurar o "algum tempo depois", para efeito de se concluir pela ausência de vínculo que fundamenta o não cabimento dos alimentos conjugais. Seria um ano? Dois anos? Três anos?

Temos que a atualidade da situação de conjugalidade que permite a fixação de alimentos pode variar de acordo com o caso concreto, será, em regra, até alguns meses após a separação de fato, ou seja, tempo suficiente para o cônjuge que não tem condições de sobreviver sem a contribuição do outro, possa adotar as medidas necessárias para ajuizar uma ação de alimentos, por intermédio de advogado particular ou da Defensoria Pública.

---

[36] Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 5, p. 160. "Assim, a separação de fato marca o fim do casamento, ainda que não o dissolva, e gera dois efeitos jurídicos no Direito brasileiro: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens. Nesse sentido, o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família aprovou o Enunciado n. 2, com o seguinte teor: 'A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre os cônjuges e entre os companheiros'."

[37] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 559.

Tal premissa parte do princípio de que se um dos cônjuges, com a separação de fato, não consegue manter-se sem a ajuda do outro, não tem como esperar que o outro ajuíze uma ação de divórcio para que o outro possibilite sua mantença. A demora em requerer os alimentos dará ensejo ao argumento de que se se manteve durante muito tempo sem o recebimento de alimentos é porque não precisa necessariamente deles para sua manutenção.

Três argumentos são comuns para tentar desconstituir o fundamento de que o tempo cria óbice para fixação de alimentos entre cônjuges. O primeiro é que quando do momento da separação de fato não estava precisando, mas a situação no momento do divórcio modificou e agora precisa dos alimentos; o segundo é que não pediu alimentos, pois estava aguardando o momento do divórcio e durante esse sobrevivia com a ajuda de filhos ou de outros parentes; e o terceiro é que não pediu alimentos, formalmente, antes, mas o outro cônjuge sempre ajudou na sua mantença após a separação de fato.

Com respeito à modificação da situação de fato entre a separação de fato e o divórcio, não é fundamento para pedido de alimentos, pois, como visto, o vínculo de conjugalidade cessou e com sua cessão o liame que obrigaria o pagamento de alimentos não mais existe, não sendo permitido mais no nosso sistema o vínculo *ad eternum* de ex-cônjuge, para efeito de pedido de alimentos. Já cessada a vida conjugal, quer seja pela separação de fato por algum tempo, quer seja pelo divórcio, não há vínculo que imponha a fixação de alimentos.

Caso um dos cônjuges venha, em função da modificação da sua situação pessoal, precisar de ajuda para se manter, não será o ex-cônjuge o obrigado, e sim outros parentes, como os filhos, pais ou irmãos.

No que diz respeito a ter vivido com a ajuda de outros parentes, o cônjuge criou a sua própria situação de fato que não mais permite pedir alimentos ao outro. Descaracterizou-se a atualidade da situação de fato que impõe a obrigação alimentar.

Em relação a vir sendo ajudado pelo outro cônjuge após a separação de fato, essa é uma fundamentação para a necessidade e atualidade. Mesmo após a separação de fato, o outro cônjuge manteve o seu dever de assistência material, reconhecendo a necessidade de alimentos, não podendo se eximir depois de algum tempo, quando da ação de divórcio. Cabe, ao nosso ver, fixação de alimentos nessa hipótese.

No que diz respeito ao divórcio liminar. Existem decisões entendendo que sendo decretado o divórcio, mesmo liminarmente, encerra-se o vínculo que autoriza o pedido de alimentos que não poderá mais ser atendido. Nesse sentido, vem sendo prolatadas decisões pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.[38]

[38] "Diferentemente da separação, o divórcio extingue o contrato de casamento e todos os seus efeitos. Extinto o vínculo jurídico contratual, o casal passa ao estado civil de divorciado, não havendo mais liame jurídico que os vincule reciprocamente: são ex-cônjuges. Então, a única hipótese de manutenção dos alimentos entre estes ex-cônjuges dar-se-ia se um deles, espontanea-

Parece-nos que "nem tanto ao mar nem tanto à terra".

Se não há vínculo de vida conjugal após algum tempo da separação de fato, como visto, não se rompe o liame da conjugalidade, para efeito do pedido de alimentos, imediatamente na decisão que decreta o divórcio, inclusive em caráter liminar.

O divórcio pode ser pedido, pouco tempo depois ou até no mesmo dia da separação de fato, ou ainda, embora seja raro, com o casal vivendo sobre o mesmo teto. Sendo decretado liminarmente o divórcio, a outra parte pode postular alimentos em reconvenção ou até por meio de outra ação própria de alimentos, não podendo ser utilizado o divórcio liminar, em regra, como fundamento de inexistência de vínculo que possibilite a concessão de alimentos conjugais.

Nesse caso, para se garantir um direito fundamental (ao divórcio) estar-se-ia impossibilitando a concretização de outro direito fundamental (a sobrevivência), sendo este, na perspectiva da ponderação, a merecer maior efetividade.

Levando para a união estável, é concluir que nenhum companheiro poderia pedir alimentos ao outro, pois como a união estável, no Direito brasileiro, se constitui de fato e de fato se desconstitui, no exato instante da separação de fato dissolveu-se a união estável e esse vínculo não poderia ser mais utilizado para pedir alimentos, o que nos parece insustentável.

Entender que o divórcio liminar impede o pedido de alimentos, é criar mais um obstáculo para a utilização desse importante instrumento para garantia de direito fundamental, pois além dos argumentos contrários do STJ, da sustentação da irreversibilidade como forma de impedi-lo, os juízes ficarão ainda mais preocupados em conceder divórcio liminarmente, em função dos riscos de impossibilitar à outra parte o pedido de alimentos que pode ser essencial para sua sobrevivência.

Não entendemos que assim o seja.

Concedido o divórcio liminarmente, para o qual não há nenhuma possibilidade de contestação, devendo sê-lo como garantia de direito fundamental, como acima visto, a outra parte não fica impossibilitada de pedir alimentos que necessitar para sua manutenção, desde que preenchidos os requisitos para tanto, entre os quais, além da possibilidade e da necessidade naquele momento, que a vida conjugal não tenha se encerrado a tempo suficiente que descaracterize a atualidade do vínculo que impõe a obrigação alimentar.

---

mente, concordasse com o pensionamento do outro. Hipótese que não é a versada na presente demanda. Não defendo que não deva haver pensionamento à pessoa necessitada. Ao contrário, sustento que a pensão ao divorciado é um problema de responsabilidade assistencial do Estado, que mantém vínculo jurídico com seus cidadãos, e não do ex-cônjuge ou ex-companheiro, em igualdade constitucional do art. 226, CF/88." (Desembargadora Alice Birchal – TJMG)

Finalmente, ressaltamos que os alimentos a que nos referimos nos parágrafos anteriores são os alimentos propriamente ditos, não a pensão reparatória ou compensatória a que nos referimos acima, já que, para esses casos, os requisitos são outros e independem do tempo de separação de fato e até do divórcio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os alimentos entre os cônjuges tenham caráter excepcional e quando fixados, devem sê-los, a princípio, por tempo determinado, até que o cônjuge credor possa encontrar uma forma de subsistir com o fruto do seu próprio trabalho, ainda continuam sendo instrumento importante para garantir a subsistência do cônjuge, que após a ruptura da vida conjugal não pode manter-se, o que concretiza o direito fundamental à subsistência, por meio do dever de assistência mútua que efetiva a solidariedade familiar e, assim, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o vínculo que fundamenta o pedido de alimentos conjugais é a existência da vida em conjugalidade ou seu encerramento em pouco tempo, o que pode se dar por meio da separação de fato, independentemente do divórcio.

Contudo, não se pode entender que com a decretação do divórcio, mesmo em caráter liminar, estando as partes separadas há pouco tempo, o divórcio liminar impediria a concessão dos alimentos, o que nos parece não acontecer.

O divórcio liminar é instituto importante após a EC n. 66/2010, concretizando direito fundamental, que não pode ser considerado, ao ser concedido, como empecilho para que um dos cônjuges não possa requerer alimentos, mesmo estando presentes os demais requisitos.

Um instituto não pode inviabilizar o outro, pois ambos se demonstram indispensáveis para garantia de direitos fundamentais relevantes, cada qual dentro dos pressupostos e requisitos que lhes são inerentes, entre os quais não se aplica a imediatidade da cessação do direito a alimentos com o decreto do divórcio liminarmente.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1247098/MS*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª T, J. 14 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.844-545-GO, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, 27/03/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. *0041434-50.2020.8.16.0000* - 12ª C. Cível. Rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, Curitiba, J. 24 set. 2020.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito de família* – Introdução e direito matrimonial. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. I.

DANTAS, Ana Florinda. Alimentos com efeitos reparatórios. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010.

DELGADO, Abel. *O divórcio*. Lisboa: Petrony, 1994.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* – Famílias. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

FEDERICO, Bianca. *Compendio di Direitto di Famiglia*. Napoli: Simone, 2010.

GALLUZO, Sabina Anna Rita. *Famiglia e minori*. Milano: Gruppo 24 ore, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família.* 14. ed. Rio de janeiro: Forense, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Pensão compensatória* – Efeito econômico da ruptura convivencial. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29 nov. 2022.

LIRA, Wlademir Paes de. A manutenção da regra de inclusão dos alimentos entre os cônjuges – Tradição ou retrocesso. *Revista A Voz do Magistrado*, Maceió, v. 6, 2002.

LIRA, Wlademir Paes de. Pensão de equidade e pensão reparatória: outro olhar para os denominados alimentos compensatórios e uma análise comparativa entre o Brasil e alguns sistemas jurídicos. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas*, Maceió: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, v. 5, p. 231-272, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil* – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 5.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios.* Disponível em: www.rolfmadaleno.com.br. Acesso em: 29 nov. 2022.

NETO, Abílio. *Código Civil anotado.* 17. ed. Lisboa: Ediforum, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio* – Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão* – Direito de família – BGB – *FAMILIENRECHT.* Trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Os riscos da supressão do instituto da separação. *Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/regina-tavares-riscos-supressao-instituto-separacao. Acesso em: 29 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. Julgamentos parciais de mérito em ações de família. Visão jurisprudencial após seis anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. *Coluna Migalhas – Família e Sucessões*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/362698/julgamentos-parciais-de-merito-em-acoes-de-familia. Acesso em: 10 out 2023.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLE, Rodrigo Dalla. *Divórcio e alimentos compensatórios.* Disponível em: http://www.jornaldebeltrao.com.br/artigos/o-que-sao-os-alimentos-compensatorios-na-partilha-de-bens-64749/. Acesso em: 29 nov. 2022.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. I.

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

XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE William Soares. *Divórcio liminar* – Técnica processual adequada para sua decretação. Indaiatuba-SP: Foco, 2022.

JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Eliene Ferreira Bastos

Advogada. Mestra e Doutora pela PUC/SP. Conselheira do IBDFAM Centro-Oeste.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ? 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, como política judiciária, como uma importante iniciativa para o enfrentamento das desigualdades históricas, políticas, culturais e institucionais que as mulheres experimentam em nosso País, e significativa contribuição para a transformação dessas realidades.

A igualdade formal esculpida pela Constituição Federal de homens e mulheres e os compromissos internacionais do Estado brasileiro na promoção e na proteção dos direitos humanos devem ser cotidianamente promovidos na sua concretude por toda a sociedade que se pretende democrática, livre, justa e solidária. O Poder Judiciário é apenas uma parte integrante dessa conjuntura de compromisso com o enfrentamento e a transformação das desigualdades estruturais que devem ser adotadas também e conjuntamente com a advocacia e o Ministério Público para a atuação prospectiva de conscientização e de adoção de práticas que deixem de reproduzir estereótipos de gênero, que invisibilizam diferenças econômicas, culturais e sociais nas relações jurídicas processuais e que impedem a almejada igualdade substancial.

A estrutura normativa inaugurada pela Constituição Federal modificou o formato hierárquico das famílias para ceder lugar a sua democratização, permitindo relações muito mais de igualdade e respeito mútuo,[1] em que pese a

[1] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 41.

realidade ainda revelar práticas nocivas que ainda desafiam a igualdade substancial de mulheres nas relações privadas e no espaço doméstico.

A capacitação, o letramento da magistratura sobre as realidades diversas e distintas que vivenciam, especialmente de mulheres, são medidas imprescindíveis para possibilitar a entrega da prestação jurisdicional sob a perspectiva da igualdade de gênero.

Para avançar na igualdade de gênero por meio de políticas públicas judiciárias de conscientização e de capacitação obrigatória dos membros do Poder Judiciário, o Protocolo do CNJ apresenta, na parte destinada ao Direito Civil, exemplificativamente sobre as matérias específicas do Direito das Famílias e das Sucessões, diretrizes sob as lentes de gênero que devem ser invocadas conjuntamente com outras áreas que deixaram de ser abordadas, mas que igualmente estão atreladas à realidade de discriminações e desigualdades existentes nos contextos familiares e sucessórios como as relacionadas aos direitos da personalidade, dos atos negociais e patrimoniais.

O desvendar das desigualdades de homens e mulheres, nas relações interpessoais dentro dos contextos familiares, significa associar-se ao compromisso de reconhecer que são retroalimentadas pela realidade social, neste sentido, a perspectiva de gênero escancara a falta de materialidade dos direitos fundamentais das mulheres.

Sobre as assimetrias de gênero na sociedade e nas famílias Flávia Biroli assevera: "A análise das relações entre família, justiça e democracia impõe, assim, a confrontação de relações de gênero assimétricas, das quais se extrai boa parte do entendimento que temos sobre as diferenças entre os papéis de mulheres e homens na sociedade".[2]

O Protocolo do CNJ consolida orientações para o Poder Judiciário, no sentido de contribuir com a análise de casos concretos que permitam o avanço da efetivação da igualdade substancial de homens e mulheres, na identificação de discriminações historicamente reproduzidas e no conhecimento das perspectivas que podem ser adotadas para transformar as realidades de desigualdades que mulheres são submetidas, em especial dentro dos contextos familiares.

---

[2] BIROLI, Flávia. *Autonomia e desigualdades de gênero*: contribuições do feminismo para a crítica democrática. Vinhedo: Horizonte, 2013, p. 136.

2 O QUE É O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CNJ?

O "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021" é um documento publicado pelo CNJ com diretrizes para a magistratura no sentido de viabilizar o exercício jurisdicional sob as lentes de gênero comprometidas com o avanço da efetivação dos direitos e das políticas judiciárias de igualdade e de equidade. Ou seja, é um marco teórico que oferece conceitos relevantes para o julgamento com perspectiva de gênero, um guia metodológico para o julgamento atento para as desigualdades políticas, culturais e institucionais, com o objetivo de alcançar a igualdade substantiva. Ele oferece mecanismos para a reflexão da igualdade entre gêneros para o julgamento com perspectiva de gênero, com o reconhecimento das várias etapas que envolve as naturais complexidades na atividade jurisdicional, como a chamada aproximação dos sujeitos processuais, a identificação dos fatos que se sobressaem para a resolução da controvérsia e a aplicação das normas do Direito. No processo decisório, a utilização dos métodos interpretativos deve se somar ao julgamento com perspectiva de gênero para afastar daqueles eminentemente abstratos que podem perpetuar desigualdades.

"Esse método é muito simples: interpretar o direito de maneira não abstrata, atenta à realidade, buscando identificar e desmantelar desigualdades estruturais."[3]

Na identificação das normas e dos princípios aplicáveis devem ser examinadas a legislação nacional, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Neste sentido, é imprescindível proceder ao controle de convencionalidade. O enfoque da interseccionalidade de raça, orientação sexual, idade, identidade de gênero, etnia, entre outros, deve nortear o julgador assim como as decisões judiciais proferidas pelas cortes nacionais ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que envolvam mulheres.[4]

A análise dos fatos, das normas e dos princípios aplicáveis à interpretação do direito sob a perspectiva de gênero, aponta para a observância imprescindível da igualdade substantiva e antissubordinatória que implica no reconhecimento das desigualdades estruturais que emergem de assimetrias históricas de poder. Por isso, a interpretação deve prezar pelos valores jurídicos concretos e romper com as perspectivas repetidas por aqueles que detêm o poder e são alheios ao contexto de pessoas que vivenciam a subordinação.[5]

---

[3] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 43. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[4] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 50. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[5] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 51. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

O Protocolo contém um importante roteiro com disposições exemplificativas das questões e das problemáticas que envolvem as desigualdades estruturais com demonstrações da transversalidade no impacto do gênero nas variadas controvérsias e nos diversos ramos do Direito brasileiro.[6]

O Grupo de Trabalho do CNJ, instituído pela Portaria n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, elaborou o Protocolo como iniciativa para contribuir com a implementação das políticas previstas nas Resoluções n. 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, inspirado diretamente na iniciativa adotada pelo México, que editou o "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género", após ordem da Corte Interamericana de Direitos Humanos como medida de reparação.[7]

Configura-se em mecanismo concreto de orientação para identificar as desigualdades estruturais, a realidade social e a hermenêutica civil constitucional sob o enfoque do devido processo legal substancial, para que a entrega da prestação jurisdicional garanta o direito à igualdade e à não discriminação, além de permitir o rompimento de práticas nocivas estruturais que reproduzem estereótipos existentes na sociedade, que contribuem para injustiças e violações de direitos fundamentais das mulheres.[8]

O CNJ, em 15 de fevereiro de 2022, publicou a Recomendação n. 128 com a sugestão de utilização do Protocolo pelos órgãos do Poder Judiciário no sentido de colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções n. 254 e 255, concernentes, respectivamente, ao "Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário" e ao "Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário".

No dia 17 de março de 2023, o CNJ editou a Resolução n. 492, que estabelece a obrigatoriedade de capacitação dos magistrados e magistradas, de forma inicial e continuada, sobre direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional. Nesta mesma Resolução, foi criado o "Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário" e o "Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário".

As diretrizes adotadas no Protocolo do CNJ estão alinhadas com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), que instituiu 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, entre os quais destacam-se os previstos

---

[6] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 14. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[7] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ passam a ser obrigatórias no Judiciário*. 15 mar. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/diretrizes-do-protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-do-cnj-passam-a-ser-obrigatorias-no-judiciario/. Acesso em: 30 set. 2023.

[8] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 95. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

nos ODS 5,[9] sobre o alcance da igualdade de gênero e do empoderamento de todas as mulheres e meninas; os ODS 10,[10] sobre a redução das desigualdades; e os ODS 16,[11] que dispõe sobre as promoções de paz e de inclusão com a garantia do acesso à justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

---

[9] Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.
5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte.
5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos.
5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas.
5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais.
5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública.
5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão.
5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais.
5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres.
5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis.

[10] Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles.
10.1 Até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional.
10.2 Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra.
10.3 Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito.
10.4 Adotar políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade.
10.5 Melhorar a regulamentação e monitoramento dos mercados e instituições financeiras globais e fortalecer a implementação de tais regulamentações.
10.6 Assegurar uma representação e voz mais forte dos países em desenvolvimento em tomadas de decisão nas instituições econômicas e financeiras internacionais globais, a fim de produzir instituições mais eficazes, críveis, responsáveis e legítimas.
10.7 Facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável das pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas.
10.a Implementar o princípio do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, em particular os países menos desenvolvidos, em conformidade com os acordos da OMC
10.b Incentivar a assistência oficial ao desenvolvimento e fluxos financeiros, incluindo o investimento externo direto, para os Estados onde a necessidade é maior, em particular os países menos desenvolvidos, os países africanos, os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus planos e programas nacionais.
10.c Até 2030, reduzir para menos de 3% os custos de transação de remessas dos migrantes e eliminar os corredores de remessas com custos superiores a 5%.

[11] Objetivo 16. 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.
16.1 Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares.
16.2 Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças.
16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.
16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado.
16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.
16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.
16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.
16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global.
16.9 Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento.
16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.
16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.
16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

A atividade jurisdicional, com perspectiva de gênero preserva a imparcialidade sem descuidar dos problemas que advêm da chamada neutralidade, que pode propiciar a repetição da sistemática hierárquica de poder, baseada no gênero que ainda se fundamenta a organização social brasileira,[12] o que justifica a obrigatoriedade da capacitação da magistratura para vencer essas barreiras estruturantes para a entrega da prestação jurisdicional sob o enfoque do devido processo legal substancial.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, em seu art. 20 e parágrafo único, prevê que as decisões não podem se fundamentar em valores jurídicos abstratos, deve necessariamente se ater às suas consequências práticas e que a motivação demonstrará sua necessidade e a adequação que se coaduna com o Protocolo de Julgamento sob a Perspectiva de Gênero, conforme prevê os artigos 4º e 5º do mesmo diploma.

A norma veda o julgamento abstrato para impedir que as desigualdades se operem nos casos concretos e que sejam reproduzidas assimetrias estruturais de estereótipos discriminatórios de gênero.

A elaboração do Protocolo traduz o compromisso prospectivo das leis internas e dos tratados e convenções internacionais os quais o Brasil é signatário. Para a verificação e avaliação da compatibilidade ou não dos atos normativos internos com as normas, princípios e decisões no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o controle de convencionalidade deve ser invocado.[13]

"Quando se lê a cláusula de igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, entre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica afasta qualquer tipo de discriminação, seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."[14]

---

[12] [...] "É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir." (AgRg na MPUMP nº 6/DF, *DJe* 20/05/2022, Relatoria Ministra Nancy Andrighi).

[13] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 58. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[14] ADI n. 4.275. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200. Acesso em: 3 out. 2023, p. 58.

Para assegurar os direitos da pessoa humana, diante da inércia do legislador a respeito de alguns assuntos relacionados ao Direito das Famílias é preciso que seja difundida a prática do controle de convencionalidade.[15]

Soma-se ao processo hermenêutico a teria constitucional feminista segundo sustenta Luiz Edson Fachin, de compreensão e interpretação do Direito e da Constituição Federal nas seguintes etapas:

> [...] identificar e desafiar os elementos da dogmática jurídica que discriminam por gênero; raciocinar a partir de um referencial teórico segundo o qual as normas jurídicas e constitucionais são respostas pragmáticas para dilemas concretos das mulheres reais; e identificar e denunciar as tecnologias de gênero que mantêm as mulheres encarceradas nos paradigmas patriarcais.[16]

Ainda que seja um campo limitado de consenso, "o gênero é a construção social do masculino e do feminino".[17] Para a compreensão da abordagem pelo Protocolo, a definição da palavra gênero, como um conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos, é muito significativa pelo que difere da biologia, pois gênero se refere à cultura, engloba construções sociais. O conceito de gênero refere-se às funções sociais impostas para homens e mulheres, que também são afetados por marcadores sociais, os quais reproduzem diferenças existentes nas hierarquias sociais. Gênero, portanto, "deve ser compreendido como uma ferramenta analítica que pretende enxergar e aplicar o conjunto de formulações sociais, propriedades e características atribuídas a determinadas pessoas em razão do sexo".[18]

"A categoria gênero vem justamente mostrar que as desigualdades podem ser desnaturalizadas e desconstruídas. Empregar a categoria gênero na análise da realidade aprofunda o conhecimento e passa-se a rejeitar o determinismo biológico. Não são os aspectos biológicos e sexuais que criam as desigualdades sociais, econômicas e políticas. As desigualdades são fruto da arbitrariedade e das injustiças sociais, o que cria condições de inferioridade para alguns segmentos e classes sociais. Enquanto as diferenças são biológicas e devem ser respeitadas, as desigualdades devem ser erradicadas."[19]

---

[15] SEREJO, Lourival. Controle de convencionalidade e o direito de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 401.

[16] FACHIN. Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. O Supremo Tribunal Federal em Rosa. *In:* ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; SILVA, Christine Oliveira Peter da; SILVA, Cristina Maria Gama Neves da *et al*. (org.). *Ela pede vista*: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber. Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 496.

[17] SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 47.

[18] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 17. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[19] TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios.* São Paulo: Alameda, 2017, p. 282.

As desigualdades estruturais se projetam nas diferentes características que são atribuídas a homens e mulheres que possuem definições e pesos valorativos distintos. Culturalmente, são atribuídos ao "feminino" afinidades, na esfera privada, como habilidades para o cuidado, passividade, emoção em detrimento da razão, enquanto ao "masculino" são referendadas habilidades para as atribuições na esfera pública, agressividade e racionalidade. Essas associações advêm da relação de poder entre os gêneros, das hierarquias estruturais.[20]

"Partimos do pressuposto de que o Direito moderno, enquanto aparato institucional que se propõe a regular a vida em sociedade e centralizado na autoridade na figura estatal, não pode ser considerado neutro. Nota-se que diante das estruturas sociais complexas e hierarquizadas, relevante torna-se a problematização do campo jurídico, tendo em vista a desigualdade real das relações. Por esse motivo, compreendemos o Direito também como potencial prática discursiva que pode contribuir para legitimar o poder de um grupo dominante."[21]

A realidade social espelha a realidade doméstica e vice-versa, ambas se influenciam a justificar as desigualdades históricas e estruturais das mulheres.

"A assimetria de poder se manifesta de diversas formas. Ela se concretiza, por exemplo, em relações interpessoais – a violência doméstica é uma forma de concretização dessa assimetria, bem como a violência sexual. Entretanto, por trás e para além de relações interpessoais desiguais, existe uma estrutura social hierárquica, que é o que molda, entre outros, as relações interpessoais, os desenhos institucionais e o direito."[22]

A Constituição Federal foi o grande marco de reconhecimento da igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Esse reconhecimento foi fruto de muitos movimentos e reivindicações históricas das mulheres brasileiras que antecederam a formação da Assembleia Nacional Constituinte. Os acenos internacionais também contribuíram para a consolidação e efetivação dos direitos das mulheres, neste cenário vale lembrar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1966, a I Conferência Mundial sobre a mulher no ano de 1975 e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) em 1979. No ano de 1985, a mobilização social ensejou a criação pelo Ministério da Justiça do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que institucionalizou de forma inédita a pauta de reivindicações dos

---

[20] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 21. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

[21] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 64.

[22] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 21. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

movimentos feministas.[23] Para o Direito das Famílias convencionou-se a associar as conquistas retratadas na Constituição Federal como emancipatórias para as mulheres no ambiente doméstico, que teria deixado de obedecer a uma estrutura hierarquizada histórica para ceder lugar para relações democráticas, afetivas e despatrimonializadas, entretanto, a realidade das mulheres nas relações familiares ainda é de desvalorização do trabalho doméstico e de cuidado.

Ainda que as conquistas das mulheres sejam retratadas no contexto dos direitos formais, a luta democrática impõe que sejam reiteradas para que os direitos sejam efetivados.

"No entanto, embora exista essa realidade jurídica de afirmação formal da igualdade, ressalta-se que a mera previsão de normas é insuficiente, considerando os valores preconceituosos e discriminatórios daqueles que as efetivam."[24]

Desde sua criação, o CNJ é alvo de questionamentos quanto a sua atuação e a competência, o que também ocorre em certa medida com a resistência da aplicação do Protocolo que contém diretrizes para o julgamento sob a perspectiva da garantia constitucional da igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, mas também de previsões do funcionamento do Poder Judiciário, especialmente sobre as políticas de igualdade de acesso paritário para os tribunais de segunda instância do País. Neste sentido, a iniciativa do CNJ, constituída pelo Ato Normativo n. 0005605-48.2023.2.00.0000, de Relatoria da Conselheira Salise Sanchotene, aprovado, por unanimidade, no dia 26 de setembro de 2023, constitui-se como importante ação afirmativa de gênero, com a previsão de criação de política de alternância no preenchimento de vagas para os tribunais de segunda instância do País. A Resolução n. 106/2010, que trata dos critérios objetivos para a promoção, conforme compromisso delineado na Resolução n. 255 de 2018, que instituiu a política nacional de incentivo à participação feminina no Poder Judiciário, com o objetivo de promover ações, programas e diretrizes voltadas à redução da desigualdade de gênero na Justiça brasileira. As mulheres representam, aproximadamente, 51% da população brasileira, e na magistratura a participação é de apenas 38%, sendo 40% no primeiro grau e apenas 21% no segundo grau de jurisdição.[25] A política afirmativa de alternância de gênero para o preenchimento das vagas para o segundo grau, instituída pelo referido Ato Normativo, prevê sua validade até que seja atingida a paridade nos tribunais. Os desafios, as resistências e dificuldades para a implementação e aplicação de iniciativas de reparação das desigualdades históricas

---

[23] JUNQUEIRA, Michelle Asato; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. Para além do lobby do batom: a bancada feminina na constituinte de 1988 na luta pelos direitos das crianças, adolescentes e idosos. *In:* MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MACIEL, Renata Mota (coord.). *A Constituição por elas*: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021, p. 46.

[24] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 67.

[25] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas*. 26 set. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/. Acesso em: 30 set. 2023.

podem ser bem ilustrados pela aprovação, no dia 13 de setembro de 2023, de Nota Técnica do Órgão Especial do TJ/SP, contra a referida resolução.

Após algumas manifestações pela manutenção do critério do sistema promoção, o Desembargador Décio de Moura Natarangeli, acrescentou "[...] as mulheres de São Paulo, as juízas do Tribunal de Justiça de São Paulo não merecem um tratamento discriminatório e preconceituoso contrário ao artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que veda qualquer tipo de preconceito racial, esse tratamento chega a ser ofensivo e discriminatório é uma discriminação ao contrário, em vez de proteger, trata a mulher e a juíza como se fossem hipossuficientes, como se não merecessem um tratamento digno que é conferido aos juízes [...]".[26]

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A iniciativa do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero admite as desigualdades históricas, sociais, culturais sob a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia transversais a todas as áreas do Direito com efeitos na sua interpretação e aplicação[27] e avança no sentido de oferecer políticas judiciárias para identificar a necessidade de uma cultura emancipatória e de reconhecimento dos direitos das mulheres pelo processo hermenêutico.

O Protocolo, pelo Poder Judiciário, oficializa o direcionamento interno para a magistratura com a finalidade de capacitar e de dirimir as desigualdades com a entrega da prestação jurisdicional, compromissada com o devido processo legal substancial, com engajamento, mobilização e adesão da advocacia e do Ministério Público na transformação conjunta dessas realidades.

Os esforços empreendidos para a solução da problemática deve servir de vetor para a advocacia e o Ministério Público, como partícipes da transformação das realidades de desigualdades, que devem se espelhar para reproduzirem a disposição materializada pelo Protocolo para romper com as discriminações e preconceitos historicamente perpetrados contra as mulheres.

---

[26] Sessão de julgamento realizada em 13/9/23. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=tBeahUG8fZc. Acesso em: 3 out. 2023.

[27] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 8. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

4 REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. *Autonomia e desigualdades de gênero*: contribuições do feminismo para a crítica democrática. Vinhedo: Horizonte, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ passam a ser obrigatórias no Judiciário*. 15 mar. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/diretrizes-do-protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-do-cnj-passam-a-ser-obrigatorias-no-judiciario/. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas*. 26 set. 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/. Acesso em: 30 set. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

FACHIN. Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. O Supremo Tribunal Federal em Rosa. *In:* ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; SILVA, Christine Oliveira Peter da; SILVA, Cristina Maria Gama Neves da *et al*. (org.). *Ela pede vista*: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber. Londrina, PR: Thoth, 2023.

JUNQUEIRA, Michelle Asato; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. Para além do lobby do batom: a bancada feminina na constituinte de 1988 na luta pelos direitos das crianças, adolescentes e idosos. *In:* MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MACIEL, Renata Mota (coord.). *A Constituição por elas*: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência.* 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SEREJO, Lourival. Controle de convencionalidade e o direito de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Famílias e sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios.* São Paulo: Alameda, 2017.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS DAS FAMÍLIAS: TRANSVERSALIDADES E OS DESAFIOS NA APLICAÇÃO[1]

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL. Membro do IBDFAM e da International Society of Family Law. Ex- Conselheiro do CNJ. Autor de obras jurídicas, incluindo a coleção de Direito Civil, em seis volumes.

Sumário: 1. Direitos da personalidade e direitos fundamentais. 2. Sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas familiares. 3. A família como sujeito de deveres fundamentais e de oponibilidade dos direitos da personalidade. 4. Tutela preferencial das pessoas humanas sobre as famílias que integram. 5. A importância da delimitação dos campos epistemológicos dos direitos da personalidade e dos direitos das famílias. 6. Proteção e destino dos direitos da personalidade após a morte do titular. 7. Ocorrências exemplares de transversalidades entre os direitos da personalidade e os de família. 8. A escolha do legislador nem sempre confere primazia aos direitos da personalidade. 9. Notas conclusivas. 10. Referências.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são recentes na história do Direito, coincidentes com o advento do constitucionalismo moderno, projetando sua trajetória ainda inconclusa nos últimos dois séculos. Os de primeira geração foram inspirados no intuito de oponibilidade aos poderes políticos e consequentes garantias individuais.

[1] Conferência de encerramento do XIV Congresso do Direito das Famílias e Sucessões, promovido por IBDFAM, Belo Horizonte, em 27.10.2023.

Há estreita interligação dos direitos fundamentais com a proteção dos mais débeis, ou vulneráveis, como abalizada doutrina tem afirmado. Segundo Luigi Ferrajoli,[2] esses direitos foram conquistados como outras tantas formas de tutela em defesa dos sujeitos mais débeis contra o poder dos mais fortes (soberanos, igrejas, maiorias, aparatos policiais e judiciais, empregadores, além das potestades maritais e paternas), correspondendo a contrapoderes. Os direitos fundamentais protegem a pessoa de seu próprio ambiente cultural, incluindo o familiar, como o cônjuge em face do outro, ou o filho menor em face dos pais.

A história dos direitos da personalidade é ainda mais recente, quando são identificados os direitos fundamentais que compõem o núcleo jurídico constitutivo de cada pessoa humana merecedores de tutela jurídica não apenas em face dos poderes políticos, mas, sobretudo, em face dos poderes privados e de cada pessoa humana em face de outra. Considerando o Direito brasileiro, o reconhecimento legal expresso dos direitos da personalidade apenas se dará no início do século XXI, com o Código Civil de 2002, ainda que possam ser colhidos, sem essa qualificação clara, nas Constituições desde a de 1934 até a de 1988.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos da personalidade são a projeção dos direitos fundamentais no âmbito existencial da pessoa humana. Ou seja, são espécies do gênero direitos fundamentais.

O bloco de constitucionalidade, no Brasil, vai além das normas expressas na Constituição, pois esta no art. 5º, § 2º, estabelece que os direitos e garantias nela contidos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, o que incluem, por consequência, os direitos da personalidade.

Todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Assim, são direitos da personalidade os direitos à vida, à liberdade pessoal, à integridade física e psíquica, à intimidade, à vida privada, ao sigilo, à honra, à imagem (retrato ou reputação), à identidade pessoal, aos dados pessoais sensíveis, aos direitos morais de autor, entre outros que sejam constitutivos da pessoa humana, assim reconhecidos pelo sistema jurídico. Por não preencherem esse atributo, não são direitos da personalidade, por exemplo, os direitos fundamentais qualificados na Constituição como direitos sociais (art. 6º), os direitos econômicos (art. 170), os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

A constitucionalização dos direitos privados operou e opera com a migração progressiva dos fundamentos consolidados desses direitos, no âmbito da legislação infraconstitucional, para a Constituição, notadamente com o advento das constituições dos Estados sociais de direito (ou Estados de bem-estar social),

---

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2001, p. 363-369.

que incorporaram ao seu corpo legal as ordens sociais e econômicas. No Brasil, assim se deu a partir da Constituição de 1934.

No que concerne aos direitos da personalidade, todavia, a migração se deu de modo inverso: da Constituição como origem para a recepção no direito infraconstitucional. Em vez de migrar do direito civil para a Constituição (modo comum da constitucionalização dos direitos privados), surge nesta para infundir a transformação na lei. A razão dessa inversão é que os direitos da personalidade nascem no seio dos direitos fundamentais, como espécies destes, não tendo compartilhado da história milenar dos direitos privados, antes do advento do constitucionalismo moderno.

Os direitos da personalidade caracterizam-se como direitos absolutos, no sentido de serem oponíveis a todos, diferentemente dos direitos relativos que são oponíveis a sujeito ou sujeitos determinados, como ocorre na relação contratual.

O propósito deste estudo é o de demonstrar quando e como se dão as recíprocas transversalidades dos direitos da personalidade, concebidos como campo existencial das pessoas humanas e das relações jurídicas familiares.

2 SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS FAMILIARES

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações meramente privadas desafia a argúcia dos juristas, pois, na maioria dos casos, provoca a colisão dos direitos fundamentais das pessoas em conflito. Esse problema não existia na formulação tradicional dos direitos fundamentais, porque apenas o cidadão é titular deles e o Estado não, figurando apenas como devedor de prestação negativa. Entre o titular de direitos fundamentais e o Estado não pode haver, em princípio, colisão. Entre titulares de direitos fundamentais, todavia, a colisão é inevitável, tornando exigentes os critérios de solução, diferentes dos anteriormente pensados e praticados.

No âmbito das relações de família, pautadas pela diretriz constitucional da igualdade entre cônjuges, companheiros, filhos e entidades familiares, não se pode pensar a simetria entre cidadão e poder político – referida por muitos doutrinadores –, e entre titular de direitos fundamentais hipossuficiente ou vulnerável e titular de direitos fundamentais portador de poder privado. Tendo desaparecido o poder marital e o pátrio poder, em nosso Direito, não se pode mais identificar integrantes das entidades familiares como portadores de poderes privados, tutelados juridicamente. A autoridade parental ("poder familiar", na dicção inadequada do Código Civil), que substituiu o pátrio poder, é muito mais serviço no melhor interesse dos filhos, do que propriamente poder; sua natureza

é de autoridade reconhecida e legitimada, que existe em razão dos destinatários, porque não há mais relação de sujeição dos filhos em face dos pais. Tanto pais quanto filhos são sujeitos recíprocos de direitos e deveres, que ocorre, por exemplo, com o direito/dever à convivência, inclusive quando os pais se separam.

No Brasil, não há dúvida da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais, em virtude, principalmente, da ocorrência de norma expressa na Constituição de 1988, assim disposta (art. 5º, § 1º): "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange não apenas as liberdades públicas em face do Estado, mas igualmente as relações jurídicas entretecidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição. O sentido de aplicação imediata inclui a aplicação direta, razão por que não depende de interposição do Estado, que não é necessariamente parte, quando a violação de direito fundamental for imputada a particular contra particular.

Em razão da abrangência da norma constitucional brasileira, não vemos como aproveitável a discussão, alimentada na doutrina, em torno da denominada eficácia externa dos direitos fundamentais, oriunda principalmente do enunciado do art. 1º, 3, da Constituição alemã, o qual prevê que os direitos fundamentais "vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial", parecendo limitar ou impedir sua aplicabilidade direta entre os particulares. Daí a tendência, entre os juristas alemães, de entender que entre os particulares a eficácia dos direitos fundamentais é indireta, dependente da interposição do Estado. As correntes que propugnam a aplicabilidade indireta, ou seja, que os destinatários diretos dos direitos fundamentais são apenas os poderes públicos, são fortemente influenciadas pelo ideário liberal de que a função da Constituição é controlar o Estado e não as relações privadas, o que nega a própria natureza do Estado social de direito.

A aplicabilidade direta dos princípios e dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma experiência bem-sucedida na jurisprudência dos tribunais brasileiros, desde o advento da CF de 1988. A rica casuística consolidou esse entendimento. Os tribunais superiores também têm reunido um conjunto de decisões no sentido da franca adoção da aplicabilidade direta e imediata, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Corte Constitucional brasileira (STF) não faltou ao enfrentamento do tema, em algumas decisões paradigmáticas, ainda que não fundamentadas explicitamente na doutrina da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

3 A FAMÍLIA COMO SUJEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS E DE OPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, também imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o Estado é pessoa jurídica, a sociedade é coletividade indeterminada e a família é entidade não personificada. Os três são grupos sociais integrados por pessoas.

O integrante da família, em virtude dessa específica circunstância, é titular de direitos fundamentais oponíveis a qualquer um desses grupos, inclusive à própria família, que surgem com devedores. Não são pessoas determinadas que são devedoras, mas o Estado, a sociedade e a família, enquanto tais.

Os grupos não são titulares de direitos fundamentais, mas apenas de deveres fundamentais. Cogita-se de dimensão objetiva dos direitos fundamentais em virtude da responsabilidade comunitária dos indivíduos.

O conceito de família, como sujeito de deveres fundamentais, é expandido para além da família nuclear, principalmente quando o titular dos direitos fundamentais é qualificado como pessoa vulnerável. O art. 227 da Constituição estabelece que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais que elenca, considerados necessários à sua formação e à garantia de sua dignidade. O art. 230, por seu turno, estabelece que é dever da família amparar as pessoas idosas, defender suas dignidades e garantir-lhes o direito à vida. Os direitos dessas pessoas vulneráveis não dependem da existência real de convivência familiar, bastando a relação de parentesco. Os parentes não podem opor seus próprios direitos fundamentais, pois, nessas circunstâncias, prevalecem os deveres fundamentais.

4 TUTELA PREFERENCIAL DAS PESSOAS HUMANAS SOBRE AS FAMÍLIAS QUE INTEGRAM

Os diversos preceitos do art. 227 da Constituição referem-se à família, em geral, sem tipificá-la, privilegiando o interesse das pessoas que a integram, no mesmo sentido empregado pelo § 8º do art. 226.

Ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas humanas que a integram, razão por que a família comparece como sujeito de deveres mais que de direitos.

A proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas como *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.[3]

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, e têm assegurada a convivência familiar e solidária, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de vida ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pais e filhos. *A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do afeto construído no dia a dia (afetividade), seja os que a natureza viabilizou, seja os que foram livremente escolhidos.

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.

5 A IMPORTÂNCIA DA DELIMITAÇÃO DOS CAMPOS EPISTEMOLÓGICOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS

Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil. Diferentemente, os direitos das famílias não são inerentes à pessoa humana, mas sim de natureza relacional entre uma pessoa humana com outras pessoas humanas, que têm em comum a integração a um grupo familiar e às relações de parentesco. Os primeiros (direitos da personalidade) dizem respeito à pessoa em si e os segundos (direitos de família) as relações que brotam de sua família.

Assim, os direitos da personalidade, por serem inerentes à pessoa em si, não se originam de qualquer relação jurídica. Neles, a relação jurídica é derivada, ou seja, dá-se por efeito reflexo de sua violação por outrem, geradora de deveres e obrigações de fazer, ou de não fazer ou de reparar o dano, ou de transmissão das dimensões patrimoniais desses direitos.

---

[3] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 90.

Nossos estudos iniciais dos direitos da personalidade orientaram-se no sentido de qualificá-los como direitos "inatos" da pessoa humana. Essa compreensão incidia, porém, no equívoco de amparar-se em razões metajurídicas, como se fosse possível encontrá-las universalmente, sem consideração dos diversos sistemas jurídicos. Não são inatos, mas sim "inerentes". A inerência decorre do reconhecimento jurídico em cada sistema jurídico dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, explicitamente ou implicitamente adotados na Constituição e na legislação infraconstitucional.

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inerentes e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade. O Código Civil de 2002 refere-se à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e à impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade.

O Código Civil dedica um capítulo da parte geral aos direitos da personalidade, selecionando aqueles que produzem efeitos mais agudos nas relações civis, a saber: direito à integridade física, proibindo-se atos de disposição ao próprio corpo, salvo para fins de transplante e, gratuitamente, após a morte, para fins científicos ou altruísticos; vedação de tratamento médico ou intervenção cirúrgica não consentidos; direito à identidade pessoal (direito a ter nome e a impedir que seja usado de modo a expor ao ridículo ou com intenção difamatória; proibição de usar o nome alheio, sem autorização, para fins publicitários; proteção ao pseudônimo); direito à imagem; direito à honra; direito à vida privada.

A renúncia a qualquer direito da personalidade afetaria sua inviolabilidade e significaria renunciar a si mesmo, para converter-se de sujeito em objeto. O direito de povos antigos, fundado na escravidão, admitia que uma pessoa pudesse renunciar à sua liberdade para converter-se em escravo, como forma de pagamento de dívidas, o que é inadmissível na contemporaneidade. Como diz Pontes de Miranda, "a razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é".[4]

A titularidade dos direitos da personalidade é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. Os direitos da personalidade, em si, não podem ser transferidos ou apropriados pelos familiares da pessoa, inclusive em razão de suposta sucessão hereditária. Por não serem objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis, inclusive quanto ao exercício deles, ainda que gratuito.

Contudo, há certos aspectos que podem ser objeto de transmissão. Como conciliar essa aparente contradição? O direito de imagem-retrato é transmissível,

---

[4] PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi: 1971, v. 7, p. 8.

por exemplo, principalmente nos casos de pessoas que vivem profissionalmente da exposição pública, como os modelos, os artistas, os desportistas. A Lei de Direitos Autorais admite expressamente o chamado direito de arena, para pessoas que não são criadores ou autores, mas cujas habilidades corporais, físicas ou dramáticas os singularizam, atraindo público e gerando renda para si e para as organizações que as utilizam; são situações essencialmente patrimoniais e, portanto, transmissíveis, não podendo terceiro fazer uso delas para proveito próprio sem autorização.

Todavia, um esclarecimento se impõe, para se ultrapassar a contradição, é dizer, o que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando haja. O direito permanece inviolável e intransmissível, ainda que o titular queira transmiti-lo, pois o que é inerente à pessoa não pode ser dela destacado. A pessoa não transmite sua imagem, ficando dela privada durante certo tempo, o que acarretaria sua despersonalização. O que se utiliza é certa e determinada projeção de sua imagem (a foto, o filme, a gravação), que desta se originou. A regra do Código está, portanto, correta.

Com essas características, questiona-se se os direitos da personalidade importam para a compreensão e a aplicação do Direito de Família (ou dos direitos das famílias). Todo conhecimento, científico ou técnico, vale-se de conceitos e classificações que o singularizam. Apesar de sua fluidez, os conceitos e classificações são indispensáveis, ainda que ocorram interpenetrações ou transversalidades. Essas interpenetrações e transversalidades não apagam, todavia, os campos de conhecimento específicos, ou suas epistemologias, além de serem inegáveis suas funções prático-operacionais. No que concerne ao direito, sua importância também é relevante para sua aplicação adequada.

A demarcação dos campos de conhecimento é imprescindível tanto para o conhecimento em si quanto para aplicação adequada do direito à concreta situação de fato. Não se nega, todavia, que os campos do conhecimento, como se dá entre os direitos da personalidade e os direitos das famílias, abrem-se em transversalidades, e a interdisciplinaridade é bem-vinda, como bem demonstra a evolução dos estudos nas últimas décadas no Brasil.

Os pontos de contato ou de transversalidades entre os direitos das famílias e os direitos da personalidade desafiam a argúcia dos juristas e dos aplicadores do direito. O que os aproximam e o que os distinguem? Há características próprias irredutíveis de cada campo, que os particularizam.

Quanto à aplicação, ante determinada situação de fato, é importante identificar a incidência adequada do direito: é relação de família ou diz respeito à personalidade de cada sujeito envolvido? Ou reclama dupla incidência, tanto dos direitos da personalidade quanto dos direitos da família do titular específico, com harmonização de suas normas?

6 PROTEÇÃO E DESTINO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE DO TITULAR

Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, *post mortem*, de modo que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra ou à imagem do falecido, ocorrida posteriormente ao falecimento.

O Código Civil (art. 12) refere-se adequadamente à legitimação aos cônjuges (compreendem-se, também, os companheiros de união estável), ascendentes e descendentes do morto, para que cesse a ameaça ou a lesão aos direitos da personalidade deste, ou para reclamar perdas e danos. Ainda que morta a pessoa, seus direitos da personalidade não podem ser violados posteriormente, o que franqueia a defesa por parte de seus familiares. Familiares e não herdeiros, porque não se trata de sucessão hereditária. Assim, o espólio não possui legitimidade para postular reparação por prejuízos decorrentes de ofensa, após a morte do *de cujus,* à memória e à imagem do falecido, porque adstrito ao patrimônio deixado por este, o que não é o caso da ofensa posterior a sua morte.

Quem está legitimado à defesa não defende direitos da personalidade próprios, mas sim os de outrem, ainda que morto. É típica legitimação de direito material e legitimação *ad causam*, de acordo com as categorias adotadas por Pontes de Miranda.[5] Essa legitimação tem por fito obrigação de fazer e, sobretudo, obrigação de não fazer (cessar a ofensa ou a lesão).

A legitimação de direito material não se confunde com capacidade jurídica, que é, segundo a doutrina de Emilio Betti,[6] qualidade abstrata da pessoa, enquanto aquela é competência para se tornar sujeito ativo ou passivo de concreta situação jurídica.

Todavia, os efeitos patrimoniais decorrentes da reparação civil são atribuídos pelo art. 12 do Código Civil ao familiar legitimado que exerceu essa legitimação, como direito próprio. Nesta hipótese, não se cuida de herança nem herdeiro, pois os direitos da personalidade extinguiram-se inteiramente com a morte do titular.

Do mesmo modo, os familiares podem ser atingidos diretamente – não por via reflexa ou por ricochete – nas hipóteses em que a ofensa não apenas lesa os direitos do falecido, mas se estende a seus familiares; nessas hipóteses não se cuida de legitimação, mas de exercício direto de direito (*jure proprio*).

Não se pode alvitrar a sucessão de direitos da personalidade, enquanto tais, porque não são bens patrimoniais. Por essa razão, a chamada herança digital confina-se às eventuais dimensões patrimoniais dos direitos da personalidade.

---

[5] PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. I, p. 278.
[6] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Turim: Utet, 1950, p. 229.

As novas tecnologias de informação têm feito emergir bens incorpóreos que transitam entre a extrapatrimonialidade e a patrimonialidade no tráfico jurídico. É o que ocorre com os dados pessoais lançados e transmitidos nas chamadas redes sociais, com as exigências antagônicas de defesa da privacidade e de utilização econômica deles. Um dos problemas emergentes é quanto ao acervo dos dados pessoais (imagens, mensagens, documentos eletrônicos) deixado no ambiente virtual pela pessoa que falece.

Quem tem legitimação para agir em defesa da memória do morto a tem também para o acesso aos dados digitais, mas que não se confunde com sucessão hereditária.

Legitima-se o acesso aos dados da pessoa falecida, mas não seu uso ou alteração. Note-se que, nessas situações, há dados pessoais sensíveis da pessoa falecida, que certamente não desejaria que fossem conhecidos ou revelados, ainda que para seus parentes próximos, além de dados pessoais de terceiros. Por outro lado, não é razoável que seja legitimado a ter acesso qualquer parente herdeiro, pois em nosso direito vai até ao quarto grau, de acordo com a ordem de vocação hereditária.

São transmissíveis e se incluem na herança deixada pelo *de cujus* as dimensões econômicas dessas contas, ou dos perfis, *sites*, *blogs*, tais como: a) os valores de publicidade a eles transferidos por empresas para veiculação de seus produtos e serviços; b) a exploração econômica autorizada dos direitos da personalidade do titular (por exemplo, da imagem); c) contratos de uso ou de aquisição de bens digitais; d) direitos patrimoniais de autor.

Já as contas que se refiram a conteúdos privados não devem ser devassadas como regra, na medida em que há interesse na tutela da privacidade da pessoa falecida, que se opera mesmo em face dos familiares.

7 OCORRÊNCIAS EXEMPLARES DE TRANSVERSALIDADES ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DE FAMÍLIA

1. A dignidade da pessoa humana (como direito, princípio ou garantia) atravessa todas as áreas do Direito, máxime com sua explicitação preferencial na Constituição de 1988. Consequentemente, é fundamento de aplicação tanto dos direitos da personalidade quanto dos direitos das famílias.

Entre tantos significados que lhe são atribuídos, para os propósitos desta exposição entendemos a dignidade da pessoa humana como direito ao respeito igual a cada uma sem discriminação de qualquer espécie. Assim, esse direito é oponível a todas as outras pessoas humanas e aos grupos sociais, inclusive ao grupo familiar. Como exposto acima, a Constituição privilegia as pessoas humanas que integram a família.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, tutela e intocabilidade. Como humanos, a dignidade nos faz únicos e ao mesmo tempo iguais. Há um mínimo comum que identifica todos os humanos como iguais, independentemente da origem, do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da sanidade física ou mental e das condições socioeconômicas.

Immanuel Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca.[7]

A submissão histórica da mulher nas sociedades patriarcais, com reflexos até hoje, é incompatível com o princípio. Não se observa o princípio da dignidade da pessoa humana quando desigualdades pessoais, sociais, econômicas e jurídicas existem em razão do sexo ou gênero.

Nenhuma pessoa humana, inclusive em razão dos laços familiares, tem legitimidade para oprimir outra, em situação análoga à servidão ou escravidão.

O Código Civil de 2002, cuja redação originária antecedeu a Constituição, não faz qualquer alusão expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana; todavia, por força da primazia constitucional, este e os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais.

2. Direitos da personalidade do filho em relação à autoridade parental: como harmonizá-los? No Direito anterior, essa questão não podia existir, pois a predominância dos pais – notadamente do pai – era indiscutível, dada a primazia do "pátrio poder". No Direito atual, o exercício da autoridade parental deve ser ajustado ao respeito aos direitos da personalidade do filho, independentemente de sua idade.

Resíduos do modelo patriarcal anterior ainda existem, a exemplo do insustentável poder de exigir do filho que preste aos pais "serviços próprios de sua idade e condição" (CC, art. 1.634, IX), que supõe a não remuneração. Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces.

---

[7] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

3. O poder de castigar o filho é outro exemplo de conflito entre direitos da personalidade e a autoridade parental.

Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo "moderado" dos filhos. O CC/2002, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir em violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da CF/1988 determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. A detenção em situações desarrazoadas é manifestamente castigo imoderado, ou crime de cárcere privado. Note-se que a CF/1988 (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão da autoridade parental fundada nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade física e psíquica do filho.

Depois de longo debate público, entrou em vigor em 2014 a Lei n. 13.010, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, pelos pais, pelos demais familiares e pelos agentes públicos. A lei considera castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou lesão de natureza física, moral ou psicológica. Tratamento degradante é a conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que humilhe, ou ameace gravemente, ou ridicularize. Os pais que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estão sujeitos a diversas medidas, aplicadas pelo Conselho Tutelar, incluindo tratamentos e advertências.

4. Convicções pessoais (religiosas ou ideológicas) dos pais podem fragilizar os direitos da personalidade do filho.

A autoridade parental não pode afastar a intervenção regular da autoridade pública, no cumprimento de normas gerais no interesse de todas as crianças e adolescentes, como as que regulam a educação escolar e a saúde pública. Nesse sentido, o STF fixou tese de repercussão geral (Tema 1.103, ARE 1.267.879) que declarou constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina, prevalecendo o direito à saúde, como direito fundamental, sobre a autonomia dos pais.

O Direito brasileiro não prevê solução expressa no caso de dissensão religiosa no seio da família, entre pais e filho; diversas leis estrangeiras estabelecem uma maioridade religiosa antecipada, a exemplo da Inglaterra (12 anos), da Alemanha (14 anos), da Suíça (16 anos), para investir o adolescente da plenitude de liberdade de exercer ou não a religião dos pais. Todavia, considerando que o CC/2002 atribui ao menor de dezesseis anos capacidade para exercer certos atos (por exemplo, pode livremente testar – art. 1.860, ser mandatário – art. 666) e que a liberdade religiosa é norma constitucional, há de ser essa idade qualificada como limite final da autoridade parental nesse campo.

5. As novas tecnologias têm impactado, nem sempre de modo positivo, os direitos da personalidade e os respectivos direitos de família. Nem sempre o legislador tem encontrado o ponto de equilíbrio. A título de exemplo, o § 1º do art. 14 da Lei Geral de Proteção dos Dados (LGPD – Lei n. 13.709/2018), determina que o tratamento dos dados pessoais das crianças deverá ser realizado com o consentimento específico "dado por pelo menos um dos pais". Essa regra parece contradizer o *caput* do art. 14, para o qual deverá ser observado sempre o melhor interesse da criança, além de ignorar que a autoridade parental é exercida em conjunto, ainda que o casal esteja separado. O consentimento de apenas um dos pais pode ser movido por interesses econômicos, nas hipóteses de superexposição da criança em redes sociais e blogues, para fins econômicos. Há evidente violação da indisponibilidade dos direitos da personalidade da criança.

6. O direito da criança de ser ouvida fortalece sua dignidade como pessoa humana em formação. O art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, desde 1989, com força de direito interno no Brasil, determina que é direito da criança expressar sua opinião livremente, perante qualquer autoridade administrativa ou judicial, em todas os assuntos que lhe dizem respeito, devendo ser-lhe atribuída a importância de acordo e proporcionalmente a sua idade e maturidade, diretamente ou mediante órgãos profissionais apropriados. A Convenção não estipula idade mínima para esse fim.

7. O direito ao nome, um dos mais importantes direitos da personalidade, é atravessado profundamente pelas escolhas familiares.

A rigidez do prenome escolhido pelos pais foi lentamente atenuada pela legislação para situações excepcionais, dependentes do juízo de convencimento dos juízes e tribunais, os quais tendiam (e ainda tendem) à primazia da segurança jurídica e de interesses de terceiros sobre o direito de personalidade da pessoa humana.

A rejeição imotivada do prenome apenas era admitida em nosso Direito desde que exercida no prazo curto de um ano após se adquirir a maioridade, o que nem sempre era de conhecimento dos interessados, levando-os às vias estreitas e demoradas do convencimento judicial de suas motivações.

A Lei n. 14.382/2022 alterou radicalmente a regra da imutabilidade do prenome, ao suprimir a limitação temporal, conferindo primazia ao direito de personalidade sobre outros interesses afetados indiretamente. De acordo com essa lei, que alterou a Lei de Registros Públicos, o prenome pode ser mudado pela pessoa, sem necessidade de justificação ou motivação – como exigia a legislação anterior –, mediante requerimento ao oficial do registro civil onde tenha sido feito seu registro de nascimento. Não há necessidade de audiência do Ministério Público, sentença judicial, nem publicação na imprensa, como exigia a legislação anterior. A alteração extrajudicial imotivada do prenome pode ser feita apenas uma vez, dependendo qualquer outra de decisão judicial. A averbação da alteração no registro civil indicará o prenome anterior e os demais documentos de identidade (CPF, passaporte, título de eleitor). O oficial apenas poderá recusar a alteração se suspeitar de fraude, má-fé, ou vício de vontade da pessoa, que poderá requerê-la judicialmente.

8 A ESCOLHA DO LEGISLADOR NEM SEMPRE CONFERE PRIMAZIA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Cabe ao legislador assegurar o exercício dos direitos fundamentais, máxime dos direitos da personalidade. Compete ao legislador infraconstitucional torná-los exequíveis, estabelecendo os deveres correspondentes, inclusive dos demais integrantes dos grupos familiares. Essa atuação não evita a eventual desconsideração dos direitos da personalidade em face de interesses patrimoniais, como reflexos de valores que não mais se sustentam.

Exemplo de afirmação da primazia: a Lei n. 12.398/2011 assegurou aos avós o direito fundamental de convivência com seus netos, quando negado pelos pais ou por um deles, que detenha a guarda. Havia decisões judiciais que inauguraram essa possibilidade, mas a incerteza era constante. A tormentosa evolução do direito de visita para o direito de convivência esgotava-se na relação entre pais e filhos, reduzindo-se à família nuclear. A convivência dos netos com os avós era tida como concessão dos pais, mas não como legítimo direito dos avós. Os direitos à convivência entre avós e netos consistem em direitos fundamentais de ambos, que não podem ser suprimidos pelos iguais direitos dos pais.

Exemplo de negação da primazia: a Lei n. 12.344, de 2010 elevou para setenta anos a idade máxima do nubente para escolher livremente o regime de bens matrimonais. A partir dessa idade a lei impõe o regime de separação de bens. A elevação da idade, todavia, não afastou a inconstitucionalidade da norma do Código Civil reformada pela lei, porque persiste o defeito de origem de redução do direito fundamental do idoso, que colide com a dignidade da pessoa humana e com a liberdade de escolha atribuída a toda pessoa capaz. A lei mitigou a violação a

esses princípios constitucionais, mas a manteve, obstando o exercício dos direitos fundamentais consequentes.

9 NOTAS CONCLUSIVAS

Os direitos da personalidade, como espécie dos direitos fundamentais, dizem respeito à constituição jurídica da pessoa humana em si, de acordo com o reconhecimento que lhes dá cada sistema jurídico. No Brasil, os direitos da personalidade estão ancorados explícita ou implicitamente na Constituição e na legislação infraconstitucional, notadamente no Código Civil. O que distingue os direitos da personalidade dos demais direitos fundamentais é o fato de serem inerentes à pessoa humana, que dizem respeito exclusivamente à sua existência e cujo exercício independe de relação jurídica originária com outras pessoas, inclusive dos demais integrantes das relações familiares. Os direitos da personalidade por serem inerentes a cada pessoa humana projetam-se para além das do campo familiar e alcançam todos os demais campos da existência de seu titular. São situações jurídicas unipessoais.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis, inclusive por sucessão hereditária, não podendo ser coisificados ou convertidos em mercadoria pelos demais familiares. Podem ser objeto de relações jurídicas apenas as dimensões patrimoniais desses direitos, ou por derivação quando eles são violados, em razão dos danos morais decorrentes, contra quem os viola.

Por seu turno, os direitos das famílias são necessariamente relacionais, tanto os direitos patrimoniais quanto os direitos existenciais. Apenas ingressam no mundo jurídico quando integrados a relações jurídicas. Assim são as relações de parentalidade, de filiação, de parentesco, de conjugalidade, de regimes de bens. Não há qualquer direito de família que não seja necessariamente relacional. A relação jurídica é requisito de sua existência.

Com tais características tão díspares, evidencia-se a dificuldade de harmonização dessas duas áreas da civilística, quando as transversalidades são inevitáveis. De um lado, os direitos da personalidade de cada integrante da família, de outro os valores jurídicos emanados dessas relações.

Como procuramos demonstrar em trabalho publicado logo após o advento da Constituição de 1988,[8] o modelo normativo da família patriarcal desapareceu quando suas funções religiosas, econômicas, procracionais e políticas desapareceram progressivamente, cedendo lugar para o espaço de realização da

[8] LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-82.

afetividade da pessoa humana, que restou como única função da família atual. Seu epílogo foi justamente a Constituição de 1988. A tutela jurídica inverteu: imediata e preferencial para as pessoas humanas familiares e mediata para a família em si, a serviço daquelas.

Assim, o conflito entre o grupo familiar e a pessoa familiar não pode ser resolvido com uso de hermenêutica de pesos ou ponderações. No estágio atual do Direito brasileiro, resolve-se o conflito com a primazia do direito da personalidade de seu integrante, pela mesma razão da primazia dos direitos fundamentais sobre quaisquer outros direitos pessoais ou patrimoniais, inclusive os familiares. Quando possível a aplicação conjunta de ambos os direitos há de serem harmonizados, sem redução dos direitos da personalidade.

10 REFERÊNCIAS

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Turim: Utet, 1950.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-82.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. São Paulo: Saraiva, 2023.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi: 1971, v. 7.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. I.

A ULTRATIVIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/2002 NA SUCESSÃO DO(A) COMPANHEIRO(A)[1]

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva

Advogado. Mestre em Direito Constitucional – com enfoque no Direito de Família. Professor – Titular I – de Direito Civil na Universidade da Amazônia – UNAMA, da Graduação e Pós-Graduação. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Seção do Pará. Membro Titular da Cadeira n. 17 da Academia Paraense de Letras Jurídicas – APLJ. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A ultratividade do art. 1.790 do CC/2002 nos casos de sobrepartilha de bens, descobertos após o julgamento do RE n. 878.694, vinculado a inventário realizado antes desse julgamento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Aborda-se neste artigo questão interessante, perquirindo a lei competente para processar a sucessão *causa mortis*, regra específica do Direito das Sucessões prevista no art. 1.787[2] do CC/2002, e que afasta a regra geral prevista no art. 6º da LINDB.[3] E, mais especificamente, a tese concernente à ULTRATIVIDADE do art. 1.790 do CC/2002, afastando os efeitos do RE n. 878.694 nas sobrepartilhas a serem efetuadas na atualidade, tendo a partilha inicial dos bens sido feita com

---

[1] Este artigo, utilizado como fundamento de nossa palestra de igual tema no XIV Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e das Sucessões do IBDFAM, foi inspirado com base em artigo inédito nosso publicado na *Revista do Advogado da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 151, em setembro de 2021, em conjunto com a ibedermana Nena Sales Pinheiro.

[2] Código Civil art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

[3] Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (*Redação dada pela Lei n. 3.238, de 1957*).
§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (*Incluído pela Lei n. 3.238, de 1957*).
§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (*Incluído pela Lei n. 3.238, de 1957*).
§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (*Incluído pela Lei n. 3.238, de 1957*).

base na regra do art. 1.790 do CC/2002, vigente à época. Como subsídio para tal, utilizamo-nos da obra do Prof. Zeno Veloso, intitulada *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*,[4] leitura imprescindível para se compreender como se deu a equiparação entre o companheiro e o cônjuge, pelo Supremo Tribunal Federal.

E o foco principal envolve a questão de como ficaria uma sobrepartilha de valores, nos dias atuais, referente a Inventário e Partilha – *Extrajudicial* – de bens de pessoa falecida em 2007, devidamente lavrado em Cartório de Notas, competente em 2008 – portanto antes do julgamento do RE n. 878.694 pelo STF, cuja partilha se processou ainda sob a vigência do art. 1.790 do CC/2002; sucessão esta, em relação ao[a] companheiro[a] e aos filhos exclusivos da falecida, que se verificou diferente da estabelecida em relação ao cônjuge sobrevivente, prevista no art. 1.829 do CC/2002.

Primeiramente, considerando que a pessoa faleceu sob a égide do atual Código Civil, de 2002, determina este, no art. 1.787,[5] que a sucessão e a legitimação para suceder é a da lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O CC/2002 regeu, desse modo, a sucessão da *de cujus*, procedendo-se ao Inventário e Partilha – Extrajudicial – dos Bens deixados, *ab intestato*, da pessoa falecida sob as regras da legislação vigorante, prevalecendo, à época, a regra do art. 1.790 do CC/2002.

Ocorreu que, após mais de 10 (dez) anos da lavratura do referido inventário, foi descoberta uma ação, aforada em nome da pessoa falecida, por meio da qual esta pleiteava correção monetária de caderneta de poupança sua, aberta em 1989 até 1992, por conseguinte, em época anterior àquela convivência havida em união estável com seu companheiro sobrevivente, que teria transcorrido no período de 1996 até seu óbito, verificado em 2007.

A referida ação foi julgada procedente, e os coerdeiros da extinta senhora teriam, então, valores a receber, no *quantum* aproximado de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – incluídas, aí, verbas ressarcitórias e outras verbas processuais –, quantia essa que deverá ser objeto de eventual sobrepartilha.

Teria o companheiro sobrevivente da *de cujus* direito a receber algum quinhão, em eventual sobrepartilha dos referidos valores, hoje?

No caso em análise, considerando-se a regra do art. 1.787 do CC/2002, aplicar-se-ia, à sobrepartilha, a regra do art. 1.790, ou os efeitos modulados do RE n. 878.694 julgado pelo Supremo Tribunal Federal?

---

[4] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

[5] Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

2 A ULTRATIVIDADE DO ART. 1.790 DO CC/2002 NOS CASOS DE SOBREPARTILHA DE BENS, DESCOBERTOS APÓS O JULGAMENTO DO RE N. 878.694, VINCULADO A INVENTÁRIO REALIZADO ANTES DESSE JULGAMENTO

O âmago da presente questão gira em torno de como se daria a sobrepartilha dos valores a serem recebidos, na soma aproximada de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a seus herdeiros, considerando-se a relação de convivência não matrimonializada entre a extinta companheira e seu companheiro sobrevivente, transcorrida no período de 1996 até seu óbito, em 2007.

Reitera-se que, em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal – STF julgou o RE n. 878.694-MG, declarando inconstitucional a regra do art. 1.790 do CC/2002, que previa o tratamento diferenciado (menos benéfico, na maioria das vezes) à viúva que mantivesse relação de união estável com falecido companheiro, em comparação ao tratamento conferido à viúva de pessoa com quem era casada legalmente.

No momento em que foi decidida a questão pelo STF, trazendo repercussão geral e imediata, com efeitos modulados, em todas as esferas, dúvidas então surgiram acerca do efeito prático para todos os demais casos no Brasil.

Com a publicação da citada decisão, constou, expressamente, que o entendimento firmado seria aplicável, apenas, aos inventários judiciais em que não tivesse havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que não houvesse escritura pública finalizada (ou seja, não concluídas).

Assim, constou como ementa do citado RE n. 878.694-MG o seguinte:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.*
>
> 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.
>
> 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.
>
> 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe

> direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.
> *4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.*
> [...]. (RE 878694. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10/05/2017. Processo Eletrônico. Repercussão Geral – Mérito *DJe*-021 Divulg 05/02/2018 – Public 06/02/2018). (Grifo nosso).

Logo, as partes que tivessem inventários em andamento, poderiam valer-se da referida decisão de modo a aplicar, aos companheiros, a regra sucessória contida no art. 1.829[6] do CC/2002, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial, desde que a partilha ainda não tivesse sido finalizada.

No caso aqui tratado, destaca-se que os valores a serem recebidos decorriam de sentença que conferira índice de correção monetária de caderneta de poupança, constituída pela *de cujus* em 1984, portanto anteriormente à união estável que a extinta senhora manteve com o companheiro sobrevivente.

Ou seja, tratar-se-ia, em verdade, de *bem particular*, dela. E, aí, a celeuma desse caso, porque "se a sucessão da sobrepartilha se processar pela regra do art. 1.790 do CC/2002, o companheiro sobrevivente não teria direito aos valores da sobrepartilha, por se tratar de bem particular; se, pela regra dos efeitos modulados do RE n. 878.694 julgado pelo STF, aí sim, o companheiro teria direito e concorreria com os coerdeiros, pela sua equiparação ao cônjuge".

Pois bem, tal qual disciplina o art. 2.022 do CC/2002,[7] deveria referido bem – no caso, os valores a receber –, de que se tivera ciência somente após a partilha, sobrexistir; devendo, pois, ser submetido a uma sobrepartilha.

Ultrapassados estes esclarecimentos iniciais, cabe ainda elucidar que o Código Civil brasileiro vigente regulamentou, nos arts. 1.723 a 1.727, a união estável,

---

[6] CC/2002, 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.

[7] CC/2002, art. 2.022. Ficam sujeitos a sobrepartilha os bens sonegados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha.

atendendo à disposição constitucional inserta no § 3º, do art. 226, da Carta Magna[8] de 1988.

No art. 1.725,[9] o atual Códex dispõe que, em caso de as partes não estipularem regime de bens em contrato, aplicar-se-á à união estável o regime da comunhão parcial de bens.

Vale acrescer que, no presente caso, houve ainda lavratura de Escritura Pública Declaratória de União Estável, tendo os conviventes estabelecido o regime da comunhão parcial de bens.

Não obstante, interessante ainda perquirir sobre a aplicabilidade da legislação vigorante ao tempo, uma vez, tendo aquela convivência sob análise, iniciado em 1996, a ela seria aplicável a regra da Lei n. 9.278/1996, que, em conjunto com a Lei n. 8.971/1994, regiam a união estável, à época.

Tal discussão, contudo, já foi superada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça. É ler:

> *RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. INÍCIO ANTERIOR E DISSOLUÇÃO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 9.278/96. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE ANTES DE SUA VIGÊNCIA.*
> 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.
> 2. A ofensa aos princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, encontra vedação em dispositivo constitucional (art. 5º XXXVI), mas seus conceitos são estabelecidos em lei ordinária (LINDB, art. 6º). Dessa forma, não havendo na Lei 9.278/96 comando que determine a sua retroatividade, mas decisão judicial acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua entrada em vigor - hipótese dos autos - a questão será infraconstitucional, passível de exame mediante recurso especial. Precedentes do STF e deste Tribunal
> 3. A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior à sua vigência, portanto, ser divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/STF).

---

[8] CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[9] CC/2002, art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

4. Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade - e, consequentemente, a partilha ao cabo da união - disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º).

5. Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar.

6. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1124859/MG. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção. Julgado em 26/11/2014. *DJe* 27/02/2015). (Grifo nosso).

Assim, firmou-se no STJ a tese de que "[...] os princípios legais que regem a sucessão e a partilha não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. [...]".[10]

Há de ser suscitado, então: se a sobrepartilha deveria ocorrer pela legislação vigente ao tempo do óbito *ou* pela vigorante no tempo em que efetivamente vier a ocorrer?

Para tanto, relevante ainda esclarecer sobre os efeitos, dados modulados, por meio do RE n. 878.694-MG do STF. Eis trecho elucidativo do voto do Min. Relator Luiz Roberto Barroso.[11]

---

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses, Edição n. 50: União Estável. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?tipo=JT&livre=REGIME+DE+BENS+UNI%C3O+EST%C1VEL+ANTES+DE+2002&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=1&i=2&operador=e&ordenacao=MAT,TIT&ordem=MAT,TIT. Acesso em: 16 nov. 2023.

[11] A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878694*. Relator Ministro: Luis Roberto Barroso. DJe: 06 fev. 2018. Voto vencedor).

Veja-se:

> [...]
> Por fim, não se pode esquecer que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, *a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.* [...]. (Grifo nosso).

Neste ponto, mesmo que tenha a partilha sido realizada há mais de 10 (dez) anos, esta alcançaria o bem a ser objeto de sobrepartilha?

Passamos, agora, a dirimir tais questões.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 2222473-98.2019.8.26.0000,[12] restou entendido pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, mesmo tendo ocorrido trânsito em julgado de uma sentença de partilha anteriormente ao julgamento do RE n. 878.694-MG, se houver um bem – naquele caso, imóvel – o qual será objeto de sobrepartilha, este não foi alcançado pelo trânsito em julgado, uma vez que a partilha não o englobou, não o atingindo. Leia-se:

> [...]
> A alegação da agravante de que a agravada não pode ser beneficiada com referido julgamento, uma vez que *a sentença que homologou a partilha transitou em julgado anteriormente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal não lhe socorre, posto que referida partilha não englobou o bem em questão, de forma que o trânsito em julgado não lhe atingiu.*
> [...]. (Grifo nosso).

[12] Agravo de instrumento – arrolamento – sobrepartilha – insurgência em face da decisão agravada que reconheceu os direitos sucessórios da companheira sobre imóvel adquirido pelo espólio de herança – inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil declarada pelo colendo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral – equiparação dos direitos da companheira e cônjuge para fins sucessórios – julgamento que alcança o direito da agravada, posto que a sentença de partilha que transitou em julgado não englobou o imóvel em questão – aplicação do artigo 1829, II, do Código Civil – decisão mantida – recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2222473-98.2019.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador: Erickson Gavazza Marques. Data do Julgamento: 29 de out. 2019. Voto unânime).

Analogamente, poder-se-ia então adotar o mesmo entendimento para a hipótese de inventário extrajudicial.

Não obstante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0310653-17.2019.8.21.7000, entendeu que, em Ação de Sobrepartilha, deve ser observado o mesmo regramento a quando da Ação de Inventário. *In verbis*:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. SOBREPARTILHA DE CRÉDITO. BEM COMUM ENTRE DESCENDENTES E A COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO EM CONCRETO. REFORMA DO DECISUM.*
> Caso em que se discute direito à herança de bem particular em ação de sobrepartilha que, dada as particularidades do caso em concreto, deve ser observado o mesmo regramento aplicado quando da ação de inventário, a evitar desequilíbrio entre os filhos e a viúva. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *AI: 70083387449 RS,* Relator: José Antônio DaltoÉ Cezar, Data de Julgamento: 30/01/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 03/02/2020).

Assim, direcionamos nosso entendimento no sentido de que, em uma eventual sobrepartilha, esta deverá obedecer a mesma legislação vigente ao tempo da patilha, visto que o bem a ser sobrepartilhado não foi alcançado pelo trânsito em julgado de sentença da partilha, justamente por não ter feito parte daquela, não a atingindo.

Interpretação que transferimos – também de modo extensivo – aos inventários extrajudiciais.

Logo, eventual sobrepartilha, neste caso, deverá ocorrer sob a legislação vigente à época do óbito, de acordo com as regras do art. 1.790 do CC/2002.

Sem embargo disso, o mencionado dispositivo continua sobrexistente, a despeito da já aludida declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do diploma cível de 2002.

Assim, por se tratar de valores a receber na ação – objeto da sobrepartilha, de "*bem particular*", considerando-se ser processada a sobrepartilha pela regra do art. 1.790 do CC/2002, o companheiro sobrevivente, assim, não teria direito aos valores objeto dela.

A sobrexistência, nos dias de hoje, de um dispositivo legal já revogado (aqui declarado inconstitucional) é o que se chama ULTRATIVIDADE: aplicar uma lei, ou um dispositivo de lei, já revogado, a casos que ocorreram durante o período em que ela se encontrava vigente.

Neste caso, e nos dias de hoje, trata-se "talvez uma das únicas hipóteses de ainda se processar uma sucessão – em sobrepartilha – pela regra do art. 1.790 do CC/2002", estendendo-se sua aplicação sob a vigência da lei nova (posicionamento do STF), cuja partilha se deu sob a lei anterior, já revogada.

Competente a processar a sobrepartilha, no presente caso, é então a regra, ainda, do art. 1.790 do CC/2002.

A lei revogada possui, assim, eficácia residual.

Com a palavra, o saudoso Mestre Zeno Veloso:[13] "[...] vinculante, obrigatória tendo vigor para os casos ocorridos em época anterior à sua retirada do ordenamento jurídico positivo [...]".

Dos seus comentários a respeito da ULTRATIVIDADE da LEI foi que nos motivamos a escrever este artigo.

Zeno Veloso esclareceu que, tendo uma lei sido revogada, não tem ela mais poder nem força vinculante, embora tenha eficácia residual; e é essa sobrevivência residual que se denomina "ultratividade", vale dizer, que deverá ser aplicada em relações iniciadas e concluídas à época em que determinada lei vigorava.[14]

Para Zeno Veloso, a ultratividade da lei revogada é "[...] uma garantia dos direitos adquiridos na época em que ela vigorava [...]",[15] o que, por sua vez, permite a incolumidade da lei em face dos posteriores regramentos, e, ainda, a direitos cuja fruição poderá ocorrer já sob a égide de um novo ordenamento.

Precisamente: a incolumidade e a garantia dos direitos adquiridos ao tempo em vigorava o art. 1.790 do CC/2002 é que asseguram suporte à ultratividade deste, no caso em análise.

Neste sentido, levando em conta a ultratividade do art. 1.790 do CC/2002, Oliveira e Amorim,[16] em 2021, discorrendo sobre como era realizada uma partilha sob a vigência do mencionado artigo, aduzem:

---

[13] VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: UNAMA, 2005, p. 51.
[14] VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: UNAMA, 2005, p. 51.
[15] VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: UNAMA, 2005, p. 51.
[16] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*: teoria e prática. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 161-162.

> [...]
> Restritivamente, dispõe o art. 1.790 do Código Civil que "a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável".
> [...]
> Nota-se *a restrição de participação sucessória nos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o que afasta direito do companheiro sobre os demais bens, havidos pelo autor da herança antes da união ou a título gratuito (herança ou d*oação). [...]
> [...]. (Grifo nosso).

Destarte, como no presente caso os valores a serem recebidos originam-se de índice de correção em caderneta de poupança, constituída anteriormente à união estável verificada, sendo, por consequência, *bem particular*, e por força do art. 1.790 do CC/2002, vigente à época da partilha dos bens deixados pela *de cujus*, entendemos que seu "companheiro sobrevivente não terá direito aos referidos valores, não concorrendo, assim, em eventual sobrepartilha do bem (valores a serem recebidos), com os descendentes da falecida – a saber, seus cinco (5) filhos".

Este nosso entendimento segue o posicionamento corroborado no livro "*Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*", por Zeno Veloso:[17]

> [...]
> O inciso II do art. 1.790 prevê a hipótese de concorrer o companheiro com descendentes só do autor da herança, tocando-lhe a metade do que couber a cada um dos descendentes.
> Concorrendo com descendentes comuns, já vimos, o companheiro sobrevivente tem direito a uma quota equivalente à do descendente (art. 1.790, I); concorrendo com descendentes só do autor da herança, tocará ao companheiro sobrevivente metade do que couber a cada um desses descendentes (art. 1.790, II). Mas temos de estas atentos para o caput do art. 1.790. A herança possível do companheiro é representada pelos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Os bens particulares do de cujus – os que já possuía antes de constituir a união estável, e os que he sobrevieram, na constância da mesma, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar – não integram a herança quanto ao companheiro sobrevivente, alertando-se, de novo, que, em regra, a união estável segue o regime da comunhão parcial. *Assim, na concorrência com os descendentes do falecido, a quota do companheiro incide apenas sobre o que os descendentes receberem nos bens comuns, vale dizer, nos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Os bens particulares do falecido caberão, exclusivamente, aos descendentes.*
> [...]. (Grifo nosso).

[17] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174- 175.

3 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nosso entendimento é no sentido de que o companheiro sobrevivente, por força do disposto no art. 1.790 do CC/2002, vigente à época da partilha dos bens deixados pela falecida, não faz jus a receber valores dos – R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – a serem percebidos em eventual SOBREPARTILHA –, cuja partilha de tais valores deve contemplar, apenas, os cinco (5) descendentes da falecida.

Aduzindo-se serem infrutíferas as discussões a respeito do bem, objeto de análise neste artigo, se fruto, ou não, uma vez que, em ambos os casos o companheiro sobrevivente não concorrerá com os descendentes, por se tratar de *bem particular*, tendo em vista a regra do art. 1.790 do CC/2002 – vigorante à época tanto do óbito da companheira quanto da lavratura da multicitada escritura pública.

Por fim, e via de consequência, devem, referidos valores – R$-500.000,00 (quinhentos mil reais) – a serem percebidos, descobertos anos após a realização da partilha dos demais bens deixados pela extinta senhora – ser objeto de eventual SOBREPARTILHA, por força do contido no art. 2.022 do CC/2002, a qual deverá obedecer ao mesmo regramento dado à partilha dos demais bens, nos moldes do item anterior.

É como pensamos!

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses, Edição n. 50: União Estável. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?tipo=JT&livre=REGIME+DE+BENS+UNI%C3O+EST%C1VEL+ANTES+DE+2002&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=1&i=2&operador=e&ordenacao=MAT,TIT&ordem=MAT,TIT. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878694*. Relator Ministro: Luis Roberto Barroso. DJe: 6 fev. 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. I a VI.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado* – Direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*: teoria e prática. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *AI: 70083387449 RS,* Relator: José Antônio Daltoé Cezar, Data de Julgamento: 30/01/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 03/02/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 2222473-98.2019.8.26.0000*. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador: Erickson Gavazza Marques. Data do Julgamento: 29 de out. 2019.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pacto dos noivos:* o que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receio em perguntar. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil.* Direito de família. São Paulo: Método, 2006, v. 5.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil.* 2. ed. Belém: UNAMA, 2005.

VELOSO, Zeno. *Direito civil* – Temas. Belém: ANOREG/PA, 2017.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A RENÚNCIA DO CÔNJUGE À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca

Advogada militante. Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. A indesejada e inconveniente concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, cuja união é presidida pelo regime da separação de bens. 2. O pacto sucessório. 3. A validade da renúncia à concorrência sucessória. 4. Referências.

1 A INDESEJADA E INCONVENIENTE CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO, CUJA UNIÃO É PRESIDIDA PELO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

O Código Civil, no art. 1.829, deferiu a concorrência sucessória ao cônjuge. Por consequência, todos aqueles casados sob o regime da comunhão parcial, como também aqueles consorciados sob a égide do regime da separação de bens passaram a concorrer com os descendentes – e, na falta destes, com os ascendentes –, à herança deixada por aquele que, em primeiro lugar, vier a falecer.

Rompendo, desse modo, com a tradição de nosso Direito e chocando frontalmente com as regras que permitem aos nubentes optar pelo regime de bens que melhor lhes aprouver, entre eles o da separação total de bens, o Código Civil outorgou ao cônjuge ou companheiro sobrevivente do consórcio presidido pelo regime da separação total a condição de herdeiro concorrente com os descendentes do consorte falecido.

Ou seja, muito embora pelo regime da separação convencional não se comuniquem os bens pertencentes a cada um dos consortes, mantendo-se eles, durante o matrimônio ou união estável, sob a exclusiva administração e livre disposição de cada um deles, o Código Civil conferiu ao cônjuge ou companheiro

sobrevivente do relacionamento celebrado sob tal regime a condição de herdeiro em concorrência com os descendentes do falecido.

Tudo sob o pálio de não relegar aquele que já se achava desprovido de meação à míngua. Ora, ainda que o argumento pudesse prevalecer – o que não ocorre porque o mesmo e idêntico direito foi conferido ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial que, como cediço, sempre teve como seu direito a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união –, o certo é que, ao assim estatuir, eliminou o Código Civil a única possibilidade de – por livre escolha – lograrem os consortes fazer reger a união por um regime de plena e total incomunicabilidade. Com a superveniência da regra do art. 1.829, I, do Código Civil, deixou o Direito brasileiro de contemplar um único regime que pudesse ser alcunhado de plena e total separação de bens. Aquele atualmente regulado pelo art. 1.687, do Código Civil, é de separação de bens em vida, de nada valendo, *post mortem*, a vontade externada em pacto.

Ora, se os nubentes subscrevem o pacto almejando sacramentar o regime de absoluta separação de bens, permitir a quebra dessa manifestação de vontade após a morte de quem a externou significa, por óbvio, vilipendiá-la.

Não obstante, a observância literal, estrita e cega da norma do art. 1.829, I, do Código Civil, reina absoluta em nossa jurisprudência.

É bem verdade que, no ano de 2009, ou seja, após quase oito anos do início da vigência do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça fez proclamar, por duas vezes, que admitir que o consorte unido ao falecido sob o regime da separação convencional de bens se tornasse herdeiro, significaria

> [...] clara antinomia entre os artigos 1.829, I, e 1.687 do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. No processo analisado [...] a ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo direito patrimonial da família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do direito das sucessões porque o fenômeno sucessório 'traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida'.[1]

[1] STJ. *REsp 992749*, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1º dez. 2009. "[...] No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil [...]" (STJ. *REsp 1.830.753-RJ*, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 3 dez. 2019); "O convivente sobrevivente vinculado ao regime de separação convencional de bens, diferentemente do regramento correlato à separação obrigatória, ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Determinação de confecção de novo plano de partilha, com a inclusão da agravante na qualidade de herdeira concorrente dos bens adquiridos após a firma do contrato de convivência. Os bens adquiridos anteriormente deverão ser considerados objeto de meação, inclusive para fins tributários, ante a impossibilidade de concessão de efeitos retroativos ao pacto correspondente

Posteriormente, todavia, essa orientação acabou não prevalecendo até mesmo dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça. Efetivamente, não foram poucos os arestos que voltaram a se filiar à literalidade do art. 1.829, I, da Lei Civil, outorgando àquele que teve o relacionamento presidido pelo regime da separação total a condição de herdeiro em concurso com os descendentes do autor da herança. Tais decisões se arrimavam em fundamentos diversos: (a) o art. 1.829, I, do Código Civil, assegura proteção ao viúvo, observando, nesse passo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; (b) o art. 1.829, I, apenas exclui da sucessão hereditária os cônjuges ou companheiros unidos sob o regime da separação obrigatória e como se trata de norma restritiva de direito, não se admite interpretação ampliativa; (c) o regime de bens é destinado a vigorar durante o relacionamento e, com o termo deste, encontra ele também o seu termo final, não podendo, destarte, surtir efeitos *post mortem*.[2]

Por outro lado, é consabido que com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, os cônjuges e os companheiros foram equiparados no que tange aos direitos de natureza sucessória. Assim, tal como os cônjuges, os conviventes também concorrem, juntamente com os descendentes e, na falta destes, com os ascendentes, ao acervo hereditário deixado pelo companheiro falecido.

Ou seja, a partir da entrada em vigor da Lei Civil de 2002, a morte de um dos cônjuges ou companheiros unidos sob os regimes da comunhão parcial de bens ou da separação total, passou a trazer como inarredável consequência o direito à concorrência sucessória em favor do supérstite.

A concessão desse direito, é forçoso convir, nem sempre é bem-vinda e principalmente para os nubentes que tiveram o cuidado de pactuar, ao início da relação, um regime que assegurasse total e completa independência patrimonial. É que se a eles parecia evidente que o regime adotado garantiria absoluta incomunicabilidade em vida, com maior razão essa certeza prevaleceria após a morte.

E a situação afigura mais preocupante para aqueles titulares de participações em sociedades familiares fechadas ou mesmo em condomínios mantidos com parentes. É que o ingresso de terceiro estranho ao núcleo familiar, seja na pessoa jurídica, seja no condomínio, até então dotados de contornos domésticos, poderá ter o condão de desnaturar essa característica dada a possibilidade de que, com a entrada de um membro alheio ao âmago familiar, outros que lhe venham a suceder também neles tenham franqueada a participação.

---

ao regime patrimonial de regência da união estável" (TJSP. *AI 2060912-65.2019.8.26.0000,* 2ª Câm. Dir. Privado. Rel. Des. Rosangela Telles, j. 28 nov. 2019).

[2] STJ. *REsp 1830753/RJ*, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 3 dez. 2019; STJ. *AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1.318.249/GO*, 4ª Turma, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 24 set. 2019; STJ. *AREsp 1.451.172/SP*, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 2 abr. 2019; STJ. *REsp 1.622.459/MT*, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. 19 ago. 2019; STJ. *AREsp 640.912/DF*, 4ª Turma, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 22 abr. 2019.

E sequer se afirme que, no que tange à pessoa jurídica, essa possibilidade poderia ser obstada pela inclusão, no contrato social ou nos estatutos, de cláusula que viesse a vedar a integração de terceiros aos quadros sociais. Na verdade, tal disposição pode se revelar de pouca valia quando se pondera que nem sempre o caixa da sociedade dispõe de recursos para reembolsar, ao beneficiário da repudiada participação societária, o valor dos haveres a que faria jus.

Por outro lado, sustenta-se que o direito à concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro supérstite poderia ser contornado com a outorga, a ele, por testamento, de bens outros sobre os quais não haveria a coparticipação de familiares. Contudo, nem sempre assim é possível, especialmente quando, entre os bens que compõem o acervo inventariado, não se inserem outros tantos suficientes para compensar aqueles sobre os quais a participação do viúvo se afigura indesejada.

Em suma, a partir de 2002, o regime de completa e total separação de bens, tal como pactuado, deixou de ser absoluto. Se afasta, de um lado, a comunicabilidade dos bens na partilha decorrente de um divórcio ou de uma dissolução de união estável, por outro, não tem o condão de arredar, da herança dos descendentes ou dos ascendentes, a concorrência do cônjuge viúvo ou companheiro supérstite.

O inconformismo gerado pela concessão da concorrência sucessória ao cônjuge e ao companheiro, cuja união tenha sido pautada pelo regime da total separação de bens, passados já quase 20 anos da vigência do Código Civil, ainda hoje repercute.[3]

Passaram a ser frequentes as escrituras, os pactos antenupciais e/ou contratos de convivência que contemplam a renúncia a essa infortunada concorrência. Contudo, tais disposições ainda não receberam a chancela do Poder Judiciário e encontram, por igual, resistência por parte de alguns tabelionatos que se recusam a

---

[3] "Nessa situação, ao tomarem conhecimento da condição de herdeiro de seu futuro cônjuge ou companheiro, as pessoas ficam indignadas, eis que se sentem impossibilitadas de decidir, de forma ampla, sobre como serão as regras patrimoniais do seu relacionamento, principalmente por não terem o direito de estabelecer, de comum acordo, que, além da não comunicação patrimonial, também não querem, por ocasião de sua morte, que seu patrimônio seja dividido com seu novo cônjuge, prejudicando, assim, a herança de seus filhos. Na lida diária do cartório, inúmeras são as queixas, pois a grande maioria das pessoas não consegue aceitar e nem entender essa limitação imposta pelo nosso ordenamento jurídico. A coisa complica ainda mais quando as partes só descobrem o direito à herança do cônjuge ou companheiro após terem se casado, ou, pior ainda, só depois que um dos cônjuges morre. Muitas pessoas não têm assessoramento jurídico de um advogado, simplesmente escolhem o regime da separação total, e, ao se dirigirem a um Oficial de Registro Civil, são informadas que, para esse regime, é necessário fazer um pacto antenupcial em Tabelionato de Notas. E assim o fazem, sem imaginar que, em caso de falecimento de um dos cônjuges, o outro será herdeiro" (SANTOS, Carolina Edith Mosmann dos; MASSONETO JÚNIOR, João Francisco. Análise propositiva sobre a renúncia da herança em pacto antenupcial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Santa Catarina, v. 8, n. 43, p. 136, jul./ago. 2021). Nesse sentido, também é a indignação externada por Daniel Bucar: "Não obstante a inovação trazida pelo legislador de 2002, fundamentada, sobretudo, na solidariedade familiar, não se pode deixar de registrar as críticas e perplexidades trazidas por famílias recompostas aos escritórios de advocacia, que bem concretiza a problemática: o crescente número de pessoas divorciadas, com filhos advindos da relação anterior, que apresentam sustento e patrimônio próprios, que casam ou estabelecem união estável, mas que desejam evitar comunhão ou condomínios potencializadores de conflitos em suas sucessões. Em outras palavras, não desejam ser herdeiros um do outro, embora também sofram limitações com a proibição dos testamentos conjuntivos (art. 1863, CC)" (BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões* – Diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 288).

lavrar esses instrumentos sob a alegação de que tais estipulações teriam a natureza de pacto sucessório e seriam nulas por afronta ao art. 426 do Código Civil.

2 O PACTO SUCESSÓRIO

Entende-se por pacto sucessório todo e qualquer contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva. Por fundamentos de ordem moral, mas principalmente em atenção à segurança da pessoa cujo acervo patrimonial possa ser transacionado em vida, o ordenamento pátrio proíbe a realização de avença que tenha por objeto a herança de pessoa viva, ou seja, o denominado pacto sucessório. É o que textualmente estabelece o art. 426 do Código Civil.

A origem dos motivos que inspiraram tal vedação não é nova. A "Parábola do Filho Pródigo" (Livro de Lucas, 15:11-32) já trazia consigo o fundamento moral que inspirou a proibição do denominado *pacta corvina.* Negociar a herança de alguém em vida significa assumir posição semelhante ao do corvo que fica sobrevoando o animal agonizante, cuja carne servirá para ele de alimento. O herdeiro ou terceiro beneficiado pelo pacto sucessório seria assim equiparado ao corvo: enquanto aquele fica à espreita da carniça, o herdeiro ficaria aspirando a morte do autor da herança para dela, o quanto antes, se beneficiar.

Aliás, não são poucos os homicídios planejados e executados com um único e exclusivo propósito: o recebimento desde logo da herança. Não seria demais rememorar aqui o assassinato dos pais por Suzane von Richthofen – presa até os dias de hoje – e que bem traduz a preocupação do legislador com os pactos sucessórios e a razão pela qual a levou a bani-los da legislação civil.

Contudo, a verdade é que assim nem sempre foi como, por igual, não são todas as legislações que coíbem a celebração de tais contratos.

No Direito Romano. o impedimento à efetivação de tais ajustes não era absoluto. A Constituição de Justiniano – *De Quaestione* – admitia a validade da renúncia à herança desde que contasse o ato com a aquiescência do titular da sucessão. É que se entendia que uma vez obtida essa anuência, deixaria a avença de representar ameaça à vida do autor da herança.[4]

No período renascentista, as normas constantes da codificação justiniana *Da Quaestione* passaram a se estender a todas as modalidades de pactos sucessórios e não apenas àqueles que visassem a mera abdicação da herança.

[4] SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança.* Salvador: JusPodivm, 2019, p. 34.

Coube às romanistas dos séculos XII e XIII a classificação dos pactos sucessórios em três categorias distintas:

a) pactos aquisitivos ou *'de succedendo'*: correspondem às modalidades que congregam a instituição de herdeiros a título universal ou singular, como aquelas feitas em testamento;

b) pactos renunciativos ou de *'non succedendo'*: são aqueles pelos quais um dos contratantes renuncia à sucessão de outro. Podem ser feitas com ou sem a indicação da pessoa do beneficiário, mas necessariamente devem contar com a aprovação daquele, cuja herança se trata. Não eram incluídos nessa categoria aqueles atos de renúncia que não contassem com a intervenção de um beneficiário, uma vez que eram considerados atos unilaterais e essencialmente revogáveis;

c) pactos '*de hereditate tertius':* são aqueles em que a renúncia à herança se dá independentemente da concordância do titular da herança.[5]

Como se pode constatar, nas ordenações antigas a renúncia à herança – quer como ato unilateral, quer como contrato que contasse com a participação do beneficiário e daquele, cuja sucessão é objeto do pacto – sempre foi admitida.

Muito embora até o advento do Código Civil de 1867 o Direito lusitano acatasse os pactos renunciativos sempre que chancelados por juramento,[6] essa possibilidade, por influência da legislação francesa, veio a ser sepultada por aquela codificação.[7] Foi tão somente com a superveniência da Lei n. 48, de 14 de agosto de 2018, que o ordenamento lusitano passou a admitir, sempre que o regime fosse o da separação de bens (em quaisquer de suas modalidades), que a renúncia à condição de herdeiro pudesse ser formalizada em convenções antenupciais.

No Brasil, Teixeira de Freitas, na sua *Consolidação das Leis Civis de 1858*, malgrado tivesse feito prever no art. 352 que *"(a) as heranças de pessoas vivas não podem sêr igualmente objecto de contracto*", fazia estabelecer no artigo 353 que *"(s)ão nulos todos os pactos sucessórios, para suceder, ou não succedêr, ou sejam entre aquelles, que esperão sêr herdeiros; ou com a propria pessoa, de cuja herança se trata*", ressalvou no art. 354 que *"(n)ão é aplicável a disposição do Art. antecedente aos pactos e condições em contractos matrimoniaes sobre a sucessão reciproca dos esposos*".

---

[5] CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português.* Conferência proferida em São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade, 18 ago. 1964, p. 104 e segs.

[6] SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança.* Salvador: JusPodivm, 2019, p. 3.

[7] Ainda antes da entrada em vigor do atual Código Civil, Guilherme Braga da Cruz, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1964, em face da posição da doutrina portuguesa amplamente favorável à regulamentação dos pactos sucessórios, fazia externar o anseio de que a nova codificação viesse a "alargar de novo a admissibilidade dos pactos sobre sucessão futura, embora dentro do campo restrito (...) dos contratos antenupciais", oportunidade essa que, como se sabe, acabou não sendo acolhida pelo Direito lusitano. (CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português.* Conferência proferida em São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade, 18 ago. 1964, p. 104 e segs.).

No entanto, o projeto primitivo do Código Civil de 1916 limitou-se a estabelecer que não seriam válidas as convenções antenupciais que alterassem "a ordem legal das successões". O dispositivo foi suprimido por ocasião dos diversos trâmites junto ao Congresso Nacional, sem qualquer justificativa.

O Código Civil de 1916, não obstante cominasse de nulidade os pactos sucessórios (art. 1.089), relativamente às convenções antenupciais ateve-se a dedicar à matéria dois artigos, apenas estatuindo que seria "lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver" (art. 256), bem como que se teria "*por não escripta a convenção ou a clausula: I. Que prejudique os direitos dos conjugaes, ou os paternos. II. Que contravenha disposição absoluta da lei*" (art. 257).

Diante dos vagos termos dos arts. 256 e 257, remanescia a dúvida acerca da possibilidade de os nubentes fazerem regular a sua sucessão no pacto antenupcial, muito embora, segundo Clóvis Beviláqua, "*A maior parte dos escriptores inclinava-se para a afirmativa*".[8]

Partilhava também aquele jurista desse posicionamento, afirmando que

> [...] *apezar de não permitir o Código Civil os pactos sucessórios, nem os testamentos conjunctivos, nas convenções antenupciais, é lícito aos cônjuges estabelecer clausulas relativamente à sua sucessão. Taes clausulas, porém, não poderão prejudicar os herdeiros necessários, nem a mutabilidade essencial das disposições causa mortis.*[9]

O Código Civil de 2002 manteve a proibição dos pactos sucessórios, reproduzindo *ipsis litteris,* no art. 426, a norma que já constava do art. 1.089 do Código Civil de 1916, eliminando, outrossim, qualquer possibilidade de estipulações de natureza sucessória nos pactos antenupciais.

Ao referendar o princípio da *votum captandae mortis* a nossa Lei Civil, assim como a jurisprudência pátria,[10] apartaram-se das legislações estrangeiras que expressamente permitem a renúncia à sucessão, inclusive à legítima (BGB, arts. 2.346, 2.346.2); a austríaca (ABGB, arts. 1.249 e segs.); a suíça (CC, arts. 468, 481, 494, 512 a 516), entre outras.

---

[8] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, comentário ao art. 257, nota 4.
[9] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, comentário ao art. 257, nota 4.
[10] STJ. *REsp 1591224/MA*, Red. Min. João Otávio de Noronha, j. 26 abr. 2016; *REsp 1472945/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuevas, j. 23 out. 2014; *REsp 1225861/RS*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22 abr. 2014; *REsp 646259/RS*, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 22 jun. 2010.

3 A VALIDADE DA RENÚNCIA À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Tendo a lei civil conferido ao cônjuge supérstite o direito à concorrência sucessória com os descendentes ou ascendentes do consorte pré-morto, a indagação que se põe é se a cláusula constante de pacto antenupcial ou de escritura que contemple a renúncia àquele concurso hereditário poderia ser também caracterizada como *pacta corvina* e, por conseguinte, nula.[11]

Malgrado o art. 426 do Código Civil fulmine de nulidade os acordos de vontade que tenham por objeto herança de pessoa vida, o certo é que não são poucas as estipulações com esse escopo referendadas pela legislação, doutrina e jurisprudência.

O primeiro exemplo sempre lembrado por todos aqueles que se debruçaram sobre essa questão é o da cláusula usualmente constante de contratos sociais por meio da qual é disciplinado o ingresso ou não de herdeiros na sociedade e, nessa última hipótese, os critérios que nortearão a apuração dos haveres correspondentes à participação societária rejeitada. Outro exemplo frequentemente invocado é o da partilha em vida expressamente facultada pelo art. 2.018 do Código Civil.

Esses ajustes externam com absoluta nitidez a natureza de pactos sucessórios na medida em que regulam o destino *post mortem* do patrimônio daquele que ainda está vivo. Todavia, esses acordos de vontade, malgrado digam respeito à sucessão de pessoa viva, são hodiernamente admitidos sem contestação quiçá porque não coloquem em risco a integridade física daquele cujo destino do acervo hereditário por eles está sendo regulado.

Todavia, há outros negócios jurídicos que, além de terem por objeto a herança de pessoa viva, indiscutivelmente podem acabar por gerar, pelo contratante que dele venha a aferir algum benefício, interesse pelo fim da vida do autor da herança.

Com efeito, a título exemplificativo, podem-se citar:

a) a contratação de seguro de vida em favor de cônjuge ou descendente a qual, muito embora sem contestação admitida no Direito pátrio, não impede que o futuro beneficiário venha a ter interesse na morte daquela cuja vida é assegurada para receber, o quanto antes, o valor da indenização;

---

[11] Argumenta-se em prol da vedação ao *votum captandae mortis* que o pacto sucessório seria nulo também porque o herdeiro teria apenas uma expectativa de direito à herança e que esta, por conseguinte, ao ensejo da celebração da avença, seria inexistente. Este argumento não prevalece porquanto, como cediço, o contrato pode ter por objeto bem futuro. Por outro lado, sustenta-se, o contrato sucessório reputar-se-ia inválido porque as disposições de última vontade são essencialmente revogáveis. Mais uma vez trata-se de motivação que atualmente não prevalece dada a possibilidade franqueada pelo legislador de alteração do pacto antenupcial. Por outro lado, tratando-se de renúncia à concorrência sucessória, a revogabilidade é da essência do ato abdicativo. (Cf., nesse sentido, BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões* – Diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 285).

b) a doação com reserva de usufruto vitalício que também pode proporcionar ao donatário o anseio pela morte do usufrutuário de modo que tenha ele, o quanto antes, consolidada, em seu favor, a propriedade plena do bem objeto da liberalidade;

c) a doação *mortis causa,* ou seja, aquela cuja eficácia fica subordinada à morte do doador, configura exemplo didático de contrato que indubitavelmente versa sobre herança de pessoa viva e que enseja ao donatário almejar pelo término de vida do doador. O art. 2.018 considera "válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários";[12]

d) o comodato vitalício que também pode estimular o comodatário a aspirar o falecimento do comodante com vistas à retomada do bem.

Assim como sucede nessas hipóteses, em todos os contratos cuja eficácia fica subordinada à ocorrência da morte de um dos contratantes, o beneficiário do infausto evento pode por ele manifestar condenável anseio. Não obstante, todos esses acordos de vontade são recepcionados, sem restrições, pelas ordenações em geral.

Acresça-se, por outro lado, que se levadas essas considerações ao extremo, impor-se-ia reconhecer que a herança, por si só, já fomenta uma expectativa de seu recebimento e quiçá um apelo à finitude daquele, cuja vida representa óbice à concretização do nefasto intento.

Em suma, a vedação contida no art. 426 do Código Civil, dada à extensão das exceções contempladas pelo legislador, apresenta-se, em princípio, um absoluto *nonsense.*

Não por outra razão, Mário Luiz Delgado, debruçando-se sobre a exegese do art. 426 do Código Civil, conclui que a única interpretação possível da norma – e não obstante assim não deflua da letra respectiva – é a que leva à proibição no Direito brasileiro de contratos que tenham "por objeto a herança de pessoa diversa das partes contratantes".[13]

É a hipótese, trazida a lume por José Fernando Simão, do herdeiro que, com os ascendentes ainda vivos, aliene seus direitos sucessórios.[14]

---

[12] Como releva Silvio Venosa, trata-se de exceção ao artigo 426 "porque possibilita a ocorrência de uma disposição antecipada de bens para após a morte" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 430).

[13] DELGADO, Mário Luiz. Pactos sucessórios. Renúncia a Direito Concorrencial. Possibilidade. Inteligência do art. 426 do Código Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 187, jul./ago. 2021.

[14] SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório. *Revista IMES*, São Paulo, p. 34-48, jan./jul. 2005.

Diante de todas essas reflexões não é difícil inferir que a renúncia à concorrência sucessória não é vedada pelo Direito pátrio e sequer se insere na proibição veiculada pelo art. 426 do Código Civil.

Contudo, e como se não se revelasse suficiente a lógica do raciocínio acima exposto, é inequívoco que militam ainda, em favor da abdicação do concurso hereditário, outras e não menos do que três relevantes razões.

Em primeiro lugar, porque a renúncia é ato unilateral de vontade, não partilhando da natureza contratual reclamada pelo art. 426 do Código Civil.

Em segundo lugar, porque ao renunciar à concorrência sucessória, o cônjuge não está transacionando com terceiros herança de pessoa viva, mas abrindo mão de uma futura e ainda incerta concorrência sucessória.

Em terceiro lugar – o que se revela mais importante-, é que na renúncia à concorrência sucessória, a par de não haver transação sobre herança de pessoa viva, o cônjuge declina de um direito, eliminando, destarte, qualquer interesse acerca da não preservação da vida do consorte.

Anote-se, por fim, que a renúncia à concorrência não implica em abdicação à condição de herdeiro necessário e não altera a ordem da sucessão hereditária.

A renúncia à concorrência sucessória configura, portanto, manifestação de vontade que, além de não se enquadrar no escopo do art. 426 do Código Civil, tem finalidade exatamente oposta àquela que levou o legislador a proscrever a *pacta corvina*.

Em suma, a cláusula constante de pacto antenupcial ou de escritura pública que contemple renúncia à concorrência sucessória não se insere na proibição do art. 426 do Código Civil, sendo, portanto, a par de validade inquestionável, o único recurso de que dispõem os cônjuges ou companheiros para restabelecer a incomunicabilidade plena que deveria ser assegurada àqueles cuja união é presidida pelo regime da separação total de bens.

Essa possibilidade reflete, ademais, o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, primado este basilar do Direito de Família brasileiro, consubstanciado no art. 1.639 do Código Civil.

4 REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, comentário ao art. 257, nota 4.

BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões* – Diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2020.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português.* Conferência proferida em São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade, 18 ago. 1964.

DELGADO, Mário Luiz. Pactos sucessórios. Renúncia a Direito Concorrencial. Possibilidade. Inteligência do art. 426 do Código Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 187, jul./ago. 2021.

SANTOS, Carolina Edith Mosmann dos; MASSONETO JÚNIOR, João Francisco. Análise propositiva sobre a renúncia da herança em pacto antenupcial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Santa Catarina, v. 8, n. 43, p. 136, jul./ago. 2021.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança.* Salvador: JusPodivm, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório. *Revista IMES*, São Paulo, p. 34-48, jan./jul. 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACTO ANTENUPCIAL E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Luciano L. Figueiredo

Advogado. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade do Salvador (UNIFACS). Diretor da Comissão de Advogados do IBDFAM/BA. Associado Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor de Direito Civil.

Sumário: 1. *Fast food, Fast love* e regramentos matrimoniais. 2. O pacto antenupcial. 2.1. Quais os limites do pacto antenupcial? 3. Negócios jurídicos processuais. 3.1. Negócios jurídicos processuais e o pacto antenupcial. 4. Conclusões. 5. Referências.

1 *FAST FOOD, FAST LOVE* E REGRAMENTOS MATRIMONIAIS

A pós-modernidade é o atual estágio socioevolutivo.[1] Vivencia-se a fase do pós-tudo: pós-Revolução Industrial, pós-Freud, pós-Marx... Sabe-se que veio o depois e que há o desejo do novo, mas o "novo" ainda não chegou.[2]

Estranhamente, quanto mais a sociedade se integra, mais as relações se tornam efêmeras. O ser humano, malgrado conectado ao resto do mundo, encontra-se isolado, trancado e diante de um dispositivo eletrônico.

A pós-modernidade tem as suas contradições.

---

[1] SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice.* O social e o político na pós–modernidade. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.* O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2005. Disponível em: http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo–e–constitucionalizacao–do–direito#ixzz3AOhYer2G. Acesso em: 24 abr. 2022.

O paradoxo de afastamento e aproximação gera diversos impactos. Artes, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, intimidade... nada escapa; tudo é tocado.[3]

As relações humanas progridem em flexibilidade, volatilidade e insegurança. Proliferam os relacionamentos efêmeros e virtuais, quando comparados aos vínculos duradouros, presenciais e tradicionais.

Relações viram mercadorias, usualmente substituídas por novidades. Não se buscam ajustes; apenas substituições. A geração *fast food* cria o *fast love*. Há uma modernidade líquida, atrelada a um amor, igualmente, líquido.[4]

A percepção da finitude matrimonial, aliada a uma cultura materialista, desemboca na busca de planejamentos familiares. Aqueles que vivenciaram um doloroso, lento e custoso processo de divórcio desejam pactuar regras de facilitação procedimental.

Noivos não mais desejam um casamento *standart*, emoldurado como um negócio jurídico completamente vinculativo, assemelhado a um contrato por adesão ou significado como camisa *unissex* e de tamanho único.

Nesse contexto, é que se coloca o tema-problema central deste estudo: o pacto antenupcial pode contar com negócios jurídicos processuais?

Inicia-se indagando o que é o pacto antenupcial?

2 O PACTO ANTENUPCIAL[5]

Pactum, do latim, significa ajuste, convenção. Surgiu com a finalidade de facultar aos nubentes a escolha da normatização patrimonial aplicável ao casamento. Progrediu em alcance, eventualmente regulando questões pessoais e procedimentais.[6]

Controverte-se a doutrina sobre a natureza jurídica do pacto. Há quem o veja como contrato, como negócio jurídico ou um terceiro gênero, entre negócios jurídicos e casamento.

---

[3] ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

[4] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido:* sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

[5] No decorrer deste trabalho serão utilizadas, como sinônimas, as expressões pacto antenupcial, pré-nupcial, convenção matrimonial, pacto de casamento, contrato matrimonial, entre outros. Todos esses signos remeterão ao negócio jurídico de direito de família que regula as regras da conjugalidade matrimonial.

[6] TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 478.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[7] enxerga o pacto antenupcial entre o contrato de direito das obrigações – isto é, o contrato de sociedade –, e o casamento.

Orlando Gomes[8] afirma que o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no direito obrigacional, pois tem caráter institucional e, uma vez realizado o casamento, as partes não podem modificá-lo ou dissolvê-lo.

O Código Civil alemão (BGB) e o francês emolduram o pacto como contrato.[9]

O Direito inglês o entende como acordo matrimonial (*marrige settlement* ou *family settlement*), que pode ser realizado antes (pré-nupcial), ou após (pós-nupcial) o casamento. A mesma noção aplica-se aos Estados Unidos, onde adota-se como versão pré-nupcial a *prenuptial contract*, e pós-nupcial a *postnupcial contracts.*[10]

No Direito português o casamento é considerado um contrato, sendo a convenção antenupcial uma disposição acessória, fato que reforça sua natureza de contrato acessório ao casamento.[11]

Mas, afinal, qual a natureza jurídica do pacto antenupcial no Brasil?

O posicionamento contemporâneo majoritário no Brasil, com o qual concorda-se, encaminha-se com a natureza negocial do pacto antenupcial,[12] sendo um negócio jurídico de Direito de Família.[13] É um negócio jurídico peculiar, especial, de natureza diversa daqueles regulados no campo obrigacional.[14]

Assim como o casamento, o pacto não se amolda a uma moldura meramente contratual. Casamento e pacto não visionam regrar apenas o patrimônio, o econômico. Vão além, tocando questões existenciais, como fidelidade e mútua assistência,[15] e procedimentais, como negócios jurídicos processuais.

Contratos versam sobre interesses contrapostos, e no pacto há interesses colidentes, aproximando-o da figura do acordo.[16]

---

[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII, p. 313.

[8] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 169-170.

[9] CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regimes de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método/Gen, 2011, p. 108-109.

[10] SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 193.

[11] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões.* Coimbra: Almedina, 2008, p. 382-383.

[12] Conforme colocado por PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 208. Igualmente defendendo a natureza negocial do pacto antenupcial: MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159.

[13] GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial.* São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

[14] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 169-177.

[15] SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 934.

[16] Malgrado o dito, há aqueles que seguem defendendo a natureza jurídica contratual do pacto, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 446).

Outro grande debate relaciona-se ao objeto do pacto.

De um lado, há aqueles que defendem o objeto exclusivamente patrimonial. Assim posicionam-se Sílvio do Salvo Venosa,[17] Fabiana Domingues Cardoso,[18] Carvalho Santos,[19] Cláudio Almeida Santos,[20] Orlando Gomes,[21] Washington de Barros Monteiro[22] e Maria Helena Diniz.[23]

Doutro lado, há quem enxergue a possibilidade do pacto regular para além do patrimônio, desde que respeitadas as questões de ordem pública. Assim coloca-se Maria Berenice Dias,[24] Rodrigo da Cunha Pereira,[25] Anderson Schreiber[26] e Gustavo Tepedino.[27]

Há, ainda, quem entenda viável ao pacto trazer outros temas estranhos ao regime de bens, os quais serão regidos pelo respectivo arcabouço normativo, do respectivo ramo do Direito. Exemplifica Paulo Lôbo com a assunção da obrigação de uma das partes de venda de um bem à outra, após o casamento, tema que será regido pelo direito obrigacional; e com o reconhecimento de um filho, assunto norteado pelas normas de parentesco e filiação.[28]

Verbera Pontes de Miranda que onde se estipula sobre interesses antes do casamento, a convenção é antenupcial, mas não necessariamente familiarista, pois é viável que a disciplina não seja rigorosamente afeta ao regime de bens.[29] Conclui que qualquer disposição que esteja no mesmo instrumento do pacto antenupcial, mas que não diga respeito ao regime de bens, há de ser tratada como negócio jurídico comum, separada do próprio pacto. O pacto é divisível, fato que permite, inclusive, invalidações parciais[30] – princípio da divisibilidade do pacto.

---

[17] VENOSA, Sílvio do Salvo. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 331-332.
[18] CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regimes de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método/Gen, 2011, p. 218.
[19] CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. IV, p. 474; CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regimes de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método/Gen, 2011, p. 107.
[20] SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 201-202.
[21] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 167-169.
[22] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1970, v. II , p. 217.
[23] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. V, p. 153.
[24] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 217; CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regimes de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método/Gen, 2011, p. 161; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 371.
[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de famílias e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 498.
[26] SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 934.
[27] TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade:* teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBDFAM, 2008, p. 215; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 245.
[28] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil:* Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 307.
[29] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. VIII, p. 315.
[30] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. VIII, p. 316.

Avança Pontes de Miranda[31] para ressaltar que se não se seguir o matrimônio ao pacto, as cláusulas estranhas ao tema regime de bens seguem eficazes, a exemplo de doação, venda e compra ou troca, com o que concorda Zeno Veloso.[32]

O que salta aos olhos é que a doutrina avança no objeto do pacto antenupcial, transbordando o seu contorno meramente patrimonial.

O Enunciado 635, do Conselho da Justiça Federal, firma que o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

Os Enunciados 18, da Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal; 24, do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias; e 492, do Fórum Permanente de Processo Civil ressaltam que os pactos antenupciais e os contratos de convivência podem veicular negócios jurídicos processuais.

Como negócio jurídico que é, o pacto deverá respeitar os elementos de validade, preponderantemente regulados no art. 104 do Código Civil.

O primeiro deles é a capacidade civil, que não deve ser entendida como geral, mas como a núbil, adquirida aos 16 anos de idade. São "capazes para os pactos antenupciais todas as pessoas que podem contrair matrimônio".[33]

Atualmente, é vedado, em qualquer caso, o casamento do menor de 16 anos de idade, na forma do art. 1.520 do Código Civil. Se não pode casar, não poderá fazer pacto antenupcial.[34]

Para além da capacidade, demanda-se para o pacto legitimação. Se são impedidos de se casar, na forma do art. 1.521 do Código Civil, igualmente o serão para o pacto antenupcial. Trata-se de sistema jurídico próximo ao português.[35]

Como a capacidade núbil inicia-se aos 16 anos e a capacidade plena para a vida civil aos 18, o pacto antenupcial realizado por aquele que tem entre 16 e 18 anos ficará "condicionado à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens", na forma do art. 1.654 do Código Civil.

---

[31] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. VIII, p. 202.
[32] VELOSO, Zeno. *Regime matrimonial de bens*: direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 86.
[33] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII, p. 186.
[34] A vedação do casamento do menor de 16 (dezesseis) anos de idade é notícia legislativa recente no Brasil, por conta do advento da Lei n. 13.811/2019. Antes do advento desta norma, na redação originária do art. 1.520, havia duas possibilidades do casamento do menor de 16 (dezesseis) anos na legislação nacional: gravidez e evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.
[35] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões.* Coimbra: Almedina, 2008, p. 201-202.

Aqui, haverá a necessidade da presença do assistente, sob pena de ineficácia,[36] ressalvada a hipótese do regime da separação obrigatória de bens.[37]

Preponderantemente, entende-se que não bastará a autorização do casamento do menor, entre 16 e 18 anos, para que este possa realizar o pacto sem assistência. Para o pacto demanda-se autorização específica.[38]

Sobre a forma e a eficácia, rege o art. 1.653 do Código Civil ser "nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento".

A anterioridade do pacto ao casamento acaba por diferenciá-lo dos demais negócios jurídicos, os quais não possuem essa prejudicialidade temporal.[39] A exigência de forma pública justifica-se pelos efeitos perante terceiros.

O pacto será lavrado por escritura pública, mediante um notário da confiança dos nubentes. Posteriormente, o traslado da escritura será levado, conjuntamente com os demais documentos, à habilitação do matrimônio, junto ao oficial e ao cartório correspondente, com declaração da data e do cartório cujas notas foi tomada a escritura do pacto antenupcial, declarando, expressamente, "sendo conhecido".[40]

Como a forma pública é da substância do ato (*ad substantiam*), o seu desrespeito ocasionará a nulidade absoluta do pacto, segundo o art. 1.653 do Código Civil.[41] Será nulo o pacto antenupcial realizado por instrumento diverso do público – como particular ou verbal – e é desprovido de valor a mera indicação do regime de bens no termo do casamento,[42] pois demanda-se a escritura pública no pacto antenupcial.

Consoante o art. 1.653 do Código Civil, o pacto apenas começará a produzir os seus efeitos no momento do casamento.

---

[36] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 310.

[37] Como bem recordado pelo art. 1.654 do Código Civil.

[38] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII, p. 164-165. No mesmo sentido há larga doutrina, a exemplo: GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 42; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz Regis. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 846. Divergindo e alinhando-se com a minoria, na defesa da tese para a qual a autorização para o casamento já desembocaria para o pacto: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 122.

[39] Conforme pontua Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, o direito português tem regramento similar, possibilitando a confecção do pacto, sua alteração ou revogação até a celebração do casamento (XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Porto: Almedina, 2000, p. 119. (Coleção Teses).

[40] Como recorda Paulo Luiz Netto Lôbo, com embasamento legal no art. 70 da Lei n. 6.015/1973 (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308-309).

[41] Firmando ser a forma pública da substância do pacto antenupcial, sendo a consequência de sua inobservância a nulidade absoluta, coloca-se, entre tantos autores: GRAMSTRUP, Erik Frederico; ZANETTI, A. C. Aspectos formativos do contrato na atualidade. *Quaestio Iuris*, v. 12, p. 683, 2020. Disponível em: https://www.e–publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/38456/33553. Acesso em: 16 fev. 2022.

[42] CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 371; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

Há, para grande parte da doutrina, uma condição suspensiva.[43] Todavia, há linha doutrinária no sentido de que o pacto não estaria sob condição suspensiva ao casamento, pois não é possível confundir a vontade de se casar com a efetiva celebração do matrimônio. Outrossim, a condição em comento não decorreria da vontade das partes, mas da lei, e os seus efeitos não retroagem à celebração do pacto, mas ao cumprimento da suposta condição.

O casamento, por conseguinte, não seria uma condição suspensiva, mas uma *conditio iuris* para que o pacto produza os seus efeitos.[44] Entende-se ser este o posicionamento mais acertado.

O pacto antenupcial é um negócio realizado *causa matrimonii*, tendo sua eficácia vinculada à celebração válida do casamento[45] e produzindo efeitos a partir de então, de forma *ex-nunc*.

No que tange ao registro do casamento, pouco importa a demora entre a sua ocorrência e a celebração do matrimônio. Este interregno não atingirá a eficácia do pacto incorporado ao processo de habilitação.[46]

Em sendo o pacto um negócio jurídico acessório ao casamento, a nulidade do casamento ocasionará a do pacto, consoante o princípio da gravitação jurídica ou universal. Entretanto, a eventual invalidade do pacto, não gerará a do casamento, principal.[47]

Há uma excepcional hipótese em que o casamento, malgrado inválido, terá seus efeitos preservados àquele que estiver de boa-fé,[48] até a data da sentença anulatória. É o casamento putativo.[49] Aqui, o eventual pacto será preservado a quem estiver de boa-fé, até a data da sentença anulatória.

Malgrado ser o pacto acessório, não há, no Brasil, um prazo decadencial expresso, após a sua realização, para que se ultime o casamento, sob pena de ineficácia.[50] No Direito português, por exemplo, percebe-se solução diversa, pois resta fixado o prazo de um ano, após a realização do pacto, para que haja o casamento, sob pena de o pacto vir a caducar.[51]

---

[43] Nesse sentido encaminha-se larga doutrina, por exemplo: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 169.

[44] GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 47; CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. IV, p. 304.

[45] ZANONI, Eduardo A. *Derecho civil*: derecho de família. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, t. II, p. 482.

[46] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

[47] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 210.

[48] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 314.

[49] Na forma do art. 1561 do Código Civil.

[50] VENOSA, Sílvio do Salvo. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p 331.

[51] Na forma do art. 1.716 do Código Civil português, "a convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo".

Não ocorrendo o matrimônio é viável a uma das partes denunciar o pacto.[52] É igualmente possível regular, no próprio pacto, um prazo para que se realize o casamento, sob pena de automática extinção[53] ou ineficácia.[54]

Até a realização do casamento nada impede que o pacto seja revogado, retificado ou alterado. Sua intangibilidade se perfectibilizará apenas quando do matrimônio.[55]

Segundo o Superior Tribunal de Justiça,[56] é viável às partes, antes do casamento, modificarem o pacto antenupcial,[57] vigorando, no casamento, o pacto que os nubentes levaram à eventual habilitação.

Doutro giro, se houver o falecimento de um dos nubentes, ou o advento de impedimento matrimonial, o pacto, confeccionado por escritura pública, mas em relação ao qual não se seguiu o casamento, restará absolutamente[58] ineficaz,[59] por fato superveniente. Igualmente ineficaz será o pacto se, malgrado realizado por escritura pública, uma das partes vier a se casar com terceiro.[60]

O casamento que se submeterá ao pacto há de ser o consequente ao relacionamento que o gerou. Afinal, as partes podem ser as mesmas, mas o casamento em período diverso.[61]

No que tange à eficácia do pacto entre os cônjuges, ao que se chama de eficácia interna ou "inter partes", dar-se-á automaticamente com o casamento. Para que o pacto tenha eficácia externa, *erga omnes*, demanda-se o seu registo no cartório

---

[52] SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 934; BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Regime de bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196.

[53] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 447.

[54] VENOSA, Sílvio do Salvo. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 331.

[55] VENOSA, Sílvio do Salvo. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 331.

[56] [...] AÇÃO QUE OBJETIVA A DESCONSTITUIÇÃO DO REGIME DE BENS ELEITO NO CASAMENTO. PACTOS ANTENUPCIAIS. CONFIRMAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL CALCADO NA INTERPRETAÇÃO DOS PACTOS E DOS ELEMENTOS FÁTICOS DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. NASCITURO. GRAVIDEZ DA NUBENTE. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ATO. PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. I. Não padece de nulidade o acórdão que se acha suficientemente fundamentado e coerente com as conclusões a que chegou, apenas que contrárias à pretensão do autor. II. A ausência de prequestionamento impede a apreciação do recurso especial em toda a sua extensão. III. Desnecessária a intervenção de representante do Ministério Público como curador de nascituro, no ato de celebração de pacto antenupcial em que os nubentes estabelecem o regime de bens de seu futuro casamento. IV. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ, em óbice ao reexame do entendimento do Tribunal estadual sobre a efetiva escolha do regime da separação de bens pelos nubentes, lastreada na interpretação dos pactos e dos fatos da causa, aliado ao que constou do registro matrimonial. V. Recai no óbice da Súmula n. 7 a discussão sobre o julgamento antecipado da lide, quando considerados bastantes os elementos já colacionados aos autos pela instância ordinária. Precedentes. VI. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 178245 SC 1998/0043670–7*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 13.12.2005, Public 06.03.2006, p. 389).

[57] MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

[58] SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 934.

[59] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

[60] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 445.

[61] TAVARES, Daniela Faria. Do Pacto Antenupcial. *In:* LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord). *O Novo Código Civil:* do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 334.

de registro de imóveis do domicílio dos cônjuges, em livro especial: Livro n. 03, denominado Livro Auxiliar.[62]

Não havendo o citado registro, o pacto segue válido, acaso confeccionado por escritura pública, e com eficácia "inter partes" (regime interno), acaso tenha ocorrido o casamento. Contudo, carecerá de oponibilidade a terceiros.

A eficácia contra terceiros (*erga omnes*), decorrente do registro de imóveis do primeiro domicílio dos cônjuges, relaciona-se apenas aos imóveis. No que concerne aos móveis, a eficácia decorrerá do próprio pacto e do registro do casamento.[63]

Ainda quanto às questões registrais, tratando-se de empresário, o registro há de ser feito na sua inscrição, na Junta Comercial, segundo estabelecem os arts. 968, I e 979, ambos do Código Civil, bem como o art. 37, III da Lei n. 4.726/1965.

E há limites paras as disposições do pacto antenupcial?

2.1 Quais os limites do pacto antenupcial?

Como negócio jurídico que é, o pacto não pode entrar em rota de colisão com disposição absoluta de lei, devendo obediência às questões de ordem pública, como destaca o art. 1.655 do Código Civil.

A liberdade é limitada,[64] tendo como fronteira o interesse público.[65] Adjetiva-se a autonomia como privada,[66] sendo que suas restrições, em última análise, ambicionam autodefesa, evitando que o seu exercício abusivo desemboque na sua eliminação.[67]

O pacto denota um negócio jurídico dispositivo, claramente limitado pelas questões de ordem pública.[68] Uma vez verificado o desrespeito às questões de ordem pública, a saída será reduzir o pacto, com a exclusão apenas e tão somente

---

[62] O dito infere-se do art. 1.657 do Código Civil e dos arts. 167, I, n. 168, I, "m", 174, § 1º, 178 e 243, todos da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).
[63] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 311.
[64] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII, p. 313.
[65] GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial.* São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2.
[66] As premissas sobre autonomia foram desenvolvidas na Parte I deste trabalho.
[67] XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges.* Porto: Almedina, 2000, p. 35. (Coleção Teses).
[68] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 178.

da cláusula ou convenção que atinja a questão de ordem pública, conservando-se o restante.[69] Aplica-se o princípio *utile per inutile non vitiatur*.[70]

A construção sugerida é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que invalidou convenção presente no pacto que, ao arrepio do Código Civil, condicionava a concorrência sucessória do cônjuge, com os ascendentes, ao regime de bens do casamento.[71]

A nulidade da convenção poderá ser arguida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, cabendo ao juiz declará-la de ofício, mas não supri-la,[72] após o contraditório, diante da vedação à decisão surpresa.[73]

A questão pragmática é saber quando o pacto avança e desrespeita as questões de ordem pública, e quando ele denota exercício regular da autonomia privada.

A resposta é casuística e digna de grandes debates.

Zeno Veloso[74] afirma a impossibilidade do pacto regular disposição mortuária, por conta da vedação da *pacta de corvina*.

---

[69] Como posto pelo art. 1.655 do Código Civil, que nulifica apenas a cláusula ou convenção que desrespeita questão de ordem pública, e não todo o pacto. Outrossim, a própria teoria geral do Direito Civil traria a mesma solução, pois a invalidade parcial não deve gerar o aniquilamento de todo o negócio jurídico, devendo ser conservada a manifestação de vontade viável. Trata-se da inteligência dos arts. 112 e 184 do Código Civil.

[70] Leia-se, em tradução livre, "o útil não é viciado pelo inútil". Conforme Antônio Junqueira de Azevedo, no Direito, há muito, é conhecida a regra da nulidade parcial, sintetizada na máxima *utile per inutile no vitaur*. Trata-se de regra que dialoga com a conservação dos negócios jurídicos e a incomunicabilidade da nulidade, sendo que se esta atingir a parte acessória do negócio, que é cindível da principal, deve-se extirpar a parte acessória inválida e conservar as demais do negócio (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16-17). Na parte geral do Direito Civil essa máxima se verifica no art. 184, enquanto que em relação aos pactos antenupciais infere-se a regra do art. 1.655. Afirma-se, inclusive, que a máxima *utile per inutile no vitaur* remete a um brocardo jurídico. Verbera Rubens Limongi França que o brocardo, entendido como máxima ou axioma jurídico, é de suma importância para o Direito, tendo sua aplicação referendada na omissão normativa e no uso dos Princípios Gerais do Direito como método de integração, na forma do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Os brocardos jurídicos revelam importância ímpar, pois são capazes de fornecer, em certas circunstâncias, elementos básicos de direito e solução mais conveniente (FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos jurídicos*. Regras de Justiniano. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 19-21).

[71] 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 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 954567 PE 2007/0098236-3, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 10.05.2011).

[72] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 310. Ademais, a afirmação tem base no art. 169 do Código Civil.

[73] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de* 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022. (Art. 10).

[74] "A disposição mortuária, no direito brasileiro, é matéria reservada ao negócio jurídico do testamento, que tem forma especial e solene" (VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 105).

Paulo Luiz Netto Lôbo[75] informa a inviabilidade do pacto regular data diversa da celebração do casamento para que o regime de bens surta os seus efeitos; impedir àquele que não conferiu vênia conjugal invalidar o ato; possibilitar a um dos cônjuges doação unilateral da totalidade do patrimônio do casal; imputar a um dos cônjuges a administração exclusiva de bens comuns,[76] dispensar a vênia conjugal para o contrato de fiança[77] e clausular alteração da ordem de vocação hereditária, excluindo da sucessão herdeiros necessários e/ou estabelecendo pacto sucessório, seja aquisitivo (*de succedendo*) e/ou renunciativo (*non succedendo*).[78]

Carlos Roberto Gonçalves[79] indica ser nula a cláusula de dispensa à mútua assistência.

Maria Helena Diniz[80] entende por inadmissível cláusula que dispense os consortes dos deveres de fidelidade, coabitação e mútua assistência; privem a mãe de assumir a direção da família, ficando submissa ao marido; altere a ordem de vocação hereditária; ajuste comunhão de bens, quando há imposição legal de separação obrigatória; e estabeleça dispensa de vênia conjugal.

Pontes de Miranda[81] entende serem vedadas cláusulas que determinem a proibição da separação do casal; que regule regime de bens diverso do eventual obrigatório determinado pela legislação; fixe data diversa da do casamento para o início dos efeitos do regime de bens; atente aos princípios da dignidade, da liberdade de expressão, da privacidade e honra; que permita alienar bem particular do outro cônjuge sem o seu consentimento; que impeça doação entre os cônjuges, que exclua direito real de habitação e que altere a ordem de vocação hereditária.

Débora Gozzo[82] sublinha a impossibilidade de disciplinar sobre deveres conjugais.

E seria viável ao pacto antenupcial regular questões procedimentais?

Para compreensão do tema, visitam-se os negócios jurídicos processuais.

---

[75] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 276.

[76] Nesse sentido, coloca-se larga doutrina, por exemplo: TARTUCE, Flávio. *Direito civil.* Direito de família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 171.

[77] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 232.

[78] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1970, v. II, p. 155.

[79] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 445.

[80] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. V , p. 173.

[81] Pontua Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda a impossibilidade de afastamento do regime de bens legalmente imposto (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII , p. 181).

[82] GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial.* São Paulo: Saraiva, 1992, p. 81-82.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Negócios jurídicos processuais remetem à expressão do autorregramento da vontade no processo civil.[83] Traduzem fato jurídico voluntário, cujo suporte fático reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites da lei, situações jurídicas processuais, alterando o procedimento.[84] É fonte normativa convencional, vinculadora dos sujeitos envolvidos, apta a obrigar partes, herdeiros e sucessores.[85]

O Código de Processo Civil de 1973 continha previsão de negócios jurídicos processuais, reduzindo-os a figuras típicas.[86] Exemplifica-se com a eleição de foro.

Seguindo a toada do velho Código de Processo Civil, o agora vigente também regula negócios jurídicos processuais típicos. Ilustra-se com a eleição do foro (art. 63), a escolha do mediador (art. 168), a suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II), a convenção de arbitragem (art. 3º, § 1º), a renúncia do prazo (art. 225), o saneamento consensual (art. 357, § 2º), o acordo para adiamento da audiência de instrução e julgamento (art. 362, I), a convenção entre litisconsortes para dividir entre si o tempo das alegações finais orais em audiência (art. 364, § 3º), o acordo para retirar dos autos documento cuja falsidade foi arguida (art. 432, parágrafo único), a escolha consensual do perito (art. 471), o arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I), a conversão do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º).

A grande novidade, do atual Código de Processo Civil, relaciona-se à possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos, conforme o seu art. 190. Inspirou-se o legislador nacional na tendência do Direito germânico (*prozessverträge*),[87] inglês (*case management*), norte-americano (*contracting for procedure*),[88] italiano (*gli accordi processual e dei negozi processual*)[89] e francês (*contrat de precédure*).

---

[83] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 19.

[84] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 380.

[85] Como coloca o Enunciado 115 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).

[86] ASSUMPÇÃO. Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil* – Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 318.

[87] Em interessante *paper* sobre os Contratos Procedimentais na Alemanha – título no original: Precedural Contracts in Germany – Christoph A. Kern afirma que os contratos procedimentais são estudados há décadas no direito alemão. Os Tribunais e a doutrina possuem uma posição relativamente liberal sobre o assunto. Segundo o autor, na Alemanha, costuma-se diferenciar tais contratos em: a) Contratos Procedimentais em Sentido Estrito – os quais possuem imediatos efeitos sobre as regras estatais procedimentais, a exemplo da exclusão de aplicação de uma determinada regra, ou sua inclusão, e b) Contratos Criando Obrigações de Respeito a Procedimento – visam regular possíveis regras para processos futuros, como a impossibilidade de utilização de certo meio de prova. (KERN, Cristoph. Procedural Contracts in Germany *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016 p. 193-197).

[88] Em *paper* sobre o Contrato de Procedimento – título no original: Contracting for Procedure, Kevin Davis e Helen Hershkoff afirmam consistirem em contratos reguladores da condução do procedimento, significando importante campo de estudo e verificação de privatização das regras públicas do processo. Tais contratos, seguem as autoras, têm o condão de promover autogoverno, inovação e eficiência, sendo objeto de largos estudos nos Estados Unidos. (DAVIS, Kevin E; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 143-144).

[89] Em artigo sobre os Acordos Processuais na Itália – título no original: Gli Accordi Processuali in Italia, Luca Penasa aduz que os acordos processuais são aqueles que produzem efeitos imediatos e diretos sobre posições jurídicas processuais, com obrigações de determinadas condutas no processo (PENASA, Luca. Gli Accordi Processuali in Italia *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 236). Para Remo Caponi os acordos processuais são aqueles cujo objeto é o desenvolvimento do processo (CAPONI, Remo. Autonomia Privata e Processo Civile: Gli Accordi Processuali *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA,

Há uma cláusula geral permissiva dos negócios jurídicos processuais, com uma espécie de atipicidade negocial processual. Há clara homenagem à autonomia privada.

Para haver negócio jurídico processual atípico, as partes devem ser plenamente capazes e a causa versar sobre direito que admita autocomposição. O negócio poderá estipular mudanças no procedimento – para ajustá-lo às especificidades da causa – e/ou convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O negócio não é sobre o direito em litígio – o que desembocaria em uma autocomposição –, mas sobre o procedimento e/ou posições processuais. Poderá versar sobre ambos os pontos ou apenas um deles.[90]

Quando o objeto do negócio jurídico processual disser respeito ao procedimento, o art. 190 impõe uma clara relação entre a mudança procedimental e as especificidades da causa. A vontade das partes será condicionada, visando adequação procedimental às peculiaridades do caso concreto, em nítido contexto de autonomia privada.

No que tange ao negócio que verse sobre posições processuais, seu objeto será ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O processo, como relação jurídica complexa e continuada que o é, traduz uma série de posições processuais ativas – poderes, ônus, faculdades e direitos – e passivas – sujeição, deveres e obrigações. Aqui o art. 190 não demanda que a alteração seja justificada pelas especificidades da demanda, havendo uma liberdade mais ampla.[91]

Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 205). Afirma Luca Penasa, fazendo um estudo comparativo da evolução dos negócios jurídicos processuais na Alemanha e na Itália, que há posição favorável pelo aceite dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos, sustentada por duas ideias: i. seja uma leitura dispositiva do direito processual e ii. seja pela possibilidade da prática de negócios processuais, desde que não desrespeitem normas cogentes PENASA, Luca. Gli Accordi Processuali in Italia *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, 244-245. Aduz Remo Caponi que a questão se coloca na relação entre autonomia privada e publicização do processo estatal, visando perquirir a margem de negociação das regras processuais, buscando verificar o que é efetivamente negociável (CAPONI, Remo. Autonomia Privata e Processo Civile: Gli Accordi Processuali *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 205). Nessa senda, advoga Luca Penasa que, diante da lacuna legislativa sobre os negócios jurídicos processuais atípicos na Itália, é viável a aplicação da analogia com os negócios jurídicos processuais típicos e a autonomia, ambos servindo como permissivos para os negócios jurídicos processuais atípicos (PENASA, Luca. Gli Accordi Processuali in Italia *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245). Entretanto, avança Remo Caponi para informar que a evolução italiana sobre o tema ainda é muito tímida, ao revés da tedesca, sendo refém da análise de casos concretos e pontuais (CAPONI, Remo. Autonomia Privata e Processo Civile: Gli Accordi Processuali *apud* CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 209).

[90] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Teoria geral do processo* – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 622.

[91] Conforme o Enunciado 258 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).

Malgrado a maior liberdade, tal autonomia não é ilimitada. Há no processo posições do juiz, as quais não podem ser objeto de eventual negócio jurídico processual[92] – vedação do próprio art. 190 e posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.[93]

As partes não podem dispor sobre aquilo que não lhes pertence. Não é possível afastar o dever do juiz de respeitar a boa-fé processual (art. 5º), decidir conforme a legalidade (art. 8º), fundamentar decisões (art. 489, § 1º) e decidir conforme súmulas e precedentes de eficácia vinculante (art. 927).

O negócio jurídico processual pode ser pré ou pós-processual.

Pode ser feito no curso do processo (pós-processual), como exemplifica o acordo extrajudicial, protocolizado em juízo; na presença do juiz, em ato oral na audiência de instrução; ou, até mesmo, na presença do conciliador ou mediador, na audiência prevista no art. 334 do Código de Processo Civil.

Igualmente pode ser realizado o negócio jurídico processual antes do processo (pré-processual), como em um contrato de locação, o qual já regule questões processuais sobre eventual futura ação de despejo. A grande vantagem dos pré-processuais é a sua maior neutralidade, pois concebido em momento no qual não se sabe quem é autor e réu.

Como negócio jurídico que o é, o processual haverá de respeitar o plano de validade, sob pena de nulidade, conforme rege o art. 104 do Código Civil.[94] Tal nulidade há de ser declarada pelo juiz – seja de ofício, ou a requerimento das partes – e desde que haja prejuízo.[95] Para tanto, antes de invalidar o negócio, o magistrado deverá conferir contraditório, evitando a chamada decisão-surpresa,

---

[92] Consoante o Enunciado 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

[93] RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. *5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressai o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor.* 6. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1810444 SP 2018/0337644–0*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 23.02.2021, T4 – Quarta Turma, DJe 28.04.2021). (Grifo nosso).

[94] Como colocam o Enunciado 407 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC) e o Enunciado 613 da Jornada de Direito Processual do Conselho da Justiça Federal (CJF).

[95] Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).

como lembra o art. 190 do Código de Processo Civil, alinhado com o art. 10 do mesmo diploma legislativo.

Revelando diálogo entre o material e o processual, a análise da validade dos negócios jurídicos processuais conduz a um duplo regime de sujeição.[96]

E quais os aspectos da validade?

Inicia-se com a capacidade das partes. Seria material, processual ou ambas?

Há quem defenda exigir a capacidade material.[97] Outros caminham no sentido de ser a processual, podendo o materialmente incapaz, desde que assistido ou representado (com capacidade processual), celebrar negócio jurídico processual.[98] Qual tese seguir?

Há acerto na última linha de pensamento. São possíveis negócios jurídicos processuais de pessoas materialmente incapazes, mas que agem no processo por seu representante e/ou assistente. Viáveis negócios jurídicos processuais em ações de alimentos e guarda, inclusive com a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.[99]

Ainda sobre a capacidade, sustenta a doutrina que caso a parte celebre o negócio jurídico processual sem assistência, militará a seu favor presunção de vulnerabilidade, sendo um fato hábil a encaminhar a anulação do ato.[100]

Avançando na análise da validade do negócio, adentra-se o objeto.

Como negócio jurídico que é, o objeto há de ser lícito, dizendo respeito a procedimento ou posições processuais. Deve versar sobre direitos que admitem autocomposição.

Registra-se a felicidade do legislador em não confundir direito indisponível com direitos que não admitem autocomposição. Ainda que o processo verse sobre um direito indisponível, porém que admita autocomposição, é válida a convenção processual.[101]

---

[96] Nesse sentido, pontua o Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC) que, "além dos defeitos processuais, os vícios de vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190".

[97] Enunciado 38 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

[98] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 19-25.

[99] Enunciado 112 da Jornada de Direito Processual do Conselho da Justiça Federal (CJF).

[100] Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC); no mesmo sentido, Enunciado 24 do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM).

[101] Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).

A autocomposição aqui não tem como objeto o direito material, mas as formas de exercício deste direito, como modos e momentos de cumprimento da obrigação.

A forma do negócio jurídico processual é tema polêmico. Há quem defenda forma livre, diante da omissão legislativa[102] e com base no art. 107 do Código Civil. Outros pensam haver vinculação a um instrumento escrito.[103] Há aqueles que indicam ser preferível a forma escrita.[104]

Segundo o art. 107 do Código Civil, o negócio jurídico apenas terá forma vinculada quando determinada em lei. Não havendo vinculação, ter-se-á a liberdade de formas. É justamente a situação nos negócios jurídicos processuais atípicos: liberdade de formas.

Evidentemente, apesar da liberdade de forma, é aconselhável a forma escrita, mormente diante da maior facilidade probatória do negócio.

Não se olvida, existirem certos negócios típicos nos quais o legislador impõe forma escrita, como exemplifica o foro de eleição e a convenção de arbitragem. Nos casos de forma vinculada na norma, o seu desrespeito ocasionará a nulidade absoluta do negócio, consoante o art. 166, IV, do Código Civil.

Em relação à eficácia, nos negócios jurídicos processuais atípicos será automática, não demandando homologação judicial, consoante o art. 200 do Código de Processo Civil. Nos típicos, será necessário analisar, pois há situações cuja eficácia está subordinada à homologação judicial.[105]

Como negócios que são, podem, eventualmente, ser celebrados mediante silêncio, como renúncia tácita à convenção de arbitragem, (art. 337, § 6º) e a aceitação tácita da decisão (art. 100). Além disso, admitem distrato, desde que envolvam todos os contratantes, inclusive o juiz, caso tenha figurado no negócio.[106]

Atento aos limites da autonomia privada, o negócio jurídico processual deve respeito às questões de ordem pública. Não poderá, por exemplo, estabelecer segredo de justiça em demandas que não se encaixem nas casuísticas legais, afastar o dever de boa-fé, modificar regra absoluta de competência, afastar a intervenção obrigatória do Ministério Público ou criar novos mecanismos de desconstituição da coisa julgada, tudo isto sob pena de invalidade da cláusula ou convenção.

---

[102] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 19-25.
[103] Enunciado 39 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).
[104] ASSUMPÇÃO. Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil* – Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 325; GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Teoria geral do processo* – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. São Paulo: Método, 2015, p. 617.
[105] Enunciados 133 e 260, ambos do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).
[106] Enunciados 411 e 495, ambos do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).

Ao analisar o plano de validade, nada impede que o magistrado realize a redução do negócio, extirpando apenas a cláusula ou convenção que não esteja na melhor forma do direito, conforme o art. 184 do Código Civil.[107]

Caso o negócio processual esteja inserto em outro, como em um pacto antenupcial, entre eles haverá autonomia, de maneira que a invalidade do acessório (negócio jurídico processual), não gerará a do principal.[108]

Segundo a doutrina, são admissíveis negócios jurídicos processuais versando sobre pacto de impenhorabilidade; regra de penhorabilidade; ampliação de prazos; rateio de despesas processuais; dispensa consensual de assistente técnico; retirada de efeito suspensivo de recurso; não promoção de execução provisória; mediação ou conciliação extrajudicial obrigatória, inclusive com a correlata exclusão da audiência preliminar obrigatória do art. 334 do Código de Processo Civil; pacto de simples exclusão da audiência do art. 334 do Código de Processo Civil; pacto de prévia disponibilização de documentação (pacto de *disclosure*); previsão de meios alternativos de comunicação entre si; acordo para realização de sustentação oral; ampliação convencional da prova; redução de prazos processuais e dispensa de caução em cumprimento de sentença.[109]

Para a doutrina, são inadmissíveis negócios jurídicos processuais que versem sobre modificação de competência absoluta, supressão da primeira instância, exclusão do Ministério Público e vedação da participação do *amicus curiae.*[110]

São igualmente inadmissíveis negócios jurídicos processuais que afetem poderes-deveres do juiz – como de instrução, sanção à litigância de má-fé, controle de legitimidade das partes, ingresso de *amicus curae* –; introduza novas hipóteses de recorribilidade, rescisória ou sustentação oral não previstas em lei; estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente e estabeleça prioridade de julgamento não prevista em lei.[111]

São nulas, por ilicitude do objeto, convenções processuais que violem garantias constitucionais do processo, como as que autorizem o uso de prova ilícita, limitem a publicidade do processo para além da lei, modifiquem competência absoluta em razão da matéria e dispensem o dever de motivação.[112]

Mas qual a pertinência dos negócios jurídicos processuais com o pacto antenupcial?

---

[107] Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).
[108] Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).
[109] Enunciados 19, 21 e 262 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC) e 153 da Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF).
[110] Enunciados 20, 253 e 392 do Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC).
[111] Enunciado 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM).
[112] Enunciado 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM).

3.1 Negócios jurídicos processuais e o pacto antenupcial

Como já visto, a doutrina – Enunciados 18, da Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal; 24, do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias; e 492, do Fórum Permanente de Processo Civil – referenda a viabilidade dos pactos antenupciais veicularem negócios jurídicos processuais.

Além disso, como o pacto antenupcial é realizado em um momento de grande entusiasmo afetivo, geralmente as partes estão mais maleáveis na construção dos acordos procedimentais, havendo uma construção mais empática, imparcial e efetiva.

E quais são os bons exemplos de negócios processuais em pactos antenupciais?

Mediação ou conciliação extrajudicial obrigatória, inclusive com a correlata exclusão da audiência preliminar obrigatória dos arts. 334 e 694 do Código de Processo Civil, pode ser uma medida que, a um só tempo, estimula a busca da solução consensual e, em não sendo atingida, pula a etapa inicial do processo, conferindo agilidade.

Cláusula que escalone meios alternativos para solução da controvérsia, iniciando pela mediação, passando pela conciliação, visitando as práticas colaborativas, a constelação familiar e, como *ultima ratio*, aportando no processo judicial, denotará um caminho da busca do consensualismo, evitando-se a prematura judicialização do tema. Pode-se até consignar a correlata exclusão da audiência preliminar obrigatória. Na busca dos meios alternativos para solução da controvérsia, além do método, pode-se indicar os profissionais e/ou institutos que conduzirão os temas.

Pactuar arbitragem nos temas factíveis – como partilha de bens, o montante e a transitoriedade dos alimentos entre cônjuges maiores e capazes –, pode revelar agilidade na solução.[113] Justo por isso que aduz o Enunciado 4, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, ser válida a inserção da cláusula compromissória em pacto antenupcial.

Pensar na obrigatoriedade da audiência preliminar, impossibilitando a qualquer das partes manifestar seu desinteresse na realização da assentada, pode ser um caminho de incentivo à composição.

Para aqueles que acreditam que a audiência de autocomposição, na fase inicial do processo, não gerará frutos, por ser um momento de maior acirramento, é possível disciplinar a simples exclusão da audiência preliminar ou o seu

[113] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 141; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235.

deslocamento para o momento posterior, a exemplo de após as alegações finais e antes da sentença.

A vedação ao divórcio liminar, enquanto se realizam os métodos de autocomposição, até mesmo com determinação de prazo, ocasionará um pacto de prazo de reflexão, antes da dissolução afetiva, evitando condutas impulsivas.

Para os interessados em maior velocidade na dissolução, pactuar a possiblidade do divórcio liminar, *inaudita altera pars* e já na fase prematura do procedimento, é um caminho de efetividade inicial.

Convencionar um pacto de não peticionamento (*non petendo*) durante o período de tratativas, ou até mesmo para além deste período e sobre objetos específicos, como impossibilidade de debates sobre alimentos compensatórios, partilha de bens móveis, partilha de determinado imóvel durante um termo certo, como maioridade dos filhos menores, etc.

Obrigatoriedade de apresentação prévia de documentos junto à inicial e contestação, como declarações de imposto de renda, distribuições de lucros, faturas de cartões de crédito, sob pena de confissão e incidência de cláusula penal (sanções negociais), como uma espécie de pacto de *disclosure* e produção antecipada de prova. A cláusula penal poderá fazer menção de possibilidade de cobrança nos próprios autos do divórcio, com eventual compensação na partilha de bens. Trata-se de medida hábil a combater o esconde-esconde patrimonial que se vivencia em processos de dissolução afetiva, evitando fraudes à meação e clarificação das bases para fixação dos alimentos.

A limitação do processo à segunda instância, evitando recursos especiais e extraordinários, traduz medida interessante, ao passo que consagra a razoável duração do processo e evita recursos que, na média, apenas atrasarão o trânsito em julgado. Veja-se que a conduta sugerida não toca em mudança de competência para processamento da demanda e garante o duplo grau de jurisdição.

Clausular a possibilidade de meios alternativos de comunicação, como *e-mails* e WhatsApp, o que facilitará eventuais notificações e comunicações. Aqui as partes devem se comprometer a informar mudanças de contatos, sob pena de efetivação da comunicação no contato primitivo.

Limitação da publicidade dos atos para além do processo, evitando circulação de *prints* de conversas em grupos de aplicativos, redes sociais e afins, bem como vedando a publicização do motivo da dissolução afetiva, tudo com o intuito de preservar a privacidade dos envolvidos. Neste ponto pactuar cláusula penal, com os cuidados já sugeridos.

Convencionar a impossibilidade de uso de determinadas provas no processo, que exponham a intimidade do casal, como *prints*, fotos, gravações, etc. Aqui há criação convencional de um *standart* específico de prova ilícita, podendo o pacto veicular cláusula penal sobre o tema, com os cuidados já sugeridos.

Nos casos em que haja envolvimento empresarial ou imobiliário complexo, a escolha prévia do perito, com base no art. 471 do Código de Processo Civil, e renúncia à indicação de assistentes técnicos, visando maior celeridade. Outra possibilidade é a dispensa de perícia.

A indicação de um administrador dos bens, terceirizado, com obrigação de prestar contas e distribuir os lucros líquidos igualitariamente entre os divorciados, pode ser um importante mecanismo de salvaguarda patrimonial.

A constituição de um capital prévio que restará afetado para custeamento dos bens até a partilha, honrando com IPTU, condomínio, etc, é medida de cuidado com os ativos em disputa.

Se há bens móveis valiosos, como obras de arte, valores em espécie, joias, a eleição prévia do depositário.

Indicação de uma partilha prévia de determinados bens que, como consabido pelas partes, ficarão com o respectivo cônjuge, quem já ficará na gestão, recebimento e administração dos frutos. Trata-se de uma fruição patrimonial negocial antecipada.

Pactuar sobre alienação prévia de um bem.

Determinar a irrecorribilidade de decisões interlocutórias, sendo que estas serão apenas combatidas em preliminar de recurso de apelação, dando maior velocidade ao processo.

Retirar o efeito suspensivo do recurso de apelação, dando efetividade e possível cumprimento provisório da decisão. Para aqueles que desejam o inverso, retirar a possibilidade de promover execução provisória, restando apenas a possibilidade de efetivação com o trânsito em julgado.

Pactuar a impenhorabilidade de determinado bem, por ser, por exemplo, um ativo financeiro comum, em uma aplicação de bons rendimentos.

Em sede de execução de alimentos na conjugalidade, abrir mão da técnica da coerção pessoal (prisão civil), firmando que a técnica empregada será da expropriação. Ainda aqui, determinar a constituição de capital para garantia do cumprimento dos alimentos.

O rol de possibilidades é, obviamente, exemplificativo. Certo que, com o amadurecimento do tema, novas situações se descortinarão, as quais sempre haverão de ser analisadas consoante os limites da autonomia privada.

Por fim, há de ser registrado que o pacto antenupcial pode ser *locus* para os negócios jurídicos processuais, mas não há uma relação de pertinência absoluta. Nada impede, por conseguinte, que tais negócios sejam estruturados em instrumento apartado, numa espécie de negócio jurídico intrafamiliar e no curso do casamento, sendo sempre viável a sua revisão.

4 CONCLUSÕES

No início deste *paper*, colocou-se como tema-problema a seguinte indagação: o pacto antenupcial pode conter negócios jurídicos processuais?

Com o desenvolvimento dos argumentos, conclui-se que sim.

Há muito o pacto ultrapassou o objeto exclusivamente patrimonial, abraçando questões pessoais e procedimentais. Além disso, em fase pré-processual e num contexto de grande afeto, o negócio jurídico processual construído no pacto antenupcial tende a ser mais neutro, empático e eficaz.

Certo, porém, que como visto, malgrado ser viável ao pacto regular negócios jurídicos processuais, nada impede que estes sejam regrados em apartado, em uma espécie de negócio intrafamiliar.

Outrossim, diante do princípio da divisibilidade do pacto, ainda que o negócio jurídico processual esteja regulado no bojo do pacto antenupcial, nada impede a sua eventual revisão e/ou invalidação, total ou parcial, em eventual controle de legalidade.

De mais a mais, como negócio jurídico que é, o processual deve obediência aos limites da autonomia privada, sendo a fronteira da autonomia a ordem pública.

Verificada a viabilidade de figurarem negócios jurídicos processuais nos pactos antenupciais, avançou o artigo a sugestões exemplificativas, ofertando um cardápio para atuação prática, sempre atento aos limites das questões de ordem pública.

Espera-se que o *paper* tenha ofertado contributo teórico e prático, em busca de plasticidade processual, decorrente de autorregramento da vontade e aproximação com o direito material, em um claro duplo influxo solucionador das demandas conjugais.

5 REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz Regis. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ASSUMPÇÃO. Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil* – Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família.* São Paulo: Atlas, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2005. Disponível em: http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo–e–constitucionalizacao–do–direito#ixzz3AOhYer2G. Acesso em: 24 abr. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor liquido:* sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Regime de bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.Acesso em:19 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de* 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 178245 SC 1998/0043670–7*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 13.12.2005, Public 06.03.2006, p. 389.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1810444 SP 2018/0337644–0*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 23.02.2021, T4 – Quarta Turma, DJe 28.04.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 954567 PE 2007/0098236-3, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 10.05.2011.

CABRAL, Antônio do Passo (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões.* Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regimes de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método/Gen, 2011.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. IV.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. V.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos jurídicos.* Regras de Justiniano. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Teoria geral do processo* – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial.* São Paulo: Saraiva, 1992.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; ZANETTI, A. C. Aspectos formativos do contrato na atualidade. *Quaestio Iuris*, v. 12, p. 683, 2020. Disponível em: https://www.e–publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/38456/33553. Acesso em: 16 fev. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1970, v. II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de famílias e sucessões* – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Parte Especial. Dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. VIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. VIII.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice.* O social e o político na pós–modernidade. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil.* Direito de família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, Daniela Faria. Do pacto antenupcial. *In*: LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord.). *O Novo Código Civil*: do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Código civil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris:IBDFAM, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade:* teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBDFAM, 2008.

VELOSO, Zeno. *Regime matrimonial de bens*: direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Sílvio do Salvo. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges.* Porto: Almedina, 2000. (Coleção Teses).

ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZANONI, Eduardo A. *Derecho civil*: derecho de família. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, t. II.

MULTA POR INFIDELIDADE E OUTRAS SANÇÕES NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Pesquisador Visitante do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Introdução: a contratualização das relações afetivas. 2. As chamadas cláusulas existenciais no Direito de Família. 3. Análise da validade de cláusulas penais relacionadas às cláusulas existenciais ou aos deveres conjugais ou de convivência. 4. O equilíbrio entre signatários e as cláusulas nulas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO: A CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS

Vive-se uma crescente *contratualização* das relações humanas. Significa dizer que o contrato, como instrumento primordial de realização da autonomia privada, tem assumido importância crescente em campos aos quais era tradicionalmente estranho. É o que se vê, por exemplo, no campo do Direito Administrativo, com uma crescente substituição de instrumentos de *ius imperii* por acordos de cooperação e outros instrumentos contratuais; no campo do Direito Processual, com o avanço extraordinário da arbitragem e com a progressiva utilização dos negócios jurídicos processuais; no campo do Direito das Sucessões, com os instrumentos contratuais de planejamento sucessório; e até no campo do Direito Penal, com os acordos de leniência e de colaboração premiada, que inauguraram áreas de consensualidade no âmbito do exercício da pretensão punitiva estatal.[1]

[1] Seja consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 18-19.

O Direito de Família não tem-se mantido imune a todo esse processo. Muito pelo contrário, constitui exemplo privilegiado das potencialidades desse novo fenômeno, bem como das complexidades inerentes à sua delimitação e regramento jurídico.

A legislação brasileira é expressa ao reconhecer aos cônjuges amplo espaço de liberdade na determinação dos efeitos patrimoniais do casamento. Nessa direção, o artigo 1.639 do Código Civil afirma que "*é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*" – regra que se aplica também às diferentes formas de união estável e convivência. Podem, assim, cônjuges ou companheiros adotar qualquer dos regimes de bens previstos em lei ou, ainda, estipular um regime próprio, atípico, para guiar suas relações patrimoniais. Já há alguns anos, contudo, a atenção da doutrina tem-se voltado para a dimensão *existencial* da relação familiar, na qual predomina, tradicionalmente, a concepção de que as normas legais pertinentes seriam de ordem pública, o que suprimiria qualquer espaço para contratações vinculantes desta natureza com base no exercício da autonomia privada. Tal concepção vem sendo continuamente contestada não apenas no campo teórico, mas também na vida prática, com exemplos cada vez mais frequentes de pactos que se propõem, em maior ou menor medida, a interferir no regramento existencial da relação afetiva em curso.

2 AS CHAMADAS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

No *common law*, usualmente mais deferente à liberdade de contratar, pululam exemplos rumorosos de pactos que disciplinam aspectos existenciais de relações familiares. É notório o caso do fundador do *Facebook*, Mark Zuckerberg, que se obrigou expressamente perante sua mulher a ter um encontro fora de casa, de duração mínima de 100 minutos, ao menos uma vez por semana.[2] O ator George Clooney e advogada Amal Alamuddin, por sua vez, estipularam que, durante todos os dias da relação afetiva do casal, deveria haver telefonemas a cada duas horas e os períodos de distanciamento físico não poderiam ultrapassar duas semanas.[3] Há exemplos, ainda, de disposições que estabelecem divisões de funções em relação aos cuidados com os filhos ou com animais domésticos, entre outras tantas possibilidades.

No Brasil, a maior parte da doutrina considera inválidas as disposições contratuais que afastam deveres conjugais previstos no artigo 1.566 do Código Civil[4] – deveres legais de fidelidade, coabitação, mútua assistência, cuidado dos filhos e respeito mútuo –, tidos por muitos autores como normas de ordem

[2] MARK ZUCKERBERG'S Wife's Strict 100 Minute Rule and Odd Request While Giving Birth. *Jornal Mirror*, 5 out. 2021.
[3] TRAIÇÃO, drogas e atenção: veja os contratos pré-nupciais das estrelas. *Revista Exame*, 29 abr. 2022.
[4] "Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos."

pública e de caráter, portanto, cogente. Em razão disso, alguns autores entendem que, ao lavrar pacto antenupcial, "devem os nubentes ater-se, tão somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos".[5]

A doutrina mais atenta, porém, tem defendido relevante diferenciação entre os dois primeiros deveres previstos no artigo 1.566 do Código Civil – fidelidade e coabitação –, relativos à "forma pela qual o casal elegeu seu modo de viver para alcançar a felicidade, segundo os próprios padrões", e os três últimos deveres – mútua assistência, cuidado dos filhos e respeito mútuo –, que "*têm sua justificativa na solidariedade familiar*".[6] Logo, a regulação e até o afastamento dos dois primeiros deveres (fidelidade e coabitação) recairiam dentro da esfera de liberdade dos cônjuges,[7] que têm assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro o direito ao livre planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição da República e art. 1.565, § 2º, do Código Civil).[8]

Com efeito, não compete ao Direito de Família contemporâneo impor modelos de relacionamento pessoal, mas oferecer o instrumental necessário para

---

[5] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II , p. 193. No mesmo sentido: "O pacto antenupcial deve conter tão somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos etc. (CC, art. 1.655). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública. Exemplificativamente, nulas serão as cláusulas, e não o pacto, que (a) dispensem os consortes dos deveres de fidelidade, coabitação e mútua assistência; (b) privem a mãe do poder familiar ou de assumir a direção da família, ficando submissa ao marido; (c) alterem a ordem de vocação hereditária; (d) ajustem a comunhão de bens, quando o casamento só podia realizar-se pelo regime obrigatório da separação; (e) estabeleçam que o marido, mesmo que o regime matrimonial de bens não seja o de separação, pode vender imóveis sem outorga uxória" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 5, p. 63).

[6] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito civil na legalidade constitucional:* algumas aplicações. São Paulo: Foco, 2021, p. 35. Vale destacar a íntegra do parágrafo: "Diferentemente, quanto aos incisos III (mútua assistência), IV (sustento, guarda e educação dos filhos) e V (respeito e consideração mútuos) o limite da autonomia têm sua justificativa na solidariedade familiar: 61 o de mútua assistência visa a não deixar o outro cônjuge em desamparo material e o respeito e consideração mútuos pretendem preservar uma relação de cordialidade familiar mínima (solidariedade conjugal); já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos decorrem mais especificadamente da autoridade parental, estando posicionado no artigo como reforço legal de hermenêutica sistemática ao exercício desse poder jurídico e não, propriamente, como situação que decorre da conjugalidade. Indisponíveis, portanto, esses três últimos deveres".

[7] Nesse sentido, ver TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões:* diálogos interdisciplinares. 3. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2023, p. 212-213: "O debate na doutrina centra-se mais fortemente na validade de cláusulas que afastam os deveres previstos no artigo 1.566 do Código Civil. No âmbito desse dispositivo, faz-se necessária uma divisão interna quanto à *ratio* orientadora dos incisos: percebe-se que o I (fidelidade) e II (coabitação) centram-se no arranjo familiar que melhor concretiza a comunhão plena de vida, por estabelecer o modo de vivenciar a conjugalidade, que vão além destes. Eles traduzem a forma pela qual o casal elege o modo de viver para alcançar a felicidade, segundo os próprios padrões, o que é plenamente defensável num mundo plural e democrático. Diferentemente, quanto aos incisos III (mútua assistência), IV (sustento, guarda e educação dos filhos) e V (respeito e considerações mútuos), o limite da autonomia tem sua justificativa na solidariedade familiar, o de mútua assistência em não deixar o outro cônjuge em desamparo e o respeito consideração mútuos pretendem preservar uma relação de cordialidade familiar mínima (solidariedade conjugal); já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos decorre mais especificamente da autoridade parental, estando posicionado no artigo como reforço legal de hermenêutica sistemática ao exercício desse poder jurídico e não, propriamente, como situação que decorre da conjugalidade. Indisponíveis, portanto, esses deveres".

[8] Constituição da República: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 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." No mesmo sentido, dispõe o artigo 1.565 do Código Civil: "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".

que cada indivíduo se realize em suas relações familiares. Em matéria de família, não há modelo *bom* ou *melhor* ou *correto*, mas apenas modelos compatíveis ou incompatíveis com a liberdade afetiva de cada um. Deve imperar a autonomia existencial da pessoa humana. Por esse motivo, cresce entre nós a aceitação das chamadas *cláusulas existenciais*[9] à luz da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, que abarca a liberdade para disciplinar suas próprias relações (Constituição da República, art. 1º, III).[10] Nesse sentido, a doutrina tem chegado, inclusive, a aludir à possibilidade de cônjuges e companheiros construírem livremente sua própria "*ordem pública familiar*":

> No âmbito do Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a 'ordem pública familiar', de acordo com o que, para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa bem-sucedida. Isso se dá a partir da viabilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de coincidirem ou não com as disposições legais. O pacto antenupcial, portanto, é um bom exemplo de uma situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial.[11]

Nesse cenário, as chamadas cláusulas existenciais apresentam-se como instrumento válido e eficaz para que os cônjuges possam construir a estrutura familiar que desejam, constituindo comunhão plena de vida nos moldes que melhor lhes atendam, desde que respeitados os princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira, como a igualdade entre cônjuges. Sob essa ótica, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o Enunciado 635, segundo o qual "o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da

---

[9] A respeito da aceitação das cláusulas existenciais em pactos antenupciais, ver PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pacto antenupcial e cláusulas existenciais. *Consultor Jurídico – CONJUR*, 16 out. 2022: "Esses acordos pré-nupciais, ou pactos antenupciais, como os chamamos no Brasil, apesar da espetacularização que trazem consigo, revelam a liberdade, e nos ensinam sobre esta 'autodeterminação existencial', que começa, cada vez mais, a ganhar campo e corpo na realidade jurídica brasileira, repita-se. É óbvio que o CCB-2002 não previu expressamente sobre estas questões existenciais, pois é um C*ódigo* engendrado no contexto de uma família e estrutura patriarcal, patrimonializada e hierarquizada, e esses eram assuntos velados e sobre os quais não se podia falar".

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

[11] KONDER, Carlos Nelson de Paula; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. III, p. 26. No mesmo sentido, ver MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família:* limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 237: "Com base nos princípios constitucionais que regem, protegem e promovem a família e a dignidade de seus membros, tutelando todas as espécies de união civil, caberia às pessoas estabelecerem, espontaneamente, se assim desejassem, direitos e deveres, existenciais, como forma de estabelecer, na legalidade constitucional, um código próprio sobre intimidade e privacidade daquela união. Trata-se de uma proposta para maximizar a autonomia privada existencial das pessoas, que estarão aptas a regulamentarem suas próprias relações segundo os seus projetos de vida. Percebe-se, portanto, a desnecessidade da intervenção estatal para delimitar deveres conjugais específicos, uma vez que a observância dos princípios constitucionais se mostra suficiente para uma tutela eficaz das rela*ções* conjugais e convivenciais".

dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar".

Assim, têm sido inseridas cláusulas existenciais com frequência cada vez maior em pactos antenupciais, pactos de união estável, contratos de namoro e outros tipos de instrumentos contratuais para disciplinar aspectos não patrimoniais das relações familiares. São cláusulas que, por exemplo, regulam a divisão de tarefas domésticas, estabelecem tempo mínimo de lazer, fixam diretrizes essenciais para a educação de futuros filhos, disciplinam o uso de material genético para futura reprodução assistida em caso de divórcio ou falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, entre outros aspectos existenciais da relação afetiva.

3 ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULAS PENAIS RELACIONADAS ÀS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS OU AOS DEVERES CONJUGAIS OU DE CONVIVÊNCIA

Um ponto especialmente controvertido nessa matéria diz respeito à possibilidade de se estabelecer, no âmbito do pacto antenupcial, contrato de convivência ou outros pactos, cláusulas penais relacionadas ao inadimplemento das chamadas cláusulas existenciais ou mesmo de deveres conjugais estabelecidos em lei.

Na experiência jurídica estrangeira, especialmente no *common law*, pululam exemplos que exprimem um amplo catálogo de possibilidades atinentes ao desincentivo de comportamentos que possam ferir aquilo que restou pactuado pelo casal ou pelo que os próprios cônjuges ou companheiros têm a expectativa de vivenciar em seu relacionamento afetivo. As situações mais notórias que ganharam destaque na mídia relacionam-se a celebridades do mundo cinematográfico e de outros meios artísticos.

É notório, por exemplo, o caso dos atores Tom Cruise e Katie Holmes, que celebraram pacto antenupcial contendo expressa assunção por Cruise de uma obrigação de pagar US$ 3 milhões por ano de casamento em caso de separação, obrigação que veio a ser efetivamente exigida quando o casal se separou após cinco anos de matrimônio – ruptura explorada a mais não poder pelos tablóides anglófonos.[12]

A estrela de *reality show* Kim Kardashian e o *rapper* Kanye West também firmaram pacto antenupcial em que estabeleceram que, em caso de separação, Kardashian receberia US$ 1 milhão de dólares por cada ano de casamento, limitando-se ao total equivalente a dez anos. Também restou pactuado no mesmo instrumento que a mansão do casal em Bel Air deveria, mesmo em caso de divórcio,

[12] KATIE'S $15Million and a $35M Mansion: What Holmes Stands to Gain from her Ex-husband... and how she's 'Seeking Much More. *Daily Mail*, 30 jun. 2012.

permanecer em nome de Kim e que nenhuma joia ou presente dados pelo *rapper* seriam devolvidos.[13] Após sete anos, o casal se divorciou. A mansão em Bel Air foi vendida durante o casamento,[14] mas, segundo a imprensa, as demais cláusulas do acordo foram cumpridas.[15]

Outro exemplo se tem na união entre Justin Timberlake e Jessica Biel, que estabeleceram expressamente em instrumento contratual que Jessica poderia se recusar a ter filhos com Timberlake até que estivesse totalmente segura da lealdade dele, acrescendo a isso uma cláusula penal de US$ 500 mil dólares em caso de traição.[16]

Uma multa por infidelidade também foi estabelecida no pacto antenupcial celebrado entre os atores Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones. A cláusula penal estabelece, segundo a imprensa, a obrigação de Douglas pagar US$ 5 milhões para Zeta-Jones em caso de infidelidade conjugal.[17] Douglas foi uma das primeiras celebridades a admitir publicamente ser "*viciado em sexo*" e ter efetivamente se internado em uma clínica para tratar da questão.

As multas por infidelidade, corriqueiras na experiência do *common law*, têm começado a figurar em pactos antenupciais e contratos de convivência no Brasil. Advogados têm redigido cláusulas e cartórios têm efetuado o registro destes instrumentos, ainda que vez por outra surja alguma resistência. Em janeiro de 2023, uma sentença proferida pelo juízo da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte reconheceu a validade de cláusula penal, inserida em pacto antenupcial, que estabelecia multa no valor de R$ 180 mil em caso de infidelidade. De acordo com informações divulgadas no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a magistrada responsável pelo julgamento do caso destacou que, "embora para muitos soe estranha essa cláusula no contrato – porque já se inicia uma relação pontuada na desconfiança mútua –, essa decisão é fruto da liberdade que eles têm de regular como vai se dar a relação deles, uma vez que o dever de fidelidade já está previsto no Código Civil brasileiro", concluindo que "os casais têm autonomia para decidir o conteúdo do pacto antenupcial, desde que não violem os princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar".[18]

A decisão é um bom retrato do tema no Brasil. Há, de um lado, uma resistência cultural às multas por infidelidade "porque já se inicia uma relação pontuada na desconfiança mútua". Por outro lado, não há, a rigor, nenhum impedimento legal

---

[13] KIM KARDASHIAN and Kanye West's prenup gives her '$1 million for each year they are married' along with their Bel Air home. *Daily Mail,* 7 mar. 2014.
[14] KIM KARDASHIAN WEST and Kanye West Sell Bel Air Home for $17.8 Million. *The Wall Street Journal,* 6 nov. 2017.
[15] KIM KARDASHIAN e Kanye West finalizam divórcio e definem custódia dos filhos. 29 nov. 2022. Disponível em: *gshow.globo.com*. Acesso em: 10 dez. 2023.
[16] JUSTIN TIMBERLAKE 'would lose fortune' if he ever broke 'love contract' pre-nup. *The Mirror*, 6 dez. 2019.
[17] DOCUMENTO polêmico. *Revista IstoÉ*, 27 out. 2000.
[18] JUSTIÇA autoriza pacto antenupcial com multa de R$ 180 mil em caso de infidelidade. 31 jan. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2023.

para o estabelecimento desse tipo de cláusula no âmbito do exercício da autonomia privada de cônjuges, companheiros e até namorados. Algumas preocupações, todavia, podem ser suscitadas.

Em primeiro lugar, há a tradicional objeção a cláusulas que impõem consequências pecuniárias ao descumprimento de deveres de natureza existencial. Há quem enxergue nisso uma conversão da natureza do dever, pois, ao estabelecer um "*preço*" para a observância da fidelidade conjugal, a cláusula penal estaria *a contrario sensu* permitindo o descumprimento do dever mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro. Ainda que a construção possa gerar boas discussões em termos científicos, parece pouco persuasiva em termos mais pragmáticos, pois o descumprimento do dever de fidelidade conjugal já pode gerar, na prática, independentemente da cláusula penal, uma consequência pecuniária, qual seja, a eventual indenização por dano moral nos casos em que tal indenização é considerada cabível pela maior parte das cortes judiciais (exposição a humilhação pública, produção de distúrbio psicológico medicamente atestado etc.).[19]

Aqui, poder-se-ia afirmar que a instituição de cláusula penal, tal como a indenização por dano moral, exprimem uma compensação pecuniária que não afasta outras espécies de consequências que possam advir do descumprimento do dever de fidelidade. Essas consequências eram fartamente presentes em nossa ordem jurídica quando se discutia a culpa na separação: ao cônjuge "culpado pela separação", a lei impunha deveres mais rigorosos ou suprimia direitos, o que se vê textualmente, ainda hoje, na redação do artigo 1.704 do Código Civil.[20]

Ocorre que essa perspectiva foi, em boa hora, superada por meio da atuação progressista da doutrina e da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, que extirparam a relevância da culpa na ruptura das relações afetivas. Atribuir relevância à culpa na definição de direitos e deveres oriundos do rompimento fazia com que os litígios familiares se tornassem batalhas sangrentas, em que apontar os erros alheios e os acertos próprios acabava por ser necessário para um resultado mais ou menos favorável no tocante à fixação de alimentos, definição da guarda dos filhos etc. Com o ocaso da culpa no âmbito da ruptura das relações afetivas, o que resta como consequência do descumprimento do dever de fidelidade é tão

---

[19] Ver, a título meramente ilustrativo, SÃO PAULO. TJSP. *Apelação 0099514-82.2007.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 24.10.2012: "A prova dos autos demonstra que durante a vida conjugal o apelante foi infiel a sua esposa por diversas vezes. Ambos trabalhavam na Escola Estadual Rubens de Faria e Souza, ele como diretor, ela como professora, e circulavam no local, sistematicamente, comentários sobre as traições do marido, que se envolveu com mulheres no ambiente de trabalho. (...) a apelada expôs que os fatos a abalaram psíquica e emocionalmente, a ponto de ingressar em processo depressivo, o que a impossibilitou de continuar suas atividades comuns, tendo que pedir o afastamento do trabalho para iniciar tratamento médico, conforme documentos acostados aos autos. Salientou que se sentiu humilhada diante de vários comentários no local de trabalho de ambos". Na mesma direção, SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1002846-75.2021.8.26.0506*. 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 7.9.2021.

[20] "Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência."

somente a indenização por dano moral, fixada em sua ampla maioria em uma quantia pecuniária e aplicável, como já visto, apenas aos casos mais extremos.[21]

A atribuição de uma consequência pecuniária ao descumprimento de um dever de natureza existencial, como é o dever de fidelidade conjugal, não deveria, portanto, causar nenhuma surpresa na atual configuração do Direito de Família brasileiro. O que se pode discutir é se a instituição de multas pecuniárias por infidelidade pode acabar reintroduzindo a culpa em um campo de onde ela foi retirada pela Emenda Constitucional 66/2010. Haveria, assim, uma afronta ao comando do Constituinte Derivado, que serviria de limite ao exercício da autonomia privada dos cônjuges e companheiros.

O debate é interessante, mas a preocupação, embora pertinente, parece-me mal colocada. A instituição de cláusula penal não parece introduzir um elemento pecuniário novo na ruptura fundada em infidelidade – elemento que, como dito, já se encontra presente na possibilidade de indenização por dano moral, que ainda permanece viva em nossa ordem jurídica. O que a cláusula penal talvez promova é a ampliação da consequência pecuniária, opção que, a uma, encontra respaldo no próprio consenso entre as partes e, a duas, não parece apta a reerguer a culpa como pedra de toque da separação, desde que redigida a cláusula penal de maneira suficientemente objetiva.

De fato, compete aos advogados nessa seara evitar expressões demasiadamente abertas, como "qualquer traição" ou "ingresso em um relacionamento amoroso sério com outra pessoa", entre outras fórmulas textuais que podem acabar por converter a incidência da cláusula penal em um litígio de contornos tão subjetivos que se aproxime de verdadeiro julgamento moralista sobre a conduta de cada um dos conviventes. À advocacia cumpre exercer aí, como em todos os outros assuntos, um papel responsável, delimitando de modo detalhado a hipótese de incidência da cláusula penal. Há de se cogitar com o cliente das mais variadas situações que podem suscitar alegação de quebra do dever de fidelidade conjugal na visão das próprias partes: é necessária a prática de ato sexual? De qualquer natureza? Sexo verbal ou relações virtuais ou à distância contam? Flertes em redes sociais, que podem se tornar públicos, configuram quebra de fidelidade? A publicidade é um requisito para a incidência da cláusula penal? São aspectos que se encontram dentro da esfera de autonomia que ampara a própria instituição da multa e que, portanto, merecem descrição específica, a fim de evitar cláusulas demasiadamente genéricas, que gerem incerteza e abram as portas para um debate calcado na velha visão da culpa como juízo moral ou "*péché juridique*".[22]

---

[21] Daí, inclusive, a indagação suscitada por parte da doutrina acerca do caráter jurídico ou meramente moral do dever de fidelidade conjugal em nosso atual desenho normativo. Ver, a respeito desse ponto, SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um elemento moral? *Consultor Jurídico – CONJUR*, 28 fev. 2016.

[22] Como explica Paul Esmein, "*dans sa acception chargée du sens le plus lourd, la faute éveille les sentiments qui pour un Français sont depuis des siècles liés au mot péché. [...] Le péché peut être constitué par des actes ou pensées très divers, et, envisagé dans ses conditions d'existence, il ne peut être défini que comme la faute l'a été plus haut: violation d'un devoir.*" (ESMEIN, Paul. La faute et sa place dans la responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1949, p. 482). Em igual sentido, na doutrina brasileira,

4 O EQUILÍBRIO ENTRE SIGNATÁRIOS E AS CLÁUSULAS NULAS

Uma preocupação que, a meu ver, é mais importante na instituição de multas por infidelidade é a preocupação com o equilíbrio de forças entre os signatários do acordo em que tais multas são introduzidas. Há de se ter atenção permanente ao risco de que obrigações pecuniárias acabem por refrear um real exercício da liberdade individual na hipótese de ruptura das relações afetivas ou em outros aspectos relacionados à autonomia existencial das partes. Em outras palavras, ainda que sejam, a princípio, válidas as cláusulas que fixam multa em razão da violação ao dever de fidelidade ou término "prematuro" de matrimônio,[23] deve-se analisar o merecimento de tutela (*meritevolezza*) de cada disposição diante das circunstâncias concretas, levando-se sempre em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana e a necessidade de proteção do livre exercício da autonomia existencial de cada indivíduo.

Assim, uma excessiva desproporcionalidade no poderio econômico dos cônjuges ou conviventes deve exigir um escrutínio redobrado do intérprete, a fim de se evitar que a instituição de cláusulas penais conduza a uma genuína *coação*, que subjuga a liberdade individual do parceiro mais desfavorecido economicamente. Assim, o término de uma relação afetiva não pode se tornar um ônus econômico tão demasiadamente elevado que uma pessoa se veja forçada a permanecer em um relacionamento que não mais deseja de modo existencialmente autêntico. Vale dizer: uma multa impagável não pode se tornar a razão da preservação de uma vida conjunta que deveria ter por base o afeto.

Além disso, devem ser consideradas nulas, à luz do Direito brasileiro, cláusulas que importem alguma forma de violação à dignidade humana dos envolvidos, ainda que possam gozar de situação econômica paritária. Caso real, que atrairia a nulidade no Direito brasileiro, foi aquele protagonizado pela cantora Jessica Simpson e pelo jogador de futebol americano Tony Romo: em pacto antenupcial celebrado, em 2009, Jessica assumiu a obrigação de pagar uma indenização ao marido caso seu próprio peso aumentasse ao longo da vida conjugal.[24] A hipótese identifica-se nitidamente com a objetificação da mulher e a discriminação de gênero, vedada no Brasil por norma constitucional (art. 3º, IV).[25]

---

ver José de Aguiar Dias: "Numa noção prática, já o dissemos, a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado" (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atualizado por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134).

[23] "Desse modo, é válida cláusula que estabeleça o pagamento de indenização quando do fim do relacionamento. A previsão pode ter por fundamento tanto o simples fato de a separação ser desejada por um dor parceiros quanto a hipótese de decorrer por culpa de um deles." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 257-258).

[24] A notícia é de que a cada *pound* a mais da cantora o marido embolsaria US$ 500.000,00, conforme reportagem: 20 CRAZY Celebrity Prenups That Will Make You Rethink Your Marriage. *Radar: Fresh Intelligence,* 20 mar. 2020.

[25] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Na mesma linha, são nulas as cláusulas que estabelecem multas ou outros tipos de sanção pela não observância de uma frequência mínima de relações sexuais por semana ou por mês. Cláusulas como essa, por óbvio, violam gravemente a liberdade sexual dos indivíduos ao vinculá-los à realização de atos sexuais sob pena de responder com seu patrimônio. O mesmo raciocínio se aplica às cláusulas que tratam da "obrigação de ter filhos", disposições que, igualmente, ofendem o disposto no artigo 3º, IV, e outros dispositivos da Constituição brasileira.

5 CONCLUSÃO

São vastas as potencialidades do instrumento contratual nas relações de família. A tradição indevidamente intervencionista do Estado no Direito de Família vai cedendo passagem à ampliação dos espaços de exercício da autonomia privada.[26] Nesse cenário, as cláusulas que disciplinam aspectos existenciais do convívio afetivo devem ser tidas como válidas e eficazes entre nós, na medida em que exprimem a liberdade dos conviventes de estabelecerem as regras que esperam ver seguidas em suas próprias relações. Também não há, em nossa ordem jurídica, qualquer obstáculo à instituição de cláusulas penais para a hipótese de descumprimento daquelas cláusulas ou como reforço à necessidade de cumprimento de deveres existenciais fixados na própria legislação, incluindo as chamadas multas por infidelidade. Nada disso significa, por óbvio, criar espaços de insindicabilidade dos instrumentos contratuais firmados para disciplinar relações familiares. Em especial, nossa ordem jurídica afigura-se incompatível com cláusulas que exprimam verdadeira coação econômica de um dos parceiros a permanecer no relacionamento afetivo e cláusulas que violam a dignidade humana de qualquer dos envolvidos, como aquelas que obrigam, sob pena de sanção pecuniária, à procriação ou à manutenção de um certo peso, conforme ilustrado nos casos concretos analisados ao longo deste artigo.

Ressalvada a nulidade dessas últimas espécies de cláusulas, não há razão para deixar de permitir aos indivíduos que disciplinem contratualmente os diferentes aspectos de sua convivência. Aquilo que pode soar frio e pouco romântico a alguns pode, por outro lado, exprimir um olhar maduro e pragmático sobre o relacionamento afetivo. Não cabe ao Estado, nem, portanto, ao Direito, privilegiar uma ou outra visão sobre o fenômeno familiar. Aqui, como em outras searas, menos é mais. *Small is beautiful*.

---

[26] O mais recente avanço que posso citar é a extensão da arbitragem às relações familiares. Sobre o tema, ver a tese de doutorado de CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Ressignificação da indisponibilidade dos direitos:* transigibilidade e arbitrabilidade nos conflitos familiares. 2022. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 7 fev. 2022.

6 REFERÊNCIAS

20 CRAZY Celebrity Prenups That Will Make You Rethink Your Marriage. *Radar: Fresh Intelligence,* 20 mar. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Ressignificação da indisponibilidade dos direitos:* transigibilidade e arbitrabilidade nos conflitos familiares. 2022. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 7 fev. 2022.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atualizado por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 5.

DOCUMENTO polêmico. *Revista IstoÉ*, 27 out. 2000.

ESMEIN, Paul. La faute et sa place dans la responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1949.

JUSTIÇA autoriza pacto antenupcial com multa de R$ 180 mil em caso de infidelidade. 31 jan. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2023.

JUSTIN TIMBERLAKE 'would lose fortune' if he ever broke 'love contract' pre-nup. *The Mirror*, 6 dez. 2019.

KATIE'S $15Million and a $35M Mansion: What Holmes Stands to Gain from her Ex-husband... and how she's 'Seeking Much More. *Daily Mail,* 30 jun. 2012.

KIM KARDASHIAN and Kanye West's prenup gives her '$1 million for each year they are married' along with their Bel Air home. *Daily Mail,* 7 mar. 2014.

KIM KARDASHIAN e Kanye West finalizam divórcio e definem custódia dos filhos. 29 nov. 2022. Disponível em: *gshow.globo.com.* Acesso em: 10 dez. 2023.

KIM KARDASHIAN WEST and Kanye West Sell Bel Air Home for $17.8 Million. *The Wall Street Journal,* 6 nov. 2017.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. III.

MARK ZUCKERBERG'S Wife's Strict 100 Minute Rule and Odd Request While Giving Birth. *Jornal Mirror*, 5 out. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito civil na legalidade constitucional:* algumas aplicações. São Paulo: Foco, 2021.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995, v. I.

MONTEIRO, António Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 26, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *In:* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pacto antenupcial e cláusulas existenciais. *Consultor Jurídico – CONJUR*, 16 out. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato* – Problemi del diritto civile. Nápoles: ESI, 2003.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação Cível 1002846-75.2021.8.26.0506*. 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 7.9.2021.

SÃO PAULO. TJSP. *Apelação 0099514-82.2007.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 24.10.2012.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *In*: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um elemento moral? *Consultor Jurídico – CONJUR*, 28 fev. 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, família e sucessões:* diálogos interdisciplinares. 3. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2023.

TRAIÇÃO, drogas e atenção: veja os contratos pré-nupciais das estrelas. *Revista Exame*, 29 abr. 2022.

A FUNÇÃO DO TESTAMENTO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Ana Luiza Maia Nevares

Advogada. Professora de Direito Civil na PUC-Rio. Doutora e Mestra em Direito Civil pela UERJ. Membro do IBDFAM, IBDCivil, IAB e IBDCONT.

Sumário: 1. Introdução. 2. O testamento na vigência do Código Civil de 1916. 3. Restrições à liberdade de testar no Código Civil de 2002. 4. Merecimento de tutela das disposições testamentárias: incidência dos valores e princípios constitucionais em relação à liberdade de testar. 5. Conclusão: o perfil funcional do testamento no futuro. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Importante ponderar sobre a modificação da dinâmica dos personagens do Código Civil à luz da incidência direta dos princípios e valores da Constituição de 1988 nas relações privadas. O marido perdeu sua posição de chefe da sociedade conjugal e titular do pátrio poder, uma vez que a Constituição de 1988 estabeleceu a plena igualdade entre homens e mulheres; o contratante já não pode mais acreditar que toda e qualquer previsão contratual deve ser cumprida, pelo reconhecimento da vulnerabilidade de determinadas partes nas avenças, bem como de eventos que – previsíveis ou não – poderiam alterar a dinâmica da relação contratual; já o proprietário não é mais titular de um direito absoluto a quem tudo era facultado, mas sim um personagem que deve cumprir a função social da propriedade, ou seja, conciliar o exercício do domínio a situações não proprietárias, como as relações trabalhistas e o respeito ao meio ambiente.

Mas, e o testador? Quais são as mudanças à luz de um Direito Civil Constitucionalizado em relação ao testamento? Como aponta Maria Celina Bodin de Moraes:

> [...] enquanto o Código Civil corresponde às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem, o indivíduo burguês que queria ver completamente protegido o poder da sua vontade, no tocante às situações de natureza patrimonial – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos da República, assegurando, desta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extrapatrimoniais.[1]

Com efeito, o testamento é o ato mediante o qual uma pessoa estabelece disposições que deverão produzir efeitos após a sua morte. É importante registrar sua eficácia múltipla, uma vez que serve a diversos objetivos do testador, sejam aqueles de natureza patrimonial ou não patrimoniais, como resta expressamente consignado no artigo 1.857 do Código Civil.[2]

Dessa forma, nas próximas linhas, será abordada a autonomia privada testamentária à luz do Código Civil de 1916 e daquele de 2002, permeada pela incidência direta das normas e princípios constitucionais nas relações privadas, bem como os novos desafios aos quais o testamento vem sendo chamado a enfrentar.

2 O TESTAMENTO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Conforme preconizava Clóvis Beviláqua, "prepondera na sucessão testamentária o individualismo, a força da vontade humana, que se afirma e se eleva à categoria de lei", complementando, em contrapartida, que é necessário que a sucessão testamentária "não seja um elemento indisciplinado e dissolvente, contrariando interesses respeitáveis, como são os da solidariedade familial e coexistência social".[3]

Apesar das ponderações sobre a liberdade de testar respeitar interesses familiares e sociais, fato é que o Código Civil de 1916 estabelecia como limites à autonomia testamentária a forma para celebrar o ato e a reserva dos herdeiros necessários, fixada em 50% dos bens da herança.

---

[1] MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. *Archè*, n. 24, p. 11, 1999.

[2] Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

[3] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 173-174.

A legítima era destinada inicialmente apenas aos descendentes e, em sua falta, aos ascendentes, ocorrendo posteriormente alteração legislativa para atribuir ao cônjuge sobrevivente o usufruto vidual de ¼ (um quarto) dos bens da herança, se houvesse descendentes, e de ½ (metade), se não houvesse descendentes, embora sobrevivessem ascendentes, se o regime de bens fosse diverso da comunhão universal (CC/16, art. 1.611, § 1º), bem como ao direito real de habitação nas hipóteses de regime de comunhão total, quanto ao imóvel residencial destinado à residência da família, desde que fosse o único daquela natureza a inventariar (CC/16, art. 1.611, § 2º).

Verifica-se que o sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil de 1916 baseou-se no parentesco consanguíneo,[4] privilegiando a grande família patriarcal, constituída exclusivamente pelo casamento e marcada pela autoridade marital. Nesta ótica, buscava-se a conservação do patrimônio dentro do grupo familiar, justificando-se o desfavor legislativo quanto aos direitos sucessórios do cônjuge supérstite, que só participava da sucessão na ausência de descendentes e ascendentes, uma vez que, dessa maneira, evitava-se "o perigo da transferência da riqueza da família de um cônjuge para a família do outro, em virtude do segundo matrimônio do cônjuge supérstite".[5]

A tutela sucessória concedida ao cônjuge pelo Código de 1916, se já era considerada insuficiente por alguns estudiosos,[6] tornou-se insustentável na medida em que a família passava por consideráveis modificações em sua organização, como a retração em sua composição, substituindo-se a grande família patriarcal pela família conjugal, constituída pelo pai, mãe e filhos menores,[7] a sua estatização, caracterizada pela crescente ingerência do Estado nas relações familiares, a democratização do grupo familiar, transformando o casamento numa sociedade de tipo igualitário, na medida em que ocorre a emancipação da mulher e do filho, e a dessacralização do casamento, uma vez que este deixa de ser indissolúvel, além de perder o seu papel de único legitimador da entidade familiar,[8] considerando o reconhecimento de um conceito plural de família, tendo a Constituição de 1988 consagrado a união estável entre um homem e mulher como entidade familiar, bem como a família monoparental, sendo certo que conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, as entidades previstas na Constituição não configuram *numerus*

---

[4] Segundo Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, o fundamento da herança necessária reside nos vínculos de sangue, pois o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser. (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II, p. 625).

[5] MARINI, Anibali. Transformazioni sociale e successione del coniuge. Discurso proferido na inauguração do ano acadêmico 1984-1985 na Universidade de Macerata. *Inaugurazione anno accademico 1984-1985*, Macerata, 1985, p. 42.

[6] Merecem transcrição as lições de Clóvis Beviláqua, ao comentar o art. 1.611 do Código Civil de 1916: "*Unidos pelo mais intimo dos laços, pela communhão de affectos e de interesse, era uma necessidade moral indeclinavel conceder, ao cônjuge sobrevivo, direito sucessorio, preferente ao dos collateraes. O Código Civil satisfez essa necessidade, no que aliás, já o antecedera a lei n. 1.839, de 31 de Dezembro de 1907. Devera ter ido um pouco além o Código e não deixar o conjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvavel*". (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, v. VI, p. 71).

[7] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

[8] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12-13.

clausus, tendo sido reconhecidas como família as uniões estáveis e os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.[9]

Além disso, passou-se a valorizar o elemento afetivo nas relações familiares, de modo a considerá-la merecedora de tutela, não exclusivamente por suas relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.[10] Dessa maneira, "de unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade".[11]

Nessa direção, advogava-se por uma tutela sucessória do cônjuge mais efetiva e, ainda, discutia-se a equiparação do estatuto sucessório da união estável àquele do casamento, à luz de uma indagação maior, qual seja, se havia hierarquia axiológica entre as entidades familiares, em virtude do § 3º do artigo 226 da Constituição de 1988, diante das Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Em que pese configurar a legítima um limite à liberdade de testar, na vigência do referido Código, a reserva hereditária não impedia que o testador determinasse que os bens que a constituíam fossem convertidos em bens de outras espécies. Além disso, permitia que o autor da herança lhes prescrevesse a incomunicabilidade, além das condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia (CC/16, art. 1.723).

Quanto às cláusulas restritivas da propriedade, dispunha o legislador, no artigo 1.676, que estas não poderiam, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade, prevendo ainda que, nas aludidas hipóteses, o produto da venda se converteria em outros bens, que ficariam sub-rogados nas obrigações dos primeiros (CC/16, art. 1.677).

Além disso, o Código Civil admitia a disposição testamentária em favor da prole eventual (CC/16, art. 1.718), sem qualquer regulamentação, admitindo que o testador dispusesse em favor de pessoas que não existiam por ocasião da abertura da sucessão sem quaisquer balizas, bem como não impunha restrições ao fideicomisso, em relação ao qual as limitações quanto àqueles nomeados fiduciários e fideicomissários encontravam-se nas previsões gerais sobre a legitimação para receber via testamento.

---

[9] A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

[10] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244. Orlando Gomes indica referido aspecto pela denominação de desencarnação: "mais do que a voz do sangue, fala a coexistência pacífica, senão a camaradagem" (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12).

[11] VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Monografias*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. III, n. 2, 1980, p. 11.

À luz das disposições do Diploma Legal de 1916, as críticas quanto ao poder exacerbado do testador eram contundentes, sendo certo que as maiores objeções sempre foram em relação à possibilidade de gravar a legítima, uma vez que ela pertence *ex lege* aos herdeiros necessários. Silvio Rodrigues enumerava os seguintes argumentos contra as cláusulas restritivas da propriedade:

> A) A cláusula de inalienabilidade introduz, dentro do campo das relações jurídicas, um elemento de insegurança, pois a existência de um bem impenhorável, no patrimônio do devedor, representa prejuízo para o credor, não raro burlado em sua boa-fé.
> B) A cláusula, justificável talvez em período de exacerbado individualismo, não deve ser admitida em detrimento do interesse da sociedade. Em rigor, ela visa proteger o inepto, que, através de sua imprevidência, do seu desatino e de sua imprudência, conduz-se a si mesmo à ruína.
> C) A cláusula alimenta a vaidade do autor da liberalidade, que se crê mais capaz do que o beneficiário. Qual a razão para se admitir que alguém anteveja o futuro longínquo, e de assim autorizá-lo a regular a condição de bens, nesse remoto porvir, em que ele, testador não mais existirá?
> De todos os argumentos contra a cláusula de inalienabilidade, o mais contundente é o que a reprova por colocar um bem fora do comércio, por longo período de tempo. É de interesse da comunidade a circulação dos bens, e qualquer medida que a restrinja, no mero interesse individual deve ser abolida.[12]

Sobre a possibilidade de atribuir bens a pessoas ainda não existentes por ocasião da abertura da sucessão, vale lembrar novamente as críticas de Silvio Rodrigues, que com outros autores propugnavam uma reforma legislativa quanto à disposição em favor da prole eventual, considerando a incerteza e insegurança da referida previsão, uma vez que gerava o "inconveniente de a herança conservar-se em suspenso enquanto fosse possível o nascimento de filhos da pessoa designada pelo testador".[13]

Em relação ao fideicomisso, preconizava o autor acima citado que dita instituição apresentava "alto inconveniente social", que homenageava exageradamente a vontade individual, parecendo-lhe excessivo que "o proprietário de bens não apenas os desfrutes e deles disponha por testamento em favor de seus herdeiros como ainda determine as pessoas a quem tais herdeiros os devem transmitir", aduzindo que para alcançar efeitos protetivos semelhantes encontra-se na lei o usufruto.[14]

---

[12] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 191.
[13] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 42.
[14] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 25.

À luz das críticas acima, foi concebido o Código Civil de 2022, datando o seu Anteprojeto de 1972.

3 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE TESTAR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 restringiu a liberdade de testar, privilegiando os vínculos de afetividade na família, com a modificação do estatuto sucessório do cônjuge, elevando-o à categoria de herdeiro necessário em propriedade plena em concorrência com descendentes, a depender do regime de bens, já que, nestes casos, o referido Diploma Legal procurou levar a efeito a ideia de que o cônjuge, quando é meeiro não deve ser herdeiro, concorrendo, ainda, com os ascendentes, além de lhe conceder uma cota mínima de ¼ (um quarto) dos bens quando concorre com descendentes comuns ao *de cujus,*[15] sem contar o direito real de habitação atribuído de forma vitalícia, sem restrição ao regime de bens.

Em relação à questão da equiparação dos estatutos sucessórios do casamento e da união estável, o Código Civil iniciou debate acirrado sobre a questão, ao regulamentar a sucessão hereditária da união estável no artigo 1.790, atribuindo menos direitos sucessórios à união estável em comparação com o casamento, bastando registrar que o companheiro só sucedia quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, concorrendo com parentes colaterais em menor quantidade da herança, podendo esta ser vacante na ausência dos referidos bens.

Estava posta questão tormentosa, até porque na vigência do Código Civil de 1916 e das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, a tutela sucessória do casamento e da união estável era equiparada, invocando-se, assim, o retrocesso do citado artigo 1.790 do Código Civil quanto à proteção da família, base da sociedade (CF/88, art. 226).

A questão ganhou outros argumentos por ocasião da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que este equiparou o cônjuge ao companheiro nas matérias processuais.

O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal que, em 10 de maio de 2017, concluiu, em votação não unânime, que o referido artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, fixando a seguinte tese de repercussão geral (Repercussão Geral n. 809), a saber, "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002".

---

[15] Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.

Quanto às cláusulas restritivas da propriedade, segundo Miguel Reale, na elaboração do novo Código Civil, era preciso superar-se o individualismo que norteava a legislação vigente em matéria de *direito de testar*, "excluindo-se a possibilidade de ser livremente imposta a cláusula de inalienabilidade à legítima", sendo dita cláusula permitida "se houver *justa causa* devidamente expressa no testamento".[16] Assim, nasceu o disposto no *caput* do artigo 1.848 do Código Civil.

Orosimbo Nonato noticia que, em relação à possibilidade de alienação do bem gravado com cláusula de inalienabilidade, na elaboração do Código Civil de 1916, constava emenda que proibia a sub-rogação. Esta emenda foi rejeitada na Comissão da Câmara dos Deputados e na exposição de motivos para a sua rejeição constava ponderações sobre a necessidade do adquirente do bem gravado.[17] Apesar da rejeição da emenda proibitiva da sub-rogação, a fundamentação quanto à real conveniência ou necessidade daquele que recebeu o bem clausulado não foi consagrada pelo Código Civil de 1916, que só previu duas hipóteses de sub-rogação: a expropriação por necessidade ou utilidade pública e a execução de dívidas provenientes de impostos relativos aos bens.

Apesar de não prevista no Código Civil de 1916, a sub-rogação por necessidade ou utilidade do adquirente do bem clausulado era admitida por diversos autores.[18] Dessa forma, na vigência do Código Civil de 1916, predominava o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, quando houvesse real necessidade ou manifesta conveniência do interessado, a sub-rogação deveria ser autorizada.[19]

O Código Civil de 2002, na esteira do entendimento acima, admitiu expressamente a sub-rogação dos gravames quando estiver configurada a conveniência econômica do instituído (Código Civil, art. 1.911, parágrafo único), bem como quando houver qualquer outra causa que justifique a alienação do bem onerado (Código Civil, art. 1.848, § 2º). Além dessas hipóteses, segundo o Código Civil, a sub-rogação pode ocorrer em casos de desapropriação e, ainda, quando a alienação do bem gravado ocorre para pagamento de obrigações relativas ao próprio bem (obrigações *propter rem*), tais como impostos (CTN, art. 184), quotas condominiais, entre outras. Nestes casos, o saldo da execução ficará sub-rogado nas cláusulas determinadas pelo testador ou doador.[20]

---

[16] REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil:* situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 111. (Grifo do autor).

[17] NONATO, Orosimbo. *Estudos sôbre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, p. 322-323.

[18] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 140-141.

[19] "Inventário. Alienação de Bem. Sabendo-se que a parte indisponível do imóvel pertencente às filhas do testador foi gravada com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, enquanto viva a sua esposa, e se vistoria da Prefeitura, constatando riscos à segurança das pessoas, recomenda obras urgentes e possível interdição do único bem, deve este ser vendido e o produto da venda ficar sub-rogado na obrigação em nome das filhas, em caderneta de poupança, até a morte da viúva, a qual foi contemplada com a parte disponível. Venda não inferior ao valor da avaliação, inclusive sujeita a correção monetária se for o caso" (Agravo de Instrumento n. 1924/93 do TJRJ, atuando como relator Des. Hudson Bastos Lourenço, julgamento em 13/12/1994, unânime).

[20] O Código de Processo Civil disciplina a sub-rogação nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, dispondo em seu art. 1.109 que, nesses casos, o juiz não está obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Tal dispositivo consagrou o juízo de equidade, que se fundamenta nas circunstâncias especiais de cada caso concreto, adotando a solução mais justa e razoável para ele.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, na esteira das críticas à inalienabilidade acima apresentadas, a jurisprudência, atenta aos inconvenientes que o referido gravame origina para o proprietário, passou a interpretar o artigo 1.676 do aludido Diploma Legal, que fulminava de nulidade qualquer ato judicial que invalidasse ou dispensasse o gravame, com menos rigor, dispensando as cláusulas restritivas quando a finalidade expressa de sua aposição, determinada pelo testador ou doador, não se fazia mais presente, ou quando as cláusulas passavam a prejudicar o beneficiário instituído, contrariando sua pretensa finalidade que é a de "proteger e beneficiar" o herdeiro, legatário ou donatário.[21]

Com efeito, se o testador ou o doador tivesse justificado a aposição do gravame, não havia qualquer razão para a subsistência do ônus, uma vez comprovado o perecimento dos motivos que o justificaram, o mesmo se passando para as hipóteses em que havia prejuízo para os instituídos a partir dos efeitos das restrições à alienação.

Apesar da evolução jurisprudencial que passou a admitir a dispensa das cláusulas restritivas da propriedade, o Código Civil de 2002 não a consagrou, embora tenha previsto a declaração de uma justa causa para clausular a legítima e, ainda, a sub-rogação dos gravames em caso de real necessidade ou utilidade do adquirente do bem.

Fato é que passados mais de 20 (vinte) anos da vigência do Código Civil, é inegável constatar a dificuldade de se interpretar o conceito de *justa causa* previsto no *caput* do artigo 1.848, uma vez que o legislador não consignou critérios para tanto. Verifica-se na jurisprudência decisões que afastaram a inalienabilidade quando presentes causas consideradas genéricas, meramente subjetivas, que não se refiram a singularidades do herdeiro ou fatos em concreto que justifiquem o gravame, como aquelas que se referem genericamente à "proteção do herdeiro" ou "à garantia quanto a incertezas futuras e má administração", "para evitar que o patrimônio seja dilapidado", sem uma definição específica da motivação.[22]

---

[21] "Doação. Cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Cancelamento. Mitigação. Leitura da legislação infraconstitucional à luz dos princípios encartados na Lei Fundamental. Relativização de direitos. Caso concreto. Frustração das expectativas que determinaram os gravames. Austeridade da regra civil superada pela conveniência ou vantagem concreta. Deferimento do pedido. As regras de proibição contidas no Estatuto Civil merecem o devido temperamento, eis que a intenção de preservar o patrimônio, para a fruição dos descendentes, se subjuga à situação vigorante, diversa de quando foram estabelecidas as cláusulas, e o abrandamento da austeridade canônica mira-se na real conveniência ou vantagem para os interessados. Além disso, a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores fundamentais contidos na Carta Federal, para que ocorra a prevalência dos princípios nela contidos sobre normas elaboradas em outro século. Apelação provida, para autorizar o cancelamento de cláusulas de restrição" (TJRS. 7ª CC, Ap. Cív. 70002609295, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 06.06.2001).

[22] "Apelação Cível. Sucessão Testamentária. Cláusula de Impenhorabilidade, Inalienabilidade e Incomunicabilidade. Bens da Legítima. Necessidade de Justo Motivo. Art. 1.848, do Código Civil – Motivo Genérico – Insubsistência da Cláusula. Em relação aos bens da legítima, a estipulação de cláusulas restritivas não é livre e exige justo motivo que a respalde, sob pena de cancelamento dessa cláusula, nos termos do art. 1848, do Código Civil. A motivação genérica e não fundamentada não é capaz de preencher a justa motivação exigida pelo referido dispositivo" (TJMG, 1ª C.C., Ap. Cív. 1.0694.14.000244-5/0010002445-21.2014.8.13.0694 (1), julg. 15.12.2015, publ. DJ. 22.11.2016).

Ainda na linha de proteger a reserva hereditária, para que esta seja atribuída tal como existente no patrimônio do *de cujus*, o legislador de 2002 proibiu que os bens da legítima sejam convertidos naqueles de espécie diversa (CC, art. 1.848, § 1º).

Em relação ao reconhecido inconveniente de contemplar pessoas ainda não existentes por ocasião da abertura da sucessão, o legislador regulamentou a disposição testamentária em favor da prole eventual no artigo 1.800 do Código Civil, prevendo um prazo de dois anos para que seja concebido o herdeiro esperado, contado da morte do *de cujus* (CC, art. 1.800, § 4º). Já o fideicomisso foi admitido apenas em favor de pessoas não concebidas por ocasião da abertura da sucessão, sendo certo que, caso o fideicomissário já seja nascido por ocasião da abertura da sucessão, transformar-se-á a previsão do ato de última vontade em usufruto, sendo o usufrutuário o fiduciário e o nu proprietário o fideicomissário (CC, art. 1.952).

4 MERECIMENTO DE TUTELA DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS: INCIDÊNCIA DOS VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO À LIBERDADE DE TESTAR

Pode-se dizer que o Código Civil de 2002 não atendeu de forma satisfatória às demandas sociais existentes por ocasião da sua entrada em vigor, em especial quanto aos Direito das Famílias e das Sucessões. Para ilustrar o ora exposto, basta pensar no fato de o Livro de Direito de Família do Código ter sido concebido em visão única da entidade familiar, formada apenas pelo casamento, tendo sido posteriormente acrescentadas previsões sobre a união estável.

Merecida crítica é direcionada à sucessão hereditária, marcada por sua neutralidade, em desacordo com a tutela da dignidade humana preconizada pela Constituição de 1988, que optou por superar o individualismo, isto é, a concepção abstrata do homem, estabelecida numa perspectiva de igualdade formal em relação aos demais indivíduos da sociedade e de plena liberdade, visto aquele com primazia perante a sociedade e o Estado,[23] passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico.[24]

Mais ainda: conforme os valores e princípios previstos na Carta Magna, a pessoa não pode ser concebida como um valor pré-social, a prescindir das relações

[23] MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 101, ago./set. 1999.

[24] De acordo com os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes: "[...] enquanto o Código Civil corresponde às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem, o indivíduo burguês que queria ver completamente protegido o poder da sua vontade, no tocante às situações de natureza patrimonial – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos da República, assegurando, desta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extrapatrimoniais" (MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. *Archè*, n. 24, p. 11, 1999).

que estabelece com os demais, pois, tal concepção, inspirando-se numa visão individualista, não conforme o sistema constitucional, acentua o isolamento do homem e de seus problemas, afastando-o da sociedade na qual vive.[25]

Nessa perspectiva, a disciplina das relações jurídicas privadas deve estar atenta às pessoas que as integram, ao modo pelo qual interagem naquelas relações, bem como à repercussão de seus efeitos nas esferas de terceiros.

Na sucessão *mortis causa,* não se visualiza o objetivo de promoção da pessoa humana, já que o pressuposto da vocação hereditária legal está, em regra, assentado na circunstância de o chamado à sucessão pertencer àquela comunidade familiar.[26] Segundo Vincenzo Scalisi, a pessoa humana, na sua real e concreta dimensão, resta fora do horizonte normativo da vocação legal. Ao Direito Sucessório, portanto, parece ser relegada uma função meramente patrimonial, parecendo estar referido ramo do Direito estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana.[27]

O testamento, portanto, parece ser um dos poucos atos de autonomia privada a permanecer estranho ao processo de funcionalização e socialização por que atravessaram todas as tradicionais e fundamentais categorias do Direito Privado, como o contrato e a propriedade.[28] O testador permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores previstos na Constituição de 1988. No entanto, em respeito à hierarquia das fontes e à unidade do ordenamento jurídico, não existem espaços imunes aos reflexos da incidência direta dos princípios constitucionais.

A sucessão hereditária, portanto, também deve estar permeada pela exigência de promoção e desenvolvimento da pessoa, havendo no Direito das Sucessões um importante espaço da autonomia privada, traduzido nos testamentos (e codicilos), que deve ser investigado sob a ótica da dialética entre a solidariedade e a liberdade, em atenção aos ditames constitucionais, sendo certo que, estando a sucessão hereditária assentada na propriedade e na família,[29] as mudanças por que passaram os dois últimos institutos repercutem diretamente na dinâmica da primeira, tornando inevitável a necessidade de revisão do fenômeno sucessório, que deve atender a uma propriedade funcionalizada e complexa nos seus variados conteúdos e a uma família que tem como centro de tutela a pessoa de cada um de seus membros.

---

[25] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: ESI, 1991, p. 170.

[26] SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto. *La civilistica Italiana dagli anni'50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, p. 158, 1991.

[27] SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto. *La civilistica Italiana dagli anni'50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, p. 158, 1991.

[28] SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto. *La civilistica Italiana dagli anni'50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, p. 147, 1991.

[29] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 49.

Nessa direção, é possível extrair do ordenamento vigente uma releitura da liberdade testamentária.

Inicialmente, vale ponderar que os interesses daqueles que recolhem os bens da herança devem ser levados em conta na verificação da execução do ato de última vontade, não podendo o testador empreender uma tal influência na transmissão de seus bens a ponto de contrariar interesses dos sucessores – agora proprietários dos bens – que sejam merecedores de tutela. Como pondera Maria de Nazareth Lobato Guimarães, o direito sucessório constitui regulamentação de interesses e relações dos vivos,[30] sendo imprescindível que os destinatários diretos de ditas normas tenham os seus interesses ponderados nos conflitos que envolvam a vontade do testador.

Por conseguinte, deve-se atentar para a natureza dos bens integrantes da herança, bem como para os vínculos que os sucessores mantêm com ditos bens, sendo certo, portanto, que a liberdade testamentária qualitativa do testador (CC, art. 2.014) só será merecedora de tutela se atentar para interesses qualificados dos sucessores quanto aos bens, como aqueles relacionados à sua moradia e exercício profissional.

Ainda em relação aos sucessores, pode ser invocada a questão relativa às condições impostas no testamento para o recebimento do benefício indicado pelo testador. Jane Reis Gonçalves, ao enumerar de forma exemplificativa problemas que potencialmente envolvem a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, sugere o exemplo de uma cláusula testamentária que estabeleça que o direito de herança não poderá ser exercido caso o herdeiro se case com uma israelita.[31] Em casos como o proposto pela autora acima citada, a doutrina brasileira apresenta posicionamento invocando a ilicitude da condição. Com efeito, equiparam-se às condições ilícitas aquelas que atentam contra a moral, os bons costumes e a liberdade individual, quando seja violado o princípio geral da liberdade civil, política ou religiosa, como aquela que subordina a deixa testamentária ao celibato perpétuo ou à adesão à determinada religião.[32]

As disposições testamentárias podem, ainda, ser modais, quando o testador impõe certos encargos ou obrigações àquele beneficiado no testamento. Sobre a questão, vale trazer à colação caso analisado por Inocêncio Galvão Telles,[33] sobre uma testadora que faleceu solteira, não deixando quaisquer parentes em linha reta. Em seu testamento, ela instituiu como únicos e universais herdeiros seus dois sobrinhos, Licínio e Joaquim, submetendo esta disposição ao seguinte

---

[30] GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, p. 4, 1971.

[31] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

[32] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 154-155.

[33] TELLES, Inocêncio Galvão. Testamento, aceitação da herança; encargo contrário à lei ou à ordem pública. *O Direito*, Lisboa: Almedina, ano 137, v. III, p. 603-610, 2005.

encargo: a obrigação de constituírem uma sociedade civil por quotas, que teria por objeto a exploração hoteleira e exposição de cultura por ela indicadas, e para cujo patrimônio entrariam determinados imóveis indicados no testamento, com a seguinte particularidade: as quotas dessa sociedade só seriam transmissíveis a familiares da testadora.[34]

O referido autor concluiu que dito encargo era inválido, por ser determinado por um fim contrário à lei ou à ordem pública, qual seja, tornar as quotas transmissíveis apenas para familiares da testadora, invocando a aplicação do artigo 2.186º do Código Civil português,[35] registrando que "A transmissão, entre vivos ou por morte, das quotas de uma sociedade *rege-se pelo próprio pacto e, no que este for omisso, pela lei geral*", não podendo ser regulado por um terceiro, a quem não pode ser facultado "interferir na *vida interna* da sociedade, ditando norma ou critério orientador da transmissão das respectivas quotas".[36] Vale ainda, acrescentar, que não poderia o testador exigir dos sucessores que constituíssem entre si uma sociedade, interferindo em sua *affectio societatis*.

Discute-se, ainda, se o testador pode estabelecer expressamente uma discriminação quanto aos sucessores designados em relação à quota disponível. Essa questão foi debatida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 203137/PR,[37] em que se discutia a extensão de disposição testamentária que estabelecia que determinados bens, abatidos da quota disponível, deveriam pertencer exclusivamente aos *filhos legítimos* do neto do testador, inclusive aos que viessem a nascer, instituindo-se sobre os bens indicados o gravame de usufruto vitalício em benefício do referido neto.

No caso em exame, o neto do disponente, na constância de seu casamento, teve um único filho. Após a sua separação de fato, em relação diversa do casamento, teve outros dois filhos, devidamente reconhecidos. Na época da feitura do testamento, em 1975, era nascido apenas o bisneto do testador fruto do casamento de seu neto.

---

[34] Em certo ponto da consulta, os consulentes indagavam sobre a possibilidade de repudiar a herança, sendo certo que no caso analisado tal atitude não era mais possível, tendo em vista os atos já praticados.

[35] Art. 2.186º do Código Civil Português (fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons constumes). "É nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes".

[36] TELLES, Inocêncio Galvão. Testamento, aceitação da herança; encargo contrário à lei ou à ordem pública. *O Direito*, Lisboa: Almedina, ano 137, v. III, p. 605-606, 2005. (Grifos do autor).

[37] "Direito civil. Sucessão testamentária. Filhos legítimos do neto. Legatários. Alcance da expressão. Interpretação do testamento. Enunciado nº 5 da Súmula/STJ. Legatário ainda não concebido à data do testador. Capacidade sucessória. Doutrina. Recurso desacolhido. I – A análise da vontade do testador e o contexto em que inserida a expressão "filhos legítimos" na cédula testamentária vincula-se, na espécie, à situação de fato descrita nas instâncias ordinárias, cujo reexame nesta instância especial demandaria a interpretação de cláusula e a reapreciação do conjunto probatório dos autos, sabidamente vedados, a teor dos verbetes sumulares 5 e 7/STJ. Não se trata, no caso, de escolher entre a acepção técnico-jurídica e a comum de "filhos legítimos", mas de aprofundar-se no encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, as condições familiares e sobretudo a fase de vida de seu neto, para dessas circunstâncias extrair o adequado sentido dos termos expressos no testamento. II – A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva. III – Sem terem as instâncias ordinárias abordado os temas da capacidade para suceder e da retroatividade da lei, carece o recurso especial do prequestionamento em relação à alegada ofensa aos arts. 1.572 e 1.577 do Código Civil. IV – O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar violação de norma constitucional, missão reservada ao Supremo Tribunal Federal" (STJ. 4ª T., REsp. n. 203137/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/02/2002, DJ de 12/08/2002, p. 214).

Já ao tempo da morte do autor da herança (1976), estava concebido o segundo filho de seu neto e a terceira bisneta nasceu somente depois de um ano e meio da abertura da sucessão.

A relevante discussão presente no acórdão mencionado é aquela que se refere ao sentido e alcance da expressão *filhos legítimos* utilizada pelo testador: tal expressão foi empregada no sentido do antigo artigo 337 do Código Civil de 1916, lei vigente no momento da elaboração da cédula testamentária, abrangendo, portanto, tão somente os filhos concebidos no casamento, ou, ao contrário, foi utilizada no sentido de filhos próprios, verdadeiros, genuínos, englobando todos os filhos da pessoa indicada sem distinções?

Note-se que o debate se apresenta ainda mais instigante, na medida em que a Constituição de 1988 aboliu todas e quaisquer discriminações em relação aos filhos (CRFB/88, art. 227, § 6º), excluindo as antigas qualificações de filhos naturais, legítimos, ilegítimos, adulterinos, espúrios e incestuosos.

A decisão autorizou que todos os filhos recebessem o patrimônio, interpretando a vontade do testador.

Sobre a questão, na III Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 268, *in verbis*, 268 – Art. 1.799: Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva. Apesar do referido enunciado, a questão é bastante controvertida.

De fato, é inegável que escolher a pessoa a ser contemplada no testamento é ato da mais absoluta liberdade, oriunda dos íntimos sentimentos das pessoas e não podem ser, portanto, valoradas. Entretanto, a discussão ora apresentada refere-se ao fato de o testador *justificar* a escolha, ou seja, apresentar os seus motivos expressamente no ato de última vontade, sendo estes pautados por uma discriminação vedada pela Constituição de 1988. Nestas hipóteses, ter-se-á uma deixa testamentária que contém objeto ilícito (CC/02, art. 166, II),[38] devendo, neste caso, ser considerada não escrita a eleição de natureza discriminatória, quando for possível aproveitar a deixa diante de tal interpretação.

Em alguns casos, no entanto, não há o que se falar em ilicitude propriamente dita da disposição testamentária, mas sim em não merecimento de tutela diante do ordenamento jurídico. Nestes casos, o conflito instaura-se entre a autonomia privada do testador e objetivos e princípios constitucionais. Para ilustrar a problemática, analisa-se disposição testamentária que determinou, logo após a abertura da sucessão, o encerramento de atividades das escolas pertencentes à

[38] Na mesma direção, está HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *In:* JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p. 94.

empresa da qual fazia parte a testadora, respeitado o ano letivo e dentro de um limite mínimo de tempo permitido pela legislação pertinente. Tratava-se de tradicionais colégios da Zona Sul do Rio de Janeiro, onde estudavam mais de 2.000 alunos, empregando diversos profissionais da educação, além de outros indispensáveis ao exercício de dita atividade.

No caso em exame, os interesses são múltiplos, não sendo apenas aqueles dos sucessores de realizar os valores constitucionais assinalados acima. De fato, também devem ser sopesados os interesses daqueles que serão diretamente beneficiados com dita realização, a saber, os diversos alunos do colégio e os seus empregados. Sem dúvida, no caso ora exemplificado, a solução que parece melhor realizar a dignidade da pessoa humana é aquela que restringe a autonomia privada do testador, privilegiando a solidariedade, de forma a prevalecer os objetivos constitucionais do pleno emprego e do fomento da educação, que é dever da sociedade como um todo, com base na valorização dos profissionais do ensino. Isso significa dizer que a disposição testamentária que determina o encerramento de atividades escolares, embora possa ser considerada lícita, poderá não ser merecedora de tutela, pois, não demonstra realizar qualquer valor positivo no ordenamento jurídico.

Quanto às cláusulas restritivas da propriedade, em que pese o silêncio do Código Civil de 2002, a jurisprudência mais atenta à função social da propriedade continua a admitir a dispensa dos gravames em casos nos quais resta cabalmente configurado o seu malefício para o titular da propriedade, como pode ser constatado em caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 27 de setembro de 2022, no qual discutiu-se o levantamento dos gravames apostos em imóveis rurais cujos titulares onerados já eram pessoas idosas.[39]

Outro ponto muito discutido diz respeito a obras deixadas pelo autor da herança, como disposições testamentárias que determinem aos sucessores (ou ao executor testamentário nomeado) a não divulgação de obra inédita por qualquer meio ou mesmo a sua destruição. De fato, como atesta Antonio Castán Pérez-Gómez, a morte do autor enseja diversas situações nas quais os seus interesses, de seus herdeiros, da indústria e da sociedade em seu conjunto nem sempre são conciliáveis.[40] Desse modo, poder-se-ia imaginar um conflito entre uma disposição testamentária que ordenasse que toda a obra de um determinado artista fosse destruída e interesses

---

[39] De acordo com o referido julgamento, "a possibilidade de cancelamento das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade instituída pelos doadores depende da observação de critérios jurisprudenciais: (i) inexistência de risco evidente de diminuição patrimonial dos proprietários ou de seus herdeiros (em especial, risco de prodigalidade ou de dilapidação do patrimônio); (ii) manutenção do patrimônio gravado que, por causa das circunstâncias, tenha se tornado origem de um ônus financeiro maior do que os benefícios trazidos; (iii) existência de real interesse das pessoas cuja própria cláusula visa a proteger, trazendo-lhes melhor aproveitamento de seu patrimônio e, consequentemente, um mais alto nível de bem-estar, como é de se presumir que os instituidores das cláusulas teriam querido nessas circunstâncias; (iv) ocorrência de longa passagem de tempo; e, por fim, nos casos de doação, (v) se já sejam falecidos os doadores". Os julgadores concluíram que na hipótese todos os critérios jurisprudenciais estavam presentes (STJ, REsp n. 2022860/MG, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. em 27.09.2022, DJe 30.09.2022).

[40] PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral *post mortem auctoris*. *In*: VIDE, Carlos Rogel (coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores.* Madrid: Aisge, 2003, p.74.

dos sucessores em divulgá-la por meios idôneos, franqueando a todos aquela manifestação cultural.

Note-se que o direito de conservar a obra inédita, previsto no inciso III do artigo 24 da Lei n. 9.610/98, é um dos que nascem para os sucessores do autor, segundo o disposto no § 1º do mesmo dispositivo. Assim, aqueles que poderiam manter a obra inédita, poderiam, também, divulgá-la. Resta avaliar se no caso deve prevalecer o interesse do autor em conservá-la inédita ou aquele dos sucessores, em consonância com os princípios constitucionais relativos ao acesso à cultura (CRFB/88, arts. 215 e 216). Diante do inegável interesse social quanto ao acesso à obra, que uma vez materializada passa a fazer parte do patrimônio cultural da sociedade, não se pode perder de vista que aquele interesse tende a preponderar em situações extremas como a sugerida.

Se até o presente momento falou-se de limitações à liberdade de testar diante da aplicação direta dos valores constitucionais às relações privadas, a toda evidência que tal incidência amplifica o valor e o respeito de disposições testamentárias que estejam conectadas a interesses existenciais do testador, como aquele referente ao reconhecimento de paternidade socioafetiva, que pode ocorrer por meio de disposição testamentária,[41] e o destino do material genético congelado deixado pelo autor da herança.

Em relação à reprodução humana assistida *post mortem*, deve haver o consentimento informado daquele que deixa o material genético congelado sobre o seu uso após sua morte. Conforme previsto no item VIII da Resolução n. 2.320, de 2022, do Conselho Federal de Medicina (CFM), é permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente.

Nessa direção, o Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, que regulamenta os serviços notariais e de registro, em seu artigo 513, § 2º, determina que o registro de filhos nascidos por força de reprodução humana assistida *post mortem* demandará a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Diante disso, por quais meios a pessoa deve autorizar o uso de seu material genético congelado para a realização da reprodução humana assistida *post mortem*?

A questão foi abordada pelo Superior Tribunal de Justiça em 08.06.2021, no julgamento do REsp 1918421/SP. No caso em questão, o casal que se submeteu às técnicas de reprodução humana assistida assinalou no formulário no qual deveriam indicar o destino dos embriões excedentes em caso de óbito, doença

[41] Provimento n. 149, de 30.08.2023, art. 507, § 8º.

grave ou incapacidade, a opção de "Manter todos os embriões congelados sob a custódia do cônjuge sobrevivente". Além disso, na *página de assinatura, constou no formulário uma observação, adrede introduzida, como ocorre nos contratos de adesão em geral, com o seguinte teor, a saber,* "O parceiro, ao assinar a presente, desde já autoriza a realização da transferência do pré-embrião para o primeiro ciclo à parceira. Essa autorização somente será revogada mediante comunicação formal por escrito e assinada pelo parceiro".

Após o falecimento do homem, a mulher pretendeu realizar a reprodução assistida *post mortem* e os filhos do falecido contestaram. No REsp mencionado, o Ministro Luís Felipe Salomão, no voto vencedor, enalteceu o testamento como instrumento hábil para a manifestação de vontade *post mortem* quanto a aspectos existenciais do testador, aduzindo que a decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem* que, para além dos efeitos patrimoniais e sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade da pessoa, devendo, portanto, ser manifestada por forma expressa e incontestável, alcançada pelo testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia, concluindo que os contratos de prestação de serviços com a Clínica de Reprodução Humana Assistida foram instrumentos inadequados para tanto, ainda mais porque, no caso concreto, o falecido deixou testamento público que nada mencionou sobre a vinda de outro filho.

Dessa forma, verifica-se a importante função alcançada pelo testamento quanto à esfera existencial do testador, servindo à manifestação de seus objetivos quanto aos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana após a morte.

5 CONCLUSÃO: O PERFIL FUNCIONAL DO TESTAMENTO NO FUTURO

Sem prejuízo do que foi exposto no item acima, é preciso avançar em outros aspectos da regulamentação do direito de herança.

Inicialmente, é preciso registrar que há muitos debates sobre uma excessiva proteção do cônjuge sobrevivente no ordenamento jurídico e, em consequência, também do companheiro. Realmente, se pensarmos na família do início da década de 1970, seria possível afirmar que havia uma clara e evidente inferioridade feminina na família, em especial em virtude da ascendência econômica do homem em relação à mulher, pelo exercício profissional. Além disso, o casamento era indissolúvel e o modelo nuclear – pai e mãe casados e filhos – era aquele almejado socialmente.

A família do século XXI, quando o Código entrou em vigor, muito difere daquela da década de 1970, sendo realidade o fenômeno das famílias recompostas

em virtude do divórcio, não sendo raro que, na sucessão hereditária, concorram o consorte do falecido e seus descendentes exclusivos, o que evidentemente pode representar conflitos familiares, isso sem falar nos casos em que o consorte sobrevivente teve um relacionamento curto com o autor da herança em comparação com o período no qual este último adquiriu o seu patrimônio objeto da sucessão.

Novas entidades familiares foram consagradas em nosso ordenamento jurídico, não se podendo afirmar que as únicas formas de família admitidas são aquelas previstas na Constituição, ampliando, assim, o rol de pretendentes à sucessão do finado. E mais: a inserção da mulher no espaço público e a sua independência é cada vez mais acentuada. Ainda que estejamos longe de atingir uma plena e efetiva igualdade entre homens e mulheres, especialmente porque as políticas de inserção da mulher no espaço público foram exitosas, mas poucas são as políticas de inserção do homem no espaço privado, para dividir com a mulher as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos,[42] é inegável que deve haver maior espaço de liberdade em relação à sucessão do cônjuge e do companheiro.

Tais ponderações nos direcionam para um debate mais amplo, a saber, aquele relativo à imposição de uma legítima para certos parentes, demonstrando um reclame por uma ampliação da liberdade de testar e por uma revisão da posição neutra do Direito Sucessório em relação às singularidades dos chamados à sucessão e seus vínculos com os bens que integram a herança.[43]

Diante da igualdade entre os cônjuges na família; da maior expectativa de vida das pessoas, que leva à sucessão em favor dos filhos quando estes já alcançaram a idade adulta e aquela em que mais se produz e em favor dos pais quando estes estão muito idosos e dependentes e, ainda, diante do fenômeno cada vez mais comum da recomposição das famílias em virtude dos divórcios e das novas núpcias, pondera-se se a proteção à família extraída da legislação sucessória está realmente em consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um de seus membros, como determina o mandamento constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros com deficiência, idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.

---

[42] A guarda compartilhada é um exemplo de tal política que paulatinamente vem produzindo importantes e desejáveis efeitos de inserção do homem no espaço doméstico.

[43] Seja consentido remeter o leitor a NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, p. 77-94, 2018.

O testamento do futuro, portanto, deve encontrar maior amplitude quanto à liberdade do testador em relação às suas relações conjugais, sendo certo que o mesmo não deve ocorrer quanto à tutela de sucessores vulneráveis, como incapazes e idosos, que devem ser prioritariamente protegidos.

Nessa direção, em relação ao direito real de habitação, este deve ser estendido para outros parentes que sejam dependentes da moradia do *de cujus*, considerando o seu caráter protetivo. Assim, o direito real de habitação deve ser estendido para os vulneráveis na família, cuja moradia dependia daquela do autor da herança, sendo concedido não só ao cônjuge e ao companheiro, como também aos filhos ou netos menores ou deficientes, bem como aos pais ou avós idosos que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, sem prejuízo da participação que lhes caibam na herança. Dito benefício deverá ser exercido em conjunto pelos respectivos titulares conforme seja a situação na data do óbito e deverá cessar quando o titular adquirir renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, bem como na hipótese de casar ou iniciar união estável.

Ainda em relação à tutela de parentes vulneráveis, seria bem-vinda a permissão de disposição testamentária que direcionasse parte da reserva hereditária a tais sucessores, sendo possível ao testador, dessa forma, ajustar a transmissão dos bens conforme a necessidade de cada um. Com efeito, na recente codificação argentina há dispositivo que autoriza o testador a destinar 1/3 da legítima para descendentes ou ascendentes incapacitados, considerando, neste caso, pessoas com incapacidade aquelas que padecem de uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação à sua idade e meio social implica em desvantagens consideráveis de integração familiar, educacional ou laboral.[44]

Questão de extrema importância é aquela de se discutir a permanência da possibilidade de o testador gravar a legítima com a cláusula de inalienabilidade e em consequência de impenhorabilidade. Ditas cláusulas podem desempenhar, em determinados casos, a função de garantia do que se denomina de *patrimônio mínimo da pessoa,*[45] a partir da indisponibilidade de um bem essencial ao beneficiário da liberalidade, destinado à sua moradia ou ao desenvolvimento

---

[44] *ARTICULO 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.*

[45] A eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana clama necessariamente pela garantia de condições materiais mínimas à pessoa, preocupação do constituinte em diversas passagens da Constituição da República (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-162). No âmbito do Direito Privado, podemos traduzir o mínimo existencial no que Luiz Edson Fachin denominou de patrimônio mínimo da pessoa humana, podendo ser identificado em diversas normas como aquela que determina a incapacidade relativa do pródigo (CC, art. 4º, IV), aquela que determina a nulidade da doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para subsistência do doador (CC, art. 548), bem como aquelas que estabelecem a impenhorabilidade de bens essenciais (Lei 8.009/90 e CPC, art. 833) (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim).*

de seu trabalho (CF/88, art. 6º, *caput*).[46] De igual forma, quando o testador demonstrar fatos ligados à saúde ou especificidades do beneficiário a justificar o gravame, bem como quando esse for motivado pela natureza do bem, como pode se dar com ações de empresas familiares, das quais depende o sustento de toda a família, sendo certo que a eficácia da cláusula restritiva estará sempre submetida à análise da permanência das razões que a justificaram.

De outra forma, nas instituições dos gravames, encontrar-se-ão na maior parte dos casos interesses subjetivos do testador, que não se coadunam com aqueles dos sucessores e, ainda, a restrição de circulação de bens e, em consequência, a diminuição da garantia de credores pela satisfação de seus créditos.

Quanto à ampliação da liberdade testamentária, deve-se enaltecer previsões testamentárias que visem a filantropia, reforçando o entendimento de que a previsão do disposto no art. 1.902 do Código Civil não exige a regular constituição da pessoa jurídica contemplada, averiguando meios de cumprir a determinação de última vontade com intuito beneficente e filantropo.

Em atenção ao fenômeno das famílias recompostas, é preciso encontrar meios de o testador melhor ajustar os diversos interesses a conciliar, dos descendentes de um primeiro relacionamento e daqueles do segundo (ou terceiro, quarto....) e seu atual consorte. Atualmente, como exposto, o Código Civil proíbe que o testador determine a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, admitindo tal faculdade apenas quanto à disponível. No entanto, a proibição de converter os bens da legítima em dinheiro parece não estar em consonância com objetivos atuais de ampliar determinadas prerrogativas do testador, para melhor lhe permitir planejar a sua sucessão.

De fato, tal conversão permitiria que o testador, ao se valer da faculdade disposta no art. 2.014 do Código Civil, que lhe permite indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, empreendesse divisão patrimonial que assegurasse melhor proteção para os herdeiros e para a continuidade de seus negócios, porque não raras vezes, há herdeiros totalmente alheios aos bens e negócios da pessoa falecida, que teriam

[46] Na jurisprudência, vale citar: "Apelação cível. Registro de imóveis. Ação de cancelamento de cláusulas restritivas na matrícula de imóvel recebido em doação. Preliminar. Nulidade da sentença. Inocorrência. Rejeita-se a prefacial, visto que inexistente qualquer vício ou nulidade que contamine o decisum e enseje a sua desconstituição. Não há nulidade a ser declarada em sentença devidamente fundamentada, que observou o disposto nos arts. 165 e 458 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal, embora adote tese diversa daquela invocada pela parte recorrente. Cancelamento de cláusula de inalienabilidade. Inviabilidade no caso concreto. É entendimento corrente na doutrina e jurisprudência que a indisponibilidade gravada sobre bens imóveis não é absoluta, havendo possibilidade da relativização quando se tornarem óbice à própria fruição da coisa pelo proprietário. Atende-se, com essa exegese, a função social da propriedade. Entretanto, no caso inexistem elementos que configurem justa causa ao cancelamento do gravame, já que o próprio donatário alegou que sua pretensão apenas tem por escopo tornar plena a propriedade do bem. Outrossim, as razões apresentadas pela doadora e pelos demais filhos do autor apresentam-se razoáveis à manutenção da cláusula de inalienabilidade, porquanto visam proteger o genitor, pessoa de idade avançada, que reside sozinho, de eventual influência de terceiros. Preliminar rejeitada. Recurso de apelação desprovido. Unânime" (TJRS. 18ª CC, Ap. Cív. N. 70012329959, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, julg.12.4.2007).

sua quota hereditária melhor atendida com dinheiro, a partir de uma avaliação fidedigna dos bens.

Assim, a conversão em dinheiro facilitaria a escolha pelo testador do herdeiro que melhor continuaria os seus negócios, sem maiores disputas entre os demais pela qualidade dos bens determinados pelo testador para compor seus respectivos quinhões, complementando o já citado art. 2.014 do Código Civil.

Além disso, diante de um bem que o testador já soubesse que ensejaria alta litigiosidade entre os herdeiros e divisão incômoda, este já poderia determinar a sua alienação e conversão em pecúnia, impedindo que os herdeiros se valessem de expedientes processuais para prolongar o processo de inventário desnecessariamente.

Outra medida que seria muito bem-vinda é aquela de retomada do fideicomisso tal como previsto no Código Civil de 1916, sem restrições àquele que pode ser o fideicomissário, salvo em relação às regras gerais para a capacidade testamentária passiva. Realmente, a dinâmica do fideicomisso permitiria, por exemplo, que um imóvel fosse deixado para o atual consorte do falecido, com a obrigação de que fosse transmitido para os descendentes do testador por ocasião da ocorrência de determinado evento ou falecimento do consorte.

Olhando à frente, não se pode descuidar do aumento da longevidade da população brasileira, que está em trajetória de envelhecimento e, até 2060, o percentual de pessoas com mais de 65 anos passará dos atuais 9,2% para 25,5%. Ou seja, 1 em cada 4 brasileiros será idoso.[47] Nessa direção, verifica-se que será cada vez mais necessário que pessoas idosas sejam cuidadas por seus familiares, havendo a tendência de incremento no número de curatelas. Em 2050, o Brasil terá cerca de 77 milhões de pessoas dependentes de cuidado (pouco mais de um terço da população estimada) entre idosos e crianças, segundo dados do IBGE.[48]

Como apontado no relatório *Tempo de Cuidar: o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade*, da OXFAM BRASIL, (i) Mulheres e meninas ao redor do mundo dedicam 12,5 bilhões de horas, todos os dias, ao trabalho de cuidado não remunerado – uma contribuição de pelo menos US$ 10,8 trilhões por ano à economia global – mais de três vezes o valor da indústria de tecnologia do mundo; e (ii) 90% do trabalho de cuidado no Brasil é feito informalmente pelas famílias – e desses 90%, quase 85% é feito por mulheres.

Diante da pirâmide populacional envelhecida, o Direito vê-se perante a problemática do cuidado dos parentes idosos e dependentes, indagando-se se seria

[47] Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml. Acesso em: 12 out. 2023.
[48] Disponível em: https://www.oxfam.org.br/forum-economico-de-davos/tempo-de-cuidar. Acesso em: 12 out. 2023.

possível encontrar no Direito Sucessório algum mecanismo de fomento para tal cuidado, uma vez que um sistema de recompensa tende a ter maior eficácia do que a espera por aqueles que irão se voluntariar na referida tarefa, até porque, não raro, o cuidador deixa de exercer atividades remuneradas, abdicando de sua independência financeira e de outros planos de vida para exercer o cuidado, sendo necessário que a questão seja analisada pelos dois ângulos: daquele que necessita do cuidado e do cuidador.

Nessa direção, previsões testamentárias que estabeleçam remuneração para aqueles que sejam designados como curadores, sendo estas dívidas da herança, a serem pagas antes da divisão dos bens entre os herdeiros, bem como o reconhecimento de que determinadas transferências foram realizadas como doações remuneratórias, que são excluídas da colação por se distanciarem de uma liberalidade (CC, art. 2.011), já que têm por objetivo recompensar um serviço prestado que de outra forma não poderia ser cobrado, devem ser incentivadas, de forma a se encontrar no direito privado mecanismos que atendam às demandas do envelhecimento.

Registre-se, ainda, que o testador do futuro deverá estar cada vez mais atento ao que hoje se denomina herança digital, ou seja, aos conteúdos encontrados na Internet conectados a um usuário falecido, sendo evidente que cada vez mais interagimos em sociedade por meio das redes, seja arquivando memórias, adquirindo produtos, postando imagens e manifestações do pensamento, bem como realizando investimentos.

Além disso, cada vez mais pessoas auferem receitas por meio das plataformas digitais, havendo um redirecionamento dos meios empregados pelas pessoas para se sustentar. Exemplo do ora exposto é o sucesso de *youtubers*, como aqueles que alcançam o público infantojuvenil com conteúdo de *games.*[49]

Apesar de as plataformas, na maior parte dos casos, não admitirem a transmissão hereditária do conteúdo digital aos sucessores de um usuário falecido, mesmo aqueles de caráter estritamente patrimonial, como se dá com a maioria dos programas de milhagem das companhias aéreas,[50] os conflitos entre a sociedade

---

[49] Para dar um exemplo, Pedro Afonso Rezende, ou mais conhecido por Rezendeevil na internet, tem um canal com 29 milhões de inscritos e renda anual aproximada de R$ 1,4 milhões. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/11/22/influenciadores-digitais-trabalho-faturamento-digital-influencer.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 17 set. 2022.

[50] Em outubro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça considerou válida a cláusula do regulamento do programa de fidelidade da TAM que previa o cancelamento dos pontos acumulados pelo cliente após o seu falecimento. O acórdão diferenciou as formas de acúmulo de pontos, distinguindo aquela em que o consumidor ganha os pontos, a título gratuito, como um bônus por sua fidelidade na aquisição de um produto ou serviço diretamente contratado com a TAM ou seus parceiros comerciais, quando os pontos funcionam como meio de prestigiar o consumidor fiel, da que é adquirida pelo consumidor de maneira onerosa, ao se inscrever em programa de aceleração de acúmulo de pontuação e outros benefícios, que, no caso da empresa TAM, é denominado de Clube Latam Pass. A segunda modalidade de acumulação de pontos não foi objeto do recurso e, quanto a primeira, o STJ considerou que o programa de pontos consiste num contrato unilateral e benéfico, que só traz benefícios para o consumidor, sem uma contraprestação pecuniária para a aquisição direta dos pontos bônus, devendo, portanto, ocorrer uma interpretação restritiva do contrato, nos termos do art. 114 do Código Civil, não havendo o que se falar em abusividade da cláusula em questão (STJ. REsp 1878651-SP, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 04.10.2022).

em preservar seus dados e transmitir o seu conteúdo digital para sua família vêm-se acentuando cada vez mais, na medida em que são as redes e plataformas digitais que criam e disponibilizam os "sistemas" para seus usuários.

Sem dúvida, esse é um debate muito mais amplo e urgente, porque não se consegue mais conceber a vida em sociedade sem a tecnologia e suas ferramentas, fornecidas à população por conglomerados empresariais que somam receitas maiores que o PIB de países que integram, por exemplo, o G20, denominadas *Big Techs*, que somam atualmente apenas cinco companhias.[51]

Ainda diante da tecnologia e seus avanços inimagináveis, o testamento representará importante sede para que as pessoas exerçam a tutela póstuma de seus dados. Nessa direção, celebridades vêm-se valendo das disposições testamentárias para proibir que suas imagens e vozes sejam utilizados após o seu falecimento.[52]

O Direito brasileiro tutela os direitos da personalidade da pessoa falecida (CC, art. 12, parágrafo único, e art. 20, parágrafo único), legitimando seus familiares a tutelá-los, por força de uma aquisição *iure proprio* de direitos revestidos da característica de um *poder-dever*, que deve ser exercido consoante a solidariedade familiar em benefício e no interesse da pessoa falecida. Por conseguinte, qualquer conflito entre os titulares do referido poder-dever sobre o modo de exercício daqueles direitos deve ser solucionado "de acordo com a vontade real ou presumível do falecido".[53]

Dita vontade presumível é buscada a partir de uma investigação quanto a qual seria o seu comportamento diante da mesma situação relativa à defesa do atributo da personalidade em questão, ou relativa ao seu exercício, nas hipóteses excepcionais em que seja este último autorizado. Dessa maneira, na hipótese de haver atuações em desacordo com o aludido critério, qualquer dos legitimados poderá exercer o seu poder de controle, submetendo a questão ao Poder Judiciário, objetivando que cesse a lesão ou a ameaça à personalidade da pessoa falecida, podendo, eventualmente, surgir o direito de reclamar perdas e danos.

Dessa forma, nada melhor do que a vontade real do falecido expressa e materialmente manifestada. Nessa direção, muito embora seja possível discutir outras formas pelas quais o finado poderia manifestar tal vontade, é inegável que o testamento é sede profícua para tanto, já que é, por excelência, o ato de última vontade previsto e regulado pelo ordenamento civil brasileiro.

---

[51] Um nome alternativo a essas companhias é Big Five, em referência às cinco maiores: Meta (Facebook), Amazon, Microsoft, Apple e Alphabet (Google).

[52] Disponível em: https://portalpopline.com.br/madonna-atualiza-testamento-proibindo-hologramas-dividindo-fortuna/. Acesso em: 17 set. 2022.

[53] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 194.

6 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, v. VI.

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

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, p. 1-109, 1971.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *In:* JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio (coord.). *Comentários ao Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I e II.

MARINI, Anibali. Transformazioni sociale e successione del coniuge. Discurso proferido na inauguração do ano acadêmico 1984-1985 na Universidade de Macerata. *Inaugurazione anno accademico 1984-1985*, Macerata, 1985.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. *Archê*, n. 24, p. 11-22, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, ago./set. 1999.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, p. 77-94, 2018.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sôbre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral *post mortem auctoris*. *In*: VIDE, Carlos Rogel (coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores.* Madrid: Aisge, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: ESI, 1991.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil:* situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto. *La civilistica Italiana dagli anni'50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova: Cedam, p. 138-166, 1991.

TELLES, Inocêncio Galvão. Conceito jurídico de sucessão. *Cadernos de Direito Privado*, Niterói: CEUFF, v. 2, n. 2, p. 31-63, 1979.

TELLES, Inocêncio Galvão. Testamento, aceitação da herança; encargo contrário à lei ou à ordem pública. *O Direito*, Lisboa: Almedina, ano 137, v. III, p. 603-610, 2005.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Monografias*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. III, n. 2, 1980.