

A PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS: RELEITURA FUNCIONAL DE UMA ANTIGA REGRA

*PROHIBITION OF THE SUCCESSOR AGREEMENT:
FUNCTIONAL REREADING OF AN OLD RULE*

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Foi vice-diretor da Faculdade de Direito da UERJ e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Representante da Linha de Pesquisa em Direito Civil da UERJ. Coordenador de eventos científicos do IBDCivil. Membro do Conselho Editorial da Revista Civilistica.com. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. carlos_edison@uol.com.br

RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor da Universidade Federal do Amazonas. Bolsista do Programa RH-Mestrado – FAPEAM (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O presente artigo aborda a regra da proibição genérica dos pactos sucessórios prevista no art. 426 do Código Civil. A partir de enfoque histórico e funcional, procura-se descrever a racionalidade da proscrição, a fim de se obter parâmetros interpretativos aptos a distinguir situações em que eventualmente a vedação positivada não se justifique. Com apoio no estudo da experiência estrangeira, foi possível inclusive observar tendência de alargamento da permissão dos pactos sucessórios naqueles países onde tradicionalmente a legislação consagrava a proibição geral. O assunto adquire importância prática quando são confrontadas situações que poderiam, em tese, ser facilmente solucionadas pelos pactos sucessórios ou, ainda, na delimitação entre a regra proibitiva e a possibilidade jurídica de subordinar a eficácia do negócio jurídico ao evento morte (pactos *post mortem*).

ABSTRACT: This article discusses the rule of the generic prohibition of successor agreement outlined in Article 426 of the Civil Code. From historical and functional approach, it seeks to describe the rationale for the prohibition, in order to obtain interpretative parameters able to distinguish situations that the eventual established prohibition does not justify. Based on the study of foreign experience, it was possible to observe a trend to enlarge the permission of the successor agreement in those countries where the legislation, traditionally, enshrined general prohibition. The matter acquires practical importance when situations confronted could, in theory, be easily solved by the successor agreement, or even in the delimitation between the prohibitive rule and the legal possibility of subordinating the effectiveness of the legal business to the event death (post mortem pacts).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Pacto sucessório – *Pacta corvina* – Herança pessoa viva – Direito brasileiro.

KEYWORDS: Successor agreement – *Pacta corvine* – Inheritance of living person – Brazilian law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Notas Históricas. 3. Sistematização dos Pactos Sucessórios. 3.1. Os Pactos Atributivos ou de *Succedendo*. 3.2. Os *Pactos Abdicativos* ou de *non Succedendo*. 3.3. Os Pactos Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais. 4. Potencialidade Prática dos Pactos Sucessórios. 5. Pactos Sucessórios no Direito Brasileiro. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os pactos sucessórios são concebidos, em sentido amplo, como qualquer convenção cujo objeto seja a herança de pessoa viva.¹ Em outras palavras, são as estipulações que atribuem um direito privativo sobre toda ou parte de uma sucessão não aberta.² Daí se concluir que os pactos sucessórios, também conhecidos como *pacta corvina*,³ são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis acerca de uma sucessão não aberta.

Influenciado pela tradição romanística incorporada pelo Código Civil Napoleônico, o legislador pátrio aderiu à proibição genérica dos pactos sucessórios. Na simplista dicção do Código Civil, dispõe o art. 426 que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, de modo que o direito brasileiro assistiu a um longo período de silêncio nas discussões sobre o tema, dada a sua infertilidade decorrente da regra proibitiva expressa. Claro que a regra cumpria, e pode continuar cumprindo ainda, papel importante no sistema, em favor da tutela de valo-

1. CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto Sucessório na História do Direito Português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965.
2. Essa é a definição clássica da *Cour de Cassation* francesa, noticiada por Yann Favier in *Le Principe de la Prohibition des Pactes Successoraux em Droit Français*, p. 29.
3. A referência à palavra corvo é explicada por José Fernando Simão: “O nome do pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie corvídeos, especialmente aquelas do gênero *Corvus*, de plumagem negra e que são encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul. O corvo é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto, necrófago. A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele de quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem, os contratantes estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança” (Análise das Regras do Contrato de Sociedade quando da Morte dos Sócios e a Vedação da Existência de Pacto Sucessório, *Revista Imes*, jan./jun. 2005, p. 47).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

res éticos fundamentais e de há muito consagrados nas civilizações contemporâneas.⁴ No entanto, a partir da identificação de sua racionalidade e funções no ordenamento, descortina-se a possibilidade de sua flexibilização em favor de outros interesses igualmente merecedores de proteção, como se pretende mostrar no presente ensaio.

Chama atenção, de outro ângulo, determinadas alusões da jurisprudência aos pactos sucessórios, muitas vezes realizadas de maneira imprópria. Mais grave ainda são as confusões entre o direito matrimonial de bens e o direito sucessório, ou seja, entre a meação e a herança. Caso emblemático tem-se no julgamento do REsp 992.749/MS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, da 3.^a T. do STJ, em 01.12.2009. O julgado, que apresenta uma vasta ementa, trata basicamente de uma disputa acerca da qualidade de herdeiro por parte do cônjuge sobrevivente, resistida pelos demais herdeiros. O *de cujus*, em vida, contraíra matrimônio sob o regime da separação absoluta de bens, precedido de regular celebração de pacto antenupcial, com cumprimento de todas as formalidades legais. Após a sua morte, o cônjuge supérstite requer habilitação no processo de inventário, deferido pelo juízo de primeiro grau, em obediência à ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, inc. I, do Código Civil, segundo o qual são herdeiros os descendentes, em concorrência com o cônjuge, mesmo casado pelo regime da separação convencional de bens. Houve recurso dos herdeiros, que não prosperou perante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

No STJ, contudo, houve reforma do julgado, para o fim de excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, sob os seguintes e principais fundamentos: a) o regime da separação obrigatória seria gênero, de que são espécies a separação legal e a convencional, indo ao encontro da exclusão prevista no art. 1.829, I, do CC;⁵ b) a

4. “Os princípios constitucionais, assegurada a hierarquia das normas, são os mais relevantes, configurando os valores que devem estar presentes em cada interpretação-aplicação de regras ou de princípios setoriais. Se uma regra pode ser referida a pelo menos um princípio, há quase sempre uma pluralidade de princípios que devem ser confrontados quando da realização do procedimento de interpretação. Esta análise, comumente chamada de ponderação ou balanceamento, é devida ao fato de que os princípios, ao contrário das regras, constituem uma pluralidade e jamais se excluem mutuamente, promovendo-se, como resultado da interpretação, apenas uma ordenação de preferência (ou uma eventual compatibilização entre eles), que instaura, em relação ao caso concreto, uma ‘hierarquização axiológica’. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Editorial, p. 1. Disponível em: [http://civilistica.com/utilidade-principios/]. Acesso em: 10.06.2016).
5. O artigo prevê a exclusão da concorrência cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens com os descendentes. No entanto, o próprio dispositivo faz alusão ao artigo que trata da separação legal, embora errando a numeração. Em vez de 1.641, o dispositivo cita o art. 1.640.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

ausência de longa convivência, que não durou mais de 10 (dez) meses; c) o autor da herança padecia de doença incapacitante e já havia formado todo seu patrimônio quando das núpcias; d) os nubentes celebraram pacto antenupcial estabelecendo a incomunicabilidade de todos bens antes e depois do casamento; e) a ampla liberdade de escolha do regime matrimonial de bens não pode ser limitado pelo direito das sucessões, por traduzir a continuação da personalidade do morto pela projeção dos arranjos patrimoniais feitos em vida; f) a qualidade de herdeiro do cônjuge violaria o regime de bens pactuado, caracterizando alteração do regime matrimonial de bens “post mortem”; g) a boa-fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade; h) o princípio da exclusividade, vedando a interferência de terceiros ou do Estado nas escolhas patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar.

Das razões expostas no acórdão, observa-se que a decisão do STJ buscou fazer justiça equitativa por não concordar com a condição de herdeiro do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens quanto aos bens particulares nas condições fáticas dos autos: homem que contrai segundo casamento, sofrendo de doença incapacitante, vindo a falecer 10 (dez) meses depois. Pela literalidade do Código Civil e até mesmo pela jurisprudência iterativa do próprio STJ,⁶ resta nítido que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional ostenta a condição de herdeiro, em concorrência com os descendentes.

Mas um ponto abordado no acórdão é de grande relevo e servirá de inflexão para o assunto abordado no presente artigo: o fato de o direito das sucessões ser permeado de regras de ordem pública limitadoras da liberdade individual, e essa liberdade servir à realização dos projetos patrimoniais e existenciais da pessoa humana, mesmo para além da sua morte.

Com efeito, a pequena margem de liberdade prevista para as disposições de última vontade, entre as quais a intangibilidade da legítima, vem associada a uma

6. Por todos: CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. DOAÇÃO EFETIVADA ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. COLAÇÃO. DISPENSA. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. A doação feita ao cônjuge antes da vigência do CC/2002 dispensa a colação do bem doado, uma vez que, na legislação revogada, o cônjuge não detinha a condição de herdeiro necessário. 4. Recurso especial desprovido. (REsp 1346324/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02.12.2014).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

restrição genérica da liberdade contratual no que tange ao direito eventual à herança de pessoa viva. Essa restrição excessiva da liberdade é reconhecida no acórdão analisado quando afirma que “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”. E arremata que se trata de “um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações”.

Veja-se a grande tensão analisada pela Corte da Cidadania. De um lado, a vontade expressa dos cônjuges à incomunicabilidade dos bens, seja antes ou depois do casamento. A alusão a “depois do casamento” pode ser lida não apenas como o momento posterior ao divórcio, mas também após a morte, que também é causa de extinção da relação jurídico-matrimonial (art. 1.571, § 1.º, do Código Civil). Nesse último caso, não estaria o STJ dando eficácia a um pacto sucessório? Não constituiria a renúncia antecipada à herança estipulada no contrato antenupcial um verdadeiro contrato sobre sucessão não aberta proibido pelo art. 426 do Código Civil?

Intrigantemente a questão não foi analisada sob essa perspectiva no julgamento do recurso. Por outro lado, indaga-se se o pacto sucessório não teria utilidade em situações semelhantes, por ir ao encontro do senso comum de justiça, preservando-se, ademais, os anseios da ordem pública do direito das sucessões. Ou qual a utilidade de se proibir a renúncia antecipada à condição de herdeiro por ocasião da celebração do pacto antenupcial? Justifica-se, ainda, a vedação extensiva dos pactos sucessórios diante de imperativos contemporâneos de planejamento familiar, de modernas sociedades empresárias familiares e, enfim, de todas as formas de planejamento sucessório? E o que dizer do envelhecimento progressivo da população, aumentando a idade média da recepção de bens pelos herdeiros por abertura de sucessão?

Os questionamentos suscitados no parágrafo anterior e a análise comparativa da evolução da ordem jurídica dos países de tradição romano-germânica na matéria demonstram a necessidade de revisitação de tema tão negligentemente tratado pela doutrina brasileira, mas não de somenos importância.

2. NOTAS HISTÓRICAS

O direito romano não assistiu a uma proibição genérica dos pactos sucessórios. Apesar de não haver uma sistematização do assunto, os romanos atuavam casuisticamente, invocando fundamentos diversos para manifestar hostilidade em relação a essas convenções.

Em um caso concreto analisado por Diocleciano decidiu-se pela proibição do pacto dotal com cláusula de sucessão do marido por morte da mulher, relativamente aos bens extradotais, sob o fundamento de que a regra convencional cons-

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

tituía um atentado à liberdade de testar, só podendo ser veiculada por meio de testamento.⁷

Caso frequente era a renúncia da filha dotada à herança paterna, que também não tinha a sua validade reconhecida. A situação era condenada porque as disposições particulares não poderiam sobrepujar as normas de ordem pública do direito das sucessões.

Outra hipótese de nulidade reconhecida foram as “vendas” de direitos hereditários sobre sucessão não aberta. Admitia-se, à época, a nulidade do pacto por falta de objeto e por ser desonesta e contrária aos bons costumes.⁸ Os romanos consideravam tais convenções “odiosas e cheias de tristíssimas e perigosas consequências”. A referência é ao perigo para a vida da pessoa de cuja sucessão se trata, no sentido da esperança depositada por terceiros acerca da sua morte. Em outras palavras, a torcida pela morte da pessoa, também conhecido como *votum alicujus mortis*, constituía o maior argumento para a penetração da regra proibitiva nas legislações modernas.

Ainda no direito romano, havia casos em que o pacto era considerado válido, como o caso da constituição *de quaestione* de Justiniano. Tratou-se de regra segundo a qual se a pessoa de cuja sucessão se trata anui com o pacto, ele deixa de ser imoral e de representar perigo, passando a ser admitida a sua validade.⁹

No direito europeu, verifica-se um tratamento desigual da matéria.¹⁰ Atribui-se à decadência e ao desaparecimento do testamento o surgimento de sucedâneos privados reguladores da herança, entre os quais os pactos sucessórios. Com o renascimento, coube aos romanistas conceituar e sistematizar os pactos sucessórios, estabelecendo-se uma teoria geral de nulidade de tais pactos, com diversas exceções. Houve o resgate da constituição *de quaestione*, estendendo-se para todas as modalidades de pactos sucessórios. Nesse período, os romanistas invocavam a nulidade sob o fundamento da ordem pública e da limitação à liberdade de testar, mas resguardavam exceções em caso de consentimento, de promessa de igualdade (a um filho), instituição de legado contratual nos pactos antenupciais, entre outros.

A partir de 1804, noticia-se uma evolução contrastada no direito europeu. Antes da Revolução Francesa, os pactos sucessórios eram admitidos e os revolucionários

7. CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 98.

8. *Idem*, p. 100.

9. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955, p. 192.

10. Essa dualidade do tratamento da matéria é exposta por Jean Gauthier (*Le Pacte Successoral*. H. Jaunin: Lausanne, 1955, p. 18-32).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

os viam como representativos de uma sociedade desigual e hierárquica, cuja finalidade era assegurar a manutenção dos bens na família,¹¹ ficando famoso o célebre discurso de Mirabeau sobre a igualdade a partilha proclamado em 1791: “il n’y a plus d’ainés, plus de privilégiés, dans la grande famille nationale; il n’en faut plus dans les petites familles qui la composent”.¹²

À guisa de exemplo, era o caso do direito de troncalidade, geralmente estabelecido nas convenções matrimoniais, segundo o qual cada um dos cônjuges convençionava que seus parentes não poderiam suceder nos bens que um descendente comum houvesse recebido por sucessão do outro.¹³ Evitava-se, com isso, a dispersão do patrimônio e sua manutenção no tronco familiar. Os revolucionários, e assim inspirados os redatores do Código Napoleônico, decidiram proibir o pacto sucessório e as substituições por reproduzir a cultura do *ancien régime*.

Nessa mesma linha foram os códigos civis italiano¹⁴ e português. Sob a perspectiva da admissão dos pactos sucessórios, destacam-se os sistemas jurídicos de tradição germânica, como o BGB,¹⁵ o ABGB e o Código Civil Suíço.

11. FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux em droit français. In Andrea Bonomi; Marco Steiner (orgs.) *Les Pactes Successoraux em Droit Comparé et em Droit International Privé*. Librairie Droz: Genève, 2008, p. 30.
12. Idem, ibidem.
13. CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto Sucessório na História do Direito Português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 118-119.
14. Roberto de Ruggiero, sobre o direito italiano, afirma que são apenas duas as formas de sucessão hereditária: por testamento ou por disposição da lei. E completa asseverando o banimento dos pactos sucessórios naquele país: “Não existe mais nenhuma outra no nosso ordenamento, que seguindo a tradição romana baniu por completo o contrato ou pacto sucessório, (...) o Código Italiano repeliu-os a todos, quer fossem contratos entre a pessoa da qual se herdeira e o sucessor, ou acordos de dois estranhos sobre herança ainda não aberta de um terceiro, quer ainda se destinassem à aquisição de uma herança, quer à sua renúncia. E repele-os por ter visto neles caracteres que por um lado iam de encontro ao princípio da revogabilidade das disposições *causa mortis* e da liberdade absoluta de testar e, por outro lado, podem ir de encontro ao princípio ético pelo *votum captandae mortis*, que tais pactos costumam originar”. (*Instituições de Direito Civil* – vol. 3. Trad. da 6. ed. Italiana por Paolo Capitanio. Bookseller: Campinas, 199, p. 613).
15. Na doutrina alemã, Jörg Mayer reconhece que o BGB manteve os pactos sucessórios (*Erbvertrag*) a despeito do resgate da tradição romana em diversos países europeus. Nas suas palavras: “Entsprechend der deutsch-rechtlichen Tradition und entgegen der ablehnenden Haltung des römischen Rechts, die sich auch heute noch in den Ländern des romanischen Rechtskreises fortsetzt, hat daher das BGB das Institut des Erbvertrags übernommen, das seinen Ursprung in Rechtsgeschäften unter Lebenden auf den Todesfall nach deutschem Recht findet”. (REIMANN, Wolfgang; BENGEL, Manfred; MAYER, Jörg. *Testment und Erbvertrag*. Luchterhand: Neuwied, 2006, p. 845).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

3. SISTEMATIZAÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS

Como narrado alhures, coube aos romanistas a sistematização dos pactos sucessórios a partir do resgate das experiências do direito romano. Na doutrina moderna, bastante didática é a classificação apresentada por JEAN GAUTHIER, em obra específica sobre os pactos sucessórios.¹⁶ O doutor pela Universidade de Lausanne explica que são basicamente três as modalidades de contratos sucessórios.

O pacto sucessório positivo ou pacto de atribuição é o ato bilateral de disposição *causa mortis* por meio do qual uma das partes, o disponente, institui uma outra, o beneficiário, como herdeiro de uma universalidade ou de uma fração da sucessão (pacto de instituição de herdeiro ou instituição contratual) ou lhe atribui em caráter irrevogável um legado (legado contratual). Também são conhecidos como pactos *de succedendo*.

O pacto negativo ou abdicativo, também chamado de pacto renunciativo, é um contrato pelo qual um herdeiro presuntivo renuncia a seu direito de tomar parte à sucessão daquele de cuja sucessão se trata (*de cuius*). Difere do pacto positivo porque em vez de criar um direito de sucessão, o pacto abdicativo o suprime, razão por que também são conhecidos como pactos *de non succedendo*.

Deve-se atentar para o fato de que o pacto só se verifica com a intervenção daquele de cuja sucessão se trata. Isso porque, a ausência de intervenção desqualifica a bilateralidade do ato jurídico, tornando-o unilateral e revogável. De outro modo, se não houver sua intervenção, mas tão somente do renunciante e do beneficiário, haverá pacto relativo à sucessão de terceiro e não pacto renunciativo.

Há, por fim, os contratos relativos à sucessão de um terceiro ou *hereditati tertii*. Nesse caso, duas pessoas estabelecem disposições regulando a sucessão de um terceiro. A ausência de participação daquele de cuja sucessão se trata leva muitos autores a não qualificarem essa modalidade como um verdadeiro pacto sucessório. Seriam, em suma, os atos bilaterais *inter vivos* efetuados entre dois interessados sobre a sucessão de uma pessoa viva, que não intervém no negócio.¹⁷

Entretanto, a história revela que normalmente há uma combinação entre as modalidades de pacto sucessório, de modo a aglutinar os seus efeitos em um mesmo negócio jurídico. Assim é o caso de duas pessoas que contratam sobre a

16. GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. H. Jaunin: Lausanne, 1955.

17. "The testator can make testamentary dispositions also by means of a contract of inheritance (*Erbvertrag*), which is governed by §§ 2274-3302 BGB. The particular purpose of a contract of inheritance lies in the fact that by way of contractual dispositions it is possible for the testator to make binding testamentary dispositions which are generally not subject to revocations" (SOLOMON, Denis. *In Introduction of German Law*. Reimann, Mathias; Zekoll, Joachim (Orgs.) Beck: München, 2005, p. 285).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

herança de pessoa viva (pacto *hereditate tercii*), estabelecendo que a primeira, um herdeiro presuntivo, renuncia (pacto *de non succedendo*) a sua futura herança em favor da segunda (pacto *de succedendo*), com o consentimento daquele de cuja sucessão se trata.

Antes de concluir este ponto, cabe advertir que se faz importante não confundir os pactos sucessórios com os pactos *post mortem*. Pactos *post mortem* são negócios jurídicos bilaterais cujos efeitos estejam de alguma forma subordinados ao evento morte de uma das partes ou de terceiro – como no caso de haver aposição de condição ou termo no contrato, cujo implemento ou advento implicará algum efeito juridicamente relevante. Sua validade é reconhecida em doutrina¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰ e jurisprudência pátria e estrangeira.²¹

Por fim, outra distinção relevante a ser traçada envolve pactos sucessórios e disposições de última vontade postas em testamento. As características marcantes

-
18. Entre nós, J. M. Carvalho Santos afirma que não constitui pacto sucessório a promessa exequível por ocasião da morte: “De acordo com estes princípios, admite-se, geralmente, que não constituem pactos sobre sucessão futura as convenções seguintes (...) b) a que envolve uma promessa que não deve ser executada senão depois da morte do promitente. O fato do pagamento ficar condicionado àquela época não traduz um pacto sobre sucessão futura. Trata-se, antes, da constituição de um crédito a termo. (...) Ainda: a obrigação de pagar uma certa soma, se se morrer sem herdeiro; certamente válida, se bem que subordinada a uma condição que não se pode realizar senão com a morte do promitente” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955, p. 198-199).
 19. Em caso julgado pela Corte de Cassação da França, as teses contrapostas dos litigantes eram justamente o pacto sucessório, vedado pela lei, e o pacto *post mortem*, admitido. Em resenha sobre o julgado, Christophe Vernières acentua que “*En effet, à la différence du pacte sur succession future, qui ne confère aucun droit né et actuel, mais ouvre seulement une éventualité de transfert, dans l’hypothèse où de cujus n’aurait pas disposé des bien concernés avant son décès, le pact post mortem a pour effet de créer des droits et obligations dont l’exigibilité ou l’exécution seules sont reportées à la date du décès*” (In: Dalloz, AJ Famille, n. 26.10.2011, p. 619).
 20. Segundo Serpa Lopes: “Diversamente o nosso Direito proíbe os pactos sucessórios, sem estabelecer qualquer exceção. Contudo, o fato da morte figurar no contrato como condição suspensiva ou resolutiva de um dado negócio jurídico, não é motivo para considerá-lo um pacto proibido” (*Curso de Direito Civil – Vol. III*, Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, p. 62).
 21. A Corte de Apelação de Aix-en-Provence (França) julgou válido um reconhecimento de dívida pagável por ocasião da morte. Segundo a decisão, a convenção não conferia ao credor um direito eventual, mas um direito atual, cuja execução foi diferida à morte, de sorte que ele não constitui pacto sobre sucessão futura (*Cour d’appel d’Aix-en-Provence*, 1^{re} ch. B 23-05-2013 (Rejet).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

dos pactos sucessórios que os diferem das disposições testamentárias²² residem no fato de que são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis,²³ enquanto o testamento constitui-se em negócio unilateral e revogável. A semelhança entre estes institutos consiste justamente no fato de *ambos* serem negócios de direito sucessório.²⁴

3.1. Os pactos atributivos ou de sucedendo

Como visto, os pactos sucessórios são normalmente categorizados de acordo com os efeitos que lhes são subjacentes. Assim, nos pactos positivos se confere irrevogavelmente a qualidade de herdeiro ou legatário a um dos contratantes.²⁵ Por se tratar de um negócio jurídico de direito sucessório, os seus efeitos só terão lugar com a abertura da sucessão, atribuindo ao contratante, de acordo com o previsto no pacto, a universalidade ou uma fração da sucessão ou, ainda, um bem específico e determinado.

O contrato tem cunho eminentemente consensual, de modo que a sua mera conclusão, a partir do acordo de vontades, é suficiente para perfectibilização do pacto. Também a conclusão do negócio é suficiente para garantir desde já o adimplemento da prestação por aquele de cuja sucessão se trata, garantindo-se à outra

-
22. Pontes de Miranda, ao tratar da revogabilidade essencial do testamento, acrescenta que todo ato de disposição de última vontade é por natureza revogável. São suas palavras: “No dizer-se que é ato de última vontade, está implícita a revogabilidade essencial. Testamento, que não fosse revogável, não seria ato de última vontade, mas de vontade, de determinado momento, que se fixou. Dizendo-se declaração de última vontade, fora redundante acrescentar-se “revogável”” (*Tratado de Direito Privado – Tomo LVI*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1968, p. 72).
 23. Na doutrina alemã se diz justamente que a diferença essencial entre o testamento (*Testament*) e o pacto sucessório (*Erbvertrag*) reside na revogabilidade: “Der wesentliche Unterschied zwischen Erbvertrag und Testament liegt darin, dass das Testament grundsätzlich widerruflich ist (§§ 2253 ff), der Erbvertrag hingegen – wenigstens hinsichtlich vertragsmäßiger Verfügungen – grundsätzlich unwiderruflich (§§ 2253 ff, § 2289 Abs 1 S 2)” (REIMANN, Wolfgang; BENGEL, Manfred; MAYER, Jörg. *Testament und Erbvertrag*. Luchterhand: Neuwied, 2006, p. 853).
 24. O português Guilherme Braga da Cruz entende que os pactos de *hereditate tertii* não constituem atos de direito sucessórios, pelo fato de não haver, na sua modalidade pura, a intervenção daquele cuja sucessão se trata: “Na sua configuração típica, não cabem na categoria de pactos sucessórios *stricto sensu*, porque não se destinam a regular a sucessão de um dos contraentes: não são, numa palavra, actos de direito sucessório ou de direito hereditário; são actos bilaterais inter vivos (uma venda, uma renúncia, uma doação, etc.) efectuados entre dois interessados, acerca da sucessão duma pessoa viva, que permanece estranha ao acordo celebrado” (Pacto Sucessório na História do Direito Português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965, p. 96).
 25. GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. H. Jaunin: Lausanne, 1955, p. 10.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

parte uma expectativa hereditária legítima à vocação sucessória.²⁶ Naturalmente, o caráter irrevogável do contrato inadmite a rescisão unilateral, mas, uma vez válido o negócio, permite a sua resolução por inadimplemento de uma das partes ou a rescisão bilateral.

A celebração do negócio não implica a transferência de propriedade dos bens que compõem o patrimônio daquele de cuja sucessão se trata, que conserva a propriedade de seus bens, podendo deles livremente dispor por ato oneroso. Já os atos gratuitos devem observar as disposições da respectiva legislação nacional, que geralmente os admite desde que não sejam incompatíveis e inconciliáveis com os termos resultantes do pacto sucessório, caso contrário poderão ser questionados pelo beneficiário.²⁷ Em outras palavras, “le pacte ne prive pas le de cujus de la faculté de disposer à cause de mort, mais la validité de ces dispositions pourra être contestée par l’héritier contractuel si elles lui portent préjudice (art. 494 al. 3 CC)”.²⁸

Imagine-se, por exemplo, a instituição de um legado contratual, ou seja, o pacto sucessório positivo atributivo de um bem específico e determinado ao contratante, por ocasião da morte daquele de cuja sucessão se trata. Concluído o negócio, o contratante decide promover a doação do mesmo bem a um terceiro, em prejuízo do beneficiário do pacto sucessório. Essa disposição inconciliável pode naturalmente ser questionada.

Importante destacar que o pacto sucessório positivo não é incompatível com a estipulação em favor de terceiros. Nada impede, a princípio, que a instituição de herdeiro ou de um legado contratual beneficie um terceiro, alheio ao negócio. A posição do beneficiário, no entanto, será mais frágil, pois o pacto poderá ser revogado (*rectius*: distratado) a qualquer tempo, enquanto durar a vida do instituidor, pelas partes contratantes.

Eles podem ser instituídos a título gratuito ou oneroso. No primeiro caso, trata-se de uma liberalidade à causa da morte. A segunda hipótese pode ocorrer em duas situações. A primeira delas é a instituição recíproca, em que cada um dos contratantes institui o outro como seu herdeiro, ato frequentemente assumido entre cônjuges.²⁹ A

26. Idem, p. 11.

27. É o que prevê, por exemplo, o art. 494 alo Código Civil Suíço: Art. 494 H. Pactes successoraux/I. Institution d’héritier et legs H. Pactes successorauxI. Institution d’héritier et legs. 1 Le disposant peut s’obliger, dans un pacte successoral, à laisser sa succession ou un legs à l’autre partie contractante ou à un tiers. 2 Il continue à disposer librement de ses biens. 3 Peuvent être attaquées toutefois les dispositions pour cause de mort et les donations inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral.

28. GAUTHIER, Jean. *op. cit.* p. 11.

29. Idem, p. 13.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

outra hipótese de pacto positivo oneroso dá-se quando, em contrapartida do ato à causa da morte, a parte beneficiária fica obrigada a uma prestação *inter vivos* em favor daquele de cuja sucessão se trata. Notícia a doutrina especializada que esta última hipótese é geralmente associada a uma renda vitalícia ou alimentos vitalícios.

3.2. *Os Pactos Abdicativos ou de non Succedendo*

Um herdeiro presuntivo pode, por meio do pacto negativo, renunciar de maneira irrevogável a sua participação em uma sucessão futura. A sua qualidade de herdeiro advém da lei, que estabelece a ordem de vocação hereditária, mas os efeitos patrimoniais que se relacionam a essa qualidade, ainda em expectativa, podem ser objeto do pacto sucessório abdicativo, veiculado a título gratuito ou oneroso.

No primeiro caso, a renúncia à sucessão não aberta decorre de mera liberalidade e pode acontecer, por exemplo, quando os cônjuges renunciaram reciprocamente à sucessão do outro no pacto antenupcial, de modo que cada um deles abdica do direito à sucessão futura do outro. Por ato oneroso seriam os casos em que o renunciante recebe, em contrapartida da renúncia, alguma soma em dinheiro, bens ou direitos.

3.3. *Os Pactos Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais*

A principal classificação dos pactos sucessórios formulada pelos romanistas tem como referência os efeitos, conforme desenvolvido nos itens anteriores. Também é possível, à semelhança do que faz a doutrina germânica, estabelecer uma classificação de acordo com os centros de interesses atingidos por força do pacto.

Fala-se dos pactos unilaterais quando apenas uma das partes do contrato promove disposições de cunho sucessório, tais como instituição de herdeiro, de legado ou de encargo testamentário, e a outra somente colabora com a produção dos seus efeitos.³⁰ Como beneficiários podem ser tanto uma das partes contratuais quanto um terceiro.

Está-se diante de pactos bilaterais se duas pessoas estipularem disposições consensuais de tal modo que uma das prestações, necessariamente de cunho sucessório (instituição de herdeiro ou legado), vincula-se à respectiva prestação da outra parte.³¹ As disposições podem beneficiar reciprocamente as partes contratantes

30. “Von einem einseitigen Erbvertrag spricht man, wenn nur einen der Vertragspartner vertragsmäßiger Verfügungen (Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage) trifft und der andere nur zur Herbeiführung erbvertraglichen Bindung mitwirkt” (IVENS, Michael, *Testment, Erbvertrag und Erbfall*. Wi: Norderstedt, 2004, p. 178).

31. “Von einem zweiseitigen oder auch *gemeinschaftlichen Erbvertrag* wird gesprochen, wenn zwei Personen einen Erbvertrag schließen, in welchen beide vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen treffen. Beide sind somit Erblasser, die vertragsmäßig verfügen” (HRU-

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

(pacto sucessório recíproco), como também um terceiro. Interessante notar que, ao menos na ordem jurídica alemã, os regulamentos do direito obrigacional para as obrigações bilaterais não podem ser aplicados aos pactos sucessórios bilaterais; o BGB considera que o pacto sucessório não está baseado em obrigações civis *inter vivos*, mas limitada às disposições de última vontade,³² razão pela qual atrai a aplicação das regras de disposição de última vontade (*Verfügungen von Todes wegen*).³³ Por fim, se houver mais de duas pessoas vinculadas por um pacto sucessório com disposições de cunho sucessório de pelo menos três delas, diz-se que o contrato é plurilateral – hipótese mais incomum do que as demais.

4. POTENCIALIDADE PRÁTICA DOS PACTOS SUCESSÓRIOS

Fincadas as principais características dos pactos sucessórios, sem prejuízo de outras que venham a ser estabelecidas por pura política legislativa, indaga-se qual seria a utilidade, do ponto de vista prático, dessa modalidade de negócio jurídico.

A primeira utilidade do pacto sucessório se verifica no campo do direito societário. Os conflitos societários decorrentes da morte de um dos sócios nas sociedades de pessoas são flagrantes. As quotas sociais, qualificadas como direito de cunho patrimonial, transmitem-se aos herdeiros com a morte do autor da herança. As legislações normalmente admitem que o contrato social preveja a impossibilidade de ingresso de pessoas estranhas ao quadro social, sem a autorização dos demais sócios, preservando, com isso, a *affectio societatis*. Por óbvio, as disposições do contrato social não podem prejudicar o direito dos herdeiros, motivo pelo qual, se contratualmente for inviabilizado o ingresso dos herdeiros no quadro social, caberá à sociedade promover a apuração dos haveres do sócio falecido, pagando o respectivo valor ao herdeiro. A sociedade, pode-se assim dizer, sofre liquidação parcial. Um tal processo de descapitalização, não raro, pode ser determinante para o insucesso da sociedade empresária. A propósito, este fator já foi reconhecido pelos franceses como um dos motivos que culminaram no alargamento das hipóteses permissivas de pacto sucessório naquele país.³⁴

BESCH-MILLAUER, Stephanie. *Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers*. Dike Verlag: Zürich, 2008, p. 43).

32. IVENS, Michael, *op. cit.*, p. 178.

33. IVENS, Michael, *op. cit.* p. 179: “Zu vermerken ist, daß die Vorschriften über gegenseitige Schuldverträge (§ 320 ff. BGB) auf den gegenseitige Erbvertrag nicht anwendbar sind, da der Erbvertrag keine schuldrechtlichen Verpflichtungen begründet, sondern sich auf Verfügung von Todes wegen beschränkt”.

34. Notícia Yann Favier que um número expressivo de empresas francesas são encerradas após a morte do empreendedor (*op. cit.* p. 33).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

Diante desse quadro, eventual testamento instituindo como legatária a sociedade empresária relativamente às quotas sociais do sócio não constitui um instrumento verdadeiramente seguro por ser livremente revogável. Um pacto sucessório positivo atributivo, nesse caso, apresentaria grande relevância para a sociedade. Garantiria segurança e estabilidade da sociedade empresária para além da morte dos seus sócios, cumprindo a função social da empresa,³⁵ no sentido de garantir a preservação do empreendimento.³⁶ De maneira bem simples, poder-se-ia prever no contrato social o direito de crescer em favor dos sócios sobreviventes relativamente às quotas do sócio falecido.

O legislador do Código Civil argentino de 2014 atentou para esse problema enfrentado pelas sociedades de pessoas, notadamente as limitadas. De acordo com a lei argentina, a herança futura não pode ser objeto de contrato, com exceção das permissões legais, fazendo desde já a ressalva quanto aos pactos relativos à exploração de unidade produtiva ou a participações societárias de qualquer tipo, com vistas à conservação da unidade da gestão empresarial, à prevenção ou solução de conflitos, desde que tais disposições não prejudiquem os direitos de terceiros, a legítima e a meação do cônjuge.³⁷

35. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos, e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente ao respeito do direito dos consumidores. (...) isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal” (in *Princípios do Direito Comercial*. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 37).

36. A conservação da empresa é desdobramento do princípio da liberdade de iniciativa, um dos fundamentos da nossa República segundo a Carta Maior, de modo que o “desdobramento da liberdade de iniciativa reconhece na empresa privada um importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global. Em torno da empresa, de seu desenvolvimento fortalecimento, gravitam interesses metaindividuais, como são os trabalhadores, consumidores, Fisco, empresas-satélites etc.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 33).

37. Código Civil Argentino, Artículo 1010. – *Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.*

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

Ainda no campo empresarial e visando igualmente à preservação da empresa, o pacto sucessório pode ser utilizado nos pactos antenupciais dos sócios que desejam contrair matrimônio, estabelecendo consensualmente que o cônjuge não participará nem por meação nem por sucessão das quotas sociais (pacto negativo ou *non succedendo*) ou, de forma diversa, que o cônjuge sobrevivente conserve o fundo de comércio, a exploração civil ou rural por ambos.³⁸

A cláusula de acrescer revela-se outro interessante mecanismo que transita na matéria dos contratos sucessórios. No Brasil, ante a vedação irrestrita dos pactos sucessórios, o direito de acrescer se restringe às hipóteses expressamente previstas, ambas relacionadas ao direito real de usufruto, seja o instituído por ato *inter vivos* seja por *mortis causa*, o que será melhor explorado no tópico seguinte.

De qualquer forma, a ampliação do direito de acrescer para além das hipóteses legais, quiçá conferindo liberdade maior às partes contratantes para estipular essa cláusula por ocasião da aquisição de bens ou direitos em conjunto por duas ou mais pessoas, também se afigura como mecanismo capaz de evitar situações conflituosas se, por exemplo, for utilizado no âmbito do direito societário ou de cotitularidade de direitos reais.

Outra possível aplicação prática diz respeito aos pactos negativos ou renunciativos. Não se justifica que na sociedade contemporânea, em que a abertura da sucessão via de regra ocorre quando os herdeiros já atingiram uma idade consideravelmente avançada,³⁹ seja considerado ilícita a renúncia antecipada à herança. Hipótese análoga se teria se duas pessoas, já contando com idade avançada, desejassem contrair matrimônio para aproveitar os seus últimos dias de vida, mas não pretendessem criar conflitos entre os seus respectivos herdeiros com o cônjuge, e quisessem decidir, consensualmente, renunciar previamente à sucessão não aberta do outro. Definitivamente, o atentado à liberdade, nesses casos, não encontra ressonância nos valores axiológicos da Constituição da República.⁴⁰ Serve, quando

38. Essa última hipótese é reconhecida pela legislação francesa desde 1965, conforme noticia Yann Favier: “Dès 1965, la clause dite « commerciale », qui est une clause du contrat de mariage, a permis au survivant des deux époux de conserver le fonds de commerce ou une exploitation civile ou rurale qu'ils exploitaient ensemble et dont ils vivaient”. (*op. cit.* p. 31).

39. Yann Favier afirma que na França os herdeiros são cada vez mais velhos, sendo em média de 46 anos para os filhos e de 52 anos para os demais. (*op. cit.* p. 33).

40. Na lição de Gustavo Tepedino: “Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

muito, para garantir a observância de princípio (*rectius*, regra) arcaico, por vezes estéril e desajustado aos tempos modernos, que veda qualquer potencialidade dos pactos sucessórios. Retrata o apego exasperado à subsunção,⁴¹ e a prevalência da visão estrutural em desprestígio da funcionalização do Direito.⁴²

5. PACTOS SUCESSÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro prevê genericamente a proibição dos pactos sucessórios ao preconizar que **não** pode ser objeto de negócio jurídico a herança de pessoa viva (CC, art. 426). O legislador de 2002 simplesmente repetiu a fórmula outrora prevista no revogado art. 1.089 do Código Civil de 1916.⁴³ Segundo ORLANDO

mudança de perspectiva, que se **alastra** no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com postura passiva e servil à ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanente crítica em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional” (Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva ciVil-Constitucional*/coord. Gustavo Tepedino – 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

41. Com relação ao excessivo apego à técnica de subsunção, seja consentido remeter a MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Subversões hermenêuticas: a Lei da Comissão da Anistia e o direito civil-constitucional*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.5, n.1, 2016. Disponível em: [<http://civilistica.com/subversoes-hermeneuticas/>]. Acesso em: 20.09.2016.
42. Criticando o predomínio das teorias estruturalistas sobre as teorias funcionalistas na teoria geral do direito, BOBBIO afirma: “Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral, nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda”. E prossegue: “Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocupam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’” (BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 53).
43. J. M. Carvalho Santos, em comentários ao art. 1.089 do Código Civil revogado, aduziu que: “A proibição dos pactos sucessórios, como se vê, é absoluta, em razão dos princípios que a justificam. De sorte que os pactos sucessórios não podem ser estipulados nem pela pessoa, de cuja herança se trata, com quem quer que seja, terceiro estranho, ou parente próximo, nem tampouco, por duas pessoas alheias ao *de cuius*. Nesta última hipótese, há ainda a obstar a possibilidade do pacto sucessório o princípio de que ninguém pode dispor de bens e direitos que não estejam ainda em seu patrimônio, de nada valendo o assentimento que o *de cuius* pudesse ter dado, por isso que, de acordo com a doutrina mais aceita, a sua aprovação não basta para torná-lo eficaz” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955, p. 192).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

GOMES, “[em nosso Direito] são proibidos os *pactos sucessórios*. Nulo de pleno direito é o contrato sobre herança de pessoa viva. Permitida não é, entre nós, a renúncia à sucessão que ainda não se abriu. Nem qualquer ato de disposição de herança esperada. Em suma, ilícita a *sucessão contratual*”.⁴⁴

Trata-se de situação que fulmina o negócio jurídico de nulidade, seja porque o seu objeto é considerado pela legislação como ilícito, seja porque a lei proíbe-lhe a prática sem cominar sanção (nulidade virtual).⁴⁵ Não procede a afirmação de que nulidade decorreria da ausência do objeto,⁴⁶ pois nada impede que o sejam as coisas futuras.⁴⁷⁻⁴⁸

Os motivos que inspiram a regra proibitiva no direito nacional são aqueles já conhecidos e relatados na experiência do direito alienígena, a saber, a contrariedade aos bons costumes por suscitar o desejo de morte do autor da herança (*votum alicujus mortis*), à ordem pública, por ilidir as disposições legais relativas à ordem de vocação hereditária, e, por fim, por ser contrário à liberdade de testar, cuja característica marcante é a revogabilidade.⁴⁹

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

45. “Finalmente, nulo será o ato que a lei taxativamente assim o declarar – é a denominada nulidade textual, expressa ou cominada – ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção – é a nulidade virtual ou não cominada – decorrente da violação de norma jurídica cogente, que proíba ou que imponha determinada conduta humana, sendo omissa quanto à nulidade e não definindo outra espécie de sanção para a transgressão” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado – Vol. I*. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 315).

46. À guisa de exemplo de pensamento nesse sentido, cite-se: “A imoralidade de contratar sobre bens de pessoa viva é de tal forma odiosa, uma vez que parte do pressuposto de que, para a livre disposição de tais bens, seu titular, o autor da herança, há de estar morto, o que repugna o direito. Mas o elemento jurídico mostra-se importante, porque, muito embora se possa contratar sobre coisa que ainda não pertença ao contratante, o que resta na negociação de bens de pessoa viva incide sobre mera expectativa de direito, que não se reveste de conteúdo jurídico suficiente para ser eficaz no mundo jurídico” (GIANULO, Wilson. *Novo Código Civil Explicado e Aplicado ao Processo*. Editora Jurídica Brasileira: São Paulo, 2003, p. 751).

47. Cf. ALVES, João. Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado*. 2. ed. 2. v. Saraiva: São Paulo, 1935, p. 169.

48. “As coisas futuras também podem ser objeto de prestação”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – Vol. III*. 4. ed. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, p. 62).

49. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955, p. 196-197. Sílvio Rodrigues afirma que a quase generalidade dos escritores justifica a regra proibitiva “no intuito do legislador de evitar negócios jurídicos capazes de alimentar a esperança de apressar a morte de outrem” (*Direito Civil – Vol. 3*. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 80).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

Os requisitos para a caracterização do pacto sucessório são, basicamente, os seguintes: contrato consista na totalidade ou em parte em uma sucessão futura (não aberta); em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre esta herança; em se tratando de herança de terceiro, é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação.

A despeito do reconhecimento da nulidade genérica dos pactos sucessórios, o intérprete se depara com certas situações previstas no diploma civil que demandam averiguação mais profunda, a fim de identificar se se está diante de exceções ou efetivamente de situações limítrofes, que se aproximam da proibição legal do *pacta corvina*.

A primeira hipótese em que se poderia cogitar da exceção aos pactos sucessórios é a permissão generalista à subordinação da eficácia do negócio jurídico ao evento morte. O Código Civil admite que as partes convençionem que a prestação seja realizada por ocasião do advento de um termo. O termo pode ser uma data específica ou um evento futuro, de ocorrência certa. Não descaracteriza o termo a imprevisibilidade do momento do advento do termo, desde que seja certa a sua ocorrência no futuro. Nessa última hipótese enquadra-se o evento morte.

Sob o ponto de vista literal, não há nada que impeça a celebração de negócios jurídicos cuja eficácia fique subordinada à morte de uma parte ou de terceiros. Seria, assim, válida uma compra e venda que condicione a imissão na posse do comprador à morte do vendedor, ou que o pagamento das prestações se encerre com a morte do vendedor. Esses negócios são conhecidos como *pactos post mortem* ou negócios jurídicos com efeito *post mortem*, a despeito de tais negócios reclamarem os mesmos sentimentos odiosos que justificam a proibição dos pactos sucessórios. A subordinação do exercício pleno de um direito ao evento morte pode suscitar, em última análise, o desejo pela morte do outro (*votum alicujus mortis*). E, se esse é o fundamento para a proibição dos pactos sucessórios, competia ao legislador estender a regra para a *condição* e para o *termo*.

Igualmente, no caso das doações *mortis causa*. Trata-se de negócios jurídicos perfeitos, celebrados entre vivos, cuja prestação do doador se subordina ao evento morte de uma das partes ou de terceiro.⁵⁰ O sistema jurídico não lhe proíbe a prática em si,⁵¹ embora se possam suscitar, também aqui, os mesmos sentimentos odiosos que impulsionaram o legislador à proibição do pacto sobre herança futura.

50. Dificil a distinção entre doação à causa da morte e legado contratual (pacto sucessório *in succedendo*). Só a análise dos termos da convenção vai permitir inferir, *in concreto*, se a morte determinará a criação e nascimento do direito, a caracterizar um pacto sobre sucessão futura, ou o início do exercício do direito do beneficiário (doação *post mortem*).

51. Pontes de Miranda reconhecia a validade da doação *mortis causa*, nos seguintes termos: "Os testamentos e os codicilos são negócios jurídicos, unilaterais, a causa da morte. Há

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

No Código Civil de 1916, havia, ainda, a previsão de doações estipuladas nos pactos antenupciais pelos nubentes em favor dos filhos.⁵² O texto não foi mantido no Código Civil de 2002. Porém, mantida foi pelo atual Código a partilha realizada em vida por ascendente aos descendentes, prevista no art. 2.018.⁵³ Por ser operacionalizada através de negócio jurídico *inter vivos*, discute-se se a sua natureza jurídica seria efetivamente de pacto sucessório ou se estaríamos diante de meras doações, nas quais o doador deveria tão somente respeitar a porção legítima dos herdeiros necessários.

Pode-se afirmar, no entanto, que a partilha-doação tem o efeito de regular a sucessão do ponto de vista de quais bens serão legados para cada um dos herdeiros,⁵⁴ de tal sorte que os bens recebidos em doação não sofram nova partilha por ocasião da morte do doador, senão na hipótese de haver desrespeito à porção legítima. Ademais, interessante notar que o momento do cálculo da porção legítima será o da partilha *inter vivos* e não o do momento da abertura da sucessão. Tudo isso é moti-

outros negócios jurídicos a causa de morte, isto é, que somente têm a eficácia com a morte de alguém seja do manifestante em vida, ou seja de outrem. Mas, aí, há eficácia desde logo, de que deriva a irrevogabilidade, e não a conclusão sem ser possível a revogação, como se passa com o testamento ou o codicilo. A doação *mortis causa* apenas retarda a completitude de eficácia, porque já se manifesta a vontade sem retirabilidade da vox.” (Tratado de Direito Privado – Tomo LVI. Borsoi: Rio de Janeiro, 1968, p. 102).

52. CC/1916, Art. 314. As doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele. Parágrafo único. No caso, porém, de sobreviver o doador a todos os filhos do donatário, caducará a doação.
53. Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.
54. Veja-se interessante acórdão proferido pelo TJRS sobre o tema: AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA E CANCELAMENTO DE REGISTRO. PARTILHA EM VIDA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS. OBSERVÂNCIA DA PARTE DISPONÍVEL. DISTRIBUIÇÃO EQUÂNIME DOS QUINHÕES. CONSENTIMENTO DOS FILHOS. CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS. Deve ser confirmada a sentença que negou o pedido de anulação de escritura pública e cancelamento de registro de partilha, uma vez que ficou bem delineado na prova dos autos que os ascendentes dos apelantes, na realidade, fizeram a partilha em vida da herança, distribuindo equilibradamente os bens entre todos os filhos, sem causar prejuízo a nenhum deles. Houve o respeito à parte disponível da herança, bem como se resguardou a segurança dos negócios jurídicos. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível 70057101651, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, j. 21.11.2013. TJ-RS – AC: 70057101651 RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, j. 21.11.2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25.11.2013).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

vo bastante a suscitar a polêmica de que a partilha em vida prevista no art. 2.018 do Código Civil seria uma verdadeira exceção à proibição dos pactos sucessórios.⁵⁵

Tanto o Código Civil vigente quanto o revogado⁵⁶ regulam a situação da morte do sócio falecido de sociedade de pessoas. Pelo regime atual (CC, art. 1.028), a morte do sócio é seguida da liquidação das suas quotas, mediante apuração dos haveres e posterior pagamento aos herdeiros, respeitada, se for o caso, a meação do cônjuge ou companheiro.⁵⁷ Mas a regra pode ser excepcionada, na dicção da lei, “se o contrato dispuser diferentemente”. A amplitude da liberdade aparentemente conferida pela legislação permite indagar o seguinte: poderiam os sócios convencionar no contrato social que a morte implica a continuidade da sociedade em relação aos sócios remanescentes, independentemente de liquidação das quotas do sócio falecido e pagamento dos haveres aos herdeiros?

Deve-se dividir a questão em duas partes: primeiramente, no que tange à possibilidade de se evitar o ingresso dos herdeiros no quadro social e, em segundo lugar, ao não pagamento dos haveres. Quanto ao primeiro aspecto, a repulsa ao ingresso dos herdeiros no quadro social é de todo válida, desde que se trate de

55. Analisando caso concreto, Heloisa Helena Barboza considerou que: “Não se trata de contrato ou de divisão de herança de pessoa viva. De início, cumpre afastar qualquer cogitação em torno do artigo 426 do Código Civil: não se cuida de herança de pessoa viva. A questão versa sobre os efeitos provocados na partilha em vida realizada mediante contrato por XXX, em decorrência da alteração do status familiar de uma das beneficiárias, ZZZ, que implicou a perda da sua qualidade de herdeira. O mencionado artigo proíbe expressamente a celebração de contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva, objeto que na verdade não existe –viventis nulla hereditas – como assinala Caio Mário da Silva Pereira. É possível, porém, a partilha em vida realizada pelo ascendente, por via de doação – ato entre vivos que gera consequências imediatas. De há muito se entende que a partilha assim feita não se equipara a pacto sucessório sobre herança de pessoa viva, vedado pela nossa lei. A partilha em tal caso é declaração de vontade, que é disciplinada com base nos requisitos do negócio jurídico. (...) O ato praticado por XXX caracteriza partilha em vida – partilha por ato entre vivos, conforme autoriza o artigo 2.018, do vigente Código Civil” (A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, a. 5, n.1, 2016, p. 3).

56. No Código Civil de 1916 previa-se o seguinte: Art. 1.402. É lícito estipular que, morto um dos sócios, continue a sociedade com os herdeiros, ou só com os associados sobreviventes. Neste segundo caso, o herdeiro do falecido terá direito à partilha do que houver, quando ele faleceu, mas não participará nos lucros e perdas ulteriores, que não forem consequência direta de atos anteriores ao falecimento.

57. O Código de Processo Civil de 2015 inovou com a previsão de um procedimento especial (CPC/2015, art. 599 a 609), até então inexistente, para liquidação parcial de sociedade, cabível toda vez que houver a resolução da sociedade em relação a um sócio, notadamente no caso de morte de sócio em sociedade contratual.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

sociedade contratual, pois é justamente a quebra do *affectio societatis* que justifica a higidez jurídica da disposição, decerto que a entrada de novos sócios desprovidos de afinidades nas questões societárias para persecução do objeto social pode ser fonte de inesgotáveis conflitos, a determinar, em última análise, o próprio fracasso do empreendimento. É por essa razão que desde o diploma revogado se franqueava a possibilidade de os sócios decidirem, no contrato social, pela aceitação da entrada dos herdeiros no quadro social ou a continuidade tão somente com os sócios sobreviventes.

Cumpra acrescentar que isso não se passa somente nas sociedades contratuais. Há sociedades de capital, de que são exemplos determinadas anônimas fechadas, cujas disposições do contrato social guardam alta carga de personalismo, a ponto de se aproximarem das sociedades contratuais ou de pessoas, justificando, assim, a previsão de cláusula de recesso aos herdeiros ou cônjuge em caso de morte do acionista.⁵⁸

Já em relação à eventual disposição do contrato social que interdite aos herdeiros o recebimento dos haveres relativamente às quotas do sócio falecido, conclui-

58. A afirmação categórica de que toda sociedade anônima é necessariamente uma sociedade de capital, com livre circulação de suas ações, não é válida. Se a anônima for fechada e contiver cláusula estatutária que restrinja sobremaneira a circulação de seus papéis pode-se dizer que ela assume uma feição personalista, o que inclusive já foi reconhecido pela jurisprudência do STJ: "(...) III – É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuitu pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não tem papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuitu personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, "b", da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos (...)" (EREsp 111.294/PR, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, j. 28.06.2006, DJ 10.09.2007, p. 183).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

-se, a princípio, pela sua inviabilidade.⁵⁹ A justificativa é o fato de que a previsão genérica do art. 1.028, inc. I, do Código Civil deve se adequar às normas gerais dos contratos, entre as quais figura a proibição dos pactos sobre herança futura (CC, art. 426). As quotas sociais constituem um direito pessoal e, por conseguinte, bens móveis na técnica do Código Civil (CC, art. 83, III), fazendo parte do acervo do patrimônio pessoal do sócio, que, por ocasião da sua morte, formará a herança. Desse modo, tal regra convencional acerca do destino das quotas do sócio em vida caracterizaria um pacto sobre sucessão futura, vedado pelo art. 426 do Código Civil. Estabelecendo os sócios, em contrato, que as quotas sociais serão absorvidas pelos sócios remanescentes, tem-se aí claro pacto *de succedendo*, mediante a instituição de legado contratual.

No quadro normativo atual, a melhor hermenêutica é no sentido de permitir a previsão de interdição do ingresso dos herdeiros na sociedade, desde que o respectivo valor patrimonial das quotas do sócio falecido lhes seja pago, garantindo, assim, o direito fundamental à herança e respeitando o preceito proibitivo dos pactos sucessórios.

São também negócios jurídicos à causa da morte expressamente previstos na legislação a substituição fideicomissária e a doação com cláusula de reversão. No primeiro caso, que só pode instituído por testamento, a herança ou o legado é transmitido a uma pessoa, denominada fiduciário, que lhe detém a propriedade até a sua morte,⁶⁰ ocasião em que haverá a transmissão *ipso juri* a uma terceira pessoa, o fideicomissário. Fica bem claro que no fideicomisso haverá o suposto estímulo à esperança de morte do fiduciário pelo fideicomissário, a fim de que lhe seja desde logo transferido o patrimônio que o fideicomitente reservou por herança testamentária ou legado.

A doação com cláusula de reversão é outra hipótese em que o evento morte foi previsto pelo legislador. Nesse caso, o doador estipula que os bens doados retornem ao seu patrimônio, caso o donatário venha a falecer em primeiro lugar. Embora a cláusula não seja admitida em favor de terceiro (CC, art. 541, parágrafo único), identifica-se aí verdadeiro pacto *post mortem*.

59. “Em resumo, os contratos sociais celebrados sob a égide do novo Código Civil pode manter as disposições referentes ao falecimento de seus sócios e continuação da sociedade com os remanescentes, bem como permitir o ingresso de herdeiros, pois, tais disposições não ofendem a regra do art. 426 do Código e não se enquadram no conceito de pacto sucessório proibido por lei” (SIMÃO, Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência do pacto sucessório. *Revista Imes*, jan./jun. 2005, p. 47).

60. A substituição fideicomissária regula-se não somente a partir da morte do fiduciário, mas também a termo ou sob condição, nos termos do art. 1.951 do Código Civil.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

A instituição do usufruto vitalício também tem seus efeitos vinculados ao fato jurídico morte. É regra, de acordo com o sistema civil pátrio, que o usufruto ao qual não se estipula termo ou condição tenha vigência até a morte do usufrutuário. A propriedade, que a partir do usufruto se biparte em nua-propriedade e direito real de usufruto, terá inexoravelmente titulares diversos, sob pena de não valer o usufruto ante a consolidação (CC, art. 1.410, VI). Com a morte do usufrutuário, não sendo o usufruto subordinado a termo ou condição, extingue-se o usufruto (CC, art. 1.410, I), readquirindo o nu-proprietário os atributos do uso (*jus utendi*) e da fruição (*jus fruendi*) do bem, outrora pertencentes ao usufrutuário, agora falecido. Essa operação, amplamente admitida pela legislação, revela um anacronismo frente à proibição dos pactos sucessórios, já que, grosso modo, é o nu-proprietário quem “lucrará” com a morte do usufrutuário, e não os herdeiros deste. Idêntica solução se tem em boa parte dos contratos personalíssimos.

Digno de nota é o legado de usufruto simultâneo. Previsto no art. 1.946 do Código Civil, o legado de usufruto em favor de duas ou mais pessoas é dotado, salvo disposição em contrário do testador, do direito de acrescer, de modo que a morte de um dos colegatários implica o acréscimo do direito dos demais. O direito de acrescer, no caso, decorre de expressa disposição legal, desde que o usufruto tenha sido estabelecido em legado. Se o for por ato *inter vivos*, o direito de acrescer depende de previsão na escritura pública de instituição, caso em que, a medida do quinhão dos cusufrutuários falecidos caberá aos sobreviventes.

A partir da análise das situações aqui ditas limítrofes da proibição dos pactos sucessórios, conclui-se que o principal fundamento para a repugnância do nosso Direito a esses negócios jurídicos, o *votum alicujus mortis*, é rigorosamente questionável, na medida em que outras figuras legalmente previstas atraem, igualmente, a expectativa de morte daquele cuja sucessão se trata. Se o sistema não é anacrônico, no mínimo criticável a apologia à pureza da regra de proibição aos pactos sucessórios no direito brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Os contratos sobre herança futura podem ser interessantes instrumentos que se destinem a regular, em caráter permanente, a atribuição de condição de herdeiro, a renúncia antecipada à sucessão não aberta ou, em certos casos, a herança de um terceiro, com a sua anuência. Disso se extrai a classificação até hoje aceita dos pactos sucessórios: *de succedendo*, *de non succedendo* e *de hereditati tertii*.

A proibição absoluta de tais negócios jurídicos prevista no Código Civil de 1916 e cuja fórmula foi repetida pelo diploma vigente afastou a doutrina do estudo de tão interessante tema, dada a infecundidade prática. Exame mais acurado revela, entretanto, a utilidade dos pactos sucessórios não somente *de lege ferenda*, mas so-

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

bretudo para estremá-los de figuras similares de validade reconhecida no ordenamento jurídico, a exemplo dos pactos *post mortem*.

O direito comparado, por sua vez, mostra um alargamento das hipóteses excepcionadas pela legislação naqueles países onde tradicionalmente vigeu a proibição irrestrita de tais contratos, como é o caso da França, principalmente com a reforma do Código Civil daquele país em 2006 e, mais recentemente e com menor abrangência, o novel Código Civil argentino. Outros ordenamentos jurídicos, tais como o alemão, o suíço e o austríaco, sempre se apresentaram permissivos aos pactos sucessórios.

Associado a isso deve ser reconhecido o fato de que os pactos sucessórios teriam grande utilidade na prevenção de situações recorrentemente conflitivas. Foi justamente o exemplo trazido na introdução do presente artigo, julgado pelo STJ. Retomando o caso, se a legislação admitisse, em pacto antenupcial, celebrarem os nubentes convenção segundo a qual renunciavam reciprocamente à herança um do outro, e assim se tivesse procedido, o conflito judicial certamente não existiria. Além disso, o pacto renunciativo não atrai a esperança de morte daquele cuja sucessão se trata. Ao revés, os herdeiros permanecem os mesmos, com exceção do cônjuge, que muito mais preferirá a vida do que a morte de seu consorte.

A análise de diversas situações em que o evento morte é admitido e na maior parte delas expressamente previsto na legislação como circunstância que determina a eficácia do negócio jurídico demonstra a incoerência do *votum alicujus mortis* como fundamento principal da proibição dos contratos sobre herança futura. A esperança da morte do outro é, em suma, admitida em variadas hipóteses na ordem jurídica brasileira, como nos casos de contratos *post mortem*, de substituição fideicomissária, da doação com cláusula de reversão, do usufruto por si só ou clausulado com direito de crescer, o que, de certa forma, permite o questionamento do sistema proibitivo, ao menos no que tange ao seu fundamento.

Questiona-se, ademais, se se justifica a proibição absoluta em face da liberdade contratual⁶¹ e dos contornos que a autonomia negocial ganhou a partir dos valores expressa e implicitamente consagrados na Constituição Federal.⁶² Do ponto de vis-

61. “Na experiência brasileira, ao contrário do que preconizou Gaston Morin, assiste-se à estranha revolta dos fatos em face (não do legislador, mas) do intérprete, ao qual cabe, em última análise, traduzir a legalidade civil-constitucional. Há que se construir, superando misonéismos, técnica interpretativa compatível com o tempo das liberdades e das tecnologias” (TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação. *Revista Forense*, vol. 419, 2014, p. 419).

62. A este respeito, deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal, realidade, reduzida por

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

ta do juízo de merecimento de tutela,⁶³ como compatibilizar a regra proibitiva com a restrição à liberdade, quando o seu exercício constituir, se permitido fosse, um interessante caminho no sentido da realização das expectativas patrimoniais da pessoa humana?

O poder de auto-regulamentação e de autogestão conferido aos particulares em suas atividades, expresso no princípio da autonomia privada, pode ter seu conteúdo de tal forma comprimido a ponto de negar a afirmação das escolhas patrimoniais que são projeção da personalidade inerente à pessoa humana e afinadas à função social,⁶⁴ mesmo que não se revele presente, em concreto, o fundamento que legitima a regra restritiva da liberdade? Não são poucas as situações em que o exercício da autonomia privada demonstra utilidade social,⁶⁵ mesmo quando o objeto do negócio seja a herança de pessoa viva. Em muitas delas, o próprio ordenamento

muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. (...) *A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional*" (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5-6; grifou-se).

63. Na lição de Pietro Perlingieri, a função social, a que todo negócio jurídico tem o dever de perseguir, pode se realizar através da satisfação de exigências merecedoras de tutela, não necessariamente ou exclusivamente do mercado e da produção, mas também exigências pessoais ou existenciais, individuais ou da coletividade (in *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 949-952).
64. Seja consentido remeter a Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. (coord.). *Direito das Relações Patrimoniais: Estrutura e Função na Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 17: "Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)."
65. "Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados, porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana. A constatação que se acabou de fazer acerca do diverso fundamento constitucional da autonomia privada é da máxima importância, ainda que ela não seja reconhecida adequadamente pela doutrina no seu global significado. Ao diverso fundamento corresponde uma diversa colocação na hierarquia das fontes" (PERLIGIERI, Pietro.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

realizou ponderação em abstrato e concluiu pela viabilidade de diferentes situações jurídicas que, como visto neste trabalho – em nome da tutela de outros valores, igualmente legítimos, que se erguem na complexidade da discussão em tema dos pactos sucessórios –, estão a flexibilizar, em via autêntica, a regra proibitiva do art. 426 do Código Civil.

Longe de esgotar o tema, este estudo teve a despreziosa finalidade de suscitar o debate em torno dos pactos sucessórios e, principalmente, em torno da identificação da racionalidade da proscrição genérica e seu controle funcional, à luz da hierarquia dos valores consagrados constitucionalmente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A utilização estratégica do planejamento jurídico na organização e gestão do patrimônio familiar. *The legal planning strategic use in organization and management of family assets*, de Tomás Lima de Carvalho e Leandro Alves Paz – *ReDE* 11/95-123 (DTR\2015\13494);
- Bases para a resolução dos conflitos legislativos internacionais relativos aos direitos dos herdeiros e aos direitos dos credores no acervo hereditário, P. Balmaceda Cardoso – *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 4/621 (DTR\2012\2417);
- Os direitos sucessórios dos companheiros. *The inheritance of the companion*, de Cristina M. A. Dias – *RDFAS* 2/205-222 (DTR\2014\21396); e
- Partilha em vida doação feita conjuntamente pelos pais aos filhos – reserva de usufruto ao casal doador – direito de acrescer por morte de um dos doadores, de Antônio de Pádua Nunes – *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 6/1099-1108 (DTR\2012\2209).

Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 18-19).

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*. vol. 72. ano 17. p. 169-194. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.