



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Cândido da Silva

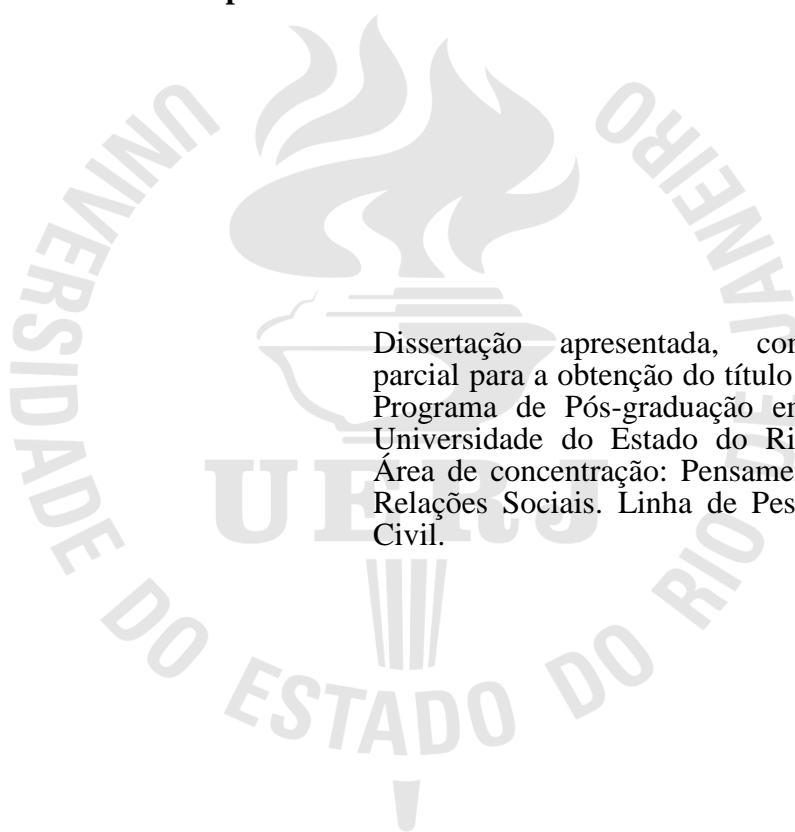
**Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia
privada na sucessão *causa mortis***

Rio de Janeiro

2017

Rafael Cândido da Silva

**Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da
autonomia privada na sucessão *causa mortis***



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586 Silva, Rafael Cândido da.
Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis* / Rafael Cândido da Silva. - 2017.
223 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito de família. 2. Herança e sucessão - Teses. 3. Nulidade (Direito)- Teses. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Cândido da Silva

**Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da
autonomia privada na sucessão *causa mortis***

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito Civil

Aprovada em 20 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dr.^a Ana Luiza Maia Nevares
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2017

RESUMO

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão causa mortis*. 2017. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente dissertação analisa criticamente a regra da proibição genérica dos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do Código Civil. Para tanto, necessária a contextualização histórica da proscrição, cujas fontes remontam ao direito romano, mas revelando, também, a inexistência de um tratamento uniforme acerca da matéria no direito moderno. O objetivo central do trabalho é, portanto, identificar as razões da proscrição dos pactos sucessórios, descrevendo os fundamentos e os interesses envolvidos, bem como confrontar com outros interesses que poderiam ser atendidos através desses negócios jurídicos. Com apoio no estudo da experiência estrangeira, explica-se a tendência de alargamento da permissão dos pactos sucessórios naqueles países onde tradicionalmente a legislação consagrava a proibição geral. A análise estrutural e o regime comum de nulidade a todas as expressões do pacto sucessório no direito brasileiro são expostos com vistas a estreimar a regra proibitiva daquelas situações limítrofes admitidas expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, lançando, sempre que possível, olhar crítico sobre os fundamentos da proibição. O assunto adquire importância prática quando são confrontados conflitos e interesses que poderiam, em tese, ser facilmente solucionados e atendidos 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*). A partir do enfoque funcional, procura-se expor as múltiplas possibilidades da autonomia privada no fenômeno sucessórios, cotejando os obstáculos à sua realização, a tendência de contratualização como expressão da contemporânea necessidade do planejamento sucessório e as potencialidades práticas dos pactos sucessórios. Com apoio na técnica de ponderação e na metodologia civil constitucional, analisa-se a hierarquia axiológica dos interesses envolvidos na regra proibitiva, na liberdade negocial qualitativa e na proteção da legítima, de modo a contribuir com a reflexão crítica acerca da racionalidade da proscrição.

Palavras-chave: Pacto sucessório. *Pacta corvina*. Contrato de herança. Pacto sobre herança futura. Sucessão contratual. Herança de pessoa viva. Nulidade.

ABSTRACT

SILVA, Rafael Cândido da. *Contract of Inheritance (Pacta Successoria)*: essay on the functional perspective of succession *mortis causa*. 2017. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This dissertation critically analyzes the rule of generic prohibition of contract of inheritance provided in Article 426 of the Civil Code. Thus it is necessary to contextualize the historical proscription, whose sources can be traced back to Roman law, and also point out the absence of a uniform treatment of this matter in modern law. The main objective of this study is therefore to identify the reasons for the proscription of the contract of inheritance, describe the foundations and the interests involved, as well as to confront them with other interests that could be served through these legal agreements. Based on the studies of foreign/ international experience, the tendency to extend the permission of the contract of inheritance in those countries, where traditionally the legislation established general prohibition, is explained. The structural analysis and the common regime of nullity to all expressions of the contract of inheritance in Brazilian law are exposed in order to shake the prohibitive rule of those bordering situations expressly or implicitly admitted by the legal system, taking, whenever possible, a critical look on the grounds of prohibition. The subject becomes of practical importance when confronted with conflicts and interests that could in theory be easily resolved and fulfilled by the contract of inheritance, or also in the delimitation between the prohibitive rule and the legal possibility of subordinating the effectiveness of the legal business to the event of death (*post-mortem* pacts). Based on the functional approach, this study seeks to expose the multiple possibilities of private autonomy in the contract of inheritance, compare the obstacles to its realization, the tendency of contractualization as an expression of the contemporary need for succession planning and the practical potentialities of contract of inheritance. Based on the weighing technique and the constitutional civil methodology, the axiological hierarchy of the interests involved in the prohibitive rule is analyzed, in the qualitative negotiating freedom and in the protection of the legitimate succession, in order to contribute with the critical reflection on the rationality of the proscription.

Keywords: Contract of inheritance. Pacta corvina. Succession Agreement. Inheritance contract. Future inheritance pact. Contractual succession. Living inheritance. Nullity.

RÉSUMÉ

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactes sur succession future: essai sur la perspective fonctionnelle de la succession causa mortis*. 2017. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Ce mémoire a pour objectif d'analyser de manière critique la règle de prohibition générique des pactes sur succession future prévue dans l'article 426 du Code civil. Pour ce faire, il est indispensable de procéder à une contextualisation historique de cette proscription, dont les origines remontent au droit de la Rome antique, mais qui révèlent également l'inexistence d'un traitement uniforme du sujet dans le droit moderne. Par conséquent, l'objectif principal de ce travail est d'identifier les raisons de la proscription des pactes sur succession future, en décrivant les fondements et les enjeux inhérents à la question, mais également de révéler les autres questions qui pourraient être résolues avec ce pacte. Grâce à une étude des expériences menées à l'étranger, on parvient à expliquer la tendance de l'élargissement de la permission des pactes sur succession future dans les pays où, traditionnellement, la loi les prohibait. L'analyse structurelle et le régime de nullité de tous les aspects des pactes sur succession future dans le droit brésilien sont exposés avec un regard distinguant la règle prohibitive des situations limitrophes admises et implicitement par ordonnance juridique, permettant un regard critique sur les fondements de cette prohibition. Le sujet revêt une importance pratique lorsque sont opposés conflits et intérêts, qui pourraient théoriquement être facilement résolus par les pactes sur successions futures ou également dans la délimitation entre la règle prohibitive et la possibilité juridique de subordonner l'efficacité des outils juridiques à la mort (pactes post mortem). A partir de cette approche fonctionnelle, nous chercherons à exposer les multiples possibilités d'autonomie de la volonté dans les processus de succession, en mettant en évidence les obstacles à leur réalisation, la tendance à la contractualisation comme l'expression de la nécessité actuelle de la préparation des successions et des pratiques potentielles découlant des pactes sur succession future. Nous utiliserons la technique de pondération et la méthodologie civile constitutionnelle pour analyser la hiérarchie axiologique des enjeux inhérents de la règle prohibitive dans la liberté de négociation qualitative et dans la protection de la réserve, de façon à contribuer à la réflexion critique autour de la rationalité de cette proscription.

Mots clés: Pactes sur succession future. Pacta corvina. Donation. Donation à titre de partage.

Succession contractuelle. Nullité.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
Art	Artigo
AI	Agravo de Instrumento
AC	Apelação Cível
APL	Apelação
APC	Apelação Cível
AGI	Agravo de Instrumento
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CNCiv	<i>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil</i>
CR	Constituição da República
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência no Recurso Especial
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IRN	Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	DIMENSÃO TEMPORAL E ESPACIAL DOS PACTOS SUCESSÓRIOS	15
1.1	A proibição dos pactos sucessórios e o fundamento no direito romano	15
1.2	Breve incursão no direito estrangeiro: tentativa de extração das tendências modernas para o tema	23
1.3	O estado atual da matéria: o pacto sucessório no direito brasileiro	37
1.3.1	<u>A perspectiva funcional da partilha em vida</u>	40
2	ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS. LIMITES E POSSIBILIDADES DA AUTONOMIA PRIVADA NO FENÔMENO MORTE	52
2.1	Crítica à perspectiva unitária dos pactos sucessórios no código vigente: a nulidade como regime comum	53
2.2	A morte como elemento do negócio jurídico. Situações limítrofes no direito brasileiro	56
2.2.1	<u>A morte do sócio</u>	56
2.2.2	<u>Substituições</u>	60
2.2.3	<u>Cláusula de reversão da doação</u>	69
2.2.4	<u>Usufruto vitalício</u>	72
2.2.5	<u>Direito de acrescer</u>	73
2.2.6	<u>Constituição de renda vitalícia</u>	78
2.3	Razão e fundamento sob a perspectiva atomística	78
2.3.1	<u>O pacto sucessório institutivo e a interpretação tradicional. Análise crítica</u>	82
2.3.1.1	Os negócios jurídicos <i>causa mortis</i> e os pactos <i>post mortem</i>	87
2.3.1.2	Compra e venda imobiliária em <i>viager</i> : exemplo de autonomia privada no fenômeno morte	93
2.3.1.3	A nulidade e a possibilidade de redução ou conversão do pacto sucessório institutivo. A doação <i>mortis causa</i>	99
2.3.2	<u>Os pactos dispositivo e renunciativo. Estrutura e razão da proibição. A estipulação em favor de terceiro <i>post mortem</i></u>	111

3	PERFIL FUNCIONAL DOS PACTOS SUCESSÓRIOS E RELEITURA DA REGRA PROIBITIVA A PARTIR DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	120
3.1	Autonomia privada na sucessão <i>causa mortis</i>	122
3.2	Obstáculos à plena realização da autonomia privada no direito sucessório	129
3.3	A tendência de alternativa ao testamento: o movimento de contratualização da delação de bens <i>post mortem</i>	136
3.3.1	<u>A prática negocial: o planejamento sucessório e seus instrumentos de concretização.....</u>	138
3.3.1.1	Testamento	140
3.3.1.2	Partilha em vida	141
3.3.1.3	Depósito bancário	143
3.3.1.4	Previdência privada.....	146
3.3.1.5	Doação	152
3.3.1.6	Fideicomisso	153
3.3.1.7	Usufruto	154
3.3.1.8	Seguro de vida.....	155
3.3.1.9	Constituição de pessoa jurídica.....	156
3.3.1.10	<i>Trust</i> e negócio fiduciário	160
3.4	Potencialidades do pacto sucessório	163
3.5	A técnica de ponderação. A hierarquia axiológica e tensão dos interesses envolvidos: regra proibitiva, liberdade negocial qualitativa e a legítima	169
3.6	A expressão civil-constitucional dos pactos sucessórios	183
	CONCLUSÃO	194
	REFERÊNCIAS	201

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. Também conhecidos como *pacta corvina*², pactos sobre sucessão futura ou contratos de herança, são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis acerca de uma sucessão não aberta.

Na doutrina nacional pouco se encontra a respeito dos pactos sucessórios. A produção científica sobre o assunto é escassa. Diferente não é a manualística, que normalmente poucas linhas dedica ao tema, muitas vezes limitando-se a reproduzir a regra genérica prevista no Código Civil brasileiro.

A negligência no trato da matéria pode ser atribuída à aparente infertilidade prática de seu estudo. Proibido pela legislação, o estudo do pacto sucessório seria pouco fecundo porque desprovido de uma utilidade pragmática, razão pela qual o interesse no tema, quando muito, funda-se em questões meramente acadêmicas.

O Código Civil de 2002³ reproduziu exatamente as mesmas letras do Código Civil de 1916⁴ ao estabelecer que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. O dispositivo, que ao lado de outros cinco artigos faz parte das regras preliminares do direito contratual, é aparentemente claro e direto.

¹ Sobre o tema, seja consentido remeter a MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pacto sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.72, n.17, p.169-194, dez. 2016.

² 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”. (SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência do pacto sucessório. *Revista Ims*, v.5, n.10, p.38-39, jan./jun.2005).

³ Código Civil de 2002, art. 426. “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

⁴ Código Civil de 1916, art. 1.089. “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

A proibição genérica não impede, contudo, o estudo acadêmico de tão interessante tema, envolvida numa historicidade marcada por rupturas e na ausência de coesão no trato da matéria mesmo entre os países de família romano-germânica. A par daqueles países onde a sucessão pactícia se firmou como uma realidade incontestável, o exame da ordem jurídica estrangeira é revelador de uma tendência de alargamento das hipóteses de permissão desses negócios jurídicos, demonstrando a importância do estudo, naturalmente adequado à realidade social e jurídica nacional.

A diferença marcante entre os pactos sucessórios e o testamento é a revogabilidade do último. Os pactos sucessórios são contratos e, como tal, submetidos ao *pacta sunt servanda*, não se admitindo a revogação, salvo estipulação em contrário das partes. Entretanto, o conteúdo e a função desses negócios jurídicos podem ser os mais diversos, mas sempre mantendo o traço comum de referir-se à sucessão não aberta. Tradicionalmente^{5,6}, dividem-se em pactos institutivos (*de succedendo*), atribuindo a herança ou o legado a alguém, renunciativos (*de non succedendo*), quando se refere à renúncia à futura herança, e os dispositivos (*hereditate tertii*), quando envolver efeitos sobre a participação na herança de terceiro.

Apesar das diferentes manifestações e fins dos pactos sucessórios, todos eles esbarram no óbice legal, que desautoriza a sua prática, reputando-se nulo o negócio jurídico. São citados, normalmente, pelo menos três fundamentos para justificar a posição legislativa contrária à admissão dos contratos de herança. Em primeiro, a vulneração aos bons costumes, por suscitarem, esses negócios jurídicos, a esperança na morte daquele de cuja sucessão se trata, expressa no adágio latino *votum alicujus mortis*. Além disso, o contrato determinaria uma sucessão pactícia, em violação à ordem pública sucessória, que estabelece o regime dual de delação sucessória com base na lei e no testamento. Os pactos seriam atentatórios à liberdade de testar, pois as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade do ato até o momento da morte do autor da herança. Por fim, esses negócios teriam o potencial de criar situações lesivas ao herdeiro presuntivo, que não teria condições de avaliar e precificar o seu direito.

⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.94 e 97, 1965.

⁶ Semelhantemente, José Tavares classifica-os assim: “Os pactos sucessórios são de duas espécies – *adquisitivos* e *renunciativos*; e abrangem quatro categorias: pactos de instituição de herdeiro (*pacta de succedendo*), quer simples, quer mutua (*pacta de mutua successione*), pactos de renúncia (*pacta de non succedendo*), e finalmente, pactos de disposição da herança de um terceiro”. (TAVARES, José. *Sucessões e direito successorio*. Coimbra: França Amado, 1903. v.1. p.23). Também: Id. *Os princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.801-802.

A preocupação se mostra pertinente, quando se está diante de um ordenamento inspirado na regulação da autonomia privada sob a visão do voluntarismo. Nessa visão, a autonomia era vista de “forma descontextualizada, com abstração das circunstâncias reais em que os indivíduos estavam mergulhados, que muitas vezes envolviam constrangimentos materiais ou sociais que tolhiam a sua liberdade real”.⁷ Sob a égide do dogma da vontade, o controle sobre as manifestações da autonomia privada deveria ser pontual e preventivo, encerrando-se no juízo de licitude. Uma vez admitido (*rectius*, não proibido) determinado espaço de atuação da autonomia privada, o contrato faria lei entre as partes, descabendo falar do papel estatal na desvirtuação da vontade aos fins inicialmente previstos pelo legislador.

Esse receio, ainda que tardiamente, inspirou a disciplina comum de nulidade de todas as formas de pactos sucessórios. À míngua de um controle funcional desses negócios jurídicos, preferiu o nosso legislador a sua proscrição. Após citar algumas razões contrárias, Clóvis Beviláqua reconhece que “êsses argumentos podem não ser esmagadores, mas induzem-nos à convicção de que é preferível proibir os pactos sucessórios a correr o risco de vê-los originar os inconvenientes alegados”.⁸

Mas a disciplina das relações jurídicas privadas foi alterada ao longo do tempo. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao vértice do ordenamento, concretizando-se no respeito à isonomia substancial, à solidariedade social e ao valor social da livre iniciativa. Reconhecendo-se a superioridade normativa e axiológica da Constituição da República, os valores por ela consagrados e estampados nos princípios se irradiam para todo o ordenamento, inclusive para o Código Civil. A fonte normativa do intérprete do direito privado deixa de ter como eixo central o Código Civil, desafiando o intérprete a observar toda a complexidade do ordenamento, mas sempre em conformidade com o projeto traçado pelo Constituinte. Em consequência, os limites da interpretação são ampliados para além do método de subsunção, mas vinculados às escolhas, aos valores do ordenamento, à avaliação dos resultados da aplicação do direito, de modo a perseguir a concretização do plano constitucional, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica.⁹

⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 47.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.279.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p.14.

Nessa perspectiva, a autonomia privada sofre uma mudança qualitativa. Deixa de representar o individualismo, para ser, obrigatoriamente um vetor de promoção dos valores abrigados pela ordem constitucional. Se assim não for, deixará de ser merecedora de tutela, porque desfuncionalizada, obtendo a reprovação do ordenamento jurídico, pois o pressuposto para a tutela da liberdade negocial é o cumprimento de sua função social.¹⁰ Do contrário, seria como “admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a um tecido axiológico próprio, desprovido de unidade normativa, traduzindo-se, assim, em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional”.¹¹

No âmbito da sucessão *causa mortis*, a íntima relação que a herança tem com o direito fundamental de propriedade denota a sua irrefragável vinculação à função social, por imperativo constitucional, devendo estar comprometida com a exigência de promoção e o desenvolvimento da pessoa. Ao mesmo tempo, o pacto sucessório nada mais é do que um contrato, cuja subordinação à função social é expressamente prevista no Código Civil de 2002.

Por outro lado, a hegemonia da visão estrutural e formalista sobre o direito sucessório, a sua desconexão com a realidade das famílias e, pior, as múltiplas regras incongruentes e contraditórias, dificultam, mas não tornam impossível a atividade do intérprete em imprimir a revisitação de seus institutos à luz das normativas constitucionais. Trata-se, pois, de “um terreno fértil para reflexões, ainda precisando ser semeado”.¹²

Já é realidade a demanda da sociedade atual por uma maior autonomia no fenômeno sucessório. Nunca se falou tanto no planejamento dos bens para além da morte. O porvir, outrora ignorado, talvez pela aversão tipicamente cultural à morte¹³, parece ceder paulatinamente espaço em prol da necessidade de regular a organização da transmissão dos bens *post mortem*. Por outro lado, apesar da autorização para o exercício dessa autonomia em relação à parte disponível do titular do patrimônio, as modernas técnicas e instrumentos jurídicos utilizados

¹⁰ Dispõe o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.^a reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.12.

¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 11.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.6. p. 277.

no que se convencionou chamar de *planejamento sucessório* revelam não apenas a busca por menores custos fiscais, mas demonstram também a sentida necessidade social por ampliação da autonomia privada qualitativa no fenômeno sucessório, visando garantir segurança e estabilidade na passagem do patrimônio, a preservação de situações patrimoniais em prol da família ou de núcleos produtivos e, também, fixar diretrizes de delação dos bens em função das condições pessoais do sucessor. Notabiliza-se, nesse particular, a criatividade e a argúcia dos juristas em utilizar variados mecanismos visando, dentre outros objetivos, ampliar a autonomia e segurança na sucessão *causa mortis*.

De um lado, o estudo visa demonstrar em que medida o pacto sucessório se afigura como instrumento apto a atender interesses mercedores de tutela e úteis do ponto de vista social. Paralelamente a isso, será importante questionar, afinal, se a mudança qualitativa da autonomia privada e o controle funcional não seriam suficientes para evitar os propalados inconvenientes dos pactos sucessórios.

Ao longo da dissertação será analisado o pacto sucessório sob a perspectiva funcional, visando expor a regra de proscrição prevista no art. 426 do Código Civil a partir de seus fundamentos, confrontando-a com uma visão qualitativa da autonomia privada na sucessão *mortis causa*. Para tanto, serão apresentados três capítulos, que abordarão a temática à luz da dogmática civil-constitucional.

No primeiro capítulo será exposta a dimensão temporal e espacial dos pactos sucessórios, situando-o primeiramente no contexto do direito romano, cuja importância ganha realce ante o forte apego à tradição da regra proibitiva estudada. Além disso, será realizada uma incursão na dinâmica do direito estrangeiro, notadamente nos países de família romano-germânica, na tentativa de extrair tendências modernas para a questão dos pactos sucessórios, finalizando, então, com o estado da arte no direito brasileiro e a perspectiva funcional da partilha em vida por ato *inter vivos*.

Os fundamentos dos pactos sucessórios serão objeto de estudo no segundo capítulo. Após a necessária abordagem da estrutura e da classificação desses negócios, seguir-se-á ao cotejo crítico da manutenção de um regime comum de nulidade em relação a qualquer expressão dos contratos de herança. Também aqui será realizada uma incursão na regulação permissiva do fenômeno morte a partir da liberdade negocial, demandando, em consequência, uma investigação das razões da proibição sob a perspectiva atomística, não generalizante.

Ao perfil funcional dos pactos sucessórios e à releitura da regra proibitiva a partir da metodologia civil-constitucional será dedicado o terceiro capítulo. Para tanto, a exposição da evolução e da transformação da autonomia privada se faz necessária, seguindo-se à expressão

da liberdade negocial na sucessão *causa mortis*, com identificação dos obstáculos à sua plena realização. A tendência e o movimento de contratualização da sucessão *causa mortis* serão destacados com enfoque nos mais diversificados instrumentos de concretização do planejamento sucessório. Serão também destacadas as potencialidades do pacto sucessório, individuando o papel que ele pode desempenhar na consecução dos valores promocionais do ordenamento, ao que demanda o uso dos mecanismos de ponderação, na dimensão da hierarquia axiológica e tensão dos interesses envolvidos, para, ao fim, expressar a conclusão acerca da reflexão em torno da efetiva necessidade de manutenção de uma regra proibitiva genérica, em face dos imperativos contemporâneos de ampliação da liberdade negocial no fenômeno sucessório, da dimensão qualitativa da autonomia privada vocacionada à persecução dos valores consagrados na normativa constitucional e do controle funcional de merecimento de tutela.

1 DIMENSÃO TEMPORAL E ESPACIAL DOS PACTOS SUCESSÓRIOS

1.1 A proibição dos pactos sucessórios e o fundamento no direito romano

O incurso no estudo dos pactos¹⁴ sucessórios demanda uma necessária análise, ainda que perfunctória, de sua historicidade. Mas a visão positivista da história do direito¹⁵ não nos forneceria um panorama adequado da matéria, justamente porque o contexto histórico dos pactos sucessórios revela a ausência de uma evolução linear, embora descontínua e marcada por rupturas.¹⁶ Não se busca, com a breve abordagem histórica que ora se inicia, justificar a

¹⁴ As palavras *pacto* e *contrato* serão usadas como sinônimas ao longo desse trabalho, em homenagem à consagração, no vernáculo, da expressão “pacto sucessório”. Contudo, registre-se que, nas diferentes etapas do direito romano, o conceito de *pactum* variou. *Pactum* e *contractus* constituíam acordo de vontades, mas somente o último era reconhecido como fonte da *obligatio*, porque agregado de uma *causa*, dotado de acionamento (*actio*). Das diferentes acepções de *pactum*, pode-se citar as seguintes: (i) um acordo de vontades para eliminar a pretensão de uma das partes em face da outra, tendo, portanto, eficácia negativa; (ii) o acordo de renúncia, total ou parcial, de mover uma *actio* decorrente de relação jurídica anterior, caso em que a parte poderia alegar a *exceptio pacti conuenti*; (iii) a modificação dos efeitos de uma relação obrigacional, denominada pelos glosadores de *pacta adjecta*, dotada de eficácia positiva; (iv) com a evolução da teoria do *contractus*, passou a designar também qualquer acordo de vontades não-formal, dele não decorrendo *obligationes*, mas tutelado somente por uma *exceptio*; (v) no período pós-clássico, a distinção sofre atenuação, passando os pactos a serem tutelados pelo pretor pela *actiones in factum*, razão porque são chamados de *pactos pretorianos*, embora não reconhecidos como geradores de *obligationes*; (vi) no período imperial, algumas constituições passam a reconhecer determinados pactos, chamados legítimos; (vii) no período justinianeu, embora o tema seja polêmico, alguns autores afirmam que o fim do formalismo da *stipulatio* provocou o reconhecimento de todo acordo de vontades como lícito e gerador da *obligatio*. Sobre a evolução do *pactum* no direito romano: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.551-554.

¹⁵ Sobre a escola positivista da História do Direito, Ricardo Marcelo Fonseca afirma que a abordagem da história dos institutos demonstra “uma concepção evolucionista da história do direito, que percebe o devir histórico como um processo onde há um necessário acréscimo de valores, de virtudes etc., a culminar num ápice jurídico: o direito de hoje”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p.63). Ao que parece, os pactos sucessórios, como adiante se verá, constituem um dos maiores exemplos de um instituto jurídico cuja história não demonstra uma linearidade positivamente evolutiva. Pelo contrário, esse instituto foi marcado por idas e vindas, por rupturas e contrastes, representados, à guisa de exemplo, pelo tratamento profundamente diversificado mesmo nos países de tradição romano-germânica.

¹⁶ As deficiências da visão positivista da História do Direito são apontadas por Manuel Hespanha, que fornece alguns exemplos da falsa evolução e continuidade, tipicamente aceita pelos juristas: “O conceito de *família*, embora use o mesmo suporte vocabular desde o direito romano (*familia*), abrangia não apenas parentelas muito mais vastas, mas também não parentes (como os criados ou os escravos [*famuli*]) e até os bens da ‘casa’. O conceito de obrigação como ‘vínculo jurídico’ aparece com o direito romano; mas era entendido num sentido materialístico, como uma vinculação do corpo do devedor à dívida, o que explicava que, em caso de não cumprimento, as consequências caíssem sobre o corpo do devedor ou sobre a sua liberdade (prisão por dívidas). O conceito de ‘liberdade’ começou, na Grécia clássica, por designar a não escravidão, no âmbito da

positividade jurídica vigente. Ao revés, quer-se justamente demonstrar o contraste da regulação da matéria nos países, visando suscitar o debate em torno da juridicidade das razões que permeiam a proibição dos pactos sucessórios no direito brasileiro vigente.

De fato, conforme se concluirá mais adiante, as fontes¹⁷ da matéria informam que o processo histórico acerca dos pactos sucessórios é contrastado. Mesmo no âmbito da comunidade europeia, que anseia pela unidade no tratamento legislativo dos mais diversos campos do direito, é possível identificar a ausência de homogeneidade na disciplina do tema.¹⁸

Admita-se, desde logo, a noção de pacto sucessório em sentido amplo, a designar o negócio jurídico bilateral estabelecido entre vivos, precipuamente, mas não necessariamente irrevogável, com a finalidade de regular a sucessão não aberta de um dos contratantes ou de terceiro, mediante a atribuição da qualidade de herdeiro, a instituição de um legado contratual ou a renúncia antecipada à herança.¹⁹ No entanto, esse conceito de pactos sucessórios só foi construído a partir da baixa Idade Média, pelos romanistas, fato que teve um papel decisivo na formação dos quadros legislativos e dogmáticos do direito europeu moderno.²⁰

comunidade doméstica, distinguindo os filhos-família dos escravos; mais tarde, na Roma republicana, designa a não dependência de outro privado, no âmbito da comunidade política (na *polis, respublica*); em seguida, com o cristianismo, designa a exclusiva dependência da fé em Deus, sendo compatível, então, com a dependência temporal, mesmo com a escravatura; só muito mais tarde incorpora a ideia de direito de autodeterminação, de liberdade de agir politicamente; ou mesmo, ainda mais tarde, de receber do Estado o apoio necessário (económico, cultural, sanitário) para exercer, de facto, essa virtual autodeterminação. A palavra ‘Estado’ (*status*) era utilizada em relação aos detentores do poder (*status rei romanae, status regni*); mas não continha em si as características conceituais do Estado (exclusivismo, soberania plena, extensos privilégios ‘de império’ relativamente aos particulares [jurisdição especial, irresponsabilidade civil, privilégio de execução prévia]) tal como nós o entendemos. A propriedade já foi definida pelos romanos como uma faculdade de ‘usar e abusar das coisas’; mas a própria ideia de ‘abuso’ leva consigo esta outra de que existe um uso normal e devido das coisas, que se impõe ao proprietário, o que exclui a plena liberdade de disposição que caracterizou, mais tarde, a propriedade capitalista”. (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012. p.18-19).

¹⁷ Pede-se vênia, aqui, para realizar uma abordagem histórica baseada nas fontes e na dogmática, apesar de ser reconhecida a potencialidade dessas concepções ignorarem solenemente os aspectos da vida social (Id. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 2004. p.11). Justifica-se esse recorte e limitação da investigação histórica em razão dos objetivos da presente dissertação.

¹⁸ Como adiante será demonstrado, países como a França, Itália, Alemanha e Suíça abordam, na legislação nacional, de maneira amplamente diversa a temática dos pactos sucessórios. Enquanto nos dois primeiros a legislação é refratária e proibitiva, os dois últimos são permissivos.

¹⁹ Segundo De Plácido e Silva “o pacto sucessório pretende regular a sucessão futura, em relação aos próprios contratantes ou a respeito da sucessão havida pela morte de terceiro, seja para alterar a ordem legal dela ou para investir um dos contratantes em *direito* que o outro ainda não possui”. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.1000).

²⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.94 e 97, 1965.

Embora desconhecendo uma construção jurídica e sistematização dos pactos sucessórios, o direito romano foi especialmente hostil em relação a eles, fulminando de nulidade, casuisticamente, muitos dos contratos cujo objeto fosse a criação, modificação ou extinção de direito sobre herança futura. Não havia regra genérica dos pactos sobre sucessão futura.²¹ Na realidade, a repulsa do direito romano é identificada da análise de diversos casos concretos, cujas decisões atribuíam a invalidade a esses negócios jurídicos, invocando-se fundamentos diversos para cada hipótese julgada. Essas regras acabaram sendo posteriormente transportadas para o Código de Justiniano.

Para que se proceda à revisão crítica dos pactos sucessórios, como aqui proposto, justifica-se uma breve exposição da temática no direito romano. São doze séculos de experiência de um sofisticado sistema jurídico razoavelmente documentada, afirmando-se a notabilidade da sociedade romana no “campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos”²², ou que “Roma foi um imenso laboratório do Direito”.²³ É visível a sua influência na elaboração do Código Civil.²⁴ Além disso, na atual dimensão pós-positivista do Direito, avulta a noção da origem, das razões, dos fundamentos e dos princípios norteadores das regras, tornando o direito romano um importante instrumento dessa investigação, capaz de revelar um dado, posto não uma certeza, a exigir do estudioso a confrontação com o processo histórico e o contexto atual da sociedade.

Em caso envolvendo a instituição contratual de herdeiro, durante o Baixo Império, Diocleciano expôs a sua opinião ao ser consultado. A constituição do imperador foi no sentido de considerar sem valor a cláusula constante do pacto dotal que instituía o marido como herdeiro dos bens extradotais da mulher, entendendo ser contrária aos princípios fundamentais do direito

²¹ Marc Péter, em tese de doutorado defendida no fim do século XIX pela Universidade de Genebra, afirmou existir um consenso acerca do seguinte aspecto dos pactos sucessórios: o de que o direito romano absolutamente não o admitia largamente. (PÉTER, Marc. *Étude sur le pacte successoral*. 1897. 243f. Tese (Doutorado) – Universidade de Genebra, Genebra, 1897. p.10).

²² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.2.

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.9.

²⁴ Aberlardo Lobo assevera a forte influência do direito romano: “Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou seja 1.445, são produtos de cultura romana, ou diretamente aprendidos nas fontes da organização justinianéia, ou indiretamente das legislações que ali foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, a Alemanha, a França e a Itália, que fizeram do Direito Romano o manancial mais largo e mais profundo para mitigar sua sede de saber”. (LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006. p.17). Considerando que muitos dos dispositivos do Código Civil atual são reproduções do anterior, pode-se afirmar seguramente a influência do direito romano na construção da codificação privada vigente.

sucessório, notadamente à liberdade de testar.²⁵ Em outras palavras, a herança somente poderia ser imputada a estranhos unicamente através do testamento (*haereditas extraneis testamento datur*). Essa conclusão acabou por ser posteriormente reproduzida no Código de Justiniano, firmando as primeiras bases acerca dos princípios que justificam a vedação de negócio jurídico bilateral de instituição de herdeiro.

Do período clássico há notícias de alguns textos proibindo igualmente a renúncia à herança não aberta, situação aparentemente mais comum que a instituição de herdeiro. Como exemplo, há o caso da filha dotada que renunciava à herança paterna, entendendo-se que a disposição particular não poderia prevalecer sobre a autoridade das leis nem afastar as normas de ordem pública que regulam as sucessões *causa mortis*, vindo a regra a ser também incorporada no Código de Justiniano.²⁶

O negócio jurídico de duas pessoas, que não são herdeiros presuntivos, envolvendo a herança de um terceiro, já era proibido em termos genéricos no período do Baixo Império, através de uma constituição de Constantino, que acabou sendo incluída no Código Teodosiano.²⁷ Reputava-se que os negócios sobre a sucessão não aberta de um terceiro era nulo por falta de objeto, além de constituírem pactos desonestos e contrários aos bons costumes.²⁸

Em uma consulta sobre a validade de uma convenção entre vários herdeiros presuntivos de um terceiro, o imperador romano declarou nulas todas as convenções, por via de uma Constituição Imperial de 531, sob o fundamento de serem contrárias aos bons costumes e

²⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.98, 1965.

²⁶ *Ibid.*, p.99.

²⁷ *Ibid.*, p.100.

²⁸ Davide Achille identifica os fundamentos diversos invocados pelo direito romano para proscrição dos pactos sucessórios como um todo, sejam os institutivos, renunciativos ou dispositivos: “[...] risalga al diritto romano il quale, in particolare, considerava immorale il patto successorio istitutivo che contravveniva al regola fondamentale *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, mentre per i patti successori dispositivi l’immoralità risiedeva nel votum captandae mortis che di fatto tali patti ponevano in essere. Diversamente, i patti successori rinunciativi non furono considerati, in epoca romana, invalidi perché contra bono mores, bensì perché contrari a disposizioni di ordine pubblico, in quanto realizzavano un mutamento dell’ordine legale delle successioni*”. (ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell’autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.40). Tradução livre: “[...] remonta ao direito romano que, em particular, considerava imoral o pacto sucessório por violar a regra fundamental *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, enquanto que para os pactos sucessórios dispositivos a imoralidade residia no *votum captandae mortis*, que de fato tais pactos colocavam em prática. Diversamente, os pactos sucessórios renunciativos não foram considerados, na época romana, inválidos porque seriam contra a moral, mas sim porque contrários à ordem pública, na medida em que realizavam uma mudança na ordem legal de sucessão”.

serem odiosas e de tristíssimas e perigosas consequências.²⁹ Pela primeira vez invoca-se o fundamento do *votum mortis*³⁰, que no período da formação dos estados nacionais, após o contributo do Renascimento com o resgate do direito romano, disseminaria a posição contrária à admissibilidade dos pactos sucessórios. Justiniano, por seu turno, conclui que, se o terceiro, de cuja sucessão se trata, der o expresso consentimento ao negócio jurídico que tem por objeto sua futura herança, a convenção deixaria de ser imoral e de representar perigo para a vida.³¹ Generaliza-se, com isso, a constituição de Justiniano, vulgarmente conhecida como *De quaestione*, e que também influenciaria séculos após os países europeus.³²

A partir das invasões bárbaras e o declínio do Império Romano, o testamento, como veículo de regulação da sucessão *causa mortis*, também entrou em um processo de decadência e rarefação nas antigas províncias do ocidente, favorecendo a criação de vários sucedâneos. Em comum, esses sucedâneos tinham o efeito de promover a devolução voluntária da sucessão. Entre os povos germânicos, a regulação da sucessão a partir de contratos encontrou terreno propício para proliferar, arraigando-se na tradição de futuras nações, como a Alemanha, o Principado de Liechtenstein e a Suíça.

²⁹ Trata-se de constituição muito citada, como prova da aversão romana aos pactos sucessórios, cuja redação, em latim, é a seguinte: *Const. 30, Cod. de pactis: "Sed nobis omnes hujus-modi pactiones odiosae esse videntur et plenae tristissimi et periculosi eventos. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidem paciscentes conveniunt? Secundum veteres ilaque regulas saucimus omni modo hujusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repeli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est voluntatem suam accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit..."* (PÉTER, Marc. *Étude sur le pacte successoral*. 1897. 243f. Tese (Doutorado) – Universidade de Genebra, Genebra, 1897. p.12).

³⁰ A doutrina recorrentemente cita *votum mortis* como fundamento de ordem moral para a hostilidade em relação aos pactos sucessórios no direito romano. Por todos: "*Le droit romain était lui-même assez hostile aux pactes successoraux pour des raisons d'ordre moral (le votum mortis) mais aussi politiques non seulement parce qu'ils pouvaient servir à contourner les règles de dévolution, porter atteinte à la liberté de tester et à la libre révocabilité du testament, mais surtout par hostilité à ce que les futurs héritiers compromettent à la légère des droits de famille*". (FAVIER, Yann. *Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.30). Tradução livre: "O próprio direito romano era bastante hostil aos pactos sucessórios por razões de ordem moral (o *votum mortis*), mas também políticas, porque eles poderiam ser utilizados para contornar as regras de devolução, violando a liberdade de testar e a livre revogabilidade do testamento, e, sobretudo, a hostilidade a que os futuros herdeiros comprometam a legislação de direito de família".

³¹ PÉTER, op. cit., p.12-13.

³² CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.101, 1965.

Dentre os sucedâneos do testamento, são citados em doutrina a *affatoma* e *hereditoriae*, entre os francos; o *thinx*, do povo lombardo; na península itálica, o *adffiliationes*; o *perfiliationes*, nos reinos histânicos; as doações *post obitum*, presente em quase todos os países da Europa durante a Alta Idade Média.³³

Mas a larga aceitação dos pactos sucessórios encontra uma tenaz resistência de um importante movimento histórico a porvir: o Renascimento. Nesse período histórico, é conhecido o embate entre as regras costumeiras e o resgate das regras do direito romano. Coube aos romanistas a fixação do conceito, da classificação, da sistematização e da concepção em torno da teoria geral da nulidade dos pactos sucessórios, que passou a ser compreendido, em termos gerais, como todo e qualquer acordo sobre a sucessão de uma pessoa viva.³⁴

Os estudiosos renascentistas do direito romano resgatam a regra da *De quaestione* de Justiniano, estendendo-a à aplicação a todos os pactos sucessórios. Estabelecem, ainda, o fundamento da regra proibitiva de todo e qualquer pacto sucessório no *votum alicujus mortis*, a representação de perigo de vida para o *de cujus*. Especificamente sobre às instituições contratuais (de herdeiro ou legado), diz-se que elas são limitações ilegítimas à liberdade de testar.³⁵ Por outro lado, as renúncias à condição de herdeiro foram consideradas contrárias às normas de ordem pública.

O campo das exceções à regra geral de nulidade também foi estudado pelos romanistas, que adequavam as experiências casuísticas do direito romano com às práticas costumeiras favoráveis ao pacto sucessório.

A penetração da regra proibitiva no direito lusitano se deu de tal forma que Portugal se apresenta como o primeiro país a tomar uma posição sobre o problema da admissibilidade dos pactos sucessórios³⁶, desde as Ordenações Afonsinas, em meados do século XV, estabelecendo-se a vedação desses negócios jurídicos por considerá-los torpes e contra o direito comum, sendo insuscetíveis de confirmação. A regra geral de invalidade dos pactos sucessórios não foi alterada pelas Ordenações Manuelinas nem pelas Ordenações Filipinas. De uma

³³ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.102, 1965.

³⁴ *Ibid.*, p.104.

³⁵ PÉTER, Marc. *Étude sur le pacte successoral*. 1897. 243f. Tese (Doutorado) – Universidade de Genebra, Genebra, 1897. p.10.

³⁶ CRUZ, *op. cit.*, p.110.

maneira geral, até a promulgação do Código Civil Português no século XIX, as instituições contratuais eram proibidas, com exceção de ser realizada em favor de casamento certo e determinado. Por outro lado, os pactos sobre a sucessão de terceiro eram aceitos desde que houvesse o assentimento daquele de cuja sucessão se trata, conforme previa a *De quaestione* de Justiniano e os pactos renunciativos eram também admitidos, se acompanhados da solenidade de confirmação denominada juramento.

No âmbito das convenções matrimoniais, vigia o princípio da liberdade das convenções matrimoniais, permitindo-se, de maneira geral, a celebração de pactos sucessórios.³⁷ Os exemplos mais comuns eram a instituição contratual recíproca, entre os cônjuges, da condição de herdeiro ou atribuição de legado, respeitada a legítima; a mesma instituição contratual, prevista no pacto antenupcial, mas por terceiros, em favor dos cônjuges; a instituição contratual pelos cônjuges em favor de terceiros, respeitada a legítima; a previsão, nessas estipulações, de substituições (fideicomissária e vulgar); a promessa de igualdade, por meio do qual o pai obrigava-se, em pacto antenupcial celebrado pelo filho que contraía casamento, a não utilizar a parte disponível para beneficiar nenhum dos demais filhos, também conhecido como pacto de *non meliorando*; estipulações que evitavam a dispersão do patrimônio e sua manutenção no tronco familiar, mediante a renúncia recíproca a sucessão um do outro ou, ainda, o direito de troncalidade³⁸, pelo qual cada um dos cônjuges convencionava que seus parentes não poderiam suceder nos bens que um descendente comum houvesse recebido por sucessão do outro; por fim, a renúncia da filha dotada à legítima paterna.

Já o direito canônico corroborou em grande parte a vedação aos pactos sucessórios, com exceção dos pactos renunciativos, quando fossem jurados.³⁹ Essa excepcionalidade acabou sendo incorporada pelas ordenações portuguesas.

³⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.114-117, 1965.

³⁸ A doutrina lusitana explica que o direito do troncalidade era uma modalidade de pacto sucessório generalizada nas convenções matrimoniais e que tinha por objetivo evitar, por via do casamento, a mudança da linha familiar dos bens levados para o casal ou por cada um deles posteriormente adquirido. Assim, “morto um indivíduo sem descendentes, os bens por ele herdados de parentes da linha paterna só aos seus parentes paternos seriam devolvidos; e os bens por ele herdados da linha materna só pelos parentes dessa linha seriam herdados”. (Id. *Obras esparsas*. Coimbra: Almedina, 1984. v.3. p.181-182).

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.276-277.

Enquanto vigoram as Ordenações Filipinas no Brasil, discutiu-se, sem consenso, sobre a permissão dos pactos sucessórios no Brasil. Os pactos renunciativos eram admitidos se houvesse juramento. Mas a figura do juramento foi proibida, exigindo-se, então, a chancela do Tribunal do Desembargo do Paço. Com a extinção do Tribunal pela Lei de 22 de setembro de 1828 (art. 7.º), constatou-se a ausência de autoridade para dar dispensa de contratar sob juramento e, em consequência, entendeu-se pela impossibilidade de celebração dos pactos sucessórios no Brasil, inclusive os renunciativos.⁴⁰

A Ord., L. IV, t. 70, vedava os contratos sobre herança de pessoa viva.⁴¹ Por outro lado, a Ord., L. IV, t. 46, pr., estabelecia os direitos reconhecidos aos nubentes para, em contrato antenupcial, estipularem disposições quanto aos bens do casal. Interpretou-se, então, extensiva a liberdade do casal na regulação dos bens em regime matrimonial, de modo a alcançar, inclusive, a sua delação *post mortem*. Lacerda de Almeida, em artigo específico sobre o tema, defendeu, àquele tempo, a licitude da celebração de pactos sucessórios em convenções antenupciais, reputando-os, contudo, revogáveis, inclusive quando confrontados com disposições contrárias posteriormente lançadas em testamento.⁴²

As (supostas) exceções previstas nas Ordenações não foram encampadas pelo codificador brasileiro. Preferiu-se, entre nós, a previsão de uma regra proibitiva genérica apartada de quaisquer exceções legais. A pureza do sistema proibitivo foi estampada pelo legislador do Código Civil de 1916 através do comando contido no art. 1.089, cuja redação refutava peremptoriamente fosse objeto de contrato a herança de pessoa viva. Logo a doutrina proclamou a ausência de exceções ao texto legal, que não admitia outra interpretação diante

⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.277.

⁴¹ Entre os juristas defensores da inexistência de exceções legais no sistema brasileiro das ordenações estão Clóvis Beviláqua e Lafayette, conforme anuncia Itabaiana de Oliveira (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.72). Pontes de Miranda, afirma, inclusive: “O pacto sucessório só era admitido nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, §§ 3.º e 4.º, se de não suceder, confirmado por juramento perante o Desembargo do Paço. Sobreveio a Lei de 22 de setembro de 1828, que extinguiu o Desembargo do Paço, e foi interpretado que se tornara impraticável a confirmação e, pois, extinto também o pacto sucessório”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 55. § 5616, item 4).

⁴² ALMEIDA, Lacerda. Pactos sucessorios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4. p.1198. (Originalmente, o artigo foi publicado na Revista dos Tribunais, edição 19, em setembro de 1916, p.267 *et seq.*).

da clareza dos termos da lei⁴³, embora tenha havido vozes no sentido de insinuar a existência de pelo menos duas exceções à proibição.⁴⁴

O Código Civil de 2002 repetiu a mesma regra, agora prevista no art. 426, segundo o qual “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, não fazendo qualquer menção aos fundamentos, tampouco às modalidades que estariam albergadas pela proibição, exigindo do intérprete, à luz da legalidade constitucional, a investigação dessas faces de grandiosa importância.

Longe de glorificar a ordem jurídica vigente sobre os pactos sucessórios, as notas históricas aqui lançadas visam convencer acerca da inexistência de uma relação linear e simplista na evolução do trato da matéria na sociedade ocidental, senão de uma série de rupturas, de descontinuidades e de uma evolução contrastada⁴⁵, mesmo entre os países de tradição romano-germânica. Desse modo, conclui-se que o instituto jurídico em análise, assim como qualquer outro, não detém validade transtemporal, tampouco encontra-se legitimado pela tradição ou por um suposto progresso jurídico. A história, em suma, não legitima a regra proibitiva estudada, mas, ao contrário, lança interrogações sobre a persistência de seus fundamentos.

1.2 Breve incursão no direito estrangeiro: tentativa de extração das tendências modernas para o tema

O estudo do direito estrangeiro deve sempre ser tomado com cautela. As nações são formadas por indivíduos que adotam valores e ideologia nem sempre compartilhados pelas demais. Paralelamente, ao menos entre as sociedades democráticas, é possível estabelecer uma

⁴³ Segundo Carvalho Santos: “Não pode ser objeto de contrato... De qualquer um, sem exceção. Os termos da lei são bastante claros, de modo a excluir a possibilidade de toda e qualquer exceção”. E prossegue o renomado civilista: “A proibição, como se vê, é absoluta, em razão dos princípios que a justificam”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p.192).

⁴⁴ É o caso de Clóvis Beviláqua que, sob a óptica do Código Civil de 1916, entendia que as exceções à regra proibitiva dos pactos sucessórios estariam presentes nos contratos antenupciais, por meio do qual seria lícito aos cônjuges regular reciprocamente a sucessão um do outro, à luz do art. 257 do diploma revogado, como também na partilha entre vivos por ato dos pais em relação aos filhos, previsto no art. 1.776. Essas duas hipóteses serão aprofundadas em momento oportuno do presente trabalho. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.280.

⁴⁵ Como reconhece Orosimbo Nonato, “essa repulsa [em relação aos pactos sucessórios], entretanto, não se mostra constante e uniforme no tempo e no espaço.” (NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v.1. p.24).

certa conexão axiológica entre as nações, mormente nos tempos atuais em que a globalização desponta como um fenômeno inexorável. Os tratados e convenções internacionais são o maior exemplo de que a sociedade sofre um processo contínuo de mutação, passando de local para global.

O facilitado tráfego de pessoas e de informações contribui para a formação de uma ideia comum acerca dos valores do homem. No ocidente pode-se dizer que ordem jurídica visa à proteção dos valores compartilhados por determinada sociedade.

Esse panorama revela, por outro lado, a importância do estudo do direito estrangeiro. No caso dos pactos sucessórios, que no direito brasileiro desponta uma regra proibitiva pretensamente absoluta, urge identificar o modo como a matéria é tratada em países de tradição romano-germânica, cujos valores sociais, notadamente no que tange ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, atuam como premissas do Estado.

Nessa ordem de ideias, o exame do tratamento legislativo, jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade jurídica de celebração dos pactos sucessórios em países como Portugal, França, Alemanha e Itália, pode ser revelador acerca da legitimidade dos fundamentos da proibição ou da permissão de celebração desses negócios jurídicos sucessórios, embora esse dado não possa ser admitido como verdade absoluta, ante os diferentes contextos sociais, políticos e jurídicos de cada sociedade.

À partida, no direito português, os pactos sucessórios são admitidos de maneira bastante restrita. A legislação da nossa antiga metrópole estabelece a possibilidade de instituição de herdeiro ou nomeação de legatário, desde que seja feito em pacto antenupcial, a favor de qualquer dos cônjuges, por terceiro, por eles entre si, inclusive reciprocamente, ou deles em favor de terceiro.⁴⁶

Concretizando melhor, quer isso dizer, no que respeita à primeira hipótese, a possibilidade franqueada aos nubentes para, em convenção antenupcial, instituir-se reciprocamente ou não como herdeiros ou legatários, atribuindo a participação hereditária ou um bem determinado, respeitada a porção legítima.

Por outro lado, também pode um terceiro intervir no pacto antenupcial, instituindo os nubentes conjuntamente ou apenas um deles como herdeiro ou legatário, permitindo, assim, a liberalidade de um terceiro a um ou a ambos os esposados. Assim como é legalmente admissível

⁴⁶ Trata-se da disposição do artigo 1701.º do Código Civil Português: “1. A instituição contratual de herdeiro e a nomeação de legatário, feitas na convenção antenupcial em favor de qualquer dos esposados, quer pelo outro esposado, quer por terceiro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por actos gratuitos de disposição; mas podem essas liberalidades, quando feitas por terceiro, ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contraentes”.

que um dos nubentes ou ambos instituem um terceiro como herdeiro ou legatário, intervindo no ato mediante aceitação da liberalidade.

De fato, entre os lusitanos, os contratos sucessórios são considerados lícitos se ligados ao casamento e à ideia do *favor matrimonii*.⁴⁷ Outras disposições *causa mortis* também são admitidas nas liberalidades efetuadas na convenção antenupcial, entre elas as cláusulas de reversão e fideicomissárias.⁴⁸

Mas no direito português o pacto sucessório renunciativo é considerado nulo. Por ele, alguém renuncia a sua condição de herdeiro presuntivo antes da abertura da sucessão. A legislação, inclusive, fala da figura do pacto renunciativo, mas proibi-lhe a prática.⁴⁹ Da mesma forma o faz em relação aos pactos dispositivos. Vigê, pois, o princípio da tipicidade, sendo nulos todos os contratos sucessórios, exceto aqueles expressamente admitidos em lei⁵⁰, tal como o fez em relação aos pactos de instituição de herdeiro ou de legatário realizados em convenções antenupciais⁵¹.

⁴⁷ Conferir, a esse respeito, o Parecer n.º 18/2012-SJC-CT, do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal (IRN). A manifestação refere-se a um curioso caso em que os nubentes pretendiam celebrar uma convenção antenupcial estabelecendo a renúncia recíproca à herança um do outro ou, ainda, à promessa de vir a repudiar, quando o outro falecer, a herança deste. Baseado na legislação portuguesa, conclui-se que “2 - Os pactos sucessórios, através dos quais se pode fazer a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, apenas são admitidos quando inseridos no âmbito das convenções antenupciais (artigos 1700.º e 1756.º), sob pena de nulidade, e andam ligados à ideia do *favor matrimonii*. [...] 4 - Ficam de fora, pois, os pactos renunciativos ou de *non succedendo*, através dos quais alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, bem como os pactos dispositivos, pelos quais se dispõe de um eventual direito a uma herança. 5 - Nesta conformidade, não é possível celebrar uma convenção nupcial na qual os nubentes, além de estipularem para o seu projetado casamento o regime da separação de bens, pretendam ainda renunciar à herança do outro ou prometem vir a repudiá-la. 6 - A solicitação de celebração da referida convenção nos termos equacionados, porque ferida de nulidade, deve ser recusada”. (IRN. Parecer n.º 18/2012-SJC-CT. Lisboa, 2012. p.12).

⁴⁸ É o que dispõe o art. 1700, 2: “São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas”.

⁴⁹ Código Civil Português, artigo 2028.º: “1. Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta. 2. Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo no disposto no n.º 2 do artigo 946.º”.

⁵⁰ José de Oliveira Ascensão resume as hipóteses admitidas pela legislação portuguesa acerca dos pactos sucessórios: “**Pactos admissíveis.** I - Verifiquemos quais os pactos sucessórios típicos, portanto os únicos admitidos por lei. Por pacto sucessório tanto se pode fazer: - a instituição de herdeiro. - a nomeação de legatário [...] Os pactos sucessórios só são admitidos em convenção antenupcial (arts. 1700 e 1756). Fora desta recai-se na regra geral da nulidade. II - Essa convenção antenupcial pode conter uma: - doação para casamento. - disposição a favor de terceiros. [...] A designação pode ser feita (art. 1754): - pelo outro esposado. - pelos dois reciprocamente. - por terceiro a um ou a ambos os esposados”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.96, grifo do autor)

⁵¹ O Código Civil Português também excepciona as doações por morte que eventualmente preencham as formalidades dos testamentos (Artigo 946.º, n.º 2) e a partilha em vida (Artigo 2029.º).

Na América do Sul, um bom termômetro de tendência da codificação privada é o novo *Código Civil y Comercial de la Nación*, promulgado na Argentina em 2014, mas em vigor somente a partir de 1.º de agosto de 2015.⁵² De acordo com o diploma revogado, cuja elaboração ficou a cargo do honrado jurista brasileiro Teixeira de Freitas, os pactos sobre sucessão futura não eram admitidos na ordem privada argentina.^{53,54}

Entretantes, a novel codificação trouxe significativa mudança no trato do tema, atendendo aos anseios de planejamento para a manutenção da unidade produtiva.⁵⁵ Prevalece uma regra geral de proibição de celebração dos pactos sucessórios, agora encontrando exceção nas disposições legais em sentido contrário e ainda, na hipótese de pactos relativos à exploração

⁵² Conforme disposição do artigo 7.º: “*La presente ley entrará en vigencia el 1.º de agosto de 2015*”.

⁵³ Da jurisprudência argentina, tira-se o seguinte trecho de julgado da Cámara Nacional Civil, datado de 2011, demonstrando a repulsa aos pactos sucessórios sob a égide da codificação civil revogada: “*Si la dispensa de colación no es efectuada por el donante, requisito sine que non para su aplicación, sino por un tercero ajeno al acto jurídico, que, si bien ahora reviste la calidad de heredero legítimo, dicha renuncia anticipada viola uno de los pilares del derecho argentino de las sucesiones, como es la prohibición de pacto de renuncia sobre herencias futuras, por lo que debe declararse nula, de nulidad absoluta [...] La presencia del padre–donante– y su silencio ante la renuncia por parte de uno de sus hijos de solicitar la colación en la futura herencia de su progenitor, dado que aquel quedaba fuera de la donación de los bienes, no permite interpretar tal actitud como un consentimiento tácito a ello, más cuando la legislación argentina es tan estricta en la expresión de la voluntad del donante en ese sentido [...] Convalidar la declaración de voluntad del heredero, en su calidad de tercero respecto del acto de donación, burlaría lisa y llanamente el derecho de los acreedores sobre su patrimonio, lo que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Sumado a ello que la renuncia fue realizada de mala fe, al haber sido perpetrada con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, licuando su futuro patrimonio a recibir por herencia*” (ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (CNCiv). Sumario n. 21938. Expediente 23.654/2006. Buenos Aires. “D.M.C.A. c/ P., C.H. y OTROS s/ COLACIÓN”. Julg. por Abreut de Begher, Claudio M. Kiper. Julgamento: 28/04/2011). Tradução livre: “Se a dispensa de colação não é efetuada pelo doador, requisito *sine qua non* para sua aplicação, mas por um terceiro alheio ao ato jurídico, que, se bem agora se revista da qualidade de herdeiro legítimo, dita renúncia antecipada viola um dos pilares do direito argentino das sucessões, como a proibição de pacto de renúncia sobre herança futura, razão pela qual deve ser declarado nulo, ante a nulidade absoluta [...] A presença do pai-doador e seu silêncio ante a renúncia por parte de um de seus filhos de solicitar a colação da herança futura de seu progenitor, dado que aquele ficara fora das doações dos bens, não permite interpretar tal atitude como um consentimento tácito, ainda mas quando a legislação argentina é tão estrita na expressão da vontade nesse sentido [...] Convalidar a declaração de vontade do herdeiro, em sua qualidade de terceiro a respeito do ato de doação, burlaria lesa e claramente o direito dos credores de seu patrimônio, o que não está previsto em nosso ordenamento jurídico. Somado a isso, a renúncia foi realizada de má-fé, por ter sido perpetrada com o ânimo de prejudicar a seus credores liquidando seu futuro patrimônio a receber por herança”.

⁵⁴ Sem embargos da proibição extraída a partir de diversas disposições do Código Civil Argentino revogado, perfilando o modelo franco-italiano, Maffia Jorge reconhece a existência de figuras que, ou tangenciam os limites da proibição ou são exceções legais, citando a partilha em vida de ascendente a seus descendentes, a doação como adiantamento de legítima e as regras que definem a sucessão do sócio em contrato social. (MAFFÍA, O. Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1994. Tomo I e II. p.10-11).

⁵⁵ MASRI, Victoria S.; RAGGI, María E. Pacto sobre herencia futura. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.911, p.113, ene./mar. 2013.

produtiva ou participações societárias, objetivando evitar conflitos ou conservar a unidade da gestão.⁵⁶ Em outras palavras, os pactos sobre sucessão futura são admitidos, segundo a lei argentina, além das hipóteses expressamente previstas, quando tiver por objeto uma unidade produtiva, empresária ou civil, ou ainda os direitos de participação sobre sociedades de qualquer tipo. Nesse caso, a função do pacto será de manter a integralidade da gestão empresarial, prevenir ou solucionar conflitos, reconhecendo-se, com isso, que o direito sucessório, notadamente a sucessão legítima, pode representar um perigo para o regular desenvolvimento do empreendimento, em torno dos quais vários interesses merecedores de tutela gravitam, como a manutenção das relações de trabalho e a geração de tributos.

Mas a autonomia privada, nesse caso, não é desarrazoadamente ampla. O pacto sucessório deve respeitar a legítima dos herdeiros necessários, a meação do cônjuge e não lesar interesses de terceiro. Pode-se dizer, assim, que o pacto sucessório admitido na forma da lei argentina não deve, a princípio, superar a parte disponível do patrimônio particular do autor da herança. Mas, ao mesmo tempo, se isso vier a ocorrer a partir do pacto sucessório, o interesse da conservação da unidade produtiva deve prevalecer, desde que os herdeiros legítimos sejam devidamente compensados no sentido de repor, em dinheiro, a legítima.⁵⁷

⁵⁶ Trata-se do artigo 1010 do *Código Civil y Comercial de la Nación*, cuja redação é a seguinte: “*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*”. (grifo nosso.) Tradução livre: “Herança futura. A herança futura não pode ser objeto de contrato nem podem sê-los os direitos hereditários eventuais sobre disposições particulares, exceto o disposto no parágrafo seguinte ou outra disposição legal expressa.

Os pactos relativos a uma exploração produtiva ou a participações societárias de qualquer tipo, com vistas à conservação da unidade da gestão empresarial ou à prevenção ou solução de conflitos, podem incluir disposições referentes a futuros direitos hereditários e estabelecer compensações em favor de outros legitimários. Esses pactos são válidos, na parte do futuro causante e seu cônjuge, se não afetam a legítima hereditária, os direitos do cônjuge, ou os direitos de terceiros”.

⁵⁷ Acerca da nova legislação, os argentinos María Cesaretti e Oscar Daniel Cesaretti fincam as seguintes conclusões acerca das características do pacto sucessório permitido pelo artigo 1010 do *Código Civil y Comercial*: “[...] 2) *Reviste carácter contractual. Su eventual modificación en todo o en parte estará sujeta al consentimiento de los otorgantes. Es técnicamente necesario en caso de modificación relacionar los respectivos instrumentos para una correcta interpretación de la voluntad de los otorgantes.* 3) *Las atribuciones conferidas a los legitimarios-beneficiarios revisten carácter irrevocable, salvo su modificación conforme al apartado anterior.* 4) *Constituye un negocio inter-vivos y no un acto de última voluntad.* 5) *Tiene efecto traslativo de derechos a partir de su suscripción respecto de los otorgantes, ya que el derecho de los beneficiarios a la explotación productiva o a las participaciones societarias se incorpora a su patrimonio en forma irrevocable, estando sujeta su materialización a la apertura del sucesorio.* 6) *El futuro causante mantiene el*

A ordem jurídica francesa também sofreu reforma para ampliar o espectro de atuação e admissão dos pactos sucessórios. O Código Napoleônico, na sua redação original, previa regra expressa de proibição desses negócios jurídicos. Embora a legislação anterior ao código admitisse os pactos sucessórios, a Revolução Francesa se apresentou com objetivos claros de representar uma necessária ruptura em relação ao *ancien régime*. A revolução abarcou ideias liberais que visavam à consagração da isonomia formal, combatendo quaisquer formas de poder ou privilégios.⁵⁸ Nesse contexto, a conservação dos bens na família em benefício dos homens mais velhos (direitos de primogenitura e princípio agnático⁵⁹) por via de pactos sobre sucessão futura, bem como as substituições perpétuas, representavam institutos do modelo de sociedade combatida, desigual e hierarquizada.⁶⁰ Na linha do célebre discurso sobre a igualdade de

dominio pleno de los bienes objeto del pacto, y constituyen prenda común de sus acreedores. 7) Todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima. 8) Al mantenerse el régimen sucesorio legal e igualmente las disposiciones sobre la legítima, el legitimario omitido o sobreviviente conserva las acciones correspondientes. 9) Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales. [...]”. (CESARETTI, María; CESARETTI, Oscar Daniel. El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.918, p.66, 2014). Tradução livre: “[...] 2) Reveste-se de caráter contratual. Sua eventual modificação no todo ou em parte estará sujeita ao consentimento dos outorgantes. É tecnicamente necessário, em caso de modificação, relacionar os respectivos instrumentos para uma correta interpretação da vontade dos outorgantes. 3) As atribuições conferidas aos legitimários-beneficiários detêm caráter irrevogável, salvo sua modificação conforme o item anterior; 4) Constitui um negócio *inter-vivos* e não um ato de última vontade. 5) Tem efeito translativo de direitos a partir da assinatura dos outorgantes, já que o direito dos beneficiários à exploração produtiva ou às participações societárias são incorporadas ao seu patrimônio de forma irrevogável, estando sujeita a materialização à abertura da sucessão. 6) O futuro causante mantém o domínio pleno dos bens objeto do pacto, e constituem a garantia comum de seus credores; 7) Todos os legitimários conservam o direito a ser mantida incólume sua porção legítima; 8) Ao manter-se o regime sucessório legal e igualmente as disposições sobre a legítima, o legitimário omitido ou sobrevivente conserva as ações correspondentes; 9) Os bens não compreendidos no objeto do pacto se distribuem e são divididos segundo as regras legais”.

⁵⁸ Nas palavras de Ana Luiza Nevares: “Preconizando a igualdade, tal legislação suprimiu todas as vantagens sucessórias, como o direito de primogenitura e a preferência para a masculinidade, limitando a liberdade de dispor, uma vez que o objetivo era enfraquecer a nobreza, finalidade que seria atingida através da fragmentação dos patrimônios, obtida justamente pelas regras de sucessão *mortis causa*, a partir da paridade de direitos entre os herdeiros, na partilha dos bens, que não seriam mais diferenciados em transmissões separadas a partir de algumas regras especiais”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.34).

⁵⁹ A palavra provém de agnação, que significa o parentesco de consanguinidade por linha masculina. No direito romano, havia duas espécies de parentesco, o agnático e o cognático. O primeiro transmitia-se apenas entre os homens, ao passo que o segundo tanto entre homens quanto mulheres. De início, vigorou em Roma o parentesco agnático, mas no período clássico o parentesco cognático passou a ser reconhecido para fins de produção de vários efeitos jurídicos até, finalmente, superar a *agnatio*. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.115).

⁶⁰ “*Il était logique que l’ancien droit – le droit antérieur à la Révolution Française – admette largement les pactes successoraux dans une société inégalitaire et hiérarchisée, dans le but d’assurer la conservation des biens dans la famille au profit des aînés et des mâles [...] A leur tour, les Révolutionnaires ont voulu éviter que par les biais des transmissions patrimoniales se reproduise la société d’Ancien Régime et l’égalitarisme forcené ajouté au culte de la loi commune a conduit à une double interdiction des pactes sur successions non*

partilha atribuído a Mirabeau, em 1791: “*il n’y a plus d’aînés, plus de privilégiés, dans la grande famille nationale; il n’en faut plus dans les petites familles qui la composent*”.⁶¹

Consagrou-se, assim, o princípio da unidade da sucessão no *Code Civil*, pelo qual a regra sucessória não poderia estabelecer discriminações em relação à natureza e origem dos bens⁶², influenciando muitas codificações ocidentais. Segundo Ana Luiza Maia Nevares, “a unidade da sucessão foi de extrema importância para que fosse garantida a igualdade formal entre os sucessores, contribuindo para a extinção dos privilégios sociais que marcaram o Antigo Regime”.⁶³

Com a reforma empreendida pela *Loi du 23 juin 2006*, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 2007, novos institutos relacionados ao pacto sucessório foram admitidos na França, como a renúncia antecipada à herança a favor de uma ou mais pessoas, herdeiras ou não (*renonciation a l’action en réduction*⁶⁴), formalizada através de dois notários e assinada separadamente por cada renunciante na presença dos notários, que deve cientificar-lhes das consequências do ato. Ela pode abranger a totalidade, parte da herança ou um bem determinado.⁶⁵

Também foi ampliado o domínio das substituições autorizadas. Pela nova ordem, uma liberalidade pode ser gravada de tal sorte que, por ocasião da morte do beneficiário, a propriedade do bem seja transferida a uma segunda pessoa, designada no ato. No caso de o donatário ou legatário ser um herdeiro legítimo, o encargo deve ser atribuído a partir da quota

ouvertes et des substitutions”. (FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.30). Tradução livre: “Era lógico que a o direito antigo – o direito anterior à Revolução Francesa – admite largamente os pactos sucessórios em uma sociedade desigual e hierarquizada, com a finalidade de garantir a conservação dos bens na família em benefício dos mais velhos e do sexo masculino [...] Por sua vez, os revolucionários queriam evitar que, por meio de transferências patrimoniais, se reproduzisse a sociedade do antigo regime e o culto à igualdade fosse incorporada à lei comum, levando a uma dupla proibição, tanto dos pactos sucessórios como das substituições”.

⁶¹ FAVIER, loc. cit.

⁶² O dispositivo foi revogado pela Lei n.º 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001 e tinha a seguinte redação: “*Article 732: La loi ne considère ni la nature ni l’origine des biens pour en régler la succession*”. Tradução livre: “A lei não considera nem a natureza nem a origem dos bens para regra-los na sucessão”.

⁶³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.36.

⁶⁴ A ação de redução é aquela através da qual o herdeiro deduz a sua pretensão de invocar a proteção da legítima, eventualmente prejudicada por uma liberalidade, por exemplo. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.36-37). Também: “Ação de redução é a que compete aos herdeiros necessários do testador contra aqueles aos quais foi deixado mais do que podia, a fim de ser a liberalidade reduzida aos limites da metade disponível”. (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.3. p.955).

⁶⁵ FAVIER, op. cit., p.34.

disponível daquele de cuja sucessão se trata, a não ser que o donatário aceite que grave a sua parte da reserva legítima.⁶⁶

A *libéralité graduelle*⁶⁷ é a operação pela qual o disponente doa ou lega bens ou direitos, estabelecendo que o donatário ou legatário deve conservar integralmente os bens ou direitos transmitidos até a sua morte, quando um segundo beneficiário designado assumirá a titularidade da situação jurídica transmitida.⁶⁸ A transmissão ao segundo beneficiário, pois, somente se realiza por ocasião da morte do primeiro beneficiário. Se, por outro lado, inexistente o dever do primeiro beneficiário de conservar integralmente o bem ou direito doado ou legado, mas unicamente de transmitir os bens subsistentes, residuais, no estado em que se encontram, por ocasião da abertura da sucessão, estamos a tratar da *liberalité résiduelle*.⁶⁹ A obrigação é simplesmente de transmitir os bens subsistentes por ocasião da morte.⁷⁰

⁶⁶ Art. 1054 do Código Civil Francês: “*Si le grevé est héritier réservataire du disposant, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible.*”

Le donataire peut toutefois accepter, dans l’acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l’article 930, que la charge grève tout ou partie de sa réserve.

Le légataire peut, dans un délai d’un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament, demander que sa part de réserve soit, en tout ou partie, libérée de la charge. A défaut, il doit en assumer l’exécution.

La charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l’ensemble de ses enfants nés et à naître”. Tradução livre: “Se o gravado é herdeiro necessário do disponente, o encargo pode ser imposto à sua parte da quota disponível.

O donatário pode, todavia, aceitar que através de um ato de doação ou posteriormente por um ato estável dentro das condições previstas no artigo 930, que o encargo grave toda ou fração de sua parte legítima.

O legatário pode, no prazo de um ano a contar do dia em que tomou conhecimento do testamento, requerer que sua parte da legítima seja, no todo ou em parte, liberada do encargo. Caso contrário, ele deve assumir-lhe a execução. O encargo sobre a parte da legítima gravada com o seu conhecimento beneficia conjuntamente, de pleno direito, até essa medida, a todos os seus filhos nascidos e a nascer”.

⁶⁷ Previsão do art. 1048 do Código Civil Francês: “*Une libéralité peut être grevée d’une charge comportant l’obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l’objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l’acte*”. Tradução livre: “Uma liberalidade pode ser gravada com um encargo consistente na obrigação por meio da qual o donatário ou o legatário deva conservar os bens ou direitos e de transmiti-los, por ocasião da sua morte, a um segundo beneficiário, designado no ato”.

⁶⁸ DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES. Mutations à titre gratuit – Successions – Champ d’application des droits de mutation par décès– Régimes spéciaux liés à la nature juridique de la disposition successorale – Libéralités graduelles et libéralités résiduelles. *Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts*. Disponível em: <<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/ext/pdf/createPdfWithAnnexePermalien/BOI-ENR-DMTG-10-20-50-10-20120912.pdf?doc=2332-PGP&identifiant=BOI-ENR-DMTG-10-20-50-10-20120912>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁶⁹ Código Civil Francês, art. 1057: “*Il peut être prévu dans une libéralité qu’une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. Art. 1058: La libéralité résiduelle n’oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l’oblige à transmettre les biens subsistants. Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis*”. Tradução livre: “Pode ser previsto através de uma liberalidade que uma pessoa será chamada receber e

Em acréscimo, houve também a extensão do campo da partilha em vida por intermédio da doação transgeracional. A partilha em vida, na França chamada de *donation-partage* (doação-partilha), é o negócio jurídico por meio do qual a pessoa distribui o seu patrimônio entre os herdeiros presuntivos, respeitando a porção legítima dos herdeiros necessários, calculada não ao momento da abertura da sucessão, mas da perfectibilização do ato de liberalidade. Os novos espaços abertos pela reforma do Código Civil Francês nesse âmbito são a *donation-partage* em favor de terceiro, a transgeracional e a conjuntiva.

Na primeira hipótese tem-se a presença dos herdeiros necessários e de um terceiro. Tal qual a novel legislação civil argentina, a inspiração aqui diz respeito à preocupação com a manutenção de empresas, quando os herdeiros presuntivos não são dados ao domínio das atividades empresariais.⁷¹

Ainda no campo da *donation-partage*, ela poderá ser realizada pelos cônjuges na presença de filhos de casamentos diferentes, a fim de beneficiar os filhos não comuns. É, assim, conhecida como a doação-partilha conjuntiva de bens comuns em benefício de filhos não comuns.

Ela também foi estendida para beneficiar não apenas os descendentes de primeiro grau, mas também de grau mais remoto. Por isso passou a ser conhecida como *donation-partage transgénérationnelle*. Por ela, o autor da herança pode realizar em vida a partilha de seus bens descendentes de grau mais remoto, agraciando um neto, por exemplo, mesmo que o filho ainda esteja em vida, desde que haja consentimento deste. Viabiliza-se, assim, a sucessão por estirpe⁷² em vida de um descendente, desde que haja o consentimento da geração intermediária.

subsistirá a doação ou o legado a um primeiro beneficiário até a sua morte. Art. 1058: *A libéralité résiduelle* não obriga o primeiro beneficiário a conservar os bens recebidos. Ela obriga a transmitir os bens subsistentes. Quando os bens, objeto da *libéralité résiduelle*, forem alienados pelo primeiro beneficiário, os direitos do segundo beneficiário não alcançam o produto da alienação nem os novos bens adquiridos”.

⁷⁰ SANT-AMAND, Pascal Julien. La réforme des successions et des libéralités: aspects civils et fiscaux. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.49.

⁷¹ Ibid., p.42. O autor, buscando diferenciar as liberalidades, afirma que nas *libéralités graduelles* o primeiro beneficiário está proibido de vender, doar ou legar o ativo transmitido, ao passo que essas operações, com exceção da constituição de legado, são autorizadas nas *libéralités résiduelles*. O motivo para a interdição, no último caso, é o fato de que a morte do primeiro beneficiário causar, *ipso iuri*, a transmissão ao segundo beneficiário, sendo incompatível com a constituição de legado.

⁷² Ibid., p.44-45.

O mais interessante é que a parte devolvida ao neto será imputada sobre a porção legítima do descendente direto⁷³, que interveio no ato no sentido de consentir e justificar essa situação.

Na Itália, os pactos sucessórios e os testamentos de mão comum não eram permitidos, ante a disposição constante do art. 458 do *Codice Civile Italiano*⁷⁴ de 1942.⁷⁵ Isso não impediu que naquele país tenha se desenvolvido grande debate em doutrina sobre o assunto atinente à regra proibitiva, notadamente a identificação dos interesses envolvidos e uma reflexão acerca do campo de aplicação da interdição⁷⁶, que acabou por culminar com a reforma empreendida pela

⁷³ SANT-AMAND, Pascal Julien. La réforme des successions et des libéralités: aspects civils et fiscaux. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.45. Da lei: “Art. 1078-7: *Les donations-partages faites à des descendants de degrés différents peuvent comporter les conventions prévues par les articles 1078-1 à 1078-3*”. Por sua vez, o art. 1078-2 dispõe que: “*Les parties peuvent aussi convenir qu’une donation antérieure faite hors part sera incorporée au partage et imputée sur la part de réserve du donataire à titre d’avancement de part successorale*”. Tradução livre: “Art. 1078-7: As doações-partilha realizadas em favor dos descendentes do graus diferentes podem conter as disposições previstas nos artigos 1078-1 a 1078-3”. “As partes podem também consentir que uma doação anterior seja incorporada na partilha e imputada sobre a parte da legítima do donatário a título de adiantamento da parte sucessível”.

⁷⁴ No Código Civil precedente, de 1865, sob forte influência do Código de Napoleão, a proscrição dos pactos sucessórios era resultado da conjugação de várias disposições normativas: “*All’ interno del codice civile del 1865 la nullità dei patti successori – nelle loro diverse forme – risultava, analogamente alla scelta legislativa del Code Napoléon, non da un’unica norma, bensì da più disposizioni normative. Così l’art. 954 – analogamente all’art. 791 Code Civil – vietava la rinunzia all’eredità di persona vivente e l’alienazione dei relativi diritti. L’art. 1460 – conformemente all’art. 1600 Code civil – dichiarava la nullità della vendita di eredità di persona ancora in vita; e l’art. 1380 – ugualmente all’art. 1389 Code civil – vietava il patto fatto in occasione del matrimonio e diretto a modificare l’ordine legale delle successioni*”. (ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell’autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.42). Tradução livre: “No âmbito do Código Civil de 1965 a nulidade dos pactos sucessórios – nas suas várias formas – resultava, analogamente ao Código de Napoleão, não de uma única norma, mas de várias disposições normativas. Assim, o art. 954 – à semelhança do art. 791 do Código Civil – proibia a renúncia à herança de pessoa viva e a alienação do respectivo direito. De acordo com o art. 1460 do Código Civil declarava-se a nulidade da venda de herança de pessoa ainda em vida; e o art. 1380 – igualmente ao art. 1389 do Código Civil – proibia o pacto realizado por ocasião do matrimônio de alterar a ordem legal de sucessão”.

⁷⁵ Redação original do art. 458 do Código Civil italiano: “*Divieto di patti successori. È nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi*”. Tradução livre: “Proibição dos pactos sucessórios. É nula toda convenção pela qual se dispõe da própria sucessão. Também é nulo e sem efeito todo ato de disposição de direitos que possa resultar de uma sucessão ainda não aberta, ou renúncia à mesma”.

⁷⁶ TASSINARI, Federico. Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux em droit comparé et em droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.65.

Lei de 14 de fevereiro de 2006, n.º 55, alterando o citado artigo e acrescentando o art. 768-*bis* e seguintes do *Codice*, para regulamentar um novel instituto naquele país, o *patto di famiglia*.⁷⁷

O *patto di famiglia* foi uma resposta do legislador italiano à solicitação de matriz comunitária voltada à resolução do problema da transmissão de bens produtivos em sucessão *causa mortis*.⁷⁸ A União Europeia, desde 1994, já aprovava duas recomendações aos países-membros no sentido de que instrumentos legais fossem repensados para facilitar a sucessão dos bens produtivos, visando garantir a sobrevivência do empreendimento e conservação do posto de trabalho.⁷⁹ Na Comunicação n.º 98/C93/02, in GUCE de 28 de março de 1998, n.º 93, a Comissão sugere expressamente a superação da proscrição dos pactos sucessórios.

O art. 768-*bis* do *Codice Civile* define o *patto di famiglia* como

il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.

Trata-se, em suma, de um contrato através do qual o empresário transfere, no todo ou em parte, a um ou mais dos seus descendentes em linha reta, a sua empresa ou participação societária, com intervenção do cônjuge do disponente e dos herdeiros legítimos, que poderão renunciar ou desde já receber por antecipação a liquidação de sua herança.⁸⁰

⁷⁷ A nova redação do art. 458 do *Codice Civile Italiano* é a seguinte: Art. 458 - “*Divieto di patti successori. Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi*”. Tradução livre: “Proibição dos pactos sucessórios. Ressalvado o disposto no art. 768-*bis* e seguintes, é nula toda convenção pela qual se dispõe da própria sucessão. Também é nulo todo ato de disposição de direitos que possa resultar de sucessão não aberta, ou renúncia à mesma”

⁷⁸ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.198. nota 69.

⁷⁹ Trata-se da Recomendação da Comissão U.E. 94/1069, in GUCE de 31 de dezembro de 1994, n.º L.385. Também a Comunicação n.º 98/C93/02, in GUCE de 28 de março de 1998, n.º 93.

⁸⁰ UNINDUSTRIA BOLOGNA. *Il Patto di Famiglia*. p.1. Disponível em: <<http://www.unindustria.bo.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/83305>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

Da celebração do pacto devem participar o cônjuge e todos os herdeiros presuntivos, de acordo com a lei. A forma do ato deve ser pública e permite a renúncia antecipada pelo cônjuge e herdeiros dos direitos sucessórios sobre a unidade produtiva ou a participação societária, desde que haja comum acordo. Mas também pode prever um valor à título de liquidação antecipada da participação hereditária em potencial do herdeiro presuntivo ou do próprio cônjuge, caso em que se deve proceder à apuração do ativo ao momento da celebração do pacto, embolsando o cônjuge ou o herdeiro na medida da sua quota hereditária.

Na Espanha, é conveniente estabelecer uma distinção entre o disposto no direito civil comum, nos termos do Código Civil de 1889, que foi objeto de várias alterações, especialmente desde a publicação da Constituição espanhola de 1978, e em legislação local ou especial das comunidades autônomas com competência em matéria de direito civil (Galiza, País Basco, Navarra, Aragão, Catalunha e Ilhas Baleares). Nos termos do direito civil comum, o pacto sucessório não é aceito, mas o é em alguns direitos regionais.⁸¹

O direito comum espanhol proíbe o pacto sucessório em pelo menos duas disposições legais. O artigo 658 do Código Civil Espanhol indica claramente os modos de devolução da sucessão *causa mortis*, limitando à “vontade do homem expressa através do testamento” e às “disposições legais”. Mais à frente, no art. 1271-2 do mesmo diploma, proíbe-o claramente nos seguintes termos: “a sucessão futura não pode ser objeto de contratos outros que visem à realizar entre vivos a divisão de um capital ou a sua repartição”.⁸²

Nesse sentido, diz-se que o direito comum espanhol consagra uma ordem geral de absoluta proibição aos pactos sucessórios.⁸³ Malgrado a interdição dos pactos sucessórios, o Código Civil espanhol prevê institutos alternativos, como a *promessa de mejorar*, regulada pelo art. 826, feita por escritura pública ou nas *capitulaciones matrimoniales*, e pela qual toda disposição do testador que contraria essa promessa não surtirá efeito, constituindo uma limitação voluntária à liberdade de testar.⁸⁴

⁸¹ ALONSO, Ignacio Herrero. Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux em droit comparé et em droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.99-100.

⁸² Outros dispositivos corroboram a ordem geral de vedação do pacto sucessório, tais como: arts. 620, 635, 816, 991 e 1674.

⁸³ ALONSO, op. cit., p.102.

⁸⁴ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-Mortem*. Granada: Comares, 2003. p.77.

A *mejora* são as disposições realizadas pelo autor da herança, correspondente a um terço da herança⁸⁵, que pode ser destinado a beneficiar desigualmente os filhos ou descendentes. Ela ganha o contorno da irrevogabilidade se feita por *capitulaciones matrimoniales* ou por contrato oneroso celebrado com um terceiro.⁸⁶ Essa disposição por ato *inter vivos* e com caráter contratual é que se aproxima da figura dos pactos sucessórios.

Outro instituto do direito espanhol é o *protocole familial*. Embora sem previsão expressa no Código Civil, a sua regulamentação parte de uma Recomendação da Comissão fiscal do Senado espanhol de 2001, influenciado pela já citada Recomendação Europeia 94/1069/CE, de 7 de dezembro de 1994, e pela Recomendação do Forum de Lille de 3 e 4 de fevereiro de 1997. Estudos econômicos indicaram que a principal causa de desaparecimento de empresas familiares na Espanha é a sucessão *mortis causa*.⁸⁷ O *protocole familial* oferece, pois, uma alternativa à sucessão *mortis causa*, em atenção à conservação da empresa, prevendo benefícios fiscais, a possibilidade de estabelecer uma cláusula de indivisibilidade entre os herdeiros por no mínimo dez anos, e que se pague em dinheiro a legítima dos demais interessados.⁸⁸ Em todo caso, a legítima dos herdeiros necessários deve ser respeitada.⁸⁹

⁸⁵ Pela lei sucessória espanhola, um terço da herança constitui a parte disponível. A legítima corresponde aos outros dois terços, que por sua vez se divide em um terço da chamada “*legítima estricta*” e um terço da “*mejora*”.

⁸⁶ Código Civil Espanhol, art. 827.

⁸⁷ MATÍNEZ, Maria Martínez. Pactes successoraux dans les droits régionaux d’Espagne. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Librairie Droz: Genève, 2008. p.100.

⁸⁸ Trata-se da segunda parte do art. 1056 do Código Civil Espanhol, que foi acrescentado pela Ley 7/2003, de 1.º de abril: “*Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844*”. Tradução livre: “Quando o testador realizar, por ato entre vivos ou de última vontade, a partilha de seus bens, será ela realizada, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

O testador que em atenção à conservação da empresa ou no interesse de sua família queira preservar indivisa a exploração econômica ou manter o controle de uma sociedade de capital ou grupo destas, poderá usar da faculdade concedida neste artigo, dispondo que se pague em dinheiro sua legítima aos demais interessados. Assim, não será necessário que exista dinheiro suficiente na herança para o pagamento, sendo possível realizá-lo com valor extrahereditário e estabelecer pelo testador ou pelo contador-partidor por ele designado o

Nos países de influência germânica, os pactos sucessórios são admitidos pela respectiva legislação. É o caso da Alemanha, da Áustria⁹⁰, da Suíça⁹¹ e de Liechtenstein⁹².

Especificamente no caso da Alemanha, a tradição germânica é permissiva em relação aos contratos sucessórios⁹³, contrariando a influência romana. Por eles, aquele de cuja sucessão se trata pode instituir um herdeiro ou estabelecer um legado contratual.⁹⁴ Característica marcante é a revogação de um testamento anteriormente firmado e a ineficácia dos posteriores, no que

adiamento, desde que não supere cinco anos a contar do falecimento do testar; poderá, também, realizar qualquer outro meio de extinção das obrigações. Se não for estabelecida a forma de pagamento, qualquer legitimário poderá exigir sua legítima de bens da herança. Não será aplicada à partilha assim realizada o disposto no artigo 843 e no parágrafo primeiro do artigo 844”.

- ⁸⁹ MATÍNEZ, Maria Martínez. Pactes successoraux dans les droits régionaux d’Espagne. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Librairie Droz: Genève, 2008. p.100.
- ⁹⁰ Na Áustria, os pactos sucessórios têm aplicação mais restrita que nos demais países germânicos. Permite-se que os cônjuges, noivos ou “parceiros registrados” (destinados a pessoas do mesmo sexo) disponham de até três quartos da herança. Também os testamentos de mão comum, bem como as *donationes mortis causa* (artigo 956.º), que são doações de bens pessoais realizadas mediante contrato por alguém que preveja morrer no futuro próximo, devendo se revestir de ato notarial. A renúncia contratual à legítima é igualmente permitida e deve ser celebrada entre o autor da herança e o herdeiro em potencial. (HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie. *Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers*. Zürich: Dike Verlag, 2008. p.29-30). A regulação legal encontra-se no art. 1249.º e seguintes do *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*.
- ⁹¹ Art. 468, 481, 494 e ss. 512 a 516, todos do Código Civil Suíço. Nesse país, as disposições por pacto sucessório podem compreender todo ou parte do patrimônio, dentro dos limites da quota disponível.
- ⁹² Art. 533 do ABGB do Principado de Liechtenstein: “*Das Erbrecht gründet sich auf den nach gesetzlicher Vorschrift erklärten Willen des Erblassers, auf einen Erbvertrag (§§ 602 ff.) oder auf das Gesetz*”. Tradução livre: “A sucessão baseia-se nas prescrições legais de vontade declarada do autor da herança, nos pactos sucessórios e na lei”. Os pactos sucessórios vêm ainda regulados pelos artigos 602 a 602-e do Código”.
- ⁹³ “*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. *The Law of Succession*. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction of German Law*. Beck: München, 2005. p.285). Tradução livre: “O testador pode fazer disposições também através de contratos de herança (*Erbvertrag*), que são governados pelo §§2274-3302 BGB. O propósito particular do contrato de herança reside no fato de que, por meio das disposições contratuais, é possível que o testador faça disposições testamentárias vinculativas que geralmente não estão sujeitas à revogação”.
- ⁹⁴ Conforme disposição do §1941 do BGB: “§ 1941 Erbvertrag. (1) Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen, Vermächtnisse und Auflagen anordnen sowie das anzuwendende Erbrecht wählen (Erbvertrag). (2) Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden”. Tradução livre: “Contrato de Herança. (1) O autor da herança pode, através de contrato, instituir um herdeiro, dispor de legados ou encargos, assim como escolher a lei sucessória aplicável (contrato de herança). (2) Tanto a outra parte do contrato como o terceiro podem ser considerados como um herdeiro (herdeiro contratual) ou como um legatário”.

for contrário aos termos do pacto sucessório.⁹⁵ Também são regulados pela legislação alemã os pactos renunciativos (*Erbverzichtsvertrag*), figura contratual *inter vivos* de renúncia à herança futura, seja porque o renunciante ostenta a condição potencial de herdeiro legítimo, testamentário ou legatário.⁹⁶

Essa breve incursão no direito estrangeiro mostra uma tendência de alargamento das hipóteses de permissão dos pactos sucessórios nos países onde tradicionalmente se reservou uma regra amplamente proibitiva. Razões de diversas ordens têm demonstrado a necessidade de ampliar o espectro da autonomia privada no campo do direito sucessório, ante a constatação de que determinados interesses mercedores de tutela devem prevalecer em relação aos fundamentos justificadores da proscrição do pacto sucessório.⁹⁷

1.3 O estado atual da matéria: o pacto sucessório no direito brasileiro

O Código Civil brasileiro prescreve a proibição de que os contratos tenham por objeto a herança de pessoa viva. O dispositivo, alocado nas disposições gerais dos contratos, é a repetição literal da regra prevista no Código Civil de 1916. Embora não contemple uma

⁹⁵ “*Kennzeichen des Erbvertrag ist es, daß eine frühere letztwillige Verfügung aufgehoben wird und eine spätere letztwillige Verfügung unwirksam ist, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde*”. (IVENS, Michael. *Testament, Erbvertrag und Erbfall*. Wi: Norderstedt, 2004. p.175). Tradução livre: “Caraterística do pacto sucessório é que uma disposição testamentária anterior é revogada e uma disposição testamentária posterior não tem efeito, na medida em que prejudicariam o direito do legatário contratual”.

⁹⁶ “*Das Gegenstück zum Erbvertrag bildet der Erbverzicht, ein Vertrag mit dem Erblasser, in dem jemand auf sein gesetzliches oder testamentarisches Erbrecht oder auf ein testamentarisches Vermächtnis oder auf seinen Pflichtteil oder endlich auf eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist, verzichtet (§§2346, 2352). Der Erbverzicht ist ein Vertrag unter Lebenden*” (REIMANN, Wolfgang; BENGEL, Manfred; MAYER, Jörg. *Testament und Erbvertrag*. Luchterhand: Neuwied, 2006. p.858). Tradução livre: “A contraprestação do pacto sucessório consiste na renúncia à herança, através de um contrato com o *de cuius*, por meio do qual alguém renuncia ao seu direito de herança legítima ou testamentária, ou a sua porção legítima ou, finalmente, a uma doação, esta realizada em um contrato de herança em favor de terceiro. A renúncia à herança é um contrato entre vivos.”.

⁹⁷ Clóvis Beviláqua afirmou que as legislações dos países se distribuem em dois grupos: o primeiro deles diz respeito aquelas que repelem de modo absoluto os pactos sucessórios ou admitem exceções de tolerância por ocasião da regulação do regime matrimonial de bens. Deste faziam parte, à época de seus escritos, o Código Civil holandês, o português, o mexicano, o chileno, o boliviano, o venezuelano, o italiano, o espanhol e o francês. No segundo grupo estariam as legislações que aceitam e regulam a espécie, como o Código Civil alemão, o suíço e o direito inglês. O direito pátrio estaria incluído no primeiro grupo, embora àquele tempo se facultava a regulação recíproca dos cônjuges e a partilha em vida. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.320-321).

consequência para a inobservância do preceito, pode-se dizer que a nulidade do negócio jurídico decorre da previsão da parte final do inciso VII do art. 166 do Código Civil, segundo o qual são nulos os negócios jurídicos quando a lei proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Em doutrina, afirma-se que o sistema positivo brasileiro não admite os pactos sucessórios de quaisquer espécies, sejam os institutivos, renunciativos ou dispositivos. Proclama-se o absolutismo e a pureza da regra proibitiva, embora alguns autores reconheçam na partilha em vida uma exceção à regra. Segundo Orlando 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*.⁹⁸

Os motivos que inspiram a regra proibitiva no direito nacional são aqueles já conhecidos e relatados na dimensão histórica e 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*⁹⁹), 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.¹⁰⁰ Argumenta Itabaiana de Oliveira o seguinte:

Compreende-se, perfeitamente, esta proibição da lei; além de ser lógico não se poder adquirir ou renunciar um direito ainda não existente, reputam-se tais contratos contrários à moral pública e ofensivos aos bons costumes, porque constituem êles uma especulação sôbre a morte de uma pessoa e, até mesmo, para evitar atentados contra a vida da pessoa a quem pertencerem os bens, objeto do contrato sucessório.¹⁰¹

Caio Mário da Silva Pereira realça a repulsa do direito sucessório aos pactos sobre sucessão futura “seja no fato de somente se admitirem como formas de dispor os testamentos e

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.7-8.

⁹⁹ 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”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Saraiva: São Paulo, 2004. v.3. p.80).

¹⁰⁰ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p.196-197.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.73.

codicilos, seja na regra proibitiva formal de quaisquer contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva, seja ainda na condenação moral que lhe opõem os doutos”.¹⁰² Na mesma linha de pensamento, Clóvis Beviláqua enumera os argumentos contrários à sucessão pactícia, citando a contrariedade aos bons costumes, por determinar o surto de sentimentos imorais; o voto *captanae mortis*; a contrariedade ao princípio da liberdade de testar, por ser característica essencial das disposições de última vontade, qual seja a revogabilidade e, por fim, o potencial lesivo dos pactos sucessórios em relação aos sucessíveis.¹⁰³

Em doutrina brasileira, rara é a defesa da admissibilidade dos pactos sucessório.¹⁰⁴ Diz-se que a clareza do texto legal impede maiores indagações, raramente se questionando acerca da legitimidade dos fundamentos da proscrição. Seria realmente um problema a validade de negócios jurídico cujo exercício ou aquisição da vantagem por ele prevista dependa da morte do estipulante? Essa questão será aprofundada no próximo capítulo.

De toda sorte, o caráter absoluto da proibição e a força moral do elemento ali expresso¹⁰⁵, conduziram a um processo de rarefação do estudo dos pactos sucessórios na doutrina nacional, dada a inutilidade prática do instituto. Da mesma forma, a jurisprudência mostra-se bastante refratária ao negócio jurídico que envolva herança de pessoa viva.

A infertilidade do estudo, como adiante se demonstrará, é tão somente aparente. São múltiplas as potencialidades dos pactos sucessórios, que podem envolver não apenas a instituição de herdeiro ou de legado, mas a renúncia à herança e a disposição sobre sucessão de terceiro. O estudo do seu aspecto funcional é igualmente relevante para avaliar, sob a perspectiva da sociedade contemporânea, a persistência dos fundamentos proibitivos e se, ainda que de *lege ferenda*, a utilidade social desses pactos justifica uma alteração legislativa. Além disso, a correta compreensão dogmática do instituto sob a perspectiva da legalidade constitucional permite estremá-lo de outros negócios jurídicos em que a morte é fato juridicamente relevante e determinante quanto ao momento da aquisição do direito ou do início de seu exercício por um dos sujeitos.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.170.

¹⁰³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.278.

¹⁰⁴ Cite-se, a propósito, a defesa da possibilidade de se admitir de *lege ferenda* os pactos sucessórios por Ana Luiza Nevares. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.31).

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p.37.

O movimento de alargamento da admissão dos pactos sucessórios em países europeus, alguns dos quais a respectiva legislação nacional inspirou diretamente a construção da regra proibitiva do direito brasileiro, é mais uma evidência de que o estudo desses negócios jurídicos não é desprovido de utilidade.

Apesar da literalidade da regra legal e dos argumentos proclamados em defesa da proscricção dos *pacta corvina*, duas exceções eram citadas. A primeira delas não mais vige na ordem do vigente Código Civil. Trata-se da possibilidade de os cônjuges regularem a sucessão recíproca nos contratos antenupciais¹⁰⁶, pois a legislação revogada admitia que os nubentes pudessem estipular “o que lhes aprouver” quanto aos seus bens nas convenções antenupciais, desde que não prejudicasse os direitos conjugais ou paternos, nem contrariasse disposição de ordem pública.¹⁰⁷

Essa possibilidade referia-se às chamadas “doações antenupciais”¹⁰⁸, de caráter recíproco, que poderiam ser estipuladas para ter efeito “para depois da morte do doador”, contanto que não casados pelo regime da separação obrigatória de bens e não excedente à metade dos bens do doador.¹⁰⁹ Os dispositivos que tratavam desse negócio jurídico não encontram correspondência no Código Civil de 2002.

A segunda exceção é a partilha *inter liberos*, que será analisada a seguir.

1.3.1 A perspectiva funcional da partilha em vida

De acordo com o Código Civil, franqueia-se ao ascendente, por ato entre vivos, a realização da partilha relativamente aos bens que compõem o seu patrimônio, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.¹¹⁰

¹⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.276.

¹⁰⁷ Código Civil de 1916, arts. 256 e 257.

¹⁰⁸ “Admitindo, porém a doação *propter nuptias* como a que beneficia a prole de determinado casal, concilia-se o instituto da doação com a sucessão por morte, porque poderão os seus efeitos ocorrer depois da abertura da sucessão do doador”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.169).

¹⁰⁹ Código Civil de 1916, artigos 312 e 314.

¹¹⁰ Código Civil, art. 2018: “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

Pontes de Miranda afirma que a partilha em vida tem origem na sociedade romana, fundada em razões puramente econômicas e jamais no intuito de evitar discórdias futuras.¹¹¹ O instituto teria sido conservado no direito português, bastante difundido nos séculos XVIII e XIX, a fim de assegurar a permanência de certos bens ou indústrias nas famílias.¹¹² Caio Mário da Silva Pereira completa que a notícia histórica do instituto remonta à civilização egípcia e hebraica.¹¹³

Hodiernamente, deve-se reconhecer a potencialidade da partilha em vida¹¹⁴ em evitar discórdias entre os herdeiros necessários. Não são poucas as pessoas que, no mundo moderno, amedham verdadeiras fortunas ao longo da vida, construindo impérios econômicos que são ameaçados por infundáveis litígios judiciais entre herdeiros. Bastando respeitar a porção legítima dos herdeiros necessários, tem o hereditando a faculdade de partilhar em vida os bens entre os herdeiros necessários e também outras pessoas, estas últimas contempladas com delações provenientes da parte disponível.

Essa possibilidade revela-se socialmente útil quando, por exemplo, o autor da herança, desejando desde já fazer-se suceder em seus bens e negócios, identifica em um dos filhos as qualidades essenciais para dar seguimento em uma sociedade empresária bem-sucedida, cujos louros foram conquistados após décadas de esforço do seu titular. Em contrapartida, observa o grande apreço de outro filho por uma grande fazenda, na qual se explora a atividade agropecuária. Aquinhoando um e outro, cada um com os bens que decidir, desde que um deles não receba menos do que a porção legítima assegurada pela lei, e inexistindo outros herdeiros necessários, a partilha realizada por ato *inter vivos* será considerada válida e poderá evitar futuros conflitos entre os herdeiros presuntivos, que inclusive a estes serão prejudiciais, além de privilegiar a projeção das expectativas pessoais do *de cuius* relativamente aos seus bens para além da morte.

¹¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial: direito das sucessões: testamentário. inventário e partilha*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. Tomo 60. p.252.

¹¹² MIRANDA, loc. cit.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.395.

¹¹⁴ Itabaiana Oliveira enumera as vantagens da partilha em vida: “a) evita discórdias, delongas e dispêndios; b) atende às aptidões ou condições pessoais de cada herdeiro; c) impede o retalhamento desvalorizador de propriedades agrícolas; d) tira de si, o pai, o encargo de uma gestão que já se não sente capaz”. (OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.3. p.898).

A partilha em vida pode ser formalizada por ato entre vivos ou de última vontade. Neste último caso, chama-se partilha-testamento, pois é o testamento o instrumento por meio do qual o ascendente distribuirá os bens entre os herdeiros necessários, preenchendo-lhes o respectivo quinhão¹¹⁵, mas a aquisição da propriedade dos respectivos bens só acontecerá com o falecimento do ascendente, devendo ser respeitada a divisão estipulada no testamento.¹¹⁶

Realizada por ato *inter vivos*, recebe também a denominação de partilha-doação, porque é através do contrato de doação que normalmente ela se opera. Mas também pode sê-la feita por via de outros instrumentos jurídicos idôneos que determinem a transferência, à título gratuito, da propriedade, a exemplo da alteração de contrato social que contemple cláusula de cessão gratuita de quotas.

É irrelevante a forma que o ato se reveste. A partilha, em si, é instituto dotado de autonomia e, franqueada a possibilidade de ser realizada em vida, constitui negócio jurídico cujo objeto é a repartição ou distribuição dos bens que compõem a herança futura do disponente.

Como pontua Caio Mário da Silva Pereira, quanto à forma, observa-se que a partilha em vida se reveste da doação, “mas se atentarmos para a natureza do ato, veremos que essa partilha visa proporcionar aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só com a morte do ascendente lhe asseguraria”.¹¹⁷ Não é o *nomen iuris* conferido ao ato jurídico que define a sua natureza e regime, mas o seu conteúdo e função, constituindo uma premissa da hermenêutica que a interpretação dos negócios jurídicos atenda mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem, de acordo com o art. 112 do Código Civil.

Em elogiável parecer sobre o tema, Heloisa Helena Barboza afirma com propriedade que “a partilha em vida por ascendente configura-se, desse modo, como um instituto jurídico independente, especial, distinto da doação que é revogável, enquanto a partilha não é, nem pode ser”.¹¹⁸ Convivem, assim, três tipos de negócio jurídico: a partilha em vida (CC, art. 2.018),

¹¹⁵ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21. p.437.

¹¹⁶ VELOSO, loc. cit.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.396.

¹¹⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

as disposições de última vontade (CC, art. 1.786) e as doações por ascendente à descendente e/ou ao cônjuge que implicam em adiantamento de legítima (CC, art. 544).¹¹⁹

O suporte de um contrato de doação, de alteração de contrato social ou de uma cessão de direitos não tem o condão de determinar a natureza jurídica do ato.¹²⁰ Trata-se de uma visão estrutural ultrapassada, formal, que não se mais se adequa à contemporânea concepção do direito civil à luz da legalidade constitucional. Em outras palavras, não é a estrutura que conforma os efeitos do ato, mas o inverso, a função do ato jurídico indica a sua estrutura.¹²¹

Pode-se dizer, inclusive, por se tratar de instituto autônomo, que a partilha em vida independe de um amparo jurídico-estrutural diverso. Um instrumento de partilha em vida é suficiente para, acompanhada da tradição, determinar a transferência da propriedade dos bens por ela referidos. Constitui negócio jurídico translativo, apto a gerar a transferência da propriedade.

A forma do ato é, a princípio, livre, nos termos do art. 107 do Código Civil¹²², mas se envolver direitos reais sobre bens imóveis de valor superior ao limite legal deverá observar a forma pública¹²³ (Código Civil, art. 108).

Registre-se a existência de opiniões em sentido contrário, que consideram a partilha em vida como um ato equivalente à doação, devendo, em consequência, respeitar os respectivos

¹¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹²⁰ Afirma, com bastante coerência, Arnoldo Wald: “Não é essa partilha em vida nem doação, nem testamento, embora o autor da herança possa utilizar-se dessas formas para exteriorizar a sua vontade, o que de nenhum modo influirá na natureza do ato, que, como é sabido e ressabido, identifica-se pelo seu *conteúdo*, não pela sua *aparência*.; pelo que *é*, não pelo nome que a parte lhe atribui”. (WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. *Revista dos Tribunais*, v.76, n.622, p.8, ago. 1987.).

¹²¹ Sobre redimensionamento dos negócios jurídicos para uma perspectiva funcional, Pietro Perlingieri adverte: “A qualificação pode, de fato, não coincidir com aquela formalmente escolhida pelas partes, dado que ela deve atender à substância do regulamento contratual, à sua subjacente natureza econômico-social. A advertência para o intérprete é de não proceder exclusivamente de um ponto de vista formal e de mera coincidência”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.99).

¹²² É o que se deflui da doutrina de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “A partilha feita por ascendente é ato unilateral, podendo ser feita por ato entre vivos ou ato *causa mortis*, a primeira por meio de escritura pública ou instrumento particular (art. 108), e a segunda por testamento (art. 1.014). (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.894).

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.710.

requisitos de forma e de fundo. Entre os adeptos dessa corrente estão Itabaiana de Oliveira¹²⁴, Carlos Maximiliano¹²⁵, Zeno Veloso¹²⁶, Sílvio de Salvo Venosa¹²⁷, entre outros¹²⁸. Enquanto doação, defende-se que a partilha em vida por ato entre vivos constituiria adiantamento de legítima, sujeito à colação por ocasião da abertura da sucessão, visando o acertamento das respectivas legítimas.¹²⁹

Não parecer ser esse, contudo, o entendimento da jurisprudência dos tribunais pátrios. O julgado paradigmático sobre o tema data de 1991, quando o Superior Tribunal de Justiça, analisando o Recurso Especial 7855 /RJ, decidiu pela desnecessidade da colação, estabelecendo a distinção entre doação e partilha em vida por ato entre vivos.¹³⁰ Já em 2005, a Ministra Nancy Andrighi foi relatora do Recurso Especial 730483/MG. O caso envolvia controvérsia em definir se os bens distribuídos pelo *de cuius* em vida aos seus descendentes foram objeto de doação ou de partilha em vida e, a seguir, decidir acerca da necessidade da colação dos referidos bens a inventário. A Corte exarou o entendimento de que a partilha em vida não se confunde com a doação, citando expressamente o REsp 7855/RJ, assentando que o cumprimento de formalidades adicionais, como a aceitação expressa de todos os herdeiros, não se

¹²⁴ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.3. p.899-900.

¹²⁵ Apesar de entender que a partilha efetuada em vida equivale a uma doação, o autor defende tratar-se de uma “doação tôda especial”, que “contém peculiaridades próprias”. Dentre essas peculiaridades, a de que os bens partilhados não estão à colação. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.340 e 345).

¹²⁶ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21. p.437.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.401.

¹²⁸ É o caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Para esses autores: “A partilha amigável por ato entre vivos, por seu turno, é autorizada pelo ordenamento jurídico através de ato praticado em vida pelo titular do patrimônio e de seus herdeiros, com natureza de verdadeira doação – não podendo, por conseguinte, privá-lo de renda suficiente para a sua subsistência (CC, art. 548)”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 2.ed. Salvador: Podivm, 2016. p.581).

¹²⁹ *Ibid.*, p.402.

¹³⁰ Inventário. Partilha em vida/doação. Pretensão de colação. Assentado tratar-se, no caso, de partilha em vida (partilhados todos os bens dos ascendentes, em um mesmo dia, no mesmo cartório e mesmo livro, com o expresse consentimento dos descendentes), não ofendeu os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1776, do Cod. Civil. Acordão que confirmou sentença indeferitória da pretensão de colação. Não se cuidando, portanto, de doação, não se tem como aplicar princípio que lhe é próprio. Inocorrentes ofensa à lei federal ou dissídio, a turma não conheceu do recurso especial. III - Recurso conhecido a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 6.528/RJ*. Relator: Min. Nilson Naves. Julgamento: 11/06/1991. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 12/08/1991, p.10553)

compatibiliza com o dever de colacionar. Considerou, então, que o caso não era de partilha em vida, mas de doação, justamente por não ter havido aceitação de todos os herdeiros.¹³¹

Mais recentemente, em 03/11/2015, foi julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial 1523552/PR. O caso surgiu a partir do ajuizamento de ação de inventário por um dos herdeiros que, sentindo-se lesado na divisão dos bens feito em vida por seus pais, buscava trazer-lhes à colação ao argumento de que foram doados aos seus irmãos em antecipação de legítima. O autor foi julgado carecedor do direito de ação, por ausência de interesse de agir, pelo juízo de primeiro grau, que entendeu pela inexistência de bens a partilhar. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a sentença, reputando inadequada a medida proposta pelo autor da ação, por ausência de bens a inventariar. Reafirmando a jurisprudência, o Tribunal Superior negou provimento ao recurso especial, afirmando que “os atos de liberalidade foram realizados abrangendo todo o patrimônio dos cedentes, com anuência dos herdeiros, o que configura partilha em vida dos bens [...]”¹³², de tal sorte que os recorrentes foram considerados “carecedores de interesse de agir para o processo de inventário, o qual, ante o ato constitutivo de partilha em vida e consequente dispensa de colação, não teria nenhuma utilidade [...]”¹³³. Restou consignada, entretanto, a possibilidade de discussão de eventual prejuízo à legítima do herdeiro necessário por via da ação anulatória apropriada, mas não por meio de ação de inventário, cuja condição é a existência de bens a partilhar.

De fato, além de não prejudicar a legítima, a partilha em vida por ato entre vivos depende da anuência de todos os herdeiros necessários.^{134,135} A intervenção dos herdeiros no

¹³¹ Recurso especial. Sucessões. Inventário. Partilha em vida. Negócio formal. Doação. Adiantamento de legítima. Dever de colação. Irrelevância da condição dos herdeiros. Dispensa. Expressa manifestação do doador.

- Todo ato de liberalidade, inclusive doação, feito a descendente e/ou herdeiro necessário nada mais é que adiantamento de legítima, impondo, portanto, o dever de trazer à colação, sendo irrelevante a condição dos demais herdeiros: se supervenientes ao ato de liberalidade, se irmãos germanos ou unilaterais. É necessária a expressa aceitação de todos os herdeiros e a consideração de quinhão de herdeira necessária, de modo que a inexistência da formalidade que o negócio jurídico exige não o caracteriza como partilha em vida.

- A dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio.

Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 730.483/MG*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 03/05/2005. Órgão Julgador. Publicação: DJ 20/06/2005, p.287).

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1523552/PR*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 03/11/2015. Órgão Julgador. Publicação: DJ 13/11/2015).

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1523552/PR*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 03/11/2015. Órgão Julgador. Publicação: DJ 13/11/2015).

¹³⁴ “A circunstância de todos os herdeiros terem manifestado sua concordância em cada um dos instrumentos é decisiva para a configuração do ato como partilha, pois, se se tratasse de simples doação, o consentimento

ato revela-se importante no sentido de demonstrar que todos estão consentes com a estimativa dada aos bens, para fins de apuração da porção legítima de cada herdeiro necessário. Dessa forma, uma eventual discussão acerca do desrespeito à legítima deverá partir da demonstração de algum vício de consentimento, tornando juridicamente viável a anulação do ato, conforme preconiza o art. 2.027 do Código Civil.¹³⁶

A razão disso é que a partilha em vida tem os mesmos efeitos da partilha judicial. Demonstrada que não se confunde com a doação, tem ela a função de, ainda durante a vida do autor da herança, desde logo transmitir a propriedade do acervo patrimonial do *de cuius*, como se a sucessão aberta estivesse. A diferença é que ela se realiza por ato *inter vivos* e requer a consensualidade entre os herdeiros, sendo, para todos os envolvidos, irrevogável.

Questão relevante diz respeito ao prazo decadencial para se pleitear a anulação da partilha em vida. O parágrafo único do art. 2.027 do Código Civil preceitua que em um ano extingue-se o direito de anular a partilha. O *caput*, em sua redação original, tinha a seguinte redação: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”. O Código de Processo Civil de 1973 também fixou o prazo de um ano para anulação da partilha amigável.¹³⁷

A Lei n.º 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) alterou a redação desse dispositivo, excluindo a expressão “uma vez feita e julgada” e mantendo todo o resto. Embora pelo texto anterior não houvesse empecilho para concluir que a anulação da partilha em vida deveria ser resolvida a partir de ação anulatória, com demonstração dos vícios e defeitos do negócio jurídico, poder-se-ia dizer que o exíguo prazo decadencial de um ano só se aplicaria às partilhas *post mortem*, considerando que o dispositivo fala em partilha “feita e julgada”. Em consequência, punha-se a questão se a anulação da partilha em vida deveria seguir a regra

dos herdeiros não beneficiados não teria nenhuma razão de ser, já que bastaria a aceitação isolada de cada um deles, enquanto na partilha em vida é necessária a aceitação expressa dos descendentes aquinhoados”. (WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. *Revista dos Tribunais*, v.76, n.622, p.12, ago. 1987.).

¹³⁵ Também: “É indispensável a aceitação expressa, por todos os beneficiários; pode, entretanto, não ser simultânea, achar-se consignada em documento posterior. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.342).

¹³⁶ Código Civil, art. 2.027. “A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”.

¹³⁷ CPC/1973, art. 1.029. “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção do incapaz. Parágrafo único. A ação para anular a partilha amigável prescreve em

geral do prazo decadencial para os vícios do negócio jurídico, prevista no art. 178 do Código Civil, que a estipula em 4 (quatro) anos, ou se deveria seguir o mesmo prazo fixado pela lei para a anulação da partilha “feita e julgada”, ou seja, a partilha judicial, de 1 (um) ano.

A bem da verdade, a alteração da redação do artigo em referência não foi inspirada pelo problema hermenêutico concernente ao prazo decadencial de anulação da partilha realizada em vida, mas sim para atender à nova realidade dos inventários e partilhas extrajudiciais, instituído pela Lei n.º 11.441/2007 e mantido pelo novo Código de Processo Civil, na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 610.¹³⁸ De fato, sendo requisito da partilha extrajudicial o consenso entre os herdeiros, surge a possibilidade de o ato ser eivado de defeitos do negócio jurídico que dão ensejo ao nascimento do direito potestativo de anulação pelo prejudicado.

Justamente por se tratar de direito potestativo, conferindo ao titular o poder de influir diretamente na órbita jurídica dos que se encontram em estado de sujeição, mediante manifestação de vontade pela via judicial apropriada, que a novel legislação processual praticamente repetiu a redação do diploma adjetivo revogado, mas substituindo a referência à prescrição por extinção do direito à anulação. Não dizia respeito, efetivamente, ao prazo prescricional, senão decadencial, por se tratar de uma potestade, cujo exercício implica na modificação de uma situação jurídica daquele que se encontra em estado de sujeição (direito à anulação).

A partilha em vida por ato entre vivos, como já assinalado, depende da aquiescência de todos os herdeiros necessários. Por essa razão, também se qualifica como partilha amigável, estando igualmente sujeita ao prazo decadencial de 1 (um) ano, previsto no art. 657 do Código de Processo Civil¹³⁹ e art. 2027, parágrafo único, do Código Civil. Se a função das regras legais é estabelecer o prazo para o exercício do direito potestativo de anulação das partilhas realizadas consensualmente, então é de se concluir pela aplicabilidade da norma à partilha em

um (1) ano, contado este prazo: I - no caso de coação, do dia em que ela cessou; II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade”.

¹³⁸ CPC/2015, art. 610. “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1.º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial”.

¹³⁹ CPC/2015, art. 657. “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4.º do art. 966. Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo: I - no caso de coação, do dia

vida por ato entre vivos. Já a partilha julgada por sentença é suscetível de rescisão, na forma da lei processual.¹⁴⁰

Como todo negócio jurídico, a partilha em vida pode ser declarada nula, se estiver eivada de alguns dos vícios previstos nos arts. 166 e 167 do Código Civil. Também será nula se não observar o requisito indispensável do ato, a saber, o respeito à legítima dos herdeiros necessários. Nesses termos, se algum herdeiro necessário for omitido ou se perder a qualidade de herdeiro, igualmente nula será a partilha em vida.

Em substancioso parecer já citado, Heloisa Helena Barboza analisa um interessante caso em que o *de cujus*, em vida, promoveu a partilha de todo o seu patrimônio exclusivamente entre seus herdeiros necessários. Posteriormente à efetivação da partilha por ato entre vivos, o cônjuge mulher promoveu o divórcio do casal, perdendo a qualidade de futura herdeira. A indagação acerca do caso era saber se é possível reformar a partilha, em virtude de a ex-esposa ter perdido a qualidade de herdeira necessária por força do divórcio. Concluiu-se que a partilha em vida por ato *inter vivos* não se confunde com a doação, não importando em adiantamento de legítima e dispensando a colação. Além disso, se o pressuposto da partilha em vida é a obediência a porção legítima dos herdeiros necessários, a alteração do número de herdeiros necessários, quer em razão do surgimento de herdeiro necessário, quer por força da perda da qualidade de herdeiro de algum dos que tenha participado, implicará na invalidade da partilha em vida¹⁴¹, “por atingir a sua condição de validade, qual seja, não haver prejuízo à legítima dos herdeiros necessários”.¹⁴²

Efetivada a partilha por ato entre vivos, a propriedade é transferida em definitivo para as pessoas agraciadas pelo ato. Ela se torna eficaz independentemente da morte¹⁴³ daquele de cuja sucessão se trata. Por ter função e qualificação jurídica de partilha, não há necessidade de

em que ela cessou; II - no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade”.

¹⁴⁰ CPC/2015, art. 658. “É rescindível a partilha julgada por sentença: I - nos casos mencionados no art. 657; II - se feita com preterição de formalidades legais; III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja”.

¹⁴¹ Nesse mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.341

¹⁴² BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.395.

realização de inventário relativamente aos bens que foram objeto do ato. Se a partilha englobou a totalidade dos bens do *de cuius*¹⁴⁴ e, por ocasião da morte, ele não deixou nenhum outro bem, não há falar em inventário, tampouco em nova partilha e, menos ainda, em colação.

Mas se a partilha atingir apenas parcialmente os bens do autor da herança, necessário será o inventário e partilha *post mortem*, apenas em relação aos bens que não foram transferidos por força da partilha em vida. O mesmo pensamento vale para os bens futuros do autor da herança, adquiridos após a realização da partilha em vida por ato entre vivos. Em suma, realizada a partilha em vida por ato *inter vivos*, a nova partilha estará condicionada à existência, ao tempo da abertura da sucessão, de patrimônio positivo do *de cuius*.

As consequências da eficácia imediata da partilha¹⁴⁵ em vida por ato entre vivos são importantíssimas. A aquisição imediata da propriedade dos bens e a dispensa de colação revelam tratar-se efetivamente de *sucessão ou partilha antecipada*.¹⁴⁶ Antecipa-se a partilha e seus consequentes efeitos para a vida, quando normalmente ela se opera *post mortem*. A sucessão não se opera por força da lei, como decorrência do princípio da *saisine*, mas pela vontade.

Outra característica marcante da partilha em vida por ato entre vivos é a sua irrevogabilidade.^{147,148} Ao revés das disposições de última vontade, como o testamento e os codicilos, a partilha feita por ato *inter vivos* não admite revogação, produzindo, como visto, desde logo seus efeitos.

¹⁴⁴ Saliente-se, aqui, a limitação quanto à necessidade de o autor da herança reservar bens suficientes para sua subsistência, aplicando-se por analogia o disposto no art. 549 do Código Civil, regra atinente às doações.

¹⁴⁵ Conforme preleção de Gustavo Tepedino, a partilha em vida “é eficaz em vida e não no momento da morte, inexistindo diferença ontológica entre a natureza jurídica dos respectivos atos de vontade”. (TEPEDINO, Gustavo. Regime de bens e tutela sucessória do cônjuge. In: *Soluções práticas de direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1. p.371).

¹⁴⁶ Segundo Arnoldo Wald, “Os bens partilhados em vida não estão sujeitos a inventários, pois a partilha em vida é *inventário antecipado*”. (WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. *Revista dos Tribunais*, v.76, n.622, p.14, ago. 1987). Na mesma linha: BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016. Caio Mário afirma, inclusive: “A sua natureza jurídica define-se como uma sucessão antecipada” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.396).

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.397.

¹⁴⁸ A irrevogabilidade também é a opinião de Octavio Mendes, em 1917, contemporânea à entrada em vigor do Código Civil de 1916. (MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida?. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. *Doutrinas essenciais*: família e sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.1058).

É nesse ponto que a partilha por ato entre vivos se aproxima do pacto sucessório. Estes, por ter caráter contratual, não admitem revogação, sendo essa a principal diferença em relação aos testamentos. O pacto sobre sucessão futura regula a sucessão do autor da herança tendo por característica marcante a sua irrevogabilidade. Muitos afirmam que a partilha entre vivos por negócio *inter vivos*, no direito brasileiro, constitui uma exceção à proibição dos pactos sucessórios. Outros, por seu turno, desqualificam o ato, julgando-o ter natureza jurídica diversa.

Como já antecipado, Clóvis Beviláqua reconheceu que o direito pátrio proíbe expressamente o contrato a respeito de herança de pessoa viva. Mas apontou duas exceções do Código Civil de 1916: aquela firmada nos contratos antenupciais, regra que não foi repetida no Código Civil de 2002 e a partilha em vida.¹⁴⁹ Já Washington de Barros Monteiro entendeu que somente seria a partilha por ato entre vivos.¹⁵⁰ O mesmo autor defende a existência, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, de uma terceira exceção, prevista no art. 314 do Código, segundo o qual “as doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele”, entendendo tratar-se efetivamente de instituição contratual de herdeiro, em favor do casamento.¹⁵¹ O entendimento encampado por Carlos Maximiliano também coloca a partilha em vida entre a exceção legal aos pactos sucessórios.¹⁵²

Já Heloisa Helena Barboza afirma que “dúvidas não pairam na doutrina brasileira, clássica e contemporânea, quanto a se tratar de negócio jurídico entre vivos, que não tem natureza de pacto sucessório”.¹⁵³

¹⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.276.

¹⁵⁰ Nas palavras do autor: “Só mesmo a partilha por ato *inter vivos* constitui verdadeiramente exceção à norma proibitiva do art. 1.089, porque corresponde, de fato, a uma sucessão antecipada. Não obstante, revelam-se restritos os seus inconvenientes, porquanto, a exemplo do que acontece com as doações, ela só pode abranger bens presentes”. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p.15).

¹⁵¹ MONTEIRO, loc. cit.

¹⁵² Afirma o renomado autor: “A disposição que permite convencionar em vida a maneira de distribuir a própria fortuna, constitui exceção à regra proibitiva dos pactos sobre sucessão futura; só abrange, portanto, os casos expressos; interpreta-se *estritamente*”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.341, grifos do autor).

¹⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

Embora tanto a partilha em vida quanto o pacto sucessório apresentem semelhanças em sua estrutura, notadamente o aspecto da irrevogabilidade, vê-se que os efeitos de cada ato são projetados para momentos distintos. Enquanto o pacto sucessório só produzirá efeitos, via de regra, por ocasião da abertura da sucessão, a partilha por ato entre vivos, como já afirmado, apresenta efeitos imediatos.

2 ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS. LIMITES E POSSIBILIDADES DA AUTONOMIA PRIVADA NO FENÔMENO MORTE

O exame dos pactos sucessórios remete a um critério classificatório¹⁵⁴ estrutural concebido, inicialmente, pelos romanistas e atualmente adotado em todos os países onde essa figura é estudada. Embora o caráter estrutural de uma taxonomia jurídica tenha finalidade didática, em se tratando de pactos sobre sucessão futura, para os fins deste trabalho, a classificação em pactos institutivos, renunciativos e dispositivos terá um importante papel, porque estrema, de uma maneira global, as espécies desse negócio jurídico de acordo com os seus *efeitos*. Em consequência, permitirá uma análise crítica dos fundamentos da regra proibitiva, a partir da análise de cada modalidade de pacto sucessório.

Na mesma linha, os temas abordados no capítulo anterior serão importantes para avaliar criticamente os argumentos favoráveis e contrários à admissibilidade dos pactos sucessórios sob uma perspectiva eminentemente funcional e atomística, após uma incursão nos interesses mercedores de tutela protegidos ou descobertos a partir de uma regra proibitiva em cada espécie do pacto sucessório, ressaltando, ainda, o confronto dos fundamentos da proibição

¹⁵⁴ A principal classificação dos pactos sucessórios formulada pelos romanistas tem como referência os efeitos, conforme desenvolvido no presente capítulo. 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. Como beneficiários podem ser tanto uma das partes contratuais quanto um terceiro: Diz-se, portanto, que: “*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. *Testament, Erbvertrag und Erbfall*. Wi: Norderstedt, 2004. p.178). Nos pactos bilaterais duas pessoas estipulam disposições consensuais de tal modo que uma das prestações, necessariamente de cunho sucessório (instituição de herdeiro ou legado), vincula-se à correspectiva prestação da outra parte, ou seja, “*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*”. (HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie. *Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers*. Zürich: Dike Verlag, 2008. p.43). As disposições podem beneficiar reciprocamente as partes contratantes (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 (IVENS, op. cit., p.178), razão pela qual atrai a aplicação das regras de disposição de última vontade (*Verfügungen von Todes wegen*). Segundo a doutrina, “*zu vermerken ist, daß die Vorschriften über gegenseitige Schuldverträge (§ 320 ff. BGB) auf den gegenseitigen Erbvertrag nicht anwendbar sind, da der Erbvertrag keine schuldrechtlichen Verpflichtungen begründet, sondern sich auf Verfügung von Todes wegen beschränkt*” (Ibid., p.179). 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 que as demais

com a permissibilidade legal de situações jurídicas consideradas limítrofes envolvendo o fato jurídico morte.

2.1 Crítica à perspectiva unitária dos pactos sucessórios no código vigente: a nulidade como regime comum

Já foi dito que coube aos romanistas categorizar sob a rubrica de *pactos sucessórios* as diversas experiências do direito romano acerca de negócios jurídicos bilaterais sobre bens de herança futura, difundindo-se três espécies: institutivos, renunciativos e dispositivos.

A opinião dominante dos caracteres que emprestam ao pacto a qualidade de sucessórios são, basicamente, as seguintes: o objeto do 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.¹⁵⁵

Embora reunidos em um mesmo contexto taxonômico, as diferentes perspectivas do pacto sucessório, quando analisadas com profundidade, revelam que os interesses envolvidos nem sempre justificam a *ratio* da proscrição, gerando uma crise de legitimidade da regra proibitiva e limitadora da autonomia privada que, mesmo envolvendo interesses patrimoniais, pode constituir instrumento de realização de valores positivos no fenômeno sucessório.

A opção do legislador de 1916 de proibir os pactos sucessórios, como visto, foi resultado de uma influência do direito francês. De maneira acrítica, a regra foi reproduzida no Código Civil de 2002, confirmando o anúncio de Gustavo Tepedino, quando aduz que a condição demagógica da legislação, qualificando o codificador como um “engenheiro de obras feitas”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.197; SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.2, n.9, p.10221, 2013.

¹⁵⁶ A referência é feita pelo autor ao criticar o Código Civil de 2002, reputando demagógico, já que pretendeu consagrar direitos que, na verdade, já eram tutelados pela cultura jurídica nacional desde a Constituição de 1988. (TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.358. Valendo-se da mesma expressão, incluímos na crítica a técnica de reprodução de regras do Código de 1916, sem o necessário e profundo debate, em homenagem a uma questionável tradição.

A regra da proibição do negócio jurídico cujo objeto seja herança de pessoa viva foi absorvida pela comunidade jurídica com caráter absoluto, sendo alvo de pouquíssimos estudos e pesquisas. São poucas as fontes bibliográficas nacionais que se debruçam sobre o tema, a maioria datada do fim do século XIX e início do século XX, embora o mesmo não tenha acontecido nos países europeus onde tradicionalmente se reservou a proscrição desses pactos. Na Europa, talvez a proximidade com países germânicos onde o fenômeno é aceito justifique comportamento diverso, seja pela finalidade meramente acadêmica, como também pela recorrente necessidade da aplicação das regras de direito internacional privado, a demandar o estudo da validade e efeitos, sob a perspectiva do país de origem, quando admitida em território nacional a produção de efeitos de tais pactos celebrados no estrangeiro e em conformidade com a lei alienígena.

Fato é que, no direito brasileiro, além da raridade do estudo do tema, a regra constante do art. 426 do Código Civil tem, sob a mesma redação, quase um século de vigência, repetindo o art. 1.089 do Código Civil de 1916. O preceito peremptório da lei determinou, em grande parte, o entendimento da doutrina de que não são admitidas quaisquer espécies de pactos sucessórios, sejam eles institutivos, renunciativos ou dispositivos. Como já afirmou Orlando Gomes em forte tom:

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.¹⁵⁷

A abordagem unitária da regra proibitiva, o seu caráter genérico, a aceitação acrítica pela comunidade jurídica, a repetição das fórmulas e lições da manualística, a raridade de profundos estudos do tema e, por fim, o exacerbado apego moral de um de seus fundamentos, o *votum capitandae mortis*, talvez sejam esses alguns dos motivos pelos quais a disposição legal se mantenha aparentemente intacta durante praticamente um século, representando um verdadeiro fóssil em nosso sistema. Não que a norma não tenha sua razão de ser, mas as grandes transformações sociais, que implicaram na adequação das normas civis em vários seguimentos do direito civil, tudo isso não foi capaz de suscitar o debate sobre o atual art. 426 do Código Civil.

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.8.

Diante de tantas mudanças que a sociedade vivenciou no século XIX, mister o questionamento acerca da efetiva manutenção das razões e fundamentos da proscricção, sobretudo diante da necessidade de releitura dos institutos de direito civil à luz da Constituição da República. Indagações como: subsiste a necessidade de proibição dos pactos sucessórios? Quais os interesses protegidos pela regra proibitiva? Em que medida esses interesses podem ser confrontados por outros de superior hierarquia axiológica? Haveria utilidade social na permissão, ainda que setORIZADA, dos pactos sucessórios? Todas essas perguntas se mostram óbvias quando se leva em consideração outros ramos do direito que foram alvo de grande intervenção da Carta Magna de 1988, e até mesmo dentro do próprio Direito Civil, principalmente em relação aos direitos de cunho existencial. Afinal

o princípio cardeal do ordenamento jurídico é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.¹⁵⁸

Causa mais espécie o seguinte paradoxo. Ao menos do ponto de vista topográfico, o art. 426 do Código Civil está situado no capítulo referente às disposições gerais dos contratos, sendo estudado concomitantemente com os princípios contratuais, que são grandes exemplos das novas diretrizes de um direito civil funcionalizado à promoção dos valores perseguidos pelo ordenamento jurídico, tendo como eixo central a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma como o direito das sucessões¹⁵⁹, os pactos sucessórios não sofreram uma revisitação no percurso de reavaliação do Direito Civil-Constitucional, ainda que as conclusões fossem no sentido de manutenção da legitimidade constitucional da proscricção.

Alheio a tudo isso, a proibição aparentemente absoluta dos *pacta corvina* remanesce, posto fossilizada, com eficácia tão vívida quanto incapaz de ser questionada a sua legitimidade à luz da legalidade constitucional.

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.190.

¹⁵⁹ Ana Luiza Maia Nevares analisa criticamente que “muitos estudos à luz do Direito Civil-constitucional têm sido elaborados. Apesar desta constatação, o Direito Sucessório parece esquecido neste percurso de reavaliação do Direito Civil”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.32).

2.2 A morte como elemento do negócio jurídico. Situações limítrofes no direito brasileiro

A fim de apreender adequadamente os interesses envolvidos nos negócios jurídicos sobre herança de pessoa viva e, também, visando lançar um olhar crítico sobre o fundamento do *votum mortis* da regra proibitiva, útil a apresentação de um panorama sobre alguns dos diferentes regulamentos do fato jurídico morte na codificação privada.

2.2.1 A morte do sócio

Tanto o Código Civil vigente quanto o revogado¹⁶⁰ regulam a situação da morte do sócio falecido de sociedade contratuais. Fala-se especificamente da sociedade de pessoas porque, no que tange ao exercício coletivo da empresa¹⁶¹, prepondera as qualidades pessoais de cada sócio na manutenção do vínculo societário. Quando, por outro lado, a sociedade é constituída tendo em atenção preponderantemente o capital social, diz-se que ela é uma sociedade de capital.¹⁶²

¹⁶⁰ 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”.

¹⁶¹ O moderno conceito de empresa decorre da aproximação do direito brasileiro, no que tange à disciplina privada da atividade econômica, ao sistema italiano da teoria da empresa, que se concluiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, diversamente do Código Comercial de 1850, que se filiava à teoria dos atos de comércio proveniente direito francês. Sobre o tema, expõe Fábio Ulhoa Coelho: “O direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa. Nos anos 1970, a doutrina comercialista estudava com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela teoria da empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesses entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio. O Código Civil de 2002 conclui a transição, ao disciplinar, no Livro II da Parte Especial, o direito de empresa”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.26).

¹⁶² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1. p.444.

A diferença entre ambas é, pois, o papel desempenhado pela pessoa do sócio, pela relevância de suas características, na constituição e no funcionamento da sociedade.¹⁶³

Sendo a sociedade de capital, as ações, a princípio, são transmitidas aos herdeiros, que passarão a deter a qualidade de acionistas da companhia. É que nessas sociedades as qualidades pessoais do sócio não são relevantes¹⁶⁴, mas sim a sua contribuição pecuniária na persecução do objeto social, tanto que, em se tratando de anônima aberta, as ações são livremente negociáveis na bolsa de valores ou no mercado de balcão.

Em relação às sociedades contratuais, intimamente relacionadas às sociedades de pessoas, o Código Civil, ao tratar da morte do sócio, permite que a regra de intervenção do ingresso do herdeiro no quadro social seja excepcionada, “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 em se tratando de sociedade de pessoas, 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

¹⁶³ Pondera Marlon Tomazzete: “Se a figura, a influência, a responsabilidade e a atuação dos sócios constitui fator preponderante na vida empresarial da sociedade, estamos diante de uma sociedade de pessoas. Se as qualidades morais, técnicas ou intelectuais do sócio, seu caráter, na formação, sua sorte e mesmo sua reputação são determinantes na formação da sociedade, estaremos diante de uma sociedade de pessoas. Do mesmo modo, se essas qualidades são igualmente decisivas nas relações com terceiros, estaremos diante de uma sociedade de pessoas. Todavia, se o que possui papel preponderante é tão somente a contribuição dos sócios, trata-se de uma sociedade de capitais. A responsabilidade é apenas um dos fatores a serem aferidos para verificar o personalismo ou o capitalismo da sociedade”. (TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1. p.287).

¹⁶⁴ Em Roma, a *societas* detinha o caráter *intuitu personae*, aproximando-se do modelo atual das sociedades de pessoas, com forte ligação íntima entre os sócios. No entanto, o direito romano previa que a morte era causa de dissolução da sociedade, em razão da escolha pessoal dos sócios, não se admitindo a continuação nem em relação aos herdeiros, tampouco entre os sócios remanescentes, que deveriam constituir nova sociedade. Somente mais tarde é que se passou a admitir tão somente a continuidade da sociedade com os sócios sobreviventes, em caso de falecimento de um deles. Nesse sentido: RIBEIRO, Renato Ventura. Aspectos da Societas Romana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.101, p.627-649, jan./dez. 2006.

fracasso do empreendimento. É por essa razão que desde a legislação revogada 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.¹⁶⁵

Cumprido acrescentar que isso não se passa somente nas sociedades contratuais. Há sociedades de capital, de que são exemplos determinadas sociedades anônimas fechadas, cujas disposições do contrato social guardam alta carga de personalismo¹⁶⁶, a ponto de se aproximarem das sociedades de pessoas, justificando, assim, a previsão de cláusula de recesso aos herdeiros ou cônjuge em caso de morte do acionista.¹⁶⁷

Pelo regime atual (Código Civil, art. 1.028), a morte do sócio em sociedade de pessoas 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 do companheiro. Se a sociedade se recusar, injustamente, ao pagamento dos haveres ao cônjuge, companheiro

¹⁶⁵ Trata-se do art. 335 do revogado Código Comercial, segundo o qual “as sociedades reputam-se dissolvidas: [...] pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem”.

¹⁶⁶ Fábio Konder Comparato chega a essa mesma conclusão, refutando a tese de que a *affectio societatis* é elemento exclusivo da sociedade de pessoas. São as palavras do comercialista: “Em toda sociedade, estabelece-se um quadro geral de relações entre os sócios, fundadas na fidelidade e na confiança recíprocas. É a *affectio* ou *bona fides societatis*. Esse relacionamento de especial boa fé e de verdadeiro *intuitus personae* pode existir na sociedade anônima fechada, notadamente a que conta, complementarmente ao estatuto, com acordo particular entre todos os sócios regulando o exercício do voto em assembleias gerais, o poder de fiscalização da minoria, a obrigação de prestações acessórias e o direito de preferência recíproco à aquisição de ações”. (COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”. *Revista de Direito Mercantil*, v.36, p.76, 1979).

¹⁶⁷ 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 Superior Tribunal de Justiça: “[...] 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 n.º 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 [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 111.294/PR*. Relator: Min. Castro Filho. Julgamento: 28/06/2006. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJ 10/09/2007, p.183).

e/ou herdeiros do sócio falecido, poder-se-á deflagrar a instância judicial, a fim de resolver o conflito de interesses.¹⁶⁸

O Código de Processo Civil de 2015 inovou com a previsão de um procedimento especial, até então inexistente, para liquidação parcial de sociedade, previsto nos arts. 599 a 609. A ação de dissolução parcial de sociedade é cabível toda vez que houver a resolução da sociedade em relação a um sócio, notadamente no caso de morte de sócio em sociedade contratual, recesso, exclusão ou exercício de direito de retirada. A lei faz alusão especificamente à “sociedade empresária contratual” ou simples, demonstrando que a sua aplicabilidade fica restrita às sociedades reguladas pelo Código Civil, cujo ato constitutivo é o contrato social, não se estendendo às sociedades institucionais, regidas pela Lei n.º 6.404/76 (Lei das S/A). Mas o § 2.º do art. 599 do Código de Processo Civil faz a ressalva para admitir a dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionistas que representem pelo menos cinco por cento do capital social, que a sociedade não pode preencher o seu fim.

Ainda no rito da ação de dissolução parcial de sociedade, a liquidação da sentença seguir-se-á a apuração dos haveres que, em caso de omissão do contrato social, seguirá o critério do valor patrimonial das quotas sociais em balanço específico. A seguir, proceder-se ao pagamento conforme disciplinar o contrato social ou, na falta de estipulação convencional, no prazo de noventa dias (CC, art. 1.031, § 2.º).

Temos, então, o seguinte quadro. Se o contrato social nada prever acerca da morte do sócio, deve-se proceder à liquidação da sua quota. Naturalmente, o mesmo procedimento deve ser seguido se o contrato social expressamente determinar a liquidação. Havendo recusa injustificada e instaurado o conflito de interesses, cabível o ajuizamento da ação de dissolução parcial de sociedade, na forma do art. 599 e seguintes do Código de Processo Civil.

Já em relação à eventual disposição do contrato social que interdite aos herdeiros a entrada na sociedade e, ao mesmo tempo, o recebimento dos haveres relativamente às quotas

¹⁶⁸ Nas palavras de Carvalho de Mendonça: “As sociedades comerciais, de que nos ocupamos, são constituídas tendo-se em vista as pessoas dos sócios. Morrendo uma destas, a sociedade, *quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligi* (Inst., § 5.º, *de societate*). Não se dissolverá, porém, a sociedade em cujo contrato fôr estipulada a sua continuação com os sócios sobreviventes. [...] Nesse caso, verifica-se e apura-se a parte que cabe ao sócio falecido para ser entregue aos seus herdeiros”. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v.3. p.209-210).

do sócio falecido, conclui-se, a princípio, pela sua inviabilidade.¹⁶⁹ A justificativa é o fato de que a previsão genérica do artigo 1.028, inciso I, do Código Civil deve se adequar às normas gerais dos contratos, entre as quais a figura da 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 artigo 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.

A hermenêutica dominante 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.

Essa situação da morte de sócio será retomada por ocasião do estudo dos interesses envolvidos, no Capítulo 3.

2.2.2 Substituições

No âmbito das disposições de última vontade, prevê a legislação a possibilidade de criação de situações jurídicas cujos efeitos, em favor do beneficiário, dependam da morte de uma terceira pessoa, diferente do instituidor, como no caso das substituições vulgar, recíproca e fideicomissária. As substituições remontam ao direito romano¹⁷⁰, ocorrendo quando dois ou mais indivíduos são, em caráter sucessivo, instituídos herdeiros ou legatários. Como já afirmado, as substituições não foram repetidas em muitas legislações ocidentais. Foram combatidas no

¹⁶⁹ “Em resumo, os contratos sociais celebrados sob a égide do novo Código Civil podem 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, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência do pacto sucessório. *Revista Ims*, v.5, n.10, p.47, jan./jun.2005).

¹⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.732.

período da Revolução Francesa por representarem privilégios do *ancien régime*, representativos de uma sociedade desigual e hierarquizada¹⁷¹, embora seu campo tenha sido notavelmente alargado com a reforma do Código Civil francês operada em 2006, através dos institutos da *liberalité graduelle* e da *liberalité résiduelle*, estudados no capítulo precedente.

A substituição vulgar é uma disposição testamentária que consiste na designação de uma pessoa, denominada substituto, para assumir a posição do herdeiro ou legatário que não queira ou não possa suceder.¹⁷² Assim, franqueia a lei ao testador a possibilidade de instituir, via testamento, um herdeiro ou um legatário em primeiro grau, ficando acertado, ainda, que em caso de não aceitação, renúncia ou impossibilidade de recebimento da herança ou do legado, seja agraciada uma terceira pessoa, em segundo grau. Em outras palavras, institui-se sucessivamente herdeiros ou legatários, de modo que o seguinte (*heres substitutus*) substitui o anterior, se este não quiser ou não puder aceitar a herança ou o legado. À perspectiva do segundo beneficiário, trata-se de uma instituição de herdeiro ou legatário sob condição suspensiva.¹⁷³

Na previsão da substituição vulgar, a lei alude expressamente ao caso de o herdeiro ou o legatário “não querer” ou “não poder” aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.¹⁷⁴ A falta de aceitação ou a renúncia referem-se ao *não querer*, ao passo que “o *não poder* abrange diversas situações, como a pré-morte, a declaração de indignidade, a ausência declarada judicialmente e o não implemento de condição suspensiva”.¹⁷⁵ Por óbvio, não pode a substituição recair em herdeiro necessário, a não ser que se trate de algum quinhão ou bem específico

¹⁷¹ FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.30.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.790.

¹⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.733.

¹⁷⁴ A referida presunção decorre de aplicação direta da parte final do art. 1.947 do Código Civil: “O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira”.

¹⁷⁵ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p.791.

proveniente da quota disponível¹⁷⁶, pois a lei não faculta ao testador a disposição sobre sua legítima (princípio da intangibilidade da legítima), de sorte que se o herdeiro necessário não quiser ou puder aceitar a herança (legítima), haverá forçosamente a transferência da respectiva quota para as pessoas indicadas na lei.¹⁷⁷

Pode acontecer de uma substituição vulgar ser prevista pelo testador para ter efeito em favor de uma pessoa se ela viva estiver ao tempo da abertura da sucessão, caso contrário o patrimônio ou o bem será deferido em favor de outra pessoa, em substituição à primeira. Nessa hipótese, a substituição vulgar pode suscitar os mesmos desejos odiosos de esperança de morte do terceiro em relação ao substituído, na medida em que o benefício patrimonial de uma pessoa está condicionado, no exemplo, à morte de outra.

Saliente-se que, na hipótese retratada, a revogabilidade das disposições testamentárias não anula, por si só, o *votum mortis*, até porque a existência de testamento implica necessariamente no processamento do inventário judicial, havendo razoável lapso temporal entre a data da morte do testador e a aceitação, pelo instituído, da herança ou do legado.

No caso, decide a lei privilegiar a autonomia privada do testador e, nessa fórmula de sopesamento dos interesses envolvidos, em tese, realizada pelo legislador infraconstitucional, entende pelo afastamento dos argumentos contrários à substituição vulgar por morte, entre os quais o *votum mortis*.

A substituição recíproca tem lugar quando o testador indica uma pluralidade de herdeiros ou legatários, que devam mutuamente se substituir, em caso de não ser a um deles entregue a herança ou o legado, por não aceitação, renúncia ou impossibilidade.¹⁷⁸ A regra legal dispõe que a desigualdade na designação das quotas de cada herdeiro ou legatário implica, em consequência, na observância dessa mesma proporção no acréscimo decorrente da efetivação da substituição. Assim, da substituição recíproca não decorre necessariamente a igualdade nas quotas a serem

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.276-277.

¹⁷⁷ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21. p.294.

¹⁷⁸ De acordo com a definição de Hélio Borgui, a substituição recíproca “consiste no estabelecimento pelo testador, na cláusula que determina a nomeação de vários herdeiros ou legatários, que um ou mais deles arrecadará a parte da herança ou do legado deixado, que caberia a um ou mais herdeiro(s) ou legatário(s) que vier(em) a falecer(em) antes da abertura da sucessão do testador, for(em) afastado(s) por indignidade ou renunciar(em) à deixa testamentária, por exemplo”. (BORGUI, Hélio. O novo Código Civil e as inovações no direito das sucessões: a nova forma de substituição fideicomissária. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.355).

recebidas pelos substitutos, mas proporcionalmente ao quinhão de cada um. Exceções a isso são a disposição diversa do testador e a previsão de inclusão de mais alguma pessoa, caso em que o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos.¹⁷⁹ Zeno Veloso nos fornece o seguinte exemplo:

Na segunda parte deste artigo prevê-se a introdução de mais uma pessoa como substituto, ou seja, além dos que já tinham sido primitivamente instituídos, aparece um estranho, que concorrerá com eles, no caso de substituição. Como o estranho não tem quota, que possa servir de base, a solução é dividir o quinhão vago em partes iguais (por exemplo: o testador nomeia seus herdeiros, Ruy, Clóvis e Heliana, determinando que a herança caberá a eles em quotas desiguais: 40%, 35% e 25%, respectivamente e, prevendo que, na falta de algum dos nomeados, o seu quinhão caberá aos outros co-herdeiros nomeados e a Francisco). Na hipótese de Ruy premorrer ao testador, a quota que ficou livre – 40% da herança –, pertencerá, em partes iguais, a Clóvis, Heliana e Francisco.¹⁸⁰

Da mesma forma que na substituição vulgar, a subordinação dos efeitos do negócio em favor outras pessoas a partir da morte da primeira é mais uma previsão do Código Civil que pode suscitar, ante o benefício patrimonial daí decorrente, a esperança na morte alheia.

Sobre o fideicomisso, Silvio de Salvo Venosa afirma que a origem do instituto remonta à Roma, pois como “muitas pessoas estavam impedidas de concorrer às heranças, o testador burlava eventuais proibições pedindo a um herdeiro que se encarregasse de entregar seus bens ao terceiro que o testador queria verdadeiramente beneficiar”.¹⁸¹ Zeno Veloso também indica o direito romano como a fonte da substituição fideicomissária e acrescenta que ela foi usado largamente e com abuso no período da Idade Média, “eternizando vínculos, mantendo, por sucessivas gerações, os privilégios aristocráticos, o que rendeu profunda antipatia, sendo considerado uma figura antidemocrática”.¹⁸²

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.279.

¹⁸⁰ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21. p.297-298.

¹⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.305.

¹⁸² VELOSO, op. cit., p.298.

Na precisa definição de Itabaiana de Oliveira,

A substituição fideicomissária é a instituição de herdeiros ou legatários, feita pelo testador, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado.¹⁸³

Sempre instituído por testamento, a herança ou o legado é transmitido a uma pessoa, denominada fiduciário, que lhe detém a propriedade até a morte, o advento do termo ou o implemento de determinada condição¹⁸⁴, ocasião em que haverá a transmissão *ipso juri* a uma terceira pessoa, o fideicomissário. Em nenhuma hipótese são admitidos os fideicomissos além do segundo grau.¹⁸⁵

Também não pode haver instituição de fideicomisso sobre a cota indisponível dos herdeiros necessários¹⁸⁶, pelas mesmas razões que impossibilitam as substituições vulgar e recíproca. É uma sucessão operada de forma sucessiva, de modo que o fiduciário terá a propriedade resolúvel da universalidade ou do bem singular recebido, que será transmitido ao fideicomissário diante do implemento de determinada condição, advento do termo ou da morte do fiduciário, a depender da causa estipulada na respectiva disposição testamentária. A situação mais comum é condicioná-lo ao evento morte.

Embora em doutrina já se tenha reconhecido a frequência do fideicomisso nas sucessões testamentárias¹⁸⁷, o Código Civil reduziu drasticamente seu campo de aplicação ao estabelecer que “a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo

¹⁸³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Curso de direito das sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Andes, 1954. p.191-192.

¹⁸⁴ “Pode, portanto, haver fideicomisso: a) vitalício, quando a substituição se der por morte do fiduciário; b) sob condição, se for este imposta como fator determinante da resolução do direito do fiduciário; c) a tempo certo, quando o fiduciário deva cumprir o encargo de transmitir no momento prefixado pelo disponente”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.278-279).

¹⁸⁵ Código Civil, art. 1.959. “São nulos os fideicomissos além do segundo grau”.

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.795.

¹⁸⁷ PEREIRA, op. cit., p.278.

da morte do testador”.¹⁸⁸ Dessa forma, fica impedida a substituição fideicomissária se, ao tempo da lavratura do testamento, já era nascido ou concebido o fideicomissário. Se já nascido ao tempo do testamento nulo será o negócio, por se tratar de figura proibida por lei, embora não se preveja sanção, ensejando a *nulidade virtual*, prevista no art. 166, VII, do Código Civil.

Válido é o fideicomisso, no entanto, se o fideicomissário, embora não concebido ao tempo da feitura do testamento, já tenha nascido por ocasião da morte do testador. Haverá, nesse caso, conversão do fideicomisso em usufruto¹⁸⁹, cabendo a nua-propriedade ao fideicomissário e o usufruto em favor do fiduciário.

Interessante o objetivo do legislador ao restringir a aplicação do fideicomisso apenas à prole eventual. De um lado, o instituto foi bastante criticado durante o trâmite do então Projeto do Código Civil por remeter a uma sociedade arcaica e aristocrática.¹⁹⁰ De outro, reconheceu-se que o usufruto cumpre, com propriedade, a função do fideicomisso nesses casos. Permite-se ao nu-proprietário maiores poderes no sentido de garantir a preservação do bem até a morte, advento do termo ou implemento da condição, momento em que adquirirá a propriedade plena. De funcionamento semelhante à propriedade resolúvel decorrente da substituição fideicomissária, o usufruto cumpre adequadamente à vontade do testador, com maior operabilidade e segurança.

Orlando Gomes, acerca do Projeto de 1965, fez a seguinte observação:

Se não fosse a necessidade de conservá-lo para permitir a herança de prole eventual, a melhor solução seria proibir a substituição fideicomissária, pura e simplesmente. Trata-se de instituto que recende ao passado e se esvaziou em face dos princípios a que hoje se subordina o Direito das Sucessões. Assim como se aboliram as substituições perpétuas, os morgados e capelas, também devem ser eliminadas as substituições hoje limitadas ao segundo grau. Ademais, o fideicomisso tem sido, entre nós, fonte abundante de questões pela semelhança que apresenta com o usufruto.¹⁹¹

¹⁸⁸ Código Civil, art. 1.952.

¹⁸⁹ Código Civil, art. 1.952. “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.
Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

¹⁹⁰ “Com a restrição assinalada, o instituto perde o seu caráter aristocrático e se circunscreve ao círculo familiar, que merece, em verdade, proteção, dentro da concepção moderna de família. [...] A evolução do direito sucessório, porém, tende a restringi-lo, e foi o que fez o Projeto de 1965, mais atento à realidade social de nossos dias, com a qual são incompatíveis normas que refletem o espírito e a tendência de formas de organização social já ultrapassadas”. (MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. p.1664).

¹⁹¹ GOMES, Orlando. *A reforma do Código Civil*. Salvador: Universidade da Bahia, 1965. p.231.

Defendemos, então e além, que fideicomisso previsto em favor de pessoas já concebidas, tal qual a hipótese de nascimento posterior do fideicomissário, sofre a conversão em usufruto, por força do art. 170 do Código Civil, já que a disposição contempla os requisitos do negócio convertido, podendo-se supor que assim seria a vontade do testador, se houvesse previsto a nulidade.

Apesar de se reconhecer que o fideicomisso pode alcançar o mesmo fim que o usufruto em relação à prole existente, é importante destacar que se tratam de situações jurídicas diversas. Enquanto no fideicomisso avulta a situação jurídica proprietária, embora resolúvel, no usufruto se está diante de um direito real limitado, convergindo ao usufrutuário apenas o uso e fruição.¹⁹² O mesmo não se pode dizer para a prole eventual, a quem o fideicomisso serve a objetivos inatingíveis pelo usufruto.¹⁹³ Dessa forma, através do fideicomisso é possível destinar bens a pessoas incertas ou ainda não existentes, de modo que “nem com o usufruto, nem com a imposição de cláusula de inalienabilidade, ele [o testador] alcançaria, de modo incontrastável, semelhante objetivo”.^{194,195,196}

Embora as semelhanças os aproximem, somente o fideicomisso possibilita a proteção de pessoas de existência futura, incerta. Além disso, o usufrutuário não pode alterar a substância da coisa nem alienar o seu direito real, senão apenas ceder-lhe o exercício; e o nu-proprietário pode alienar seu direito, não encontrando paralelo ao fideicomissário, enquanto

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.1952.

¹⁹³ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, loc. cit.

¹⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p.229.

¹⁹⁵ Sobre o fideicomisso, Sílvio de Salvo Venosa pontua o seguinte: “[...] Realmente, o usufruto, na grande maioria das vezes, substitui com vantagem o que foi almejado pelo testador. Inafastável, porém, sua utilidade, para permitir ao testador projetar seu patrimônio a pessoas ainda não concebidas, quando de seu falecimento. A essa premissa se conteve o mais recente Código, atento à finalidade efetiva e útil do instituto na atualidade, ficando preservada, dessa forma, toda a grandeza e engenhosidade jurídica criada pelo Direito Romano”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.315).

¹⁹⁶ “Para alcançar efeitos protetivos semelhantes, se não idênticos ao do fideicomisso, encontra-se na lei o usufruto, pois, talvez, a única vantagem que o fideicomisso apresenta, que o usufruto não pode oferecer, é a possibilidade de se indicar como fiduciária a prole eventual de alguém”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p.229).

não resolvida a propriedade em seu favor. Com efeito, no fideicomisso o fiduciário é titular da situação subjetiva proprietária, embora restrita e resolúvel. A morte, então, abre consequências diversas: no caso do usufruto, a morte do nu-proprietário antes do usufrutuário apenas transfere a propriedade a seus herdeiros, e a propriedade a estes será plena com a morte do usufrutuário. Por outro lado, se o fideicomissário premorrer ao fiduciário, o fideicomisso se extingue.

Fica bem claro que no fideicomisso vitalício haverá o suposto estímulo à esperança de morte do fiduciário pelo fideicomissário, e deste em relação àquele, pois é justamente ela, a morte, o fato propulsor da aquisição do direito por um ou por outro. A morte do fiduciário resolverá a propriedade em favor do fideicomissário. Aproveita a este e indiretamente a seus herdeiros. De outro lado, a morte do fideicomissário gera a caducidade (ineficácia) do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário¹⁹⁷, que agora deixa de ser resolúvel para ser definitiva.¹⁹⁸

Em doutrina, cita-se ainda a substituição compendiosa, que nada mais é do que uma combinação entre a substituição vulgar e a substituição fideicomissária.¹⁹⁹ Estabelece-se um

¹⁹⁷ Situação decidida pelo Superior Tribunal de Justiça foi justamente a tentativa de herdeiros do fideicomissário de receber o bem fideicomitado. Transcreve-se a ementa do julgado: Direito processual e civil. Sucessões. Recurso especial. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários.

- Não se conhece do recurso especial quanto à questão em que a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido em que decidido pelo Tribunal de origem.
- A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (arts. 1.955 e 1.958, do CC/02).
- Afastada a hipótese de sucessão por disposição de última vontade, oriunda do extinto fideicomisso, e, por consequência, consolidando-se a propriedade nas mãos dos fiduciários, o falecimento de um destes sem deixar testamento, impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legal, transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos, inexistindo herdeiros necessários.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 820.814/SP. Relator: Min. Nancy Andriighi. Julgamento: 09/10/2007. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 25/10/2007, p.168).

¹⁹⁸ Código Civil, art. 1.958. “Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955”.

¹⁹⁹ “A [substituição] *compendiosa* é assim apelidada porque, debaixo de um compêndio de palavras, contém em si várias substituições, de diferente natureza. Na verdade, constitui um misto de *vulgar* e *fideicomissária*; pois ocorre quando designam uma pessoa para substituir o herdeiro ou legatário, que faleça antes ou depois de recolher a sucessão, universal ou singular”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.59).

fideicomisso com previsão de substituição vulgar da pessoa do fiduciário. Conforme prelecionam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “no fideicomisso existem dois graus: o primeiro grau da instituição que pertence ao fiduciário e o segundo grau que pertence ao fideicomissário”.²⁰⁰ Quando a lei proíbe a instituição da substituição fideicomissária além do segundo grau, no art. 1.959 do Código Civil, está ela proibindo o segundo grau da instituição, viabilizando juridicamente a substituição vulgar no fideicomisso.²⁰¹

Independentemente da extensão do uso das substituições na prática²⁰², a abordagem aqui visa lançar uma leitura sistemática acerca das regras da autonomia privada no direito sucessório, de modo a questionar as figuras aqui apontadas como limítrofes, que envolvam o fato jurídico morte, servindo de base para a construção dos argumentos jurídicos para a necessária revisitação da regra de proscrição dos pactos sucessórios, desenvolvidos no capítulo à frente. Assim, se é verdade que em outras situações jurídicas a esperança da morte alheia não é vista como argumento suficientemente capaz de gerar a repulsa, não se pode, sob pena de cair em incoerência sistemática, servir esse como único fundamento para recusa dos pactos sucessórios no direito brasileiro.

Não se quer dizer que na substituição vulgar, recíproca ou fideicomissária o único interesse merecedor de tutela é a vontade do testador em contraposição aos subjacentes a evitar o *votum mortis*. Uma tal análise seria irresponsavelmente superficial por deixar de levar em consideração os múltiplos personagens e interesses envolvidos no fenômeno sucessório, que devem necessariamente sofrer avaliação a partir da tábua axiológica da Carta Maior. Mas é uma evidência de que pelo menos um dos fundamentos do pacto sucessório, o *votum capitandae mortis*, não tem caráter absoluto e pode sofrer uma reavaliação valorativa à luz da Constituição, principalmente quando em contraposição com outros interesses igualmente merecedores de tutela.

²⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.807.

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.807.

²⁰² Especificamente sobre o fideicomisso, Flávio Tartuce afirma ter realizado pesquisa, até o fim de 2015, sem lograr êxito em encontrar um julgado qualquer nos tribunais pátrios de substituição fideicomissária em favor de prole eventual. (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.481).

2.2.3 Cláusula de reversão da doação

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 haja precedência na morte do donatário.

Trata-se de uma condição resolutiva em contrato de doação, afastando a sucessão *causa mortis* relativamente ao bem doado, que, em vez de ser transmitido aos herdeiros ou legatários do donatário, retornará ao patrimônio do doador. A condição, contudo, só terá efeito se o doador sobrevier ao donatário. Caso contrário, se o doador falecer primeiro que o donatário, a condição fica sem efeito, e o bem doado permanece, em definitivo, no patrimônio do donatário.²⁰³

Por se tratar de uma propriedade resolúvel, nada impede que o donatário aliene ou grave de ônus real o bem doado. O implemento da condição resolutiva implica, por outro lado, na resolução de todos os direitos reais concebidos na sua pendência, podendo o novo proprietário, na forma do art. 1.359 do Código Civil, reivindicar o bem de quem o possua ou detenha, ressalvados, se for o caso, os direitos decorrentes da evicção.

Salvo estipulação em contrário, o doador deverá receber o bem nas condições em que se encontrar, com as deteriorações decorrentes do uso normal, excetuadas aquelas causadas intencionalmente, assim verificadas a partir do balizamento imposto pelo princípio da boa-fé objetiva.²⁰⁴

Outrossim, franqueia-se ao doador a prática de atos destinados à conservação do bem, por expressa autorização legal, prevista no art. 130 do Código Civil, embora se trate de um direito eventual, na dependência de um evento futuro e incerto.

A cláusula não é admitida em favor de terceiro (CC, art. 547, parágrafo único), caracterizando-se como *intuitu personae*.²⁰⁵ Essa regra não era prevista no Código Civil de 1916,

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p.228.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.229.

²⁰⁵ Segundo Paulo Lôbo, "a restrição reforça a natureza *intuitu personae* da cláusula, proibindo-se a doação sucessiva. O impedimento da reversão em favor de terceiro não prejudica a substituição fideicomissária, se o doador instituí-la em testamento; neste caso, na qualidade de testador e não de doador". (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.302).

o que suscitava debate em torno da possibilidade de estipulação de reversão do bem doado em favor de terceiro, à semelhança das substituições fideicomissárias. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua opinava que as normas restritivas da legislação estrangeira, quanto à reversão em favor de terceiro, deviam-se ao fato da repulsa ao fideicomisso, amplamente admitido no direito brasileiro. Mas, por ser o fideicomisso instituído somente por testamento, entendia não haver reversão em favor de terceiro.²⁰⁶ Para Carvalho Santos poderia ser estipulada a reversão em favor de terceiro, mas aí se estaria diante de um fideicomisso e não de cláusula de reversão²⁰⁷, que, por outro lado, só seria instituído por testamento.²⁰⁸

A orientação de Pontes de Miranda é no sentido de que a cláusula em comento nada mais é do que uma condição resolutiva, sendo aceitável seja operada em favor de terceiro, aplicando-se as regras do instituto do fideicomisso por analogia.²⁰⁹ Agostinho Alvim também admite a reversão em favor de terceiro, mas sugere o instituto do fideicomisso, utilizado em contrato de doação.²¹⁰

Outro ingrediente se somava ao intenso debate: a proibição dos pactos sucessórios. Afinal, ao estipular que um bem do patrimônio do donatário deveria, com a sua morte, ser transferido a terceiro, ter-se-ia um verdadeiro pacto sobre herança futura. Esse é o entendimento, por exemplo de Fernando Simão²¹¹ e de Flávio Tartuce²¹². Sob essa perspectiva, *data venia*, a aposição de termo ou condição com base no evento morte em qualquer negócio jurídico o

²⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1958. v.4. p.276.

²⁰⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.16. p.179.

²⁰⁸ Id. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937. v.24. p.171.

²⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 46. p.237-238 e 266.

²¹⁰ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p.151-153.

²¹¹ “As partes não podem pactuar que, no caso de pré-morte do donatário ao doador, o bem reverterá em favor de terceiro (CC, art. 547, parágrafo único). Se isso fosse possível, admitir-se-ia a existência de um pacto sucessório (*pacta corvina*), que é expressamente proibido (CC, art. 426). Assim, nula será a cláusula que dispuser, em caso de pré-morte do donatário, o bem reverterá ao filho do doador ou a determinada instituição de caridade”. (SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Atlas, 2005. p.120).

²¹² “Essa cláusula é personalíssima, a favor do doador, não podendo ser estipulada a favor de terceiro, pois isso caracterizaria uma espécie de fideicomisso por ato *inter vivos*, o que é vedado pela legislação civil, a saber, pelo art. 426 do CC, o qual proíbe os pactos sucessórios ou *pacta corvina*”. (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2016. p.759).

qualificaria como sucessório, passando a ser vedado pela legislação. Essa questão será melhor desenvolvida no tópico referente aos negócios jurídicos com eficácia *post mortem*, cabendo antecipar um tal posicionamento ampliativo, como se tem visto ao longo deste trabalho, não se compatibiliza com a própria lógica de diversos institutos, inclusive a própria cláusula de reversão em favor do doador.

Afastando a ideia de pacto sucessório da cláusula de reversão em favor de terceiro, Carlos Salvatori argumenta que

Ao dissecar a relação contratual temos: a “herança” em testilha seria a do donatário; o doador, via de regra, não tem pretensão hereditária, sendo elemento neutro na discussão; e o donatário estaria pactuando sobre seus próprios bens, os quais comporiam a futura herança. Parece, portanto, que o quadro é de pacto sucessório (a coisa-objeto é uma sucessão futura e uma das partes será o futuro *de cujus*, combinação essa que lhe tolheria o direito de testar e revogar), sendo essa a conclusão de parte da doutrina. Porém, não somos adeptos dessa orientação. Isso porque não nos afigura palpável que a coisa-objeto seja herança de pessoa viva. O que há, para nós, é uma configuração eficaz da primitiva liberalidade, vale dizer, a coisa-objeto é o *patrimônio do doador* (e não os bens do donatário que serão objeto de futura herança), sendo que este (doador) possui o poder de manejar os efeitos da doação como bem entender.²¹³

Pelo regramento do atual Código Civil, a polêmica parece estar superada. A estipulação da resolução da propriedade do donatário em favor de terceiro é expressamente vedada. Para atender a um semelhante interesse, remanesce a figura do fideicomisso, com a restrição do seu cabimento somente em favor de prole futura, ou a combinação da constituição de usufruto e doação da nua-propriedade (usufruto por alienação).

Tecidas estão as necessárias considerações acerca da doação com cláusula de reversão ou retorno, prevista no art. 547 do Código Civil, uma vez mais a legislação prevê efeitos favoráveis a uma das partes contratantes em virtude da morte da outra. Seja da perspectiva do doador, do donatário ou dos respectivos herdeiros, a morte é admitida expressamente pela codificação privada como força motriz de negócios jurídicos, a despeito de despertar abstratamente sentimentos odiosos.

²¹³ SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.2, n.9, p.10221, 2013.

2.2.4 Usufruto vitalício

Concebido como o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterá-la a substância, o usufruto consiste na bipartição de dois centros de interesses bem definidos: o do usufrutuário, titular do *jus utendi e jus fruendi*, e o do nu-proprietário, titular *jus disponendi*. No magistério de Caio Mário da Silva Pereira:

Pressupõe, então, a coexistência harmônica dos direitos do usufrutuário, construídos em torno da ideia de utilização e fruição da coisa, e dos direitos do proprietário, que os perde em proveito daquele, conservando todavia a substância da coisa ou a condição jurídica de senhor dela. O ponto de partida para a sua configuração, como assinala Hedemann, é a distinção dos dois elementos, substância e proveito, na propriedade: o proprietário pode tê-los ambos ou abandonar o proveito a outrem.²¹⁴

É um direito temporário, que não pode ultrapassar a vida do usufrutuário, permitindo-se duração menor.²¹⁵ Sob esse critério, o usufruto pode durar toda a vida do usufrutuário, extinguindo-se com a sua morte. Nessa hipótese, o usufruto é conhecido como vitalício.²¹⁶

A despeito das faculdades dominiais deferidas em seu favor, o usufrutuário tem o dever de preservar-lhe a substância, que, na sua essência, vincula-se à situação jurídica do nu-proprietário. Ressalta Gustavo Tepedino a correlação desse dever com a conservação do destino econômico da coisa, impedindo que o usufrutuário empreenda modificações.²¹⁷ Ou seja, “tal obrigação, assim compreendida, além de refletir a temporariedade do usufruto, atende à finalidade alimentar do instituto, acabando por resultar em benefício para o próprio usufrutuário, cujo poder de ação restringe”.²¹⁸

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

²¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.4. p.248.

²¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.309.

²¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.373.

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.16.

²¹⁸ TEPEDINO, loc. cit.

termo ou condição tenha vigência até a morte do usufrutuário. A partir do usufruto, o direito de propriedade, embora não fragmentado, é temporariamente limitado, bastando a extinção daquele para readquirir a sua plenitude, explicando, assim, a sua elasticidade.²¹⁹ Para tanto, deverá necessariamente haver titulares diversos, sob pena de não valer o usufruto ante a consolidação (CC, art. 1.410, VI).

Com a morte do usufrutuário, extingue-se o usufruto (CC, art. 1.410, I), recuperando o nu-proprietário os atributos do uso (*jus utendi*) e da fruição (*jus fruendi*) do bem, outrora deferidos ao usufrutuário, agora falecido. Essa operação, amplamente admitida pela legislação, revela um certo anacronismo frente proibição dos pactos sucessórios, já que, grosso modo, é o nu-proprietário quem “lucrará” com a morte do usufrutuário, e não os herdeiros deste. Não para menos, José Tavares chega a afirmar que “como pactos sucessórios podem, até certo ponto, considerar-se as doações *inter vivos* com reserva de usufruto”.²²⁰

O mesmo pensamento vale para os direitos reais de uso e de habitação, já que ambos também se extinguem pela morte, por força da aplicação subsidiária das mesmas regras pelas quais se extingue o usufruto.

2.2.5 Direito de acrescer

Interessante instituto previsto em alguns dispositivos do Código Civil é o direito de acrescer. Tem cabimento em casos de cotitularidade de situações subjetivas²²¹, mas não se limitando a elas, facultando-se a um dos sujeitos, no caso de morte do outro, agregar ao seu

²¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.21-22.

²²⁰ TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.804.

²²¹ Na lição de Pietro Perlingieri, “a titularidade, além de simples – quando o interesse pertence ou toca (*spetta*) a um sujeito –, é por vezes complexa. É a hipótese da co-titularidade: a comunhão (art. 1.100 ss. Cód. Civ.), o condomínio (art. 1.117 ss. Cód. Civ.), o co-crédito (art. 1.292 ss. Cód. Civ.), o co-usufruto, a co-servidão e assim por diante. Com a co-titularidade tem-se a pertinência (*appartenenza*), ou a potencialidade (*spettanza*), de uma situação jurídica a mais sujeitos contextualmente, contemporânea e solidariamente. A noção de co-titularidade exprime o perfil estrutural da ligação entre uma pluralidade de sujeitos e um interesse. A co-titularidade, como noção, é útil apenas para expressar estruturalmente o fenômeno, mas não para individualizar o seu conteúdo, que será determinado, a cada vez, em relação à concreta ordem de interesses”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.112).

patrimônio a respectiva quota do direito correspondente ao falecido. Nas palavras de Manuel Gomes da Silva acerca do direito de acrescer, “incidindo vários direitos, de igual ou de diferente natureza (e não, necessariamente, em contitularidade), sobre o mesmo objeto, se um deles se extingue os outros ampliam-se à custa do primeiro”.²²²

É o que acontece com o usufruto simultâneo, previsto no art. 1.411 do Código Civil. Instituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, por ato *inter vivos*, o direito de acrescer não se presume, dependendo de previsão no instrumento de instituição. Assim estipulado, a medida do quinhão dos cusufrutuários falecidos caberá aos sobreviventes.

Diferente é o usufruto sucessivo, em que o direito ao usufruto de uma pessoa surge somente a partir da morte do usufrutuário, substituindo-lhe em sucessão. Essa modalidade, contudo, não é admitida. Pondera Washington de Barros Monteiro que

O Código proíbe o usufruto sucessivo; mas não impede se institua o usufruto simultâneo em favor de várias pessoas. Não se confundem as duas modalidades. No sucessivo, o usufrutuário goza sozinho da coisa e por sua morte transmite a posse e o gozo ao sucessor. No simultâneo, já pluralidade de usufrutuários, que a um só tempo gozam da coisa usufruída, permitindo ao sobrevivente o direito de acrescer, se convencionado.²²³

O direito de acrescer em usufruto instituído por ato entre vivos vem autorizado pela parte final do art. 1.411 do Código Civil, segundo o qual, “constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente”.

Diferente é o regramento para o usufruto simultâneo instituído por ato *causa mortis*. 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, e só tem lugar na sucessão testamentária

Em resumo, o direito de acrescer no usufruto instituído por ato *inter vivos* depende da previsão convencional, enquanto que se o for por legado, o direito de acrescer decorre de lei, embora possa ser afastado por previsão expressa do testador.

²²² SILVA, Manuel Gomes da. *Sucessões*, n.194, p.84-85 apud ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.200.

²²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.389-390.

Em matéria de direito sucessório, o direito de acrescer se verifica na sucessão testamentária²²⁴, mas não se restringe ao legado de usufruto, ocorrendo também excepcionalmente na sucessão legítima, em caso de renúncia do herdeiro ou se não incidir o direito de representação.²²⁵

Na verdade, o direito de acrescer é a regra toda vez que, por uma disposição testamentária, vários herdeiros forem chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la (CC, art. 1.941). Também se verifica no caso de co-legatários nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, quando o seu objeto não puder ser dividido sem risco de desvalorização (CC, art. 1.942). Dessa forma, se o coerdeiro ou o colegatário morrer antes do testador, renunciar a herança ou o legado, ou for excluído da sucessão, o seu quinhão será acrescido do respectivo beneficiário conjunto. Essa consequência pode ser afastada pelo testador mediante disposição que a afaste ou a designação de um substituto, beneficiando, assim, os herdeiros legítimos.²²⁶

Outra previsão do direito de acrescer se dá no caso de doação conjuntiva, em favor de ambos os cônjuges. Assim, falecendo o donatário, a parcela do seu direito não se transmite aos herdeiros, mas é integrada à propriedade do cônjuge sobrevivente.

Registre-se a crítica formulada por Ruy Barbosa, noticiada por Agostinho Alvim, entendendo que a expressão *direito de acrescer* devia ser reservada estritamente ao direito das sucessões, diferentemente de Clóvis Beviláqua, que aceitava, sem reservas, o acréscimo *inter vivos*.²²⁷ Com efeito, não se justifica um tal apego à forma, uma visão estrutural do sistema que deixa de levar em consideração a preponderância da função. Seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, o direito de acréscimo possui o mesmo efeito, de estender o direito do falecido à parcela correspondente ao cotitular sobrevivente.

²²⁴ Carlos Maximiliano defende que “só em sucessão testamentária pode verificar-se o acréscimo; a legítima é regida por outros preceitos; a parte do premorto cabe aos co-herdeiros, por diverso fundamento e quando não há direito de representação”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.2. p.515).

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.780.

²²⁶ *Ibid.*, p.783-784.

²²⁷ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1980. p.212.

O parágrafo único do art. 551 do Código Civil regula o direito de acrescer entre os cônjuges, quando contemplados com doação conjuntiva. Segundo o texto legal, “se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.

Como se vê, o dispositivo não excepciona a hipótese de doação em favor apenas de um deles, mesmo se casado pelo regime da comunhão universal de bens. A despeito disso, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, houve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de aplicar o direito de acréscimo em favor da viúva, mesmo em caso de doação somente a um dos cônjuges, pelo fato de ser casada pelo regime da comunhão universal de bens.²²⁸

Observa-se que a citada decisão confunde os institutos da herança, meação e do direito de acrescer. Não é certo dizer que a doação em favor de um dos cônjuges, mesmo que casado pelo regime da comunhão universal de bens, implique no direito de acrescer em favor do outro relativamente ao bem doado, em caso de morte do donatário. Na realidade, o bem doado integra o patrimônio comum do casal, a teor do art. 1.667 do Código Civil (art. 262 do Código Civil de 1916), salvo se gravado com cláusula de incomunicabilidade, de tal sorte que a morte do donatário implicará no cômputo do objeto da doação para fins de cálculo da meação. Em outras palavras, a metade correspondente ao bem doado pertencerá ao cônjuge sobrevivente, ao passo que a outra metade constituirá a herança, a ser distribuída entre os herdeiros.

Essa questão já foi discutida no Superior Tribunal de Justiça, decidindo a Corte que o direito de acrescer não se aplica, independentemente do regime de bens, se a doação foi realizada somente em favor de um dos cônjuges, vejamos:

Civil. Doação a um dos cônjuges. Comunicabilidade. Óbito de um dos cônjuges. Inclusão do bem doado no monte da herança. O parágrafo único do art. 1.178 do Código Civil somente tem aplicação quando figurarem como donatários ambos os cônjuges. Quando, no entanto, somente um deles aceitou a doação, a comunicabilidade do bem, por força do regime da comunhão de bens, conduz a inclusão do bem doado no monte hereditário, para a composição da meação e das legítimas dos herdeiros, em caso de morte de qualquer dos cônjuges. conflito aparente com o art. 262 do Código Civil, a determinar interpretação estrita do primeiro dispositivo.²²⁹

²²⁸ Eis a ementa do julgado: “Doação conjuntiva – Donatário casado no regime de comunhão de bens – Falecimento – Subsistência integral daquela para a viúva – Averbção do fato mediante certidão de óbito – Inteligência do art. 1.178, parágrafo único, do CC e aplicação do art. 246 da Lei 6.015/73”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC 441-0*. Apte.: Ministério Público. Apda.: Maria de Oliveira Medeiros. 1981, RDI 2/98).

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 6.358/SP*. Relator: Min. Dias Trindade. Julgamento: 29/04/1991. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 17/06/1991, p.8204.

Em suma, para a aplicação do direito de acrescer em doação feita a casal, pouco importa o regime de bens do casamento, e somente terá lugar se o benefício tocou a ambos os cônjuges. Mas, como bem se aponta em doutrina, “essas regras exigem especial cuidado no direito sucessório por ocasião do arrolamento de bens e de sua partilha no processo de inventário”.²³⁰

Ainda em termos de direito de acrescer, o instituto verifica-se também no contrato de constituição de renda. Por esse contrato, “uma parte se compromete a entregar à outra prestações periódicas, em dinheiro ou outros bens, por liberalidade ou por ter dela recebido bens móveis ou imóveis”²³¹, sendo gratuito no primeiro caso e oneroso no segundo, em que as prestações são dadas em contraprestação aos bens recebidos.²³² Deve ser observada a forma específica exigida para a instituição da renda, que é a escritura pública, a teor do art. 807 do Código Civil.

O rendeiro, que é a pessoa obrigada ao pagamento das prestações periódicas em favor do beneficiário, pode estabelecer a renda em favor de mais de uma pessoa, surgindo, aí, a possibilidade do direito de acrescer. De rigor, o Código Civil não estabelece o direito de acréscimo, mas autoriza a sua incidência caso as partes tenham assim estipulado.

Havendo pluralidade de beneficiários, morrendo um deles, “a renda extingue-se na parte correspondente ao falecido, não podendo, o rendeiro ser obrigado a continuar a pagá-las na sua totalidade, em benefício dos sobreviventes”.²³³ Diversamente, se ficar estabelecido o direito de acrescer, a renda do cocredor falecido deve ser dividida em partes iguais e incrementada em favor dos demais, salvo se o instrumento trouxer previsão de acréscimo desproporcional.

Como se vê, em todas as hipóteses de direito de acrescer previstas na legislação civil está presente o fato morte com a força jurídica de beneficiar um dos sujeitos da relação jurídica, sendo potencialmente capaz de despertar o *votum mortis*.

²³⁰ TARSO, Paulo de; SANSEVERINO, Vieira. *Contratos nominados II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.141.

²³¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p.614.

²³² TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, loc. cit.

²³³ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.197.

2.2.6 Constituição de renda vitalícia

O contrato de constituição de renda, já minimamente caracterizado no item precedente, é outra situação prevista em lei que tem seus efeitos subordinados à morte. De fato, o rendeiro se obriga a uma prestação periódica em favor do beneficiário, podendo ser por prazo certo ou por vida. A vida, no caso, é a do devedor ou a do credor, e jamais a renda constituída pode ultrapassar a vida deste.

Para os fins da presente pesquisa, interessa que o contrato de constituição de renda pode ter importantes consequências em decorrência da morte. Isso porque, fixada para valer pela vida, a morte tem como consequência a extinção do contrato, exonerando o devedor da obrigação de pagamento de prestações periódicas.

A partir da análise das situações abordadas nos tópicos precedentes, é possível concluir que o fundamento para a repugnância do nosso Direito aos pactos sucessórios, o *votum alicujus mortis*, é rigorosamente questionável, na medida em que outras figuras legalmente previstas atraem, igualmente, a expectativa de morte daquele de cuja sucessão se trata.

2.3 **Razão e fundamento sob a perspectiva atomística**

Alguns autores citam como principal fundamento para repugnância do nosso Direito aos pactos sucessórios o fato de esses negócios jurídicos despertarem sentimentos odiosos consistentes no desejo de morte daquele de cuja sucessão se trata. Diz-se, assim, que a pessoa beneficiada pelo contrato cujo objeto é herança de pessoa viva será alimentado da ânsia de desejar, desde logo, ter acesso ao acervo hereditário, o que depende da morte. Esse desejo poderia transmutar-se em atos preparatórios e, em última análise, na execução de crimes contra a vida do autor da herança.²³⁴ Orosimbo Nonato acentua que

²³⁴ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p.196.

Divulgados se acham os argumentos adversos à aceitação ou, pelo menos, à aceitação irrestringida dos pactos sucessórios. E dêles o primeiro é o de que importam o *votum captandae mortis* e, pois, contrários se mostram à ordem pública e aos bons costumes. O argumento vem atravessando os séculos, inspirou textos romanos e transparece ainda no magistério dos doutores.²³⁵

A partir dos institutos consagrados e abordados no tópico precedente, pode-se concluir que o legislador não adotou a proibição do *votum mortis*²³⁶ como verdadeiro princípio geral da ordem privada. Diversas são as situações previstas no Código Civil que poderiam, em tese, suscitar o desejo de morte alheia, razão pela qual esse fundamento certamente não é o único para proscrição dos pactos sucessórios.

Outros fundamentos também são citados, como a afronta à ordem pública estabelecida pelo direito das sucessões, de modo que aquele a quem a herança pertence poderia, com a liberdade da convenção, desrespeitar a lei, atribuindo a outras pessoas²³⁷; a violação à liberdade de testar, já que as disposições de última de vontade têm como traço marcante a revogabilidade até o momento da morte do disponente²³⁸; por fim, o potencial de gerar situações lesivas para os sucessíveis.²³⁹

Críticas já foram tecidas acerca da abordagem unitária do regime de proibição dos pactos sucessórios. É que a multiplicidade de situações jurídicas e de interesses podem determinar, *in concreto*, um juízo positivo de merecimento de tutela dos pactos sucessórios. A abordagem atomística, não generalizada, das diferentes manifestações de um contrato sobre sucessão futura, apresenta-se útil para viabilizar uma compreensão da sua dinâmica, função e dos motivos justificadores da proibição.

²³⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v.1. p.28-29.

²³⁶ Sobre o fundamento genérico do *votum mortis* aplicável a todas as modalidades de pactos sucessórios, elucidativa a preleção de Guilherme Braga da Cruz, que atribui essa construção teórica aos romanistas: “A regra de que os pactos sucessórios são, em princípio, proibidos e feridos de nulidade vão os romanistas desta época sobretudo buscá-la à famosa constituição *De quaestione*, do imperador Justiniano. Embora esta constituição se refira restrita e concretamente, como vimos, aos pactos de *hereditate tertii* – e não à instituição contratual, nem aos pactos renunciativos -, ela é sempre tomada agora pelos romanistas como uma proibição de ordem genérica de todos os pactos sucessórios. E a razão que nela se invoca – o facto de tais pactos implicarem um ‘votum mortis’ e, portanto, um perigo para a vida do *de cuius* – é agora apresentada pelos romanistas como justificação da nulidade de todos os pactos sobre a sucessão duma pessoa viva”. (CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.105, 1965).

²³⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p.196.

²³⁸ *Ibid.*, p.197.

²³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.278-279.

Como já afirmado, a sistematização dos pactos sucessórios decorreu do resgate das experiências do direito romano a partir do trabalho desenvolvido pelos romanistas. A classificação mais difundida divide os pactos sucessórios em três modalidades: institutivo ou *de succedendo*, renunciativo ou *de non succedendo* e dispositivo ou *hereditati tertii*.

O pacto sucessório institutivo, positivo ou 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).²⁴⁰ 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.²⁴¹ Difere do pacto positivo porque em vez de criar um direito de sucessão, o pacto renunciativo 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.²⁴²

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. Seriam, em suma, os atos bilaterais *inter vivos* efetuados entre dois interessados sobre a sucessão de uma pessoa viva, que não intervém no negócio.²⁴³

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 herança de pessoa viva (pacto *hereditate*

²⁴⁰ GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. Lausanne: H. Jaunin, 1955. p.9.

²⁴¹ GAUTHIER, loc. cit.

²⁴² CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.96, 1965.

²⁴³ SOLOMON, Denis. The Law of Succession. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction of German Law*. Beck: München, 2005. p.285.

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.²⁴⁴

Denunciando as dificuldades de estabelecer unitariamente o fundamento da proibição das diferentes modalidades de pactos sucessórios, Vincenzo Barba afirma:

La conquistata unificazione della disciplina [...], potrebbe considerarsi il motivi ispiratore del tentativo, svolto dalla doutrina italiana, [...] di spiegare il fundamento del divieto in modo unitario, senza distinguere tra patti institutivi, dispositivi e rinunziativi. [...]

*Interpretazioni della norma che, pur nel tentativo di ridurre a unità le rationes del divieto, denunciano la difficoltà d'indicare una sola ratio e la necessità, di spiegare la ricca complessità dei patti considerati nel divieto, mercé l'affermazione di una varietà di ragioni giustificative. Rationes che, è agevole avvertire, mentre sono calzanti rispetto a uno, appaiono poco o punto rilevanti rispetto agli altri.*²⁴⁵

O traço comum entre todas as espécies de pactos sucessórios é ter por objeto o direito sobre sucessão não abertura, da qual se dispõe mediante contrato.

Por fim, o traço distintivo destacado na introdução do trabalho merece ser novamente realçado. Trata-se da diferença entre os pactos sucessórios e as disposições de última vontade postas em testamento. A característica marcante do pacto sucessório que o afasta das disposições testamentárias²⁴⁶ reside no fato de que são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis²⁴⁷,

²⁴⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.96-97, 1965.

²⁴⁵ BARBA, Vincenzo. *I patti successorî e il divieto di disposizione dela delazione: Tra storia e funzioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. p.33. Tradução livre: “A conquista da unificação da disciplina [...], pode ser considerada o motivo inspirador da tentativa, desenvolvida pela doutrina italiana, [...] para explicar o fundamento da proibição de modo unificado, sem distinguir entre pactos institutivos, dispositivos e rinunziativi. [...] Interpretações da norma que, na tentativa de reduzir à unidade as *rationes* da proibição, denuncia a dificuldade de indicar uma só *ratio* e a necessidade de explicar a rica complexidade dos pactos considerados na proibição, ante a afirmação de uma variedade de razões justificativas. *Rationes* que, é fácil sentir, enquanto são apropriadas a respeito de um, parecem pouco relevante a outro”.

²⁴⁶ 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’”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. Tomo 56. p.72).

²⁴⁷ 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

enquanto o testamento constitui-se em negócio unilateral e revogável. Nada impede, contudo, que se estabeleça no pacto a faculdade de revogação. Já a semelhança entre estes institutos consiste justamente no fato de ambos serem negócios de direito sucessório.²⁴⁸

2.3.1 O pacto sucessório institutivo e a interpretação tradicional. Análise crítica

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.²⁴⁹ 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 parte uma expectativa hereditária legítima à vocação sucessória.²⁵⁰ O caráter irrevogável do contrato inadmite a rescisão unilateral, salvo previsão em sentido contrário da lei ou da convenção, 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 da propriedade dos bens que compõem o patrimônio daquele de cuja sucessão se trata, que conserva a propriedade,

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, grifos do autor).

²⁴⁸ 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 d u m 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”. (CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.96, 1965.).

²⁴⁹ GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. Lausanne: H. Jaunin, 1955. p.10.

²⁵⁰ *Ibid.*, p.11.

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.²⁵¹ Em outras palavras, “*le pacte ne prive pas le de cuius 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*”.²⁵²

Imagine-se, por exemplo, a instituição de um legado contratual, ou seja, o pacto sucessório 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.

Salvo proibição expressa da legislação, é possível a previsão de cláusula que permita a denúncia do contrato por uma das partes.²⁵³ Nesse caso, deverão ser observadas as disposições contratuais para avaliação das consequências correspondentes.

Importante destacar que o pacto sucessório institutivo 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

²⁵¹ É o que prevê, por exemplo, o art. 494 al. Código Civil Suíço: “Art. 494 H. Pactes successoraux. I. 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”. Tradução livre: “Art. 494 H. Pactos sucessórios. I. Instituição de herdeiro e legado. 1 O disponente pode se obrigar, através de um pacto sucessório, a deixar sua herança ou um legado à outra parte contratante ou a um terceiro. 2 Ele continua a dispor livremente de seus bens. 3 Podem ser atacadas, todavia, as disposições à causa da morte e as doações inconciliáveis com as obrigações resultantes do pacto sucessório”.

²⁵² GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. Lausanne: H. Jaunin, 1955. p.11.

²⁵³ O BGB alemão, no §2299, (3), prevê expressamente a possibilidade de instituição de uma cláusula que permita a *revogação* do contrato por uma das partes: “§2299 [...] (3) Wird der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt die Verfügung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist”. Tradução livre: “Revogado o pacto sucessório pelo exercício do direito de arrependimento ou através de contrato, fica a disposição sem efeito, a não ser que haja aceitação por outra vontade do autor da herança”.

delas é a instituição recíproca, em que cada um dos contratantes institui o outro como seu herdeiro, ato frequentemente assumido entre cônjuges.²⁵⁴ A 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. Esta última hipótese é geralmente associada a uma renda vitalícia ou a alimentos vitalícios.

Embora não haja consenso em relação às razões da proibição do pacto institutivo, talvez seja essa modalidade a que mais contemple diversidade de argumentos contrários. A maior parte deles parece estar centrada na repulsa ao *votum alicujus mortis* e na liberdade de testar, formada livre, espontaneamente²⁵⁵ e dotada do caráter de revogabilidade.²⁵⁶ Também é citada a tipicidade do regime de delação sucessória que, fincada na dualidade da lei e do testamento, tornaria inviável uma terceira forma de vocação, dita contratual.²⁵⁷

Em relação ao voto homicida, de fato o pacto institutivo tem o potencial de gerar essa expectativa. A atribuição a alguém da condição de herdeiro ou legatário suscita, em tese, a esperança de morte do autor da herança, a fim de tocar desde logo o patrimônio ou o bem legado. Por outro lado, já se mostrou exaustivamente ao longo deste capítulo que esse fundamento não encontra respaldo absoluto na legislação privada. Diversos institutos associam à morte um efeito benéfico, sob o ponto de vista estritamente patrimonial, em favor de outrem²⁵⁸. Essa ideia convive harmonicamente no sistema.

²⁵⁴ GAUTHIER, Jean. *Le Pacte Successoral*. Lausanne: H. Jaunin, 1955. p.13.

²⁵⁵ TRAI SCI, Francesco Paolo. *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p.54.

²⁵⁶ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.82.

²⁵⁷ TRAI SCI, op. cit., p.56-57.

²⁵⁸ Ainda no século XIX, Larombière apontava a incongruência do *votum alicujus mortis* como fundamento da proibição dos pactos sucessórios. São suas palavras: “S’il était vrai que l’on dût considérer comme contraire aux bonnes mœurs toutes les conventions faites dans la prévision et dans l’attente du décès de quelqu’un, il y aurait beaucoup à annuler dans les transactions civiles. Pourquoi le Code a-t-il permis le contrat de rente viagère, qui renferme au suprême degré le vœu homicide ? [...] Sans prétendre néanmoins que le législateur moderne soit demeuré indifférent aux considérations de moralité et décence publiques, nous croyons qu’il les a fait venir plutôt comme pathétique péroraison des autres motifs de la loi.” (LAROMBIÈRE, M. L. *Théorie et Pratique des Obligations*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885. Tome Premier, Articles 1101 à 1145, p.251-252). Tradução livre: “Se fosse verdade ser considerada como contrária aos bons costumes todas as convenções feitas à previsão da morte de alguém, haveria muito à anular nas transações civis. Por que o Código permite o contrato de renda vitalícia, que contém o voto homicida em grau supremo? [...] Sem pretender afirmar, entretanto, que o legislador moderno permaneceu indiferente em consideração à

Quanto à liberdade de testar argumenta-se, em contrapartida, que o legislador poderia prever mecanismos de salvaguarda da plena liberdade de testar. Se, por um lado, esse princípio de ordem pública estaria resguardado na liberdade testamentária a partir da revogabilidade inerente às disposições de última vontade, bastaria, então, que aos pactos sucessórios *de sucedendo* fossem admitidos amplamente a sua livre revogação, por parte do autor da herança.²⁵⁹

Ainda nesse ponto articula-se que, se é lícito à pessoa dispor de seus bens, em vida, da maneira que lhe aprouver, com a restrição da legítima no campo das liberalidades e da leviandade e prodigalidade no âmbito dos negócios onerosos, não haveria outros motivos senão esses para restringir a realização de negócios em vida com projeção dos efeitos a partir da morte do autor da herança. Tomada às últimas consequências, uma disposição que seja em vida, limita concretamente a liberdade de testar. No tom crítico que lhe é peculiar, o lusitano José Tavares opina que “também o facto de se renunciar pelo pacto ao direito inalienável de dispor por testamento não convence, porque também deviam ser abolidas as doações, nessa ordem de ideias, porque são irrevogáveis e por elas se transmite logo a propriedade”.²⁶⁰ De maneira ainda mais enfática, o autor, lembrado por Orosimbo Nonato, afirma:

E a segunda parte [a renúncia ao direito inalienável de dispor em testamento] nem oferece caráter algum de seriedade jurídica. Dispondo um indivíduo por contrato, dos seus bens para a época da morte, não faz senão um ato da sua capacidade civil; e a obrigação posterior é apenas consequência e a expressão da liberdade anterior. Esta liberdade ... em ver ... exercida por testamento, foi exercida por contrato. Que prejuízo pode, pois, motivar a severidade da proibição? Certamente todo ato de disposição limita o direito de dispor em testamento; não o direito como faculdade abstrata mas simplesmente como faculdade, exprimindo a relação de domínio sobre uma certa coisa. Se primeiro se dispôs desta por contrato, não se pode, depois, dispor dela por testamento. Isto, porém, não impede a faculdade de dispor, por testamento, daquilo de que se não dispôs, precedentemente, por contrato.

De resto, se se quiser manter verdadeiramente íntegra a faculdade de testar, seria necessário abolir de todos os contratos de disposição entre vivos e, especialmente, as doações que, apenas concluídas, produzem o efeito imediato de transmitir irrevogavelmente ao donatário a propriedade da coisa doada.²⁶¹

moralidade e decência públicas, cremos que os fez passar como patéticas conclusões de outros motivos da lei.”

²⁵⁹ MARTINO, Marco. *I Patti Successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*. Bologna: Dupress, 2016. p.59-60.

²⁶⁰ TAVARES, José. *Os principios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.806.

²⁶¹ Id. *Estudos jurídicos*. p.560-561 apud NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v.1. p.31.

As ponderações não podem passar despercebidas. Pelo regime proibitivo levado ao extremo rigor, a pessoa é obrigada a despojar-se já em vida, retirando-lhe a possibilidade de manter consigo o bem, até a sua morte, se desejar que com esse evento o bem por força de negócio entregue a outrem. Se confrontarmos esse pensamento com o argumento de tipicidade do regime sucessório, veremos que a dualidade da delação sucessória (legítima e testamentária) transmite uma falsa ideia de rigidez do sistema. A prova cabal disso é a admissibilidade dos contratos com efeitos *post mortem* e de outras figuras típicas relacionadas ao evento morte previstas na codificação privada.

Nesse ponto, é imperativo estremar o regulamento de direito sucessório do direito contratual, embora entre eles possa haver conexões conciliáveis. Os bens vinculados a negócio jurídico ou a situação jurídica subjetiva com efeitos determinados para produzir com a morte de uma pessoa não excluem nem afrontam o regime típico do direito sucessório.

Sob o perfil estrutural, no pacto sucessório institutivo, a presença daquele de cuja sucessão se trata é fundamental. É ele quem atribui à contraparte a participação, pela via contratual, na herança futura. Se fosse uma característica marcante desses contratos a possibilidade de resilição unilateral, deixaria de haver à afronta à liberdade de testar? Afinal, em que medida o ordenamento jurídico prevê instrumentos efetivamente capazes de evitar os receios lançados pelos argumentos e fundamentos justificadores do pacto sucessório?²⁶².

De outro lado, as modernas tendências anunciadas pelos ordenamentos da família franco-germânica no que tange à autonomia sucessória, demonstram que não se trata de uma questão de simples apreensão. Afinal esses países são marcados por princípios de consideração ao grupo familiar e ao senso solidarístico.²⁶³

No aspecto da revogação dos pactos sucessórios, vários contratos contêm essa previsão, notadamente aqueles em que o elemento confiança se sobressai. Assim, por exemplo, é o que acontece com o mandato (Código Civil, art. 682, I), nada impedindo que as partes prevejam convencionalmente a resilição unilateral (Código Civil, art. 473). A utilização dessa faculdade, pela razão de sua estrutura e natureza contratual, implica na atração das regras do inadimplemento, na medida em que a ninguém é dado descumprir os contratos sem sofrer as consequências da inexecução.

²⁶² A visão crítica sobre os fundamentos de cada modalidade dos pacto sucessórios serão abordadas no Capítulo 3, *infra*.

²⁶³ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.80.

A sujeição às regras do inadimplemento, apesar de argumentos em sentido contrário, não se mostra incompatível com a liberdade de testar.²⁶⁴ Da mesma forma, nos pactos sucessórios a pessoa tem a liberdade de celebrar contratos de qualquer natureza e, eventualmente, pode acontecer de descumpri-los, sujeitando-se às consequências do inadimplemento. Pode inclusive doar todo o seu patrimônio, desde que resguarde bens suficientes para subsistência do doador (Código Civil, art. 548), e mesmo nesse caso não se falará em atentado à liberdade de testar.

A liberdade testamentária como único espaço de autonomia privada no fenômeno sucessório merece ser repensada, como já o foi desde a década de setenta em países da tradição romano-germânica²⁶⁵, pois uma regra absoluta e genérica de banimento deixa de levar em consideração situações em que a vontade, manifesta por via dos pactos sucessórios, serve como instrumento de persecução de interesses mercedores de tutela.

2.3.1.1 Os negócios jurídicos *causa mortis* e os pactos *post mortem*

Em doutrina, costuma-se diferenciar os negócios jurídicos *causa mortis* dos negócios jurídicos com efeitos *post mortem*. Ao classificar o negócio jurídico, ainda no tangente à teoria geral do direito civil, diz-se que os negócios jurídicos podem ser *inter vivos* ou *mortis causa*, a depender do momento da produção de seus efeitos. Mostrando-se exequíveis durante a vida, diz-se que ele é *inter vivos*, ao passo que a projeção dos efeitos para além da morte caracterizaria o negócio *causa mortis*.²⁶⁶

²⁶⁴ “*Ne si può disconoscere che il fenomeno attributivo mortis causa presenti differenze tali da renderlo difficilmente conciliabile, per sua struttura e natura, con il contratto, dove il primo la cui disciplina è delineata dalle norme in tema di testamento, è improntato a principi estranei, e per certi versi antitetici, alla vicenda contrattuale*”. (ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.83). Tradução livre: “Não se pode desconhecer que as diferenças presentes no fenômeno atributivo *mortis causa* o tornam dificilmente compatíveis, por sua estrutura e natureza, com o contrato, em que o primeiro tem a disciplina regulada pela norma em tema de testamento, marcado por princípios estranhos, e de certa maneira antiéticos, com o evento contratual”.

²⁶⁵ FERRI, Luigi. *Disposizioni generali sulle successioni (Art. 456-511). Commentario del Codice Civile*. 3.ed. Bologna-Roma: Zanichelli, 1997. p.109.

²⁶⁶ Nesse sentido: “Consideram-se, também, os atos *inter vivos* e os *mortis causa*. Dizem-se *mortis causa* os atos e negócios jurídicos que têm por finalidade regular o patrimônio de uma pessoa após sua morte, como o testamento. São *inter vivos* os que não têm esse escopo, como a compra e venda”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.325).

A distinção ganha relevo quando se confronta essa modalidade de negócios jurídicos com a proibição genérica estatuída pelo Código Civil em relação aos pactos sucessórios, prevista no art. 426. Seria correto então afirmar que todo e qualquer negócio de efeitos projetados para após a morte são qualificados como *causa mortis* e, em consequência, como pacto sucessório?

Nesse passo, José de Abreu afirma que o critério diferencial seria o fato de que o evento morte, no caso dos negócios jurídicos *mortis causa*, assume posição de pressuposto indispensável à própria eficácia negocial.²⁶⁷ Para Caio Mário da Silva Pereira a diferenciação reside na natureza peculiar dos efeitos do negócio jurídico.²⁶⁸ Assim, se é da natureza do negócio jurídico a produção dos efeitos somente depois da morte do agente, ter-se-ia o negócio *causa mortis*.

Em outras palavras, pode-se dizer que o negócio *mortis causa*²⁶⁹ é aquele que detém como pressuposto a produção típica de seus efeitos para além da morte do agente. Da síntese de seus efeitos essenciais extrai-se que naturalmente o negócio *causa mortis* se projeta para além da morte da pessoa.

Dessas premissas constata-se que os negócios jurídicos *causa mortis* têm repercussão direta no fenômeno da sucessão hereditária, porquanto o evento morte constitui o pressuposto para o nascimento da nova situação jurídica, antes inexistente. No testamento, o maior exemplo dessa modalidade de negócio, a instituição de um legado ou de um herdeiro testamentário não completa todo o seu ciclo de formação senão após a morte do *de cuius*. Logo, a definição de

²⁶⁷ ABREU, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.81.

²⁶⁸ São as palavras do autor: “Chama-se negócio jurídico *inter vivos* aquele que é destinado, naturalmente, a produzir as consequências durante a vida das partes; e negócio jurídico *causa mortis* o que tem adiados os seus efeitos para depois da morte do agente. O que caracteriza a diferenciação é o fato de dependerem as consequências dos atos *mortis causa* do acontecimento morte, sem o qual nenhum efeito produzem, enquanto o ato *inter vivos* os gera desde logo, o que significa não perder a natureza do negócio jurídico entre vivos a circunstância de se estenderem os efeitos além da morte do agente: assim, a promessa de compra e venda é um ato *inter vivos*, não obstante o promitente-comprador ter a faculdade de reclamar dos herdeiros do promitente-vendedor a execução da obrigação; já o testamento tem seus efeitos *suspensos* durante a vida do testador”. (PEREIRA, Caio Mário. *Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.426).

²⁶⁹ “Nos negócios jurídicos a causa de morte, somente ao ocorrer a morte começa a eficácia do negócio jurídico. Há lapso entre a declaração ou manifestação (raríssima!) de vontade e o início da eficácia, com o fato da morte. Aqui, não está em exame ato humano, que se tenha de agregar ao suporte fático do negócio jurídico; nem o fato é de tratar-se como nuclear, de jeito que, faltando, o negócio jurídico não existisse, ou como elemento complementar do suporte fático indispensável a sua validade. Os negócios jurídicos perfazem-se antes dele; o elemento fático apenas serve para que o negócio jurídico comece de irradiar a sua eficácia. O testamento e as doações *mortis causa* são negócios jurídicos existentes e válidos, antes da morte”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 3. p.19-20, item § 251, e).

pacto sucessório segundo a norma proibitiva tem como característica marcante a natureza de ato *mortis causa*.²⁷⁰

Diversamente, nos negócios jurídicos com efeitos *post mortem*, a morte incide unicamente sobre a produção dos efeitos do ato, criando uma relação dotada de situações jurídicas para os agentes envolvidos, em que um ou alguns efeitos são diferidos para o momento da morte. São negócios tipicamente *inter vivos*, com a característica de que acidentalmente os seus efeitos são produzidos após a morte do agente. Preciso, nesse particular, o apontamento de Vicente Ráo, ao aduzir que não altera a qualificação jurídica do ato *inter vivos* “certas relações constituídas, e aperfeiçoadas em vida, mas destinadas a produzir efeitos após a morte de seu autor ou autores”.²⁷¹

Na doutrina estrangeira também se identifica o mesmo esforço hermenêutico na diferenciação entre os atos *causa mortis* e com efeitos *post mortem*. Na doutrina tedesca, distingue-se o *Rechtsgeschäfte von Todes wegen* e o *Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall*, ao passo que no direito francês prefere-se a expressão pacto *post mortem*, para caracterizar o negócio entre vivos com eficácia para a morte. Na Itália, fala-se em “*negozi mortis causa*” e “*negozi com effetti post mortem*”.²⁷²

Davide Achille realiza uma interessante exposição sobre a doutrina que defende a diferenciação entre os “*negozi mortis causa*” e “*negozi com effetti post mortem*”, afigurando-se valorosa a transcrição de trecho da sua pesquisa:

Secondo l'accennata ricostruzione mentre nell'atto mortis causa si mira a regolare i rapporti del soggetto per il momento ed in dipendenza della sua morte, senza che nessun effetto si produca prima di tale evento, nell'atto post mortem la morte non assurge a causa dell'attribuzione, bensì è condizione o termine di efficacia dell'attribuzione stessa. In altri termini, secondo tale impostazione, nell'atto mortis causa l'evento morte costituirebbe l'elemento causale che determina la nascita del rapporto (successorio) prima inconfigurabile, mentre nell'atto post mortem il rapporto, già costituitosi, avrebbe nell'evento morte unicamente il momento produttivo degli effetti. L'ulteriore precisazione di tale distinguo giunge ad affermare, invero non divisibilmente, che si può qualificare comunque ad effetti post mortem l'atto in cui l'attribuzione è determinata in vita e solo l'effetto traslativo è destinato a prodursi per il momento successivo alla morte. La teoria in esame poggia le sue

²⁷⁰ TRAISCI, Francesco Paolo. *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p.68.

²⁷¹ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.69-70.

²⁷² ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.86-89.

basi sul vincolo che il negozio crea quale fattispecie, visto che dall'atto nascerebbe in ogni caso, ed a prescindere dagli effetti ulteriori, il vincolo obbligatorio. A voler ulteriormente chiarire la posizione della dottrina in parola si può affermare che nell'atto a causa di morte, analogamente a quanto avviene per il testamento, l'evento morte costituisce il presupposto per la nascita di un rapporto prima inesistente, visto che l'atto non produce – nel momento in cui è stato posto in essere – alcun effetto giuridico, anche solo preliminare o prodromico. Diversamente, nell'atto tra vivi con effetti post mortem, la morte – in quanto dedotta quale condizione o termine – inciderebbe unicamente sulla produzione degli effetti dell'atto, creando un rapporto giuridico immediatamente vincolante ma i cui effetti sono differiti al momento successivo della morte.²⁷³

A distinção entre o negócio *mortis causa* e o pacto *post mortem* ganha relevo para delimitação da zona de proibição dos pactos sucessórios. Nesse particular, a jurisprudência francesa revela-se profícua na análise do *pacte post mortem* em contraposição ao *pacte sur succession future*, este último proibido à luz dos artigos 722 e 1130 do *Code Civil*, embora agora convivendo com os temperamentos introduzidos pela reforma de 2006.

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* que, tendo natureza *inter vivos*, não se enquadraria na norma proibitiva. 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*

²⁷³ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012, p.87-88. Tradução livre: “Segundo a mencionada reconstrução, enquanto os atos *mortis causa* se destinam a regular as relações do sujeito para o tempo e na dependência de sua morte, sem que qualquer efeito seja produzido antes daquele evento; no ato *post mortem* a morte surge não surge como a causa da atribuição, mas é condição ou termo da eficácia da própria atribuição. Em outras palavras, de acordo com esta abordagem, no ato *mortis causa* o evento morte constituiria o elemento causa que determina o nascimento da relação (sucessória) antes não existente, enquanto no ato *post mortem* a relação, já formada, tem no momento morte unicamente o momento produtivo de seus efeitos. Outras distinções vêm a afirmar que se pode qualificar como de efeitos *post mortem* o ato em cuja atribuição é determinada em vida e somente o efeito translativo é destinado a produzir-se no momento sucessivo à morte. A teoria em exame assenta suas bases sobre o vínculo que o negócio cria a obrigatoriedade do vínculo, visto que o ato nasceria em qualquer caso e independentemente dos efeitos ulteriores.

Diante da posição da doutrina em questão se pode afirmar que no ato a causa da morte, analogamente ao testamento, o evento morte constituiria o pressuposto para o nascimento de uma relação anteriormente inexistente, visto que o ato não produz – no momento em que é posto a ser – nenhum efeito jurídico, mesmo preliminar. Diversamente, no ato entre vivos com efeito *post mortem*, a morte –apresentada como condição ou termo – incide unicamente sobre a produção dos efeitos do ato, criando uma relação jurídica imediatamente vinculante, mas cujos efeitos são diferidos ao momento sucessivo da morte.”

mortem a pour effet de créer des droits et obligations dont l'exigibilité ou l'exécution seules sont reportées à la date du décès".²⁷⁴

Da experiência francesa, observa-se que a principal diferença está no fato de que o pacto sucessório não confere um direito nascido nem atual, ao revés do pacto *post mortem*, com poder de gerar direitos e obrigações atuais, embora de exigibilidade e execução projetadas para a data da morte.²⁷⁵ Mesmo assim, é reconhecida a dificuldade na apreensão da diferença entre os institutos.²⁷⁶

À luz do direito pátrio, a morte pode constituir um elemento acidental do negócio jurídico, como condição ou termo.²⁷⁷ Em regra, a morte em si é considerada um termo, porque é evento futuro e certo, embora não se saiba o momento da sua ocorrência. Trata-se de um termo incerto²⁷⁸, porque embora haja certeza da sua ocorrência, não se pode precisar nem a data, nem o lapso temporal.²⁷⁹

²⁷⁴ FRANÇA. Cour de Cassation, 1re civ. 26 octobre 2011. Distinction entre un pacte sur succession future prohibé et un pacte port mortem valable. *Actualité Juridique Famille*. Dalloz, n.12, p.619, décembre, 2011. Tradução livre: "Com efeito, diferentemente do pacto sobre a sucessão futura, que confere não um direito nascido e atual, mas somente uma eventualidade de transferência na hipótese em que o de cujus não ter disposto dos bens antes da sua morte, o pacto *post mortem* tem por efeito criar os direitos e obrigações cuja exigibilidade ou execução são somente adiados para a data da morte".

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ "Toutefois la distinction entre pactes post mortem et pactes successoraux reste difficile à appréhender, même si la cour de cassation rappelle avec constance que la nullité ne peut être encourue que dans la mesure où la stipulation litigieuse confère un droit privatif sur la succession". (FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.35-36). Tradução livre: "Todavia, a distinção entre os pactos *post mortem* e os pactos sucessórios são difíceis de apreender, mesmo que a corte de cassação lembre com frequência que a nulidade pode incorrer quando a medida ou a estipulação litigiosa confere um direito privativo sobre a sucessão".

²⁷⁷ É o que defende Marcos Bernardes de Mello: "É preciso ressaltar que a morte somente faz caracterizar o negócio jurídico como *mortis causa* quando compõe o seu suporte fático como elemento que deflagra sua eficácia. Por isso, se a morte de alguém constitui simples dado fático de *condição* ou de *termo*, tal não implica transformar em *mortis causa* negócio jurídico *inter vivos*. Exemplo disso é a espécie do art. 547 do Código Civil. A previsão de morte do donatário, sobrevivendo-lhe o doador, como condição resolutória da doação, não a faz negócio *mortis causa*". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.269-270).

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1. p.493.

²⁷⁹ "Quanto ao momento de sua ocorrência, o termo pode ser *certo* ou *determinado* quando for conhecido, p. ex., 'no dia 01 de março de 2015', e *incerto* ou *indeterminado* quando for desconhecido, p. ex., 'quando Fulano morrer'. Observa-se, nesta hipótese, que a incerteza incide sobre o momento e não sobre a verificação do

Se, por outro lado, a indeterminação for absoluta, não se podendo afirmar se o evento efetivamente irá ocorrer, será o caso de condição e não de termo, ou seja, um evento futuro e incerto. A morte pode vir a constituir uma condição se, de seus termos, restar evidenciada a indeterminação absoluta, ou seja, a incerteza do evento. Por exemplo: se A morrer antes de B ou ainda se A falecer dentro de certa data.

Qualificando-se de *causa mortis*, o negócio jurídico encontra seus limites na proibição dos pactos sucessórios, prevista no art. 426 do Código Civil. Por outro lado, os pactos *post mortem* são negócios jurídicos bilaterais *inter vivos*, mas cujos efeitos estejam de alguma forma subordinados ao evento morte de uma das partes ou de terceiro – como no caso de haver aposição de condição ou termo no contrato, cujo implemento ou advento implicará em algum efeito juridicamente relevante. A proximidade dos aqui chamados pactos *post mortem* com os *pacta corvina* sempre foram identificados em doutrina pátria.²⁸⁰

Apesar da proximidade com a proibição, já na doutrina clássica se observa a tentativa de estremar os institutos, numa construção hermenêutica que determinou a ampla aceitação teórica dos negócios jurídicos em que a morte figura como elemento acidental, ora denominados pactos *post mortem*. À guisa de exemplo, J. M. Carvalho Santos afirma que:

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.²⁸¹

Serpa Lopes também conclui que a inclusão da morte como elemento acidental do negócio não o qualifica como pacto sucessório, pois, “o fato da morte figurar no contrato como

evento. Se incidisse sobre a verificação, na verdade, ter-se-ia uma condição”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.1. p.263).

²⁸⁰ Pontes de Miranda, em tópico sobre os negócios jurídicos *mortis causa*, anuncia a proibição do pacto sucessório no direito pátrio ao citar a doação *mortis causa*: “Dizem-se negócios jurídicos *mortis causa* os atos cuja eficácia (fora a eficácia mínima, que é a da instituição, embora em declarações de vontade revogáveis) se irradia no momento da morte do figurante. Tais o negócio jurídico unilateral do testamento, inclusive o codicilo, e o negócio jurídico bilateral da doação *mortis causa*”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 193).

²⁸¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.198-199.

condição suspensiva ou resolutiva de um dado negócio jurídico, não é motivo para considerá-lo um pacto proibido”.²⁸²

Em conclusão,

Contudo, como a vontade das partes é soberana neste capítulo, não podemos excluir que o negócio seja “inter vivos” e a morte do estipulante seja vista como um termo a que se subordinam os efeitos do negócio (termo “certo se” mas “incerto quando”) ou como uma condição – se falecer dentro de certa data, B entrega cinquenta contos a C. Nestes casos, a apurar através da interpretação da vontade das partes, já não funciona o art. 451.º [proibição dos pactos sucessórios], aplicando-se o regime normal dos contratos a termo ou sob condição.²⁸³

A construção doutrinária em torno da diferenciação entre os negócios jurídicos *causa mortis* e os pactos *post mortem* tem a utilidade de delimitar a incidência da proibição dos pactos sucessórios. Por conseguinte, descortina um interessante espaço para desenvolvimento da autonomia privada, com repercussão indireta no fenómeno sucessório.

2.3.1.2 Compra e venda imobiliária em *viager*: exemplo de autonomia privada no fenómeno morte

Difundida principalmente na França e em outros países da Europa, a compra e venda em *viager* ainda tem uma má reputação por caracterizar uma álea relacionada à expectativa de morte de uma das partes do negócio jurídico.²⁸⁴ O termo *viager* provém do francês arcaico, que significa “tempo de vida”.²⁸⁵

Através da compra e venda imobiliária em *viager*, o vendedor aliena a sua propriedade, reservando para si o usufruto vitalício de um bem imóvel; em contrapartida, o comprador paga o preço, que se desdobra em uma parte fixa, determinada livremente entre as partes, geralmente pago por ocasião da celebração do negócio, e uma parcela com incidência periódica, normalmente

²⁸² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v.3. p.62.

²⁸³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 2009. p.135-136.

²⁸⁴ LE GUIDEDEC, Raymond; PORTAIS, Julien. *Viager: vente immobilière en viager*. Paris: Elipses, 2015. p.3.

²⁸⁵ ARTAZ, Michel. *Viagers: régime juridique et fiscal*. 11.ed. Paris: Delmas, 2005. p.10.

mensal ou trimestral²⁸⁶, enquanto durar a vida do vendedor. Sobrevindo a morte do vendedor, cessa a obrigação quanto ao pagamento da renda mensal e a propriedade plena se consolida nas mãos do vendedor.

O negócio envolve claramente uma álea, que recai sobre uma das parcelas do preço: a renda vitalícia estipulada em favor do vendedor. Porque a álea recai sobre o fato jurídico morte, a compra e venda em *viager* assumiu uma má fama, que ganhou proporção global após o episódio envolvendo a francesa Jeanne Calment, que celebrou uma venda em *viager* com seu notário, André-François Raffay, quando tinha 90 anos, em 1965. Apesar de revelar um aparente bom negócio em favor do notário, se for considerada a expectativa média de uma mulher francesa à época e o péssimo hábito de vida da vendedora, ela chegou aos 122 anos de idade, batendo o recorde de pessoa mais longeva com documentos oficialmente registrados no mundo. O próprio comprador faleceu aos 77 anos, em 1995, enquanto a vendedora só veio à óbito em 1997, de modo que a operação não se revelou nem um pouco rentável, tendo-se ao fim pago mais de duas vezes o valor do bem.²⁸⁷

Recentemente, em 2015, a venda imobiliária em *viager* foi retratada no filme *Minha Querida Dama (My Old Lady)*, distribuído pela empresa California Filmes. A história envolve o recebimento por herança de uma grande casa em Paris por Mathias Gold, cujos pais são milionários. Ao viajar à capital francesa para tomar posse do imóvel, a personagem se surpreende com a presença de Mathilde no imóvel, uma senhora de 90 anos de idade, sem pretensão de se mudar. Após consultar especialistas, o protagonista descobre que a operação de compra da casa por seus pais foi através do instituto do *viager*, de modo que só poderia usufruir do bem quando a senhora, de forte temperamento, viesse a falecer.

Notícias dão conta de que o instituto em estudo já era conhecido desde os romanos e passou a ser utilizado em território francês desde os primeiros séculos, sendo desenvolvido na idade média sob a rubrica de “precários”, consistente na transmissão de um fundo de terra ou de uma soma em dinheiro a uma igreja ou monastério através do gozo vitalício sob forma de um usufruto ou de uma renda.²⁸⁸

²⁸⁶ TAVIGNON, Edith. *La vente en viager: intérêt, contrat, rente, fiscalité, extinction, prêt viager, hypothécaire*. 2.ed. Paris: Le Particulier, 2012. p.55.

²⁸⁷ ROGUE, Fanny. Le viager, renouveau d'un modèle ancien. *Issu de Petites affiches*, n.106, p.2, 27/05/2016.

²⁸⁸ ARTAZ, Michel. *Viagers: régime juridique et fiscal*. 11.ed. Paris: Delmas, 2005. p.9.

No século XIX, a compra e venda em *viager* teve um forte crescimento na França, à míngua de um sistema organizado de crédito imobiliário, tornando-se praticamente um modelo de acesso à propriedade pelos particulares.²⁸⁹

Ainda na França, a década de 80 representou um período de expansão do *viager*, devido à pressão inflacionária experimentada no período. Hodiernamente, a compra e venda em *viager* é uma operação pouco frequente naquele país, na ordem de 4.000 transações anuais, embora essa não seja uma estatística precisa.²⁹⁰

O negócio jurídico em questão envolve a transmissão de direito real e possui caráter oneroso, celebrado entre particulares. Da parte do vendedor, este transmite a nua-propriedade ao comprador, reservando para si o usufruto vitalício sobre o bem, adquirindo a posse, nessa qualidade, pelo constituto possessório. O comprador, em contrapartida, normalmente embolsa o vendedor de um montante fixo, embora não obrigatório, livremente estipulado pelas partes e que, naturalmente, tem um valor inferior ao preço de mercado do imóvel pela aquisição da propriedade plena.²⁹¹ Uma vez determinado o montante fixo, o saldo do preço se converte em renda periódica, que tem como termo final a morte do vendedor, à semelhança da constituição de renda vitalícia do direito brasileiro. Ela é a parte aleatória da avença.²⁹² Com a morte do vendedor, consolida-se a propriedade plena em favor do comprador e cessa a sua obrigação quanto ao pagamento da renda.

²⁸⁹ ARTAZ, Michel. *Viagers: régime juridique et fiscal*. 11.ed. Paris: Delmas, 2005, p.9.

²⁹⁰ *Ibid.*, p.10.

²⁹¹ O valor fixo pago inicialmente, chamado de *bouquet*, gira em torno de 10 a 40% do valor do bem, a depender da idade do vendedor. Quanto maior a sua idade, maior o montante do *bouquet*. “*Le bouquet est un capital, versé le jour de la signature du contrat de vente chez le notaire. Cet élément est fréquent mais pas obligatoire. Il n'existe pas de tarif officiel. Le vendeur (ou crédientier) fixe librement le montant de cette somme, qui représente généralement 10 a 40% de la valeur du bien. Plus le vendeur est âgé, plus le montant du bouquet est important*”. (TAVIGNON, Edith. *La vente en viager: intérêt, contrat, rente, fiscalité, extinction, prêt viager, hypothécaire*. 2.ed. Paris: Le Particulier, 2012. p.56). Tradução livre: “O *bouquet* é um capital, pago no ato da assinatura do contrato de venda perante o notário. É um elemento frequente, embora não obrigatório. Não há uma tarifa oficial. O vendedor (ou *crédientier*) fixa livremente o montante dessa soma, que representa geralmente 10% a 40% do valor do bem. Quanto mais velho for o vendedor, maior a importância do *bouquet*”.

²⁹² “*Une fois que le montant du bouquet est déterminé, le solde du prix de vente est converti en rente viagère. Elle représente la partie aléatoire du prix de vente qui correspond à la somme que l'acheteur (ou débirentier) s'engage à verser chaque mois ou chaque trimestre pendant toute la vie du vendeur. Ces versements sont aussi appelés 'arrérages'*”. (TAVIGNON, loc. cit.) Tradução livre: “Uma vez que o montante do *bouquet* é determinado, a diferença do preço de venda é convertida em renda vitalícia. Ela representa a parte aleatória do preço de venda correspondente à soma do que o comprador (ou *débirentier*) se obriga a pagar mensalmente ou trimestralmente durante toda a vida do vendedor. Tais pagamentos são também chamados ‘arrérages’”.

Porque a aquisição da propriedade plena e o preço final pago pelo comprador dependem de um futuro certo, mas imprevisível quanto ao momento da sua consumação, diz-se que o contrato é aleatório.

Visualiza-se na venda imobiliária em *viager* dois interesses marcadamente opostos, reveladores da sinalagma obrigacional. De um lado, a necessidade de segurança financeira do vendedor. Ela vem marcada pelo fato do *viager* ser praticado geralmente por pessoas idosas, que buscam nesse negócio jurídico obter uma segurança financeira que os instrumentos de seguridade social muitas vezes proporcionam de maneira insuficiente ou insatisfatória. Do lado do comprador, há a busca da aquisição da propriedade pela especulação.²⁹³

A população mundial, de um modo geral, tem apresentado um maior número de pessoas idosas e, ao mesmo tempo, um aumento na expectativa de vida. No Brasil, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Pesquisas Geográficas (IBGE), estima que a partir de 2042 a população passará a diminuir anualmente.²⁹⁴ Projeta-se que em 2060 o Brasil terá 120.724.934 de pessoas com 70 anos ou mais, o que corresponderá a aproximadamente 55% da população total.

À medida que a população envelhece, são conhecidos os problemas com o sistema de seguridade social, incapaz, a despeito da contribuição de seus segurados e da injeção extraordinária de recursos públicos, de manter o mesmo poder aquisitivo dos beneficiários, aposentados ou pensionistas.

Muitas dessas pessoas, entretantes, chegam a idade de aposentadoria como proprietárias de bem de raiz no qual vivem e do qual não desejam mudar-se. Nessa idade, experimentam uma queda da renda. Além disso, por vezes a região onde vivem sofre uma valorização seguida de aumento de custos de bens e serviços, dificultando, muitas vezes, a sua manutenção no local.

Essa realidade é bastante visível na União Europeia, em que o encolhimento da população já é fato em muitos países. Aliado a isso, as grandes metrópoles mundiais sofrem o

²⁹³ “*Dass ausgerechnet der Leibrentenvertrag gewählt wurde (bzw. wird) soll sich auf zwei kontradiktorische Strömungen in der französischen Gesellschaft zurückführen lassen: das Sicherheitsbedürfnis einerseits, die Spekulationsfreude andererseits (,le besoin de sécurité et la recherche de la spéculation’)*”. (SPIEGL, Katarina. *Die vertraglich begründete Leibrente: Untersuchung zum deutschen im Vergleich zum französischen und österreichischen Recht*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Passau, Alemanha, 2014. p.9). Tradução livre: “A escolha do contrato de renda vitalícia é atribuída a duas correntes contraditórias na sociedade francesa: de um lado, a condição de segurança; de outro, a especulação”.

²⁹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeção da população do Brasil por sexo e idade: 2000-2060*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm>. Acesso em: 19 fev. 2016.

fenômeno da gentrificação²⁹⁵, culminando com a vinda das classes mais altas para as zonas mais centrais da cidade, substituindo gradativamente as classes populares que, ou se rendem à venda de seus imóveis, agora hipervalorizados, ou, pior, são forçadas à alienação por não suportar a elevação dos custos de produtos e serviços do entorno.

Ciente disso, a Comissão Europeia encomendou um estudo visando projetar soluções financeiras para pessoas em idades avançadas que possuam bem de raiz no qual residam e que desejam capitalizar-se sem se despojar da posse do bem. A essas transações, Oliver Arentz as atribuiu o nome de *Immobilienverzehr*, ou seja, os negócios que têm por característica a obtenção de capital a partir do imóvel de residência própria, sem que o seu proprietário tenha que renunciar à posse do bem.²⁹⁶ Nas palavras dos idealizadores do estudo, trata-se do ERS (*Equity Release Schemes*), que tem a seguinte definição:

ERS transform fixed assets in owner occupied dwellings into liquid assets for private pensions. They thus enable a homeowner to access the wealth accumulated in the form of his or her home, while being able to continue to live in it. An illiquid asset becomes a source of liquidity, mainly for consumption purposes. They take two different forms: Loan Model ERS provide a loan that will finally be repaid from the sale proceeds of the property. Sale Model ERS involve an immediate sale of the property but provide for the right to stay in it and to use the cash price for retirement payments.²⁹⁷

Os modelos propostos como ERS, contudo, dependem da presença de quatro requisitos, a saber: 1) trata-se de um serviço financeiro; 2) seja fonte de liquidez para o futuro; 3) contenha

²⁹⁵ Em interessante incursão e reflexão sobre o tema em perspectiva global e local, analisando o fenômeno em cidades como Londres, Bruxelas, Lyon, Barcelona, Nápoles, Cidade do México e São Paulo, cf. BIDOUC-ZACHARIASEN, Catherine (Org.). *De volta à cidade: dos processos de gentrificação às políticas de “revitalização” dos centros urbanos*. São Paulo: Annablume, 2006. 293p.

²⁹⁶ “*Transaktionen, die die Eigenschaften der Kapitalentnahme bei Wohnimmobilien erfüllen, ohne dass der Haushalt sein Wohnrecht an der Immobilie aufgeben muss*”. (OLIVER, Arentz. *Immobilienverzehr: Möglichkeiten und Grenzen*. Colônia: Universität Köln Institut für Wirtschaftspolitik, 2010. p.5). Tradução livre: “Transações que atendam às características de obtenção de capital a partir do imóvel residencial, sem que o proprietário deva renunciar à moradia no imóvel”.

²⁹⁷ REIFNER, Udo; CLERC-RENAUD, Sebastien; PÉREZ-CARRILLO, Elena F.; TIFFFE, Achim; KNOBLOCH, Michael. *Study on Equity Releases Schemes in the EU: Part I: General Report*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/credit/equity_release_part1_en.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016. Tradução livre: “ERS transforma ativos fixos ocupados pelo dono da moradia em ativos líquidos para rendas privadas. Dessa forma eles permitem ao dono do imóvel ter acesso à riqueza acumulada na forma da sua casa própria, enquanto viabiliza que continue a morar nela. Um ativo ilíquido torna-se uma fonte de liquidez, principalmente para propósitos de consumo. Assumem duas diferentes formas: o Modelo de Empréstimo ERS concede um empréstimo que vai ser pago a partir de procedimentos de venda da propriedade. O Modelo de Venda ERS envolve uma venda imediata da propriedade mas permite o direito de se manter nela e usar o dinheiro obtido para pagamentos de aposentadoria”.

um direito firme de manter-se na ocupação da propriedade; 4) depender unicamente do imóvel para reembolso/pagamento do montante liberado unicamente ou sob a forma de renda.²⁹⁸ Nesse contexto, várias foram as formas idealizadas para esse desiderato.²⁹⁹

O *viager* foi colocado ao largo do *Equity Release Scheme* pelo fato de não encerrar o primeiro requisito: tratar-se de um serviço financeiro, ou seja, estar inserido no âmbito das instituições bancárias. A despeito disso, o instituto é funcionalmente apto a prover o titular em idade avançada de capital para satisfação das suas necessidades pessoais no período de sobrevivência, garantindo, ainda, a ocupação do bem, com custos operacionais menores.

Sem embargos, a preocupação da comunidade europeia ao idealizar o *Equity Release Scheme* foi justamente a obtenção de capital por pessoas idosas, a fim de que elas possam, a partir desse numerário, viabilizar a satisfação de suas próprias necessidades, muitas delas de cunho nitidamente existencial, como tratamento médico, manutenção da posse do imóvel e do consumo de bens e serviços na região etc. Principalmente nas grandes cidades, devido ao aumento exponencial do preço dos imóveis. A hipervalorização, contudo, não veio acompanhada do incremento da renda dos respectivos proprietários, que passaram a testemunhar também o natural aumento desenfreado dos preços dos produtos e serviços da região.

Pessoas idosas, dependentes muitas vezes de aposentadorias e pensões insuficientes, são por vezes obrigadas a mudar de bairro, por não suportar o acréscimo dos preços dos produtos e serviços, consequência da valorização desenfreada de bairros tornados nobres da cidade.

Na experiência estrangeira, esses momentos foram acompanhados de movimentações econômicas não apenas para acesso ao crédito imobiliário, mas também para o incremento de renda, a fim de evitar que os proprietários fossem involuntariamente expurgados do seu local de morada, do seu bairro ou da sua cidade.

Na França, esse cenário encontrou na reforma do direito sucessório naquele país, em 2006, o território para reflorescer o *viager* em um novo instituto jurídico, a *prêt viager*

²⁹⁸ REIFNER, Udo; CLERC-RENAUD, Sebastien; PÉREZ-CARRILLO, Elena F.; TIFFFFE, Achim; KNOBLOCH, Michael. *Study on Equity Releases Schemes in the EU: Part I: General Report*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/credit/equity_release_part1_en.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²⁹⁹ REIFNER, Udo; CLERC-RENAUD, Sebastien; PÉREZ-CARRILLO, Elena F.; TIFFFFE, Achim; KNOBLOCH, Michael. *Study on Equity Releases Schemes in the EU: Part I: General Report*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/credit/equity_release_part1_en.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

*hypothécaire*³⁰⁰, resultado da inspiração da *reverse mortgage* americana e do *lifetime mortgage* inglês. E o próprio envelhecimento da população poderá despertar nova atenção à antiga técnica da venda imobiliária em *viager*.

A relevância da venda imobiliária em *viager* se dá, ainda, pelas seguintes razões: o contínuo aumento da expectativa de vida; a renda adicional que contribuiu para pensionistas interessados em uma vida melhor; a redução gradual da renda de pessoas idosas; a crescente procura por jovens em construir um patrimônio a partir do bem de raiz sem custos iniciais significativos.³⁰¹

À primeira vista, trata-se de um interessante instituto, merecedor de tutela sob a perspectiva da autonomia privada, já que subjaz à realização de interesses extracontratuais socialmente relevantes. A sua possibilidade na realidade jurídica pátria se torna possível não apenas a partir das estruturas do usufruto e da renda vitalícia, mas também do necessário dimensionamento da identificação do alcance da proibição dos pactos sucessórios enquanto negócio *causa mortis*, o que acaba abrindo novos espaços de expressão da autonomia negocial no campo dos negócios com eficácia *post mortem*.

2.3.1.3 A nulidade e a possibilidade de redução ou conversão do pacto sucessório institutivo. A doação *mortis causa*

Já se afirmou exaustivamente que o pacto sucessório é considerado nulo pela legislação civil por ser proibida a sua prática, embora sem cominação de sanção expressa, atraindo a regra prevista na segunda parte do inciso VII do artigo 166 do Código Civil, em operação alcinhada pela doutrina de *nulidade virtual*.

³⁰⁰ “Par cet acte, un propriétaire pourra obtenir d’un établissement de crédit un prêt garanti par son bien immobilier, prêt qui ne sera remboursé qu’à son décès. Un tel contrat permet à une personne d’obtenir des ressources, en capital ou sous la forme de versements périodiques, tout en conservant la propriété de son bien” (ROGUE, Fanny. Le viager, renouveau d’un modèle ancien. *Issu de Petites affiches*, n.106, p.2, 27/05/2016.). Tradução livre: “Por esse ato, um proprietário pode obter de um estabelecimento de crédito um empréstimo garantido por seu imóvel; empréstimo que só será pago até sua morte. Tal contrato permite que uma pessoa obtenha recursos com pagamentos periódicos, conservando a propriedade de seu bem”.

³⁰¹ ARTAZ, Michel. *Viagers: régime juridique et fiscal*. 11.ed. Paris: Delmas, 2005. p.10.

A nulidade não carrega sempre e necessariamente a consequência da absoluta ineficácia da declaração de vontade, mormente se a finalidade prática buscada pelos agentes puder ser assegurada pela redução das suas disposições ou por estrutura jurídica diversa.

Em respeito ao princípio da conservação do negócio jurídico ou *favor negotii*³⁰², o próprio Código Civil contempla regra segundo a qual a nulidade parcial de um negócio jurídico não prejudicará a parte válida, se esta for separável, respeitada a intenção das partes.

Consagra-se, assim, a possibilidade de conservação do negócio, seccionado da parte fulminada pela nulidade, desde que ela não seja substancial.³⁰³ Obviamente, se a parte atingida pela nulidade for nuclear, essencial e contiver diversas disposições dela dependentes, o negócio como um todo não pode subsistir. A alusão à intenção das partes não deve ser compreendida em sentido subjetivo, mas lógico, significando que a redução decorrente do reconhecimento da invalidade parcial deve estar em consonância com os objetivos práticos, atendendo *in concreto* à função econômico-social do negócio.³⁰⁴

Nas palavras de Zeno Veloso os requisitos conformadores à redução do negócio jurídico referem-se à obediência ao *princípio da separabilidade* e da *vontade hipotética ou conjectural das partes*:

Pelo exposto, a redução só é admissível se forem atendidos dois requisitos: o primeiro, de que a nulidade ou a anulação parcial não determine a invalidade do conjunto (princípio da separabilidade; o segundo, que decorre de interpretação da vontade das partes, a demonstração de que o negócio teria sido celebrado apesar do vício ou defeito que o fulminou parcialmente (vontade hipotética ou conjectural das partes. Em suma, não pode haver a redução se se concluir que as partes não teriam querido o negócio sem a fração inválida.³⁰⁵

³⁰² BUSSATA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1067.

³⁰³ De acordo com Clóvis Beviláqua, “É princípio de direito que o útil não se vicia com o inútil. *Utile per inutile vitatur*. Se a parte do acto não é elemento substancial delle, se pôde ser afastada, sem prejuizo nem alteração do todo, não o contaminará e poderá ser afastada” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: edição histórica. Rio de Janeiro: Rio. p.420).

³⁰⁴ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.117.

³⁰⁵ VELOSO, loc. cit.

Supondo um contrato que contemple uma cláusula de pacto sucessório, a nulidade total do negócio poderia ser obstada se possível fosse a redução. Dessa forma, opera-se a redução se o negócio contiver complexas e distintas disposições, às quais são separáveis da cláusula referente à sucessão futura, e a sua manutenção, a despeito do reconhecimento da nulidade parcial, respeitar a função socioeconômica perseguida pelas partes no caso concreto.

Embora abstratamente possível de acordo com a técnica jurídica, a dificuldade será visualizar situações em que a nulidade da cláusula sobre sucessão futura não se estenda a todo o negócio, porque dela dependente. Raras serão as hipóteses em que os acordos sobre herança futura, na intenção das partes, constitua um elemento menos essencial ou sem o qual as partes ainda assim teriam celebrado o contrato.³⁰⁶

Nesse sentido, se a disposição acerca da sucessão futura for justamente o elemento essencial do negócio, embora descabida a invalidação parcial, discute-se a possibilidade de conversão, com base no artigo 170 do Código Civil.

A conversão é operação atinente ao negócio jurídico que, reputando-se inválido, pode ter seus elementos aproveitados com outra estrutura, sem comprometer a finalidade perseguida pelas partes. Nos termos do Código Civil, se “o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

Trata-se de instituto também relacionado ao princípio da conservação³⁰⁷ e também a boa-fé objetiva.³⁰⁸ Os negócios que contêm falhas consideradas pelo direito como dirimentes da validade são por ele alcançados, podendo, por processo hermenêutico³⁰⁹, ser convertido em outro negócio similar ao primeiro, mantida a finalidade socioeconômica perseguida pelos agentes.

³⁰⁶ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.112.

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v.1. p.321.

³⁰⁸ De acordo com Daniel Mittietto a correlação da conversão substancial com a boa-fé objetiva seria o impedimento de “que se frustrem, ao menos parcialmente, os efeitos pretendidos com a atuação jurídico-negocial das partes”. (MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). *A parte geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.353).

³⁰⁹ Na lição de Zeno Veloso: “A conversão, tendo o escopo de conferir algum efeito ao querido pelas partes, depende, sem dúvida, de um processo de interpretação da vontade, resultando, assim, de uma *interpretação integradora*” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.124). Ainda: “A conversão é o processo pelo qual o negócio jurídico, não o ato

Trata-se de mais um indício da prevalência da função sobre a estrutura, pois o que se busca, em última análise, é a manutenção dos efeitos buscados pelas partes, embora sob outro negócio, estruturalmente diverso. Aproveita-se o suporte fático³¹⁰, enquadrando-o em uma nova tipologia negocial, desta vez válida e cujos requisitos se mostram presentes, viabilizando o atendimento dos interesses concretos e dos efeitos almejados pela declaração.

Zeno Veloso ressalta a necessidade de que o negócio convertido satisfaça os fins almejados pelos interessados:

Além de se verificar se o negócio inicial (inválido) contém os requisitos substanciais e formais do outro, em que vai ser convertido, deve-se avaliar se o contrato substituto tem conexão com os fins perseguidos pelos interessados, se os satisfaz ou se aproxima deles.

Assim como na redução dos negócios inválidos (nulidade parcial), na conversão é preciso pesquisar e observar a vontade hipotética das partes. Os efeitos que se reconhecem ao negócio convertido, ainda que mais reduzidos, menos extensos, têm de corresponder aos interesses sociais e econômicos dos que celebraram o negócio primitivo.³¹¹

Ao traçar como requisito a validade da nova estrutura e a equivalência funcional, afasta-se o subjetivismo. Em outros termos, o negócio nulo deve conter os requisitos do negócio convertido (aspecto estrutural) e o sucedâneo deve ter alcance equivalente na sua função socioeconômica e no atendimento dos interesses concretos³¹² (aspecto funcional).

Nessa linha de pensamento, Antônio Junqueira Azevedo critica a concepção voluntarista do negócio jurídico, por não condizer com a índole social do Direito, asseverando que o negócio não é “propriamente o ato de vontade de alguém, mas sim, o que a sociedade vê como sendo o ato

jurídico em senso estrito, nulo pode produzir efeitos de um negócio diverso. Baseia-se no princípio interpretativo, que é o princípio da conservação dos atos jurídicos, segundo o qual, em caso de dúvida, deve interpretar-se o ato no sentido de produzir algum efeito, e não no sentido contrário, de não produzir nada” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.577).

³¹⁰ “A conversão é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão de sua nulidade ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente. Para isso, é preciso que concorram o pressuposto objetivo dessa suficiência e o pressuposto subjetivo de corresponder à vontade dos figurantes a conversão, se houvessem conhecido a nulidade ou a anulabilidade”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 4. § 374, p.63).

³¹¹ VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.122.

³¹² MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.336).

de vontade de alguém”.³¹³ Realça o subjetivismo e a falta de lógica ao condicionar a conversão do negócio jurídico à *vontade presumida* e a *suposição de que, soubessem da nulidade, a teriam evitado*. Em seu entender, o intérprete não deve se preocupar com o íntimo do agente, mas caminhar para uma solução mais objetiva da conversão, interpretando não a vontade presumida, mas aquilo que efetivamente foi declarado. E conclui:

Como se percebe, não há, aí, necessidade de imaginar qual teria sido a vontade das partes, se houvessem previsto a nulidade ou a ineficácia; basta que o fim, que resulta do novo negócio, não seja contrário ao que as partes declararam querer. A questão, assim, parece-nos que encontra solução que não despreza a vontade das partes, mas há de se tratar da vontade declarada, e não de uma vontade qualquer, interna ou hipotética. Essa solução combina, com maior equilíbrio, e salvo melhor juízo, objetivismo e subjetivismo.³¹⁴

Dividem-se, assim, os teóricos da conversão do negócio jurídico em subjetivistas, propugnando pela atenção à efetiva intenção das partes, e objetivistas, centrados precipuamente na vontade declarada.³¹⁵ Assim, o elemento objetivo é a correlação material entre o negócio jurídico convertido e o seu sucedâneo; já o elemento subjetivo será a vontade hipotética das partes, podendo-se supor que o negócio seria celebrado se a nulidade fosse prevista (corrente subjetivista), ou que se atenda à causa do negócio e os interesses concretos que lhe sejam subjacentes.^{316,317}

Fincadas tais premissas, resta perquirir acerca da indagação: seria possível a conversão de pacto sucessório institutivo em testamento?

Da experiência italiana extrai-se o posicionamento jurisprudencial contrário à conversão. Segundo julgados da *Corte di Cassazione*³¹⁸, o pacto sucessório (nulo) não seria suscetível de

³¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1011.

³¹⁴ *Ibid.*, p.1014.

³¹⁵ BUSSATA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1075.

³¹⁶ MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.353.

³¹⁷ Em semelhante sentido: MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.86.

³¹⁸ ITÁLIA, Cass. 14 luglio 1983, n.º 4827 e, mais recentemente, Cass. 19 novembre 2009, n.º 24450.

conversão em outro negócio válido, especialmente em testamento, pois assim iria atingir os seus objetivos, proibidos por lei. Doutrinariamente, os posicionamentos são os mais variados.³¹⁹

Em doutrina e jurisprudência nacionais, se o estudo do tema pactos sucessórios já é raro, maior ainda é a dificuldade de encontrar opiniões no sentido da aplicação do instituto da conversão aos pactos sucessórios. O verbete “pacto sucessório” não retorna nenhum resultado relacionado ao tema em mecanismos de busca do Superior Tribunal de Justiça.³²⁰ O Supremo Tribunal Federal³²¹ aponta apenas um resultado, o Recurso Extraordinário n.º 93603/GP, relatado pelo então Ministro Néri da Silveira e julgado em 31/05/1994. O caso envolvia a formalização de dois testamentos públicos em instrumentos distintos e sucessivos, feitos por marido e mulher, na mesma data e no mesmo local, perante as mesmas testemunhas e tabelião. Discutia-se se a reciprocidade constante dos distintos atos configuraria *testamento conjuntivo* ou até mesmo *pacto sucessório*, ambos vedados pela lei vigente à época, o Código Civil de 1916. Entendeu o Pretório Excelso que as condições dos autos não denotavam nem o testamento de mão comum, tampouco o pacto sucessório, firmando o entendimento de que “o fato de marido e mulher fazerem, cada qual, o seu testamento, na mesma data, local e perante as mesmas testemunhas e tabelião, legando um ao outro a respectiva parte disponível, não importa em se tolherem, mutuamente, a liberdade, desde que o façam em testamentos distintos”³²², conservando a revogabilidade essencial. Assim, o recurso foi provido, para o fim de julgar improcedente a ação declaratória de nulidade dos testamentos.

³¹⁹ Para M. Vignale, a conversão estaria limitada ao pacto sucessório institutivo à título gratuito (Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione dei negozi illeciti. *Dir. e giur.*, p.322, 1962). Em sentido contrário: M. V. De Giorgi (Patto successorio. *Enc. Dir.*, Milano, p.548, 1981), que observa que a conversão seria impedida pelos meios e não o fim que realiza o pacto sucessório, ou seja, “o conjunto das relações patrimoniais previstas pelo sujeito para o tempo após a morte”.

³²⁰ Pesquisa realizada no mecanismo de busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através do sítio eletrônico <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³²¹ Pesquisa realizada no mecanismo de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através do sítio eletrônico <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 93603/GO*. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 31/05/1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 04/08/1995, p.685.

Caso semelhante ao julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi recentemente analisado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.³²³ A especificidade, porém, é o fato de que os cônjuges haviam formalizado o testamento num mesmo ato e não em instrumentos separados, incorrendo na proibição do testamento conjuntivo. Foi considerada a excepcionalidade da situação fática dos autos, por se tratar de casal estrangeiro, induzido a erro pelo tabelião, mas no ato estava declarado o inequívoco interesse de deixar os seus bens em favor da filha de criação. O Tribunal entendeu, então, que a decretação de nulidade do testamento exprimiria apego excessivo ao formalismo, mormente pela inexistência de outros parentes sucessíveis, ao que os bens seriam entregues à Fazenda Pública. Determinou-se, então, “a conversão substancial do negócio jurídico para que fosse preservada a vontade dos falecidos constante da Escritura Pública de Testamento”.

Defende-se que a conversão fica impedida porque a finalidade pretendida pelas partes seria impossível em razão da ilicitude³²⁴ do negócio a ser convertido.³²⁵ Em outras palavras, se a lei impede a celebração do pacto sucessório, a conversão seria, em última análise, uma manobra contra aquilo que ela própria reputa ilícito. Nesse sentido, a proibição de estabelecer negócios sobre herança futura estaria conectada a uma ilegalidade da causa do ato e o “respeito substancial do propósito das partes” legitimaria o que a própria regra quer proibir.

Um contraponto a esses argumentos é que, ao menos no tangente à legislação brasileira, a proibição dos pactos sucessórios está ligada mais ao aspecto estrutural do negócio e não às finalidades e propósitos substanciais pretendidos pelas partes. Nada impede, a rigor, que efeitos sejam projetados para patrimônios *post mortem* de uma pessoa a partir de negócios jurídicos, como sói ocorrer com os testamentos e até mesmo a partilha em vida.

De maneira mais simplificada, a multiplicidade de manifestações da autonomia privada dentro dos pactos sucessórios pode revelar a possibilidade de aproveitamento dos seus

³²³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível, Acórdão n.º 823214, APC 20110610113130*. Relator: Alfeu Machado. Revisor: Maria Ivatônia. Julgamento: 01/10/2014. Órgão Julgador: 1.ª Turma Cível. Publicação: DJE 06/10/2014. Pág.: 71.

³²⁴ Marcos Bernardes de Mello defende que a conversão só é possível em casos de incapacidade do agente ou de forma, sendo a nulidade irremovível nos casos de ilicitude, imoralidade ou impossibilidade do objeto (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.308).

³²⁵ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.113-114.

elementos como testamento, desde que preenchidos os respectivos requisitos e observada a equivalência dos efeitos e interesses concretos.

Suponha-se uma instituição contratual de legado, a título gratuito, por meio do qual uma das partes designa a outra como sua legatária de um bem específico e determinado do seu patrimônio, presentes três testemunhas que atestem o ato. Poderia se argumentar o seguinte: o suporte fático, posto nulo e contanto que não denote o objetivo de fraudar lei imperativa, pode ser convertido em testamento particular. Os elementos da estrutura nula são aproveitados, franqueando-se o alcance dos efeitos perquiridos pelas partes.

É o caso da doação *mortis causa*, por meio da qual o disponente prevê a transferência de bens de seu patrimônio, à título gratuito, em favor do donatário, para depois da sua morte. Advoga-se no sentido da inadmissibilidade dessa modalidade de doação por representar uma subversão do regime sucessório instituído pela lei e, também, por se aproximar do pacto sucessório³²⁶, na sua modalidade de instituição de legado contratual.

A doação *mortis causa* está atrelada à origem da cláusula de reversão, remontando ao direito romano.³²⁷ À medida que a sociedade romana evoluiu³²⁸, a doação *mortis causa* sofreu transformações, até que no período pós-clássico foi considerada como condição suspensiva,³²⁹ passando ao donatário somente com a morte do doador.³³⁰ No direito justinianeu foi admitida

³²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.3. p.350. O autor, embora reconheça o silêncio da legislação brasileira a respeito, cita a tendência do direito estrangeiro da época para então afirmar que o instituto “está efetivamente abolido” (p.351). Além disso, após conceituar os atos jurídicos *mortis causa*, indica três institutos correlatos: o testamento, o pacto sucessório e a doação *mortis causa* (p.348).

³²⁷ SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.2, n.9, p.10211-10212, 2013.

³²⁸ Permita-se o esclarecimento de Moreira Alves: “Segundo a maioria dos autores, a doação *mortis causa*, em ambos esses casos, já existia no direito clássico, tendo possivelmente a segunda hipótese (doação *mortis causa* em vista de perigo iminente) surgido anteriormente à primeira (doação *mortis causa* por simples cogitação da morte). Há autores, porém, que pretendem que somente aquela existiu no direito clássico; esta surgiu apenas no direito pós-clássico ou no direito justinianeu”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.565-566).

³²⁹ *Ibid.*, p.566.

³³⁰ SALVATORI, *op. cit.*, p.10212.

a revogabilidade³³¹ da doação por morte, deturpando o instituto e aproximando-o da figura dos legados.³³²

De acordo com o esclarecimento de Clóvis Beviláqua:

A doação *mortis causa* é, também um modo de dispor do patrimônio, para depois de cessar a vida. Em um sentido lato, é toda doação feita em vista da morte do doador ou do donatário. Mas pode ser tomada, propriamente, em dois sentidos: Será um verdadeiro contrato, pelo qual o doador entrega certos bens ao donatário, para que este os restitua, depois, ao mesmo doador, se ele sobreviver a um lance previsto, ou para que os conserve para si, na hipótese de não se dar essa sobrevivência. Esta é a primeira e verdadeira acepção em que deve ser tomada a expressão – doação *mortis causa*. Geralmente, porém, designa ela também as liberalidades, cujo efeito é adiado para depois da morte de quem as faz.³³³

As legislações modernas, influenciadas pela perspectiva de proibição dos pactos sucessórios, deixaram de prever as doações *causa mortis*, por sua proximidade com a instituição de legado de pessoa viva.

O Código Civil de Portugal proíbe a doação por morte, ressaltando, porém, a possibilidade de aproveitamento do ato como disposição testamentária, se tiverem sido observadas as formalidades inerentes ao testamento.³³⁴ No direito comum espanhol, o Código Civil reconhece essa modalidade de doação, estabelecendo regras específicas que lhe aproximam das disposições de última vontade, entre as quais a possibilidade de revogação a qualquer momento por parte do doador.³³⁵

³³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.566.

³³² TAVARES, José. *Os principios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.33; MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo 4. Capítulo X. § 224.

³³³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.246-247.

³³⁴ Código Civil Português, Artigo 946.º (Doação por morte) “1. É proibida a doação por morte, salvo nos casos especialmente previstos na lei. 2. Será, porém, havida como disposição testamentária a doação que houver de produzir os seus efeitos por morte do doador, se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos”.

³³⁵ Em doutrina espanhola: “*La donación mortis causa posee las siguientes características a) Posibilidad de revocación por el donante, de forma similar a la facultad de todo testador para revocar en cualquier momento el testamento. b) Exigencia de que el donatario sobreviva al donante, porque la donación no produce efectos sino post mortem, de la misma forma que el heredero ha de sobrevivir al causante para heredarle. c) La jurisprudencia declara también de manera reiterada que a las donaciones mortis causa se le aplican las reglas de forma de las disposiciones testamentarias. Han de revestir la forma y solemnidad de los testamentos*”. (MOYA, Federico Arnau. *Lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Espanha: Universitat Jaume, 2008/2009. p.251). Tradução livre: “A doação *mortis causa* tem as seguintes características: a) Possibilidade de revogação pelo doador, de forma similar à facultade de todo testador

Nossa legislação silenciou a respeito do tema, razão porque autores clássicos concluíram que “o silêncio vale, no caso, por incontável eliminação de um instituto híbrido, cuja aceitação devia constar na lei mesma”.³³⁶

Pontes de Miranda realizou percutiente análise das doações *mortis causa*, concluindo pela possibilidade de sua instituição, com inerente atributo da irrevogabilidade, seja estabelecendo uma condição à causa da morte ou a própria morte como termo. Distingue, então, a doação enquanto negócio jurídico *mortis causa* da doação *inter vivos* com efeitos para o tempo da morte. Esta última chama de *doação por morte*. Não seria o negócio um contrato sucessório, vedado pela lei, porque o objeto não é a *herança futura*, senão um bem determinado e presente ao patrimônio do doador.³³⁷ Assim,

Se *inter vivos* (e para isso basta ser irrevogável), ter-se-á de observar o direito comum das doações. Se revogável ao arbítrio do doador (potestativa pura), somente poderia valer como disposição de última vontade. [...]

Temos, portanto:

a) Preliminarmente, se a atribuição é em testamento, ou, excepcionalmente, em codicilo, há *legado*, e não *doação*. Em negócio jurídico unilateral, de última vontade, dispõe-se de herança ou de parte dela, em legado.

b) A doação precisa conter os elementos do suporte fático do contrato unilateral sem que, com êle, se esteja a fraudar a lei (Código Civil, art. 1.089), isto é, a proibição de pactos sucessórios.

Se o que se chamou doação é alienação de que *será* a herança, há pacto sucessório, salvo se se pode, pela forma e pelo fundo, pensar em disposição de última vontade. Quem diz “disposição de última vontade” fala de testamento ou de codicilo. É preciso, portanto,

para revogar, a qualquer momento, o testamento. b) Exigência de que o donatário sobreviva ao doador, porque a doação não produz efeitos senão post mortem, da mesma forma que o herdeiro deve sobreviver ao causante para herdar. c) A jurisprudência declara também de maneira reiterada que às doações mortis causa se aplicam as regras de forma das disposições testamentárias. Devem se revestir da forma e solenidade dos testamentos”.

³³⁶ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v.1. p.52.

³³⁷ Nas palavras do citado autor: “Antes de exame dos casos, cabe a preliminar: vale a doação com a condição da morte do doador? Sim, respondemos, há uns quarenta anos, em sentença: A questão da validade ou nulidade pode ser encarada, ou diante do art. 1.089 [atual 426], ou do art. 1.721 [atual art. 1.846], do Código Civil. Não é a mesma coisa. A primeira regra jurídica veda que seja objeto de contrato a *herança* de pessoa viva. A *herança*, e não coisa que se ache no patrimônio de alguém. Se essa não fosse a interpretação, só haveria uma espécie de negócios jurídicos *para a morte*: os testamentos. Ora, no art. 314 alude-se a doações para depois da morte do testador. [...] O doador podia entregar a coisa desde logo, estipular dois, três, dez, vinte, setenta anos para a entrega: podia, pois, optar por acontecimentos fixadores, como a morte de B, de C, ou a *sua* morte. Não dispôs da sua herança: dispôs de uma, de duas coisas, que se acham no seu patrimônio. Há vendas com o termo da morte, há de haver doações para a morte. A análise das relações logo nos diz que a proibição do art. 1.089 não atinge tais negócios jurídicos. [...] Quanto à doação com o termo ou a condição morte do doador, que chamaremos *doação por morte*, nada obsta a sua validade. Trata-se de contrato ordinário, a termo, ou condicional. Ocorre o mesmo no direito francês, que foi o direito tipicamente hostil a tais liberalidades. É irrevogável, porque são defesas (Código Civil, art. 115, 2.^a parte) todas as condições que sujeitam o ato ao arbítrio de uma das partes. [...]” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo 46. p.218-219).

que se trate de doação irrevogável, porém de contrato que não seja pacto sucessório. Se o é, há nulidade.³³⁸

A discussão sobre saber se nulidade alcançaria somente a instituição à título universal e não à título particular divide ainda hoje os romanistas.³³⁹ Em outras palavras, é de se indagar se a instituição de legado contratual estaria abrangida pela proibição dos pactos sucessórios. Apesar de constar do Código a menção à “herança de pessoa viva”, a opinião majoritária em doutrina é de que a restrição alcança a doação *mortis causa*.

Para Caio Mário da Silva Pereira o nosso direito não considera a doação *mortis causa*, de modo que “as liberalidades *mortis causa* fazem-se por testamento, que é o seu instrumento adequado”.³⁴⁰ No mesmo sentido opinam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, para quem os instrumentos jurídicos aptos a contemplar uma pessoa, gratuitamente, por ocasião da morte, são apenas o testamento e o codicilo.³⁴¹ Paulo Lôbo enfatiza que a impossibilidade da *donatio causa mortis* decorre da natureza real do contrato de doação, a impor a imediata transferência posse para perfeição do negócio, além de esbarrar na vedação ao objeto de herança de pessoa viva.³⁴² Ana Luiza Maia Nevares afirma que a

³³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo 46. p.221-224, passim. Como se vê, a construção do autor é semelhante a aqui formulada acerca da diferença entre os negócios jurídicos *mortis causa* e os pactos *post mortem*.

³³⁹ A polêmica é descrita por Guilherme Braga da Cruz: “Um ponto hoje muito discutido pelos romanistas é o de saber se esta hostilidade de direito romano contra a instituição contratual abrangeria apenas a instituição a título universal (instituição contratual de herdeiro) ou também a instituição a título particular (legado contratual). O que importa frisar a este respeito é que, tenha ou não havido uma hostilidade *de princípio* contra essa modalidade de pactos, o direito romano admitiu sempre, desde os tempos mais remotos até à época de Justiniano, a validade de certos negócios jurídicos que, se bem analisarmos, implicam ou poder implicar, directa ou indirectamente, uma instituição contratual a título singular. Tal é, no antigo direito, o caso da *mancipatio familiae mortis causa*; no direito clássico, o caso do *pactum de lucranda dote*; e, no direito justinianeu, a *stipulatio post mortem* e o *mandato post mortem*”. (CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.99, 1965).

³⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.3. p.222.

³⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p.215

³⁴² LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.282

figura da doação *mortis causa* foi abolida do ordenamento jurídico, outrora prevista restritamente no art. 314 do Código Civil de 1916.³⁴³

A aproximação da doação com o legado é sentida por Orlando Gomes, ao afirmar que “nosso direito não admite a doação ‘mortis causa’, embora produza efeitos, se revestir a forma de *legado*, ou se se fizer *propter nuptias*”.³⁴⁴

A conversão substancial é admitida por certos autores, desde que os pressupostos do respectivo ato de última vontade (codicilo ou testamento) estejam presentes.³⁴⁵ Na Itália, as opiniões sobre a conversão do pacto sucessório são as mais variadas.³⁴⁶ Embora haja defensores da conversão^{347,348}, a doutrina majoritária parece posicionar-se pela inadmissibilidade da operação.³⁴⁹ E os argumentos citados são o escopo que o negócio teria de fraudar lei imperativa,

³⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.312.

³⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.256.

³⁴⁵ É o caso de Pablo Gagliano, cuja opinião é a seguinte: “Concluimos, pois, pela inadmissibilidade da doação para depois da morte do doador, figura que, diga-se, carece de previsibilidade legal. Ressalvamos, porém a possibilidade de a doação *mortis causa* vir a ser aproveitada como legado, para beneficiar um legatário, por exemplo, se contiver os requisitos de validade deste último”. (GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídica e seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.53).

³⁴⁶ ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. *Jus Civile*, n.10, p.715, 2013. nota 51.

³⁴⁷ VIGNALE, M. *Il patto successorio Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione dei negozi illiciti*, in *Dir. e giur.*, 1962, p.322 apud ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.113, nota 150. O autor limita a conversão à instituição contratual a título gratuito.

³⁴⁸ Criticando a interpretação excessivamente restritiva da conversão dos que defendem a impossibilidade de seu uso aos pactos sucessórios: TRAIACI, Francesco Paolo. *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p.172-173.

³⁴⁹ Nesse sentido noticia Marco Martino (MARTINO, Marco. *I Patti Successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*. Bologna: Dupress, 2016. p.75).

além da característica da irrevogabilidade, a afrontar a liberdade de testar.³⁵⁰

De fato, não se pode negar que a tentativa de fraudar lei imperativa é causa de nulidade, impedindo, por conseguinte, que um pacto sucessório obtenha, pela via da conversão, os efeitos pretendidos pelas partes, em completa subversão tautológica que esvaziaria a norma proibitiva. Mas especificamente em relação à doação *mortis causa*, não parece que a questão seja resolvida a partir da conversão substancial. Antes, necessário se faz estremar, de um lado, aquela atribuição de bem singular à causa da morte que se enquadra como disposição de última vontade, verdadeira doação *mortis causa*, devendo ser realizada mediante testamento e sob a forma de legado; de outro, o contrato *inter vivos* que contemple uma liberalidade, elegendo-se o evento morte como condição ou termo, como verdadeiro pacto com eficácia *post mortem*.³⁵¹ Neste, a morte do donatário não integra o elemento do seu tipo e o negócio é eficaz desde a sua celebração.

Essa diferença reclama complexidade e só será identificável a partir da análise dos interesses concretos e da relevância socioeconômica do contrato que, encontrando ressonância nos valores constitucionais e na função social, servirão de baliza para a correta qualificação da liberdade negocial.³⁵²

2.3.2 Os pactos dispositivo e renunciativo. Estrutura e razão da proibição. A estipulação em favor de terceiro *post mortem*

Através de um pacto sucessório dispositivo (pacto *hereditati tertii*) se dispõe, à título oneroso ou gratuito, do direito eventual que espera ser adquirido à causa da morte a partir de uma sucessão ainda não aberta de determinada pessoa, que não é parte no negócio.³⁵³ A ausência de

³⁵⁰ MARTINO, Marco. *I Patti Successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*. Bologna: Dupress, 2016. p.75. ACHILLE, op. cit., p.113. Também, em recente trabalho sobre o tema: COCUCIO, Mariafrancesca. *Divieto dei Patti Successori e Patto di Famiglia*. Milano: Giuffrè, 2016. p.7.

³⁵¹ Cf. Tópico 3.3 *supra*.

³⁵² Seja consentido remeter ao desenvolvimento da metodologia da interpretação civil-constitucional, analisada no terceiro capítulo.

³⁵³ ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.147.

participação daquele de cuja sucessão se trata leva autores a não qualificarem essa modalidade como um verdadeiro pacto sucessório.³⁵⁴ Despicienda, em nosso direito, uma discussão dessa estirpe, já que o Código proíbe indistintamente não a qualificação jurídica “pacto sucessório”, mas todo e qualquer contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva.

Um herdeiro presuntivo pode, ainda, por meio do pacto negativo, renunciar de maneira irrevogável a sua participação em uma sucessão futura. A 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 renunciam 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 seria o caso em que o renunciante recebe, em contrapartida da renúncia, alguma soma em dinheiro, bens ou direitos.

Diz-se, em doutrina, que a proibição dessas modalidades de pactos sucessórios, dispositivos e renunciativos, teria por fundamento o fato de serem contratos *mortis causa* e implicarem na subversão das formas de transmissão sucessória que, por força de lei, seriam restritas à lei e ao testamento. De acordo com o Código Civil, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (Código Civil, art. 1.786). Essa seria uma das razões, já indicada precedentemente, para repulsa aos pactos sucessórios, porque a sucessão contratual *causa mortis* não seria admitida pelo ordenamento jurídico pátrio e os pactos sucessórios implicariam na afronta às normas de ordem pública do direito das sucessões.

Mas os pactos dispositivos e renunciativos, por não serem estabelecidos por força da vontade daquele de cuja sucessão se trata, não atribuiriam imediatamente a condição sucessória à outra parte contratante. Não haveria, de rigor, uma transferência da condição de herdeiro por força desses negócios jurídicos. A causa do negócio jurídico bilateral não seria a implicação do fenômeno sucessório pela via contratual, porque o disponente ou o renunciante não estaria a negociar *id quod superest* a sua própria sucessão, não se interferindo, senão indiretamente, na

³⁵⁴ PÉTER, Marc. *Étude sur le pacte successoral*. 1897. 243f. Tese (Doutorado) – Universidade de Genebra, Genebra, 1897. p.217-218. Também: CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.96, 1965.

devolução dos bens do falecido e no modo de circulação desses bens e direitos advindos da morte de uma pessoa.

O fundamento da proibição dessas convenções, portanto, não atingiria a estrutura dualista da instituição sucessória proclamada pelo citado artigo 1.786 do Código Civil. Assim, diferentemente dos pactos sucessórios institutivos, em que o regime de nulidade individua a opção do legislador sobre a delação dos bens no fenômeno sucessório, a proibição dos pactos dispositivos e renunciativos se depõe em posição sistemática mais periférica.

Em termos concretos, a disposição acerca da herança em favor de terceiro aproxima-se, em esforço interpretativo, a um negócio jurídico com efeito *post mortem*. Pode-se considerar que, para fins de eficácia da convenção, a morte atua como termo ou condição, operação, como visto, admitida pela legislação. Portanto, a nulidade de um tal pacto dispositivo não se consagra pela afronta ao regime dual do direito sucessório, mas sim porque o objeto desse negócio jurídico envolve a *herança*, atraindo só por isso a regra proibitiva do art. 426 do Código Civil.

Por tal razão, já se afirmou que a questão menos problemática em relação aos pactos sucessórios diz respeito precisamente aos pactos dispositivos e renunciativos, cujos obstáculos não se afiguram intransponíveis em termos de reforma³⁵⁵, sendo esse o sentido apontado pela tendência de relativização da regra de proscrição no direito estrangeiro, a exemplo da *renonciation à l'action de réduction*, da *libéralité graduelle e résiduelle*³⁵⁶, todos do direito francês e o *patto di famiglia*, do direito italiano.

Como um fundamento recorrentemente apresentado para proibição dos pactos dispositivos e renunciativos tem-se a proteção ao herdeiro presuntivo imprudente e incapaz de avaliar a efetiva consistência patrimonial objeto do negócio jurídico, havendo a potencialidade de que sejam fonte de convenções lesivas. Segundo José Tavares, por essas convenções poderiam os herdeiros presuntivos ser “arrastados por cobiça, ou por necessidade momentânea, a alienar um direito incerto por um equivalente certo, mas de valor relativamente mesquinho”.³⁵⁷ O

³⁵⁵ ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. *Jus Civile*, n.10, p.729, 2013.

³⁵⁶ Seja consentido remeter o leitor ao tópico 1.2, *supra*: Breve incursão no direito estrangeiro: tentativa de extração das tendências modernas para o tema.

³⁵⁷ TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.806.

próprio autor, no entanto, cita que esse problema poderia ser contornado através do mecanismo jurídico da rescisão.³⁵⁸

Questionável esse fundamento para proscrição dos pactos dispositivos, já que o ordenamento admite amplamente as convenções particulares tendo por elemento a álea. Além disso, a questão referente à *precificação* de um direito eventual à sucessão não aberta é algo que foge à técnica meramente jurídica, para tocar outros ramos da ciência, como a matemática atuarial, a economia e a contabilidade, ramos cada vez mais avançados em técnicas de avaliação de ativos futuros, incertos e sob risco, não mostrando incompatibilidade com a categoria dos contratos aleatórios.

Em casos extremos, como a prodigalidade, ou, eventualmente, a leviandade da pessoa que implica na celebração de um contrato excessivamente oneroso para a parte, o ordenamento jurídico pátrio já confere mecanismos de proteção em um ou outro caso, pela previsão de anulabilidade dos negócios celebrados por pródigos ou contaminados pelos vícios do dolo, do estado de perigo ou da lesão³⁵⁹, conforme estatui o artigo 171, incisos I e II, do Código Civil. Dessa forma, a consideração pela prodigalidade do disponente se adapta melhor a uma avaliação em concreto e *ex post*, em vez de uma proibição indiscriminada *ex ante*.³⁶⁰

Um curioso aspecto a ser relacionado com proibição dos contratos sucessórios é a clássica previsão da regra acerca de mútuo feito a um menor, originária do *senatus-consulto*

³⁵⁸ TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1. p.806. O autor admite que a rescisão é remédio teoricamente adequado, mas questiona a sua eficácia na prática. Por isso, afirma que “contra o perigo da lesão, poderia naturalmente instituir-se o remédio da rescisão”, mas entende que mais eficaz ainda é o respeito à legítima, restringindo as disposições contratuais *mortis causa* à quota disponível. (Id. *Sucessões e direito sucessório*. Coimbra: França Amado, 1903. v.1. p.41-42)

³⁵⁹ A tão só aleatoriedade do contrato não exclui a incidência da lesão, podendo ser invocada quando a vantagem de uma das partes no negócio é excessiva e desproporcional em relação à álea normal do contrato. É o que defende Vladimir Cardoso: “Em outras palavras, o Direito exige que o contrato, mesmo aleatório, coloque as partes em situação de igualdade no que toca às possibilidades de ganhar ou de perder. Se assim não for, ou seja, se a probabilidade de ganho de um dos contratantes for muito superior à possibilidade de ganho do outro, cuja perda seria, assim, muito provável, a avença poderá ser invalidada por lesão”. (CARDOSO, Vladimir Murucy. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.276). Também Ana Luiza Nevares: “Se for possível avaliar a desproporção das prestações no momento da contratação, a lesão poderá ser invocada. Assim, o contrato aleatório poderá ser lesivo se, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes pelo outro, beneficiado no momento da celebração do negócio”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.323).

³⁶⁰ ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. *Jus Civile*, n.10, p.730-731, 2013.

*macedoniano*³⁶¹, atualmente prevista no artigo 588 do Código Civil, pelo qual o mútuo realizado a um menor, absoluta ou relativamente incapaz, não pode ser reavido do mutuário, senão nos casos de posterior ratificação, no caso de o menor ter bens como decorrência do seu trabalho, se ele obteve o empréstimo maliciosamente ou, ao que interessa para o argumento aqui desenvolvido, se o empréstimo reverteu em benefício do menor.

A reversão do empréstimo em benefício do menor é uma das hipóteses que a lei autoriza a repetição do valor entregue pelo mutuante, imprimindo, a despeito da nulidade do negócio, uma ampla proteção ao menor. O legislador equilibra a proteção conferida ao incapaz com o possível benefício em decorrência da operação, a ser avaliado posteriormente no caso concreto.

Assim sendo, revela-se incongruente o fundamento sob o ponto de vista sistemático, seja porque a legislação já prevê a incapacidade do pródigo ou porque esse incapaz, enquanto vulnerável, poderia obter uma proteção legislativa adequada em termos de avaliação, em concreto, do proveito econômico obtido com a operação de alto risco.

No campo dos pactos dispositivos há ainda a menção à estipulação em favor de terceiro *post mortem*. O Código Civil não faz menção às estipulações que se condicionam ao evento morte. Diferentemente, o Código Civil italiano o faz no art. 1412, estabelecendo importantes regras como a de que o direito se transmite aos herdeiros do beneficiário da estipulação no caso de este morrer antes do estipulante e também a possibilidade de revogação da disposição, exceto se houver renúncia a esse direito.

O português Diogo Leite de Campos, em obra sobre o contrato a favor de terceiro, expõe que a conciliação de interesses sucessivos à morte de um dos contraentes com a proibição dos pactos sucessórios é explicada, na doutrina italiana, pelo fato de o negócio ser considerado eficaz e a morte da pessoa não integrar o tipo, sendo determinante apenas para o momento da execução, enquanto termo que é.³⁶² Nessa ordem, o contrato, embora com prestação *post mortem*, seria qualificado como um negócio *inter vivos*.³⁶³ O autor concorda que em negócios *inter vivos* a morte possa ser elegida pelas partes como termo ou condição a subordinar os efeitos

³⁶¹ A referência ao *senatus-consulto macedoniano* é feita por Clóvis Beviláqua ao listar o potencial lesivo como fundamento da proibição dos pactos sucessórios. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.278-279).

³⁶² CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 2009. p.133.

³⁶³ CAMPOS, loc. cit.

do negócio (contratos a termo ou sob condição), de tal sorte que essa interpretação não esbarraria na proibição aos pactos sucessórios.³⁶⁴

Nesse sentir, cabe estremar os pactos dispositivos daquelas estipulações em favor de terceiros por morte, quando estes últimos possam ser qualificados como verdadeiros contratos *post mortem*.³⁶⁵

Não para menos a codificação prevê o seguro de vida, inclusive podendo ter por objeto a vida de outrem, conforme autoriza expressamente o art. 790 do Código Civil.

Quanto à imoralidade e contrariedade aos bons costumes dos pactos dispositivos, por colocar a morte do indivíduo como pressuposto para execução dos efeitos de um ato negocial, a fragilidade desse fundamento já foi amplamente demonstrada a partir da reflexão sobre os múltiplos casos legítimos de contratos cujos efeitos estão ligados à morte do sujeito, sem implicar em uma valoração negativa do ordenamento jurídico. O seguro de vida de terceiro, a constituição de usufruto ou de renda vitalícia, as substituições, o direito de acrescer, a doação com cláusula de reversão, e de forma genérica os contratos com efeitos *post mortem*, todos são exemplos de manifestações de vontade cujos efeitos pretendidos pelas partes ou exigidos pela lei dependem do evento morte, tal qual ocorre nos pactos dispositivos e renunciativos.

Outro argumento por vezes utilizado é a impossibilidade de alienação de bens futuros³⁶⁶ ou ausência de objeto. Mas não procede a afirmação de que nulidade decorreria da ausência do objeto, pois nada impede que o sejam as coisas futuras.^{367,368}

³⁶⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 2009. p.136-137.

³⁶⁵ Seja novamente consentido remeter ao tópico 2.3.1.1 *supra*.

³⁶⁶ 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 cujus*. 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 cujus* pudesse ter dado, por isso que, de acordo com a doutrina mais aceita, a sua aprovação não basta para torná-lo eficaz”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p.192).

³⁶⁷ Cf. ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1935. v.2. p.169.

³⁶⁸ “As coisas futuras também podem ser objeto de prestação”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.3. p.62).

De fato, a herança é tida como uma expectativa de direito³⁶⁹ ou como direito eventual³⁷⁰, o que não se mostra incompatível com a possibilidade jurídica de se firmar convenções cujo objeto sejam coisas futuras. Enquanto contrato aleatório, o objeto pode consistir em coisas não existentes e sob o risco de não virem mesmo a existir, nos termos do artigo 458 do Código Civil. Nessa modalidade contratual, “o homem transforma em realidade o que não é senão uma esperança mais ou menos fundada, faz passar para terceiro, que com isso concorda, mediante uma pequena remuneração, os riscos a que estava exposto [...]”.³⁷¹

Sem embargos, os pactos aleatórios poderão ter por objeto uma coisa certa, mas duvidosa quanto à efetiva ocorrência e quando isso se dará (*emptio rei sperate*); a uma coisa futura, sujeita a desaparecimento ou frustração da procura (*emptio spei*) ou uma coisa existente, mas exposta a risco.^{372,373}

Em relação aos pactos renunciativos, costuma-se, em doutrina, diferenciá-los da renúncia antecipada ao direito de redução. À semelhança das novas possibilidades decorrentes da reforma de 2006 no *Code Civil* francês, entre as quais a *rénonciation à l'action de réduction*, a renúncia não recairia sobre a futura herança em si, vedada por força da proibição genérica aos pactos

³⁶⁹ Diferentemente do direito eventual que, posto incompleto, apresenta características embrionárias, embora não encerre todos os seus requisitos de formação, dependendo de um fato ou ato para completar um de seus elementos constitutivos, a expectativa de direito é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito. O direito não existe nem em embrião, apenas potencialmente, como no caso da herança testamentária. Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.330.

³⁷⁰ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que, enquanto a herança é expectativa de direito para o herdeiro testamentário, ela é direito eventual para o herdeiro legítimo. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.575).

³⁷¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. v.15. p.413.

³⁷² BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.758.

³⁷³ “Mas não se deve confundir impossibilidade do objeto com a falta de atualidade de sua existência. Pode haver coincidência. Mas não há relação de causalidade. É perfeitamente admissível que a contratação verse sobre coisa futura, erigindo-se o seu *vir-a-ser* em condição (*emptio rei sperate*), com o desfazimento do contrato em caso de frustração (v.g. art. 483 do Código); perfeitamente viável é a negociação com caráter aleatório (arts. 458 a 461 do Código), em que o objeto corre o risco de não vir a produzir-se, incidindo o contrato sobre a sua potencialidade, o que desloca o objeto, da coisa para sua expectativa (*emptio spei*)”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.30).

sucessórios, mas sobre o direito potestativo de promover a redução das disposições testamentárias que atentem contra a porção legítima, cujo exercício se confere através da *ação de redução*. Em nosso ordenamento seria uma renúncia à *facultas agendi* prevista no artigo 1.967 do Código Civil, segundo o qual “as disposições [testamentárias] que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela”.

A incongruência sistêmica das razões da proibição dos pactos sucessórios, como se mostrou no presente capítulo, se agravam com a evolução do direito e da sociedade, que expandiu a regulação do fato jurídico *stricto sensu* morte para o contexto de diversas manifestações da autonomia privada. Viu-se, também, que o fundamento da violação à liberdade de testar dependerá da natureza e efeitos do pacto sucessório. A proibição de todo e qualquer negócio de *aquisição, modificação, renúncia e extinção* sobre herança não aberta carrega em si, dada a generalidade e amplitude da proibição, situações jurídicas em que objetivamente não se prejudicará a liberdade de testar, como ocorre nos pactos renunciativos e dispositivos. Sobre esse ponto, Ana Luiza Maia Nevares, apoiada na doutrina italiana de Fabrizio Panza, afirma:

A razão da proibição dos pactos sucessórios, encontrada na preservação da liberdade do testador até o seu último momento de vida, encontra-se somente nos denominados pactos sucessórios constitutivos, em que há um acordo, com ou sem correspectivo, de atribuição de todos ou de parte dos bens de uma pessoa ao outro contratante ou a um terceiro *post mortem*. O mesmo não pode ser dito em relação aos pactos sucessórios denominados dispositivos e renunciativos, com os quais, respectivamente, uma pessoa atribui ou renuncia direitos de uma sucessão ainda não aberta. Estes últimos consideram-se proibidos porque podem ensejar o despejamento quanto a um direito futuro por inexperience ou prodigalidade.³⁷⁴

Os contemporâneos anseios de planejamento sucessório demandam uma reavaliação do espaço e função da autonomia privada no fenômeno sucessório, em contraste com uma visão secular de proibição dos pactos sucessórios, justificada pela fossilização acrítica de uma tradição normativa de alto cunho moral, mas de certa forma desconectada da complexidade do ordenamento vigente, com previsão de tratamento desigual em relação aos contratos que contenham o mesmo potencial do *votum captandae mortis*.

³⁷⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.31.

Resta-nos, agora, abordar os argumentos capazes de demonstrar os interesses e funções que o exercício da autonomia privada, por via dos pactos sucessórios, podem contemplar³⁷⁵, conformando-os com os valores perseguidos pela Constituição da República, a fim de avaliar a compatibilidade axiológica do texto codificado com o ordenamento constitucional.

³⁷⁵ Nas palavras de Pietro Perlingieri os atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses merecedores de tutela e 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”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.19).

3 PERFIL FUNCIONAL DOS PACTOS SUCESSÓRIOS E RELEITURA DA REGRA PROIBITIVA A PARTIR DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

No capítulo precedente analisou-se a estrutura dos pactos sucessórios, as razões e fundamentos da proibição, em cotejo com uma abordagem crítica do regime comum de nulidade a todas as suas possibilidades de manifestação. Conclui-se que, a depender dos efeitos do pacto sucessório, um ou alguns dos fundamentos essencialmente abordados em doutrina não são aplicáveis. Por outro lado, as razões, à princípio plausíveis, para manutenção da regra proibitiva em relação a cada modalidade de pacto sucessório, foram confrontadas com o exame sistemático da ordem privada, revelando uma desconexão e incongruência quando comparados a outros negócios jurídicos previstos e amplamente consagrados pela prática negocial.

A despeito da existência de regra proibitiva expressa, a análise do perfil funcional, da utilidade social dos pactos sucessórios e a investigação dos elementos axiológicos dessa forma de manifestação volitiva apresenta grande valia para gerar reflexões em torno da autonomia privada no fenômeno sucessório. Conforme já reconheceu a doutrina estrangeira, a proibição dos pactos sucessórios é por vezes percebida como um obstáculo desarrazoado ao “livre desdobramento da autonomia privada, como um fator de bloqueio a impedir a persecução de interesses substancialmente merecedores de tutela”.³⁷⁶

O desafio passa necessariamente pela nulidade, instituto que não deve ser compreendido como um fim em si mesmo, esgotando-se na técnica de subsunção.³⁷⁷ Aos atos negociais requer-se, além disso, um juízo de valor à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, recebendo uma valoração positiva se for merecedora de tutela.³⁷⁸ Na precisa lição de Pietro Perlingieri:

³⁷⁶ ZANCHI, Giuliano. Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori. *Jus Civile*, n.10, p.729, 2013. Tradução livre de: “*Inoltre, il divieto è percepito come un irragionevole ostacolo al libero dispiegarsi dell'autonomia privata, come un obsoleto fattore di blocco frapposto al perseguimento di interessi sostanzialmente meritevoli di tutela*”.

³⁷⁷ 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, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/subversoes-hermeneuticas/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

³⁷⁸ “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivamente à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber uma juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela (*meritevole*)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.92).

Considerando que os valores constitucionais impõem plena atuação, compreendendo-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam.³⁷⁹

A cláusula geral de tutela pessoa humana, prevista no art. 1.º, inciso III, da Constituição da República, assim como a solidariedade e a isonomia substancial³⁸⁰, extraíveis dos objetivos republicanos de erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (CR/88, art. 3.º, III), são os vetores para a leitura da norma infraconstitucional na legalidade constitucional, sem perder de vista a unicidade do ordenamento, posto ser reconhecida a pluralidade de fontes normativas, enviesadas harmonicamente pela tábua de valores determinada da ordem pública constitucional.³⁸¹

Apesar da importância da estrutura dos institutos jurídicos, o maior relevo diz respeito ao perfil funcional.³⁸² A repetição acrítica da regra proibitiva dos pactos sucessórios deixa de levar em consideração os seus próprios fins e utilidade social, estabelecendo noções fossilizadas,

³⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.92.

³⁸⁰ Segundo Gustavo Tepedino, “tais preceitos, como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas”. E prossegue o autor afirmando a funcionalização da atividade direito privado à tutela da pessoa humana: “Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos”. (TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas. Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v.4, n.7, p.113, jan./jun. 1998).

³⁸¹ Id. *Perspectivas do direito civil contemporâneo. Revista Trimestral de Direito Civil*, v.27, n.7, Editorial, jul./set. 2006.

³⁸² 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).

muitas vezes em descompasso com às novas necessidades das formações sociais. Ana Luiza Maia Nevares, apoiada na doutrina de Pietro Perlingieri, assevera:

Dito diversamente, os conceitos e os dogmas do Direito serão utilizados de forma exasperada, sem condição de que a aplicação dos mesmos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, sob pena de se tornarem preconceitos, ou seja, pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem à força.³⁸³

Parte-se, então, de uma premissa da necessidade de dar especial atenção às pessoas que integram a relação jurídica, ao modo como interagem, aos efeitos em relação a terceiros³⁸⁴, ao potencial de realização de fins úteis socialmente e atendimento aos ditames axiológicos da Constituição da República, para reconstrução³⁸⁵ do sistema pelo restabelecimento do “primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativa”.³⁸⁶

Nesse espírito, o derradeiro capítulo visa abordar a autonomia privada e sua manifestação no fenômeno morte para, ao fim, confrontar os pactos sucessórios a partir de um juízo valorativo do direito civil-constitucional, tendo como baliza a dignidade da pessoa humana.

3.1 Autonomia privada na sucessão *causa mortis*

A autonomia privada é manifestação da liberdade jurídica tutelada pelo ordenamento constitucional³⁸⁷ aos particulares, conferindo aos sujeitos de direito a possibilidade de agirem

³⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.29.

³⁸⁴ *Ibid.*, p.5.

³⁸⁵ Na precisa lição de Stefano Rodotà: “*Nel discorso giuridico, la registrazione di un dato deve essere accompagnata da riflessione sul senso del passaggio nella nuova dimensione, dunque da una attività necessariamente ricostruttiva*”. (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p.19).

³⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.356.

³⁸⁷ Como bem destaca Rose Melo Vencelau Meireles, “A liberdade jurídica corresponde a toda manifestação de liberdade tutela pelo ordenamento jurídico. Para os particulares, ser livre juridicamente significa ter a faculdade de agir lícitamente, a qual existe sempre que não haja vedação, o que se resume na máxima: o que não é proibido, é permitido”. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.64).

livremente, regulando seus interesses, desde que não contrariem as normas do Direito e estejam em conformidade com os valores por ele perseguidos.³⁸⁸

Cuida-se de uma decorrência lógica do imperativo da legalidade previsto no art. 5.º, inciso II, da Constituição da República, cujo enunciado prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A interpretação, *a contrario sensu*, deduz o princípio da liberdade, no seu viés negativo, como atuação humana não proibida por lei.³⁸⁹

O desenvolvimento da autonomia privada ganhou importância com a emergência do individualismo na sociedade ocidental^{390,391}, que acabou fundando concepções filosóficas úteis à expansão do Estado burguês, tendo em comum a premissa antropológica de um sujeito abstrato, desencarnado, desenraizado, proprietário da sua pessoa e de suas capacidades, e a sociedade como o conjunto de relações entre os indivíduos, apresentando-se o Estado apenas como instrumento de manutenção da ordem das relações e protetor da propriedade privada.³⁹²

Do ponto de vista histórico, o modelo do Estado-burguês foi capaz de estabelecer uma ruptura com os privilégios do antigo regime, consagrando liberdades públicas contra os abusos estatais e firmando um espaço amplo para atuação dos sujeitos privados na autorregulação de

³⁸⁸ Francisco Amaral define a autonomia privada como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.345).

³⁸⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.65.

³⁹⁰ Pontua Daniel Sarmiento: “O individualismo baseia-se em concepção atomizada da sociedade, que relega a um plano secundário os laços sociais e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas. Nas suas versões mais radicais, subjacentes ao discurso jurídico filosófico do Estado liberal-burguês, os indivíduos são vistos como abstrações racionais e incorpóreas. Não se dá atenção às suas carências materiais, aos seus sentimentos, aos seus vínculos sociais, à sua corporalidade”. (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.43)

³⁹¹ Segundo António Manuel Hespanha, o individualismo e o voluntarismo tiveram repercussões significativas evolução do pensamento jurídico, modelando o conteúdo dos códigos civis do século e a doutrina de direito privado da época, substituindo “a construção aristotélico-tomista do direito privado como ordem objetiva, baseada na natureza das coisas”. (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012. p.319) Ainda segundo o autor, coube a Kant dar grande contributo à “teoria da vontade”, ao realçar “a autonomia da vontade e seu papel criador de valores universais, ao mesmo tempo que fez da vontade (ou da liberdade) o esteio da personalidade moral”. (p.319).

³⁹² SARMENTO, op. cit., p.42-43.

seus interesses. Desenvolvem-se, então, o princípio da isonomia (formal), os direitos individuais fundamentais, o primado da autonomia da vontade e da propriedade privada.

No cenário jurídico, a propriedade passou a ser tratada já no século XVIII como um direito “sagrado”, de acordo com a previsão expressa do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o movimento de codificação civil dos remodelados e emergentes estados nacionais da Europa continental elegeram como pilares a propriedade e a autonomia da vontade.

Apesar das conquistas do Estado liberal, como a redução dos privilégios em contraposição à consagração do princípio da igualdade, não tardou para que críticas fossem concebidas contra o excesso de *individualismo* e do *absenteísmo estatal*, por ter suas bases distantes da realidade dos cidadãos, culminando com a decadência do modelo, conforme aponta Daniel Sarmento:

Na prática, o discurso em favor dos direitos do homem então vigente não se traduzia em emancipação social. Sob a égide do Estado liberal-burguês, vicejou a miséria e a exploração econômica dos pobres. A isonomia apenas formal revelou-se insuficiente para assegurar uma vida digna para os seguimentos vulneráveis das sociedades. Campeava então a opressão dos mais fracos pelos mais poderosos, paradoxalmente mascarada pela própria retórica da igualdade.

[...]

Generalizou-se a percepção de que o absenteísmo estatal gerava não apenas níveis de desigualdade social intoleráveis, como também patologias no próprio funcionamento do mercado, possibilitando o surgimento de monopólios, oligopólios, cartéis etc.³⁹³

Num momento posterior, com a expansão do Estado Social, foi possível romper com o *dogma da vontade*.³⁹⁴ Do negócio jurídico, considerado puramente abstrato de acordo com o discurso do *individualismo* e do *voluntarismo*³⁹⁵, dentro do espaço reservado à regulamentação

³⁹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.47.

³⁹⁴ Registra Pietro Perlingieri: “Mas, quando a liberdade negocial e contratual têm justificação não em si, mas em outros princípios e valores do sistema, quando o próprio sistema não é mais apenas Estado de Direito, mas Estado Social de Direito, caracterizado por princípios fortes como a solidariedade e o personalismo, a escolha não pode deixar de ser axiologicamente conforme o ordenamento”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.371).

³⁹⁵ Ao delimitar o conceito de voluntarismo, António Manuel Hespanha afirma trata-se da “doutrina segundo a qual o direito tem sua fonte não numa ordem objetiva (da natureza, da sociedade), não em direitos naturais e irrenunciáveis do homem, não numa lógica jurídica objetiva, mas no poder da vontade”. (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012. p.322).

dos interesses dos sujeitos privados, passa-se a exigir a conformidade com o interesse social.³⁹⁶ Ele, o negócio jurídico, é o instrumento pelo qual se manifesta a autonomia privada.³⁹⁷

A partir desse processo de superação do dogma da vontade passa-se a falar, então, não mais em autonomia da vontade, mas em autonomia privada, conferindo à vontade do sujeito o papel de causa das relações jurídicas.³⁹⁸ Em contrapartida, a autonomia privada seria conceito mais consentâneo com o papel atual da vontade, com contornos mais objetivos, focado no seu ponto de vista técnico e de valor.³⁹⁹ A rigor, não se trata de um novo princípio^{400,401,402}, senão de uma mudança qualitativa no conteúdo da autonomia privada⁴⁰³, que não corresponde

³⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.ª reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.295.

³⁹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.408-409.

³⁹⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.67.

³⁹⁹ *Ibid.*, p.68.

⁴⁰⁰ Sobre a terminologia empregada, Paulo Lobo afirma que os sistemas que sofreram influência do direito francês optaram pela *autonomia da vontade*, dando maior importância à vontade individual e à dimensão psicológica, ao passo que os direitos alemão e italiano se inclinaram para a teoria da declaração, ou seja, a prevalência da vontade externa e não interna, optando por *autonomia privada*. (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.58).

⁴⁰¹ Nesse sentido: “Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a uma análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil”. (FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.60-61).

⁴⁰² Flávio Tartuce defende que não se pode mais falar em autonomia da vontade como princípio contratual, propondo a substituição por autonomia privada, elencando, para tanto, três motivos: “primeiro, porque a autonomia não é propriamente da vontade, mas da pessoa, o que está de acordo com a tendência de *personalização do Direito Civil*, antes mencionada. Segundo, porque a vontade perdeu o papel relevante que exercia, já que prevalece no meio social os contratos de adesão, aqueles com conteúdo preestabelecido. Terceiro, porque outros elementos entram na elaboração do contrato, como nos casos de *necessidade de contratar*”. (TARTUCE, Flávio. *Propostas para o ensino do direito contratual no Brasil*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.686).

⁴⁰³ Gustavo Tepedino reconhece que a autonomia da vontade ou autonomia privada sofreu mudança qualitativa na mudança do Estado Liberal para o Estado Social. Nas palavras do autor: “De outra parte, têm-se as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia privada, como concebida nas codificações do Século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. [...] Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que os interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos do passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas

ao lema dos fisiocratas *laissez-faire, laissez-passar, le monde va de lui même*, encontrando-se hoje “circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana”.⁴⁰⁴

Supera-se o mito de completude das codificações, evoluindo para a análise dos interesses envolvidos e a concretização de valores; e “na determinação destes valores coube uma certa influência à relação entre o espaço de liberdade e a função social dos direitos privados”⁴⁰⁵.

Na legalidade constitucional, “a autonomia privada enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana”⁴⁰⁶, razão pela qual o Estado reconhece o *poder* do sujeito privado autorregular-se, nos limites das normas jurídicas, conformando-se à funcionalização do sistema constitucional.⁴⁰⁷

De fato, se a Constituição da República é um sistema normativo aberto de regras e princípios, de modo que os valores expressos no texto constitucional devem servir como diretrizes tanto para as normas infraconstitucionais como também para os regulamentos privados. Disso decorre que a autonomia privada sofre limitações de ordem negativa, relacionadas ao amplo espaço de atuação, desde que não sejam contrária às limitações estatais, e também de ordem

inteiramente novas [...] Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade”. (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.14-15).

⁴⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.^a reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.296.

⁴⁰⁵ WIECKER, Franz. *História do Direito Privado*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.721.

⁴⁰⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.407.

⁴⁰⁷ Digna de alusão a afirmação de Pietro Perlingieri de que a autonomia privada não é um valor em si, mas um princípio a se conformar ao controle estabelecido pelas normas constitucionais, que também ditam a sua funcionalização. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.71).

positiva⁴⁰⁸, referente ao imperativo de atuação negocial em conformidade com as diretrizes traçadas pelo ordenamento jurídico.⁴⁰⁹

A limitação positiva tem fundamento constitucional. O constituinte originário previu como fundamento da República a livre iniciativa (art. 1.º, IV), orientada para justiça, a liberdade e a solidariedade (art. 3.º, I), observado o princípio da função social (art. 170, III). No plano infraconstitucional, o Código Civil condiciona a liberdade de contratar ao exercício *em razão e nos limites* da função social (art. 421), e estatuiu a nulidade para as convenções particulares desconformes a esse preceito (art. 2.035, parágrafo único).

Acentua Maria Celina Bodin de Moraes, em suma, que “o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”.⁴¹⁰

Na sucessão *causa mortis*, a manifestação da autonomia privada encontra amparo nas disposições de última vontade (testamentos e codicilos), mas circunscrita está ela a esses instrumentos. Trata-se de uma limitação negativa robusta, afastando a figura contratual do fenômeno sucessório, pelos motivos e fundamentos já amplamente descritos no capítulo anterior.

A Constituição da República alça a herança ao *status* de direito fundamental, corolário do direito à propriedade privada⁴¹¹, estabelecendo uma zona proibitiva de atuação do Estado, que não pode suprimir esse direito ou reduzi-lo fora dos limites da razoabilidade, a ponto de implicar a sua própria negação. As normas infraconstitucionais cuidam, então, de estabelecer as

⁴⁰⁸ Semelhante linha de pensamento foi desenvolvida por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho ao defender, em nome da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, a aquisição por usucapião de parcela de terreno, ainda que inferior às dimensões do módulo rural, ocasião em que ressaltou, apoiado na doutrina de Pietro Perlingieri, os limites negativos e positivos da propriedade, conforme passagem que se passa a transcrever: “De mais a mais, tecnicamente a propriedade deixa de ser estudada como mero direito subjetivo, tendencialmente pleno, a respeitar apenas certos limites externos, com feitiço negativo, tornando-se, isso sim, situação jurídica subjetiva complexa, a abranger também deveres (positivos) ao titular, além de ônus, sujeições etc.”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independentemente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Lisboa: Juruá, 2015. p.20).

⁴⁰⁹ Paulo Lobo acrescenta “a limitação apenas negativa é incompatível com o Estado social, expressados no art. 170 da Constituição em relação à atividade econômica, na qual se inscreve o contrato como seu instrumento de circulação, notadamente quanto à observância da justiça social, ou da regra paradigmática do art. 421 do CC: a liberdade de contratar será exercida ‘em razão’ da função social”. (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.62)

⁴¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.ª reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.295.

⁴¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.8.

regras pelas quais a herança é transmitida, entre as quais as modalidades de delação sucessória e a ordem de vocação hereditária.

No sistema pátrio, a sucessão *causa mortis* pode ter origem na lei (sucessão legítima) ou na vontade do autor da herança (sucessão testamentária). Ambas podem conviver em um mesmo contexto, mas a outorga da herança exclusivamente ao crivo da vontade do testador só terá lugar quando não houver herdeiros necessários.⁴¹² É que a lei estabelece uma quota intangível, denominada legítima, limitando o alcance das disposições de última vontade, que não podem ultrapassar a metade do patrimônio do *de cuius*.⁴¹³

Não prevê a codificação privada a sucessão contratual, compreendida como aquela pelo qual alguém é, por força de um contrato, chamado a suceder. A qualidade de herdeiro não pode ser estabelecida em negócios jurídicos bilaterais, por constituir ofensa à regra de proibição dos pactos sucessórios, já que, nos termos da lei, “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

A limitação prevista no art. 426 do Código Civil não alcança, entretanto, as convenções particulares cujo objeto é a cessão de direitos hereditários, em se tratando de sucessão aberta. Admite-se, nesse caso, a cessão gratuita ou onerosa, bastando, para tanto, que observe a forma do ato: a escritura pública⁴¹⁴. Já a renúncia da herança pode ser celebrada por instrumento público ou constar de termo judicial⁴¹⁵, constituindo ato irrevogável.

Em relação à sucessão *mortis causa*, diferentemente das transmissões *inter vivos*, a legislação não teve grandes avanços no sentido de ampliar ou regular novos espaços de manifestação da autonomia privada. Não que esses sejam espaços de total desinteresse dos particulares. Ao revés, observa-se que a projeção da autonomia privada na sucessão dos bens

⁴¹² “O direito brasileiro, seguindo a orientação da maioria das legislações, consagrou um sistema de limitada liberdade de testar. Com efeito, determina o art. 1.576 do Código [atual 1.846] que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade dos seus bens, pois a outra metade constitui a *legítima* ou *reserva* daqueles herdeiros”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p.20).

⁴¹³ Cuida-se do princípio da intangibilidade da legítima. Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.496.

⁴¹⁴ Cf. Código Civil, art. 1.793. Além disso, em se tratando de cessionário que não seja coerdeiro, deve-se observar o direito de preferência (Código Civil, art. 1.794), caso contrário poderá o coerdeiro interessado, nos cento e oitenta dias após a transmissão, depositar o preço e haver para si a quota cedida ao estranho (Código Civil, art. 1.795).

⁴¹⁵ Código Civil, art. 1.806. “A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”.

post mortem tem desafiado a argúcia dos juristas, por criação ou combinação de estruturas jurídicas visando não apenas a redução da carga tributária sobre a herança, mas também dar concretude à vontade do testador, muitas vezes afinadas ao espírito promocional da ordem constitucional. Essa iniciativa, no entanto, encontra na vedação genérica e irrestrita ao pacto sucessório um obstáculo por vezes intransponível à realização da liberdade negocial, por mais que suas disposições guardem sintonia com os valores promocionais e carreguem em si, em concreto e a par da regra proibitiva, um juízo positivo de merecimento de tutela.

3.2 Obstáculos à plena realização da autonomia privada no direito sucessório

O Direito Sucessório apresenta um terreno fértil para reflexões⁴¹⁶, pois são escassos os estudos em torno da inflexão da força normativa constitucional nas normas que regulam a transmissão dos bens *causa mortis*. O sistema sucessório encontra-se ainda baseado no princípio da patrimonialidade⁴¹⁷, resultado da influência do movimento individualista e voluntarista que marcou os últimos séculos, com a valorização da propriedade, a consagração da autonomia privada e a elaboração dos códigos nacionais.

Itabaiana de Oliveira pontua que o fundamento da sucessão é a combinação harmônica entre *a propriedade e a família*, base da sociedade dos povos europeus.⁴¹⁸ O fenômeno sucessório seria uma consequência natural da conservação das feições da família pela “perpetuação da personalidade e ao cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade”, primeiramente pela afeição aos parentes mais próximos e, depois, pelo princípio da propriedade familiar.⁴¹⁹ Com a libertação do cunho religioso, foram as razões econômicas e familiares que deram a base do direito sucessório.⁴²⁰

⁴¹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.11

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.21.

⁴¹⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.49.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p, 48.

⁴²⁰ OLIVEIRA, loc. cit.

No sistema sucessório brasileiro, de um lado, permite-se a liberdade de testar e a sua individualidade. De outro, a liberdade de testar encontra seus limites na lei, tendo como expressão maior o respeito à quota dos herdeiros necessários, que são os membros da família do autor da herança, aqui encontrando o elemento social e familiar.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano, após realizar percuciente exposição sobre os fundamentos econômicos, religiosos e políticos do direito hereditário, explica:

O direito de dispor da própria fortuna por um ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, à medida que a pessoa se afirmava em face da família e do grupo étnico; desenvolveu-se a franquia a ponto da *sucessão testamentária* vir a ser sucessão por excelência; pois a *legítima* é a forma *tácita* do testamento, supre a falta deste de acordo com a vontade *presumível do falecido*. Houve exagero, como toda doutrina individualista: a liberdade do indivíduo deve ser condicionada pelas necessidades e conveniências sociais; é preciso cimentar os vínculos familiares; manter a união, a solidariedade e o afeto entre pais e filhos; daí resultam direitos e deveres. Não se *impeça* o testamento; limite-se, porém, a faculdade de dispor, desde que haja descendentes e ascendentes.⁴²¹

Em suma, as premissas da transmissão hereditária estão pautadas tanto no *direito de propriedade*, como no *dever de solidariedade*, remetendo à tensão entre a liberdade e a solidariedade.⁴²² Veja-se que, do ponto de vista da solidariedade, a legítima foi um importante passo para valorização da família enquanto formação social e espaço de desenvolvimento da personalidade.

Cabe adiantar, entretanto, o descompasso de ordem axiológica com o tratamento atual da sucessão legítima, estanque e formalista, com excessivo apego ao princípio da igualdade formal, traduzido na unidade e neutralidade sucessória da sucessão por cabeça o que, *prima facie*, revela uma incongruência com a isonomia⁴²³ na sua dimensão substantiva. Paralelamente a

⁴²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.1. p.30-31.

⁴²² Sobre a tensão entre liberdade e solidariedade, remete-se à leitura de: MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

⁴²³ Segundo Luiz Edson Fachin, o próprio conceito de igualdade sofreu transformações, identificando-se três momentos. “O primeiro deles é o da dignidade jurídica do princípio, o que significa chancelar a sua existência no plano de um sistema de Direito. O segundo se mostra no âmbito do próprio sistema quando, a partir de um reconhecimento já efetivado, a igualdade era confinada a uma consideração formal e abstrata que levava em conta categorias abstratas, deixando à margem sua consideração concreta. A igualdade passava a ser vista como um conceito e, sendo assim, era uma categoria distanciada da realidade. O terceiro e último momento é aquele em curso, no qual a consideração abstrata está cedendo lugar ao preenchimento da moldura que o princípio da igualdade acabou por estabelecer [...] No direito que inspira o sistema, emerge a ideia – hoje

isso, o Direito Civil, na sua feição promocional, rompe com a ideia de que os instrumentos negociais se encerram na expressão do individualismo e da liberdade, pois a autonomia privada deve ser exercida em *razão* da função social.

Pode-se até mesmo citar, sob o prisma da isonomia substancial, alguns retrocessos no regime sucessório. É o caso da supressão do direito de usufruto do companheiro, previsto no art. 2.º da Lei n.º 8.971/1994, que não foi repetido pelo Código Civil de 2002. Outro exemplo é o direito real de habitação em benefício do filho com deficiência e impossibilitado para o trabalho, inserido no Código Civil de 1916 pela Lei n.º 10.050/2000, sem correspondente na atual codificação.

Já se afirmou da importância histórica da isonomia formal para a ruptura dos privilégios, encontrando no direito sucessório sua ressonância na noção da unidade⁴²⁴ e da neutralidade. Mas esse modelo de igualitarismo acabou se revelando insuficiente. Urge a necessidade de criação, no campo sucessório, de situações especiais de delação sucessória diferenciada em razão da natureza do bem ou das características do sucessor, em respeito à isonomia substancial. Nesse particular, desponta a autonomia privada qualitativa como um importante instrumento para persecução desse desiderato axiológico.⁴²⁵

Mas a realização da autonomia privada no âmbito sucessório, além de dever obediência aos valores da tábua axiológica do ordenamento, tem seu âmbito mais restrito em relação aos atos negociais praticados entre vivos. Os contratos são reinados pela atipicidade⁴²⁶, franqueando-se às partes a possibilidade de estipular convenções fora dos modelos previstos em lei.^{427,428,429,430} Para os negócios entre vivos foi

pacífica, mas que inicialmente possuía área de atentado – de que os desiguais devem ser desigualmente tratados para se tornarem iguais”. O autor fala ainda que esse terceiro momento começa a ser superado, mas que o modelo ainda não está plenamente delineado. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.315)

⁴²⁴ “Sem dúvida, o aludido princípio foi de extrema importância para que fosse garantida a igualdade formal entre os sucessores, contribuindo para a extinção dos privilégios sociais que marcaram o Antigo Regime. E, ainda hoje, não se nega sua utilidade em relação aos credores do autor da herança e aos sucessores em sistemas que admitem a aceitação da herança a benefício de inventário, como o brasileiro (CC/02, art. 1.792)”. (NEVARES, Ana Luíza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.61).

⁴²⁵ Sobre o testamento, na sua feição promocional, cf: NEVARES, op. cit.

⁴²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.287-288.

⁴²⁷ Segundo o artigo 425 do Código Civil, “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

[...] abandonada a tipicidade do direito romano clássico – o qual, como se sabe, predispunha rígidos esquemas negociais e tipos fixos de causa –, mostrava-se claramente inaceitável que o ordenamento devesse reconhecer como válido e eficaz o simples acordo de vontades, qualquer que fosse o seu conteúdo, desde que o objeto seja lícito, o consentimento adequado e a eventual forma respeitada.⁴³¹

O mesmo não se pode dizer dos negócios jurídicos *mortis causa*, que encontram obstáculos nas formas previstas para transmissão da herança e no esquema da tipicidade como condição para regularidade do exercício da autonomia privada.

No direito sucessório, a autonomia privada tem seu espaço restrito à sucessão testamentária, uma vez que legítima tem suas rígidas regras traçadas pela lei, sem liberdade para atuação do autor da herança.⁴³² Já na sucessão testamentária, o instrumento válido para exercício da autonomia privada é o testamento (e também os codicilos), anunciando a lei que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento”, de seus bens e também realizar disposições de caráter não patrimonial.⁴³³

⁴²⁸ A tipicidade gera a classificação dos contratos entre típicos e atípicos. Na lição Caio Mário da Silva Pereira, “diz-se que um contrato é típico (ou nominado) quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis. Mas a imaginação humana não estanca, pelo fato de o legislador haver deles cogitado em particular. Ao contrário, cria novos negócios, estabelece novas relações jurídicas, e então surgem outros contratos, afora aqueles que recebem o batismo legislativo, ou que não foram tipificados, e por esta razão se consideram *atípicos* (ou inominados), os quais Josserand pitorescamente apelidou de contratos sob medida, em contraposição aos típicos, que seriam para ele os já confeccionados”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.54).

⁴²⁹ Partindo da premissa de causa como a “mínima unidade de efeitos” que o negócio está apto a produzir (MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.ª reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.304), afirma-se em doutrina que o procedimento de qualificação do contrato, inclusive para enquadrá-lo como típico e atípico, perpassa pela investigação e identificação da causa, ou seja, “somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou a ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente”. (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo 1. p.255).

⁴³⁰ A atipicidade do contrato não o escapa, assim como a qualquer convenção, da sua função promocional. Tanto os contratos típicos como atípicos devem perseguir uma função condizente com os preceitos do ordenamento e os princípios constitucionais para que possam ser merecedores de tutela. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v.3. p.35).

⁴³¹ MORAES, op. cit., p.296.

⁴³² A própria lei exclui expressamente a atuação do testador na legítima dos herdeiros necessários, conforme disposição do § 1.º do art. 1.857 do Código Civil, segundo o qual “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”.

⁴³³ Código Civil. Artigo 1.857 e § 2.º: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.”

Em sintética definição, o testamento é o negócio jurídico unilateral, revogável, pelo qual uma pessoa faz disposições de última vontade⁴³⁴ de cunho patrimonial ou existencial.⁴³⁵ Washington de Barros Monteiro o conceitua como o “ato unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre situação dos filhos e outros atos de última vontade”.⁴³⁶ O autor realça os caracteres essenciais do testamento, a saber, a unilateralidade, a gratuidade, a revogabilidade e o caráter *mortis causa*.⁴³⁷

Reduzindo a atuação da autonomia privada na sucessão *causa mortis* ao testamento⁴³⁸ e ao codicilo⁴³⁹, ficam excluídos os negócios jurídicos bilaterais, de que o contrato é exemplo por excelência. A restrição ao uso do contrato no fenômeno hereditário, antes da abertura da sucessão, é corroborada pela proibição dos chamados pactos sucessórios, prevista no artigo 426 do Código Civil.

Esse rígido esquema do Direito das Sucessões, com grande limitação do espectro da autonomia privada, acaba gerando certas distorções. Para ilustrar o que se pretende dizer, cite-se o caso do Recurso Especial n.º 992.749/MS, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, da Terceira

⁴³⁴ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21. p.3.

⁴³⁵ Sobre as situações jurídicas existenciais e o testamento, cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.250 et seq.

⁴³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p.102.

⁴³⁷ *Ibid.*, p.102-103.

⁴³⁸ Ao posicionar-se contra a possibilidade de celebração das doações *mortis causa*, já tratadas neste trabalho, Clóvis Beviláqua afirma o testamento e o codicilo como únicos instrumentos de delação sucessória. Confira-se: “Estas últimas são as doações *mortis causa*, que se incluíam no quadro do direito sucessório. Para que produzissem efeitos jurídicos, era mister que se submetessem às formalidades essenciais ao testamento. Não são contratos, e sim disposições de última vontade. Não conhecendo a lei pátria outras formas jurídicas, para revestimento das disposições de última vontade, senão as testamentárias e codicilares, neste capítulo examinadas, desapareceram as doações *mortis causa*, por outro modo planeadas, salvo as estipuladas nos pactos antenupciais em favor do cônjuge e que aproveitam aos filhos do donatário (art. 314)”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p.247).

⁴³⁹ O codicilo encontra previsão nos artigos 1.881 a 1.885 do Código Civil, caracterizando-se como “ato revestido de menores solenidades, pois o único requisito para sua validade é o de se fazer por escrito, datado e assinado pelo disponente. Entretanto, seu alcance é inferior ao testamento, pois a lei só lhe dá eficácia, no que diz respeito a valores patrimoniais, para dispor de esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres do lugar, ou para fazer legados de móveis, roupas ou jóias não muito valiosas, de uso pessoal”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p.102).

Turma do Superior Tribunal de Justiça, 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, inciso 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 Superior Tribunal de Justiça, 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 CC⁴⁴⁰; b) a 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 limitada 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 e abstraídas as confusões técnicas entre o direito matrimonial de bens e o direito sucessório, ou seja, entre a meação e a herança, ao que parece 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 concretas dos autos: homem que contrai segundo casamento, sofrendo de

⁴⁴⁰ 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.

doença incapacitante, vindo a falecer 10 (dez) meses depois. Pela literalidade do Código Civil e até mesmo pela jurisprudência iterativa do próprio STJ⁴⁴¹, resta nítido que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional ostenta a condição de herdeiro, em concorrência com os descendentes.

A pequena margem de liberdade prevista para as disposições de última vontade, entre as quais a intangibilidade da legítima, vem associada a uma 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”⁴⁴². E arremata que se trata de “um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações”⁴⁴³.

O caso é paradigmático para o estudo crítico do direito sucessório. A isonomia formal, o princípio da neutralidade e à limitação à liberdade individual deixou à mostra que as regras do direito sucessório, aplicadas naquele caso, não guardam sintonia com a tábua axiológica constitucional, principalmente a isonomia substancial. De outro lado, revela também que o exercício da autonomia privada mais ampla no fenômeno sucessório poderia servir à realização dos valores promocionais do ordenamento, além de, por expressão da liberdade, abarcar projetos patrimoniais e existenciais da pessoa humana, mesmo para além da sua morte, recebendo, em última análise, um juízo positivo de merecimento de tutela.

⁴⁴¹ 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 Código Civil de 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”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1346324/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 19/08/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 02/12/2014).

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 992749/MS*. Relator: Min. Nancy Angrigui. Julgamento: 01/12/2009. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 05/02/2010.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 992749/MS*. Relator: Min. Nancy Angrigui. Julgamento: 01/12/2009. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 05/02/2010.

Apesar de a questão não ter sido analisada sob essa perspectiva dos pactos sucessórios, indaga-se se ele não teria utilidade em situações semelhantes, por ir ao encontro do senso comum de justiça e dos valores constitucionais, preservando-se, ademais, os anseios da ordem pública do direito das sucessões. Afinal, se a legislação admitisse, em pacto antenupcial, celebrassem os nubentes convenção segundo a qual renunciavam reciprocamente à herança um do outro, e assim se tivesse procedido, o conflito judicial certamente não existiria.

Questiona-se, ademais, se a extensiva vedação dos pactos sucessórios se justifica diante de imperativos contemporâneos de planejamento familiar, de modernas sociedades empresárias familiares e, enfim, de todas as formas de planejamento sucessório. Já se afirmou, inclusive, que essa proibição é “um entrave legal que pode inviabilizar o planejamento sucessório”⁴⁴⁴.

O Direito Civil, sob a perspectiva constitucional, deve primar pela cidadania, sendo não o seu fim, mas o instrumento para garantia do seu pleno exercício. A nova leitura do Direito Civil propõe a superação do modelo das fórmulas abstratas de juízos apriorísticos generalizantes, devendo estar aberto para mudanças e novas interpretações sobre suas velhas estruturas, mais adequado à realidade social⁴⁴⁵ na qual vivemos. Assim, valoriza-se a força criadora das demandas e dos fatos sociais, de modo a viabilizar que novas manifestações contratuais úteis à satisfação dos interesses da sociedade e à solução dos problemas vivenciados pelos particulares.

3.3 A tendência de alternativa ao testamento: o movimento de contratualização da delação de bens *post mortem*

Como já antecipado, ao lançar olhares para o direito estrangeiro se descortinam recentes reformas legislativas vocacionadas a promover a ampliação da autonomia privada no campo

⁴⁴⁴ TARTUCE, Flávio. *Da Extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões. Terceira Parte. Outras Formas de Solução*. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/08/coluna-dominical-de-agosto-da.html>. Acesso em: 10/11/2016.

⁴⁴⁵ Ressaltando a importância dos valores e do contexto histórico para garantia da força normativa da Constituição, adverte Konrad Hesse: “Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico, que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.15). A Constituição é, pois, determinada pela realidade social e determinante em relação a ela, de modo a “converter-se, assim, na ordem objetiva do complexo de relações de vida”. (p.18.).

sucessório, em atenção às mudanças de ordem sociocultural e econômica, acentuadas a partir da segunda metade do século XX.

Como exemplo, cite-se a reforma francesa no *Code civil* realizada em 2006, inserindo a possibilidade de renúncia antecipada à ação de redução, rompendo com a tradicional aversão aos pactos sucessórios renunciativos. Também a reforma do Código Civil de Cataluña, que introduziu a figura do pacto sucessório de atribuição particular.⁴⁴⁶

No tópico anterior demonstrou-se que um dos grandes entraves à autonomia privada no direito sucessório é a proibição genérica aos pactos sucessórios e o sistema dual da sucessão legítima e testamentária. Hodiernamente, no entanto, o planejamento sucessório vem ganhando cada vez mais importância, notadamente quando a herança abarca participações em sociedades empresárias sólidas, realçando a multiplicidade de interesses na boa continuidade do empreendimento, alcançando para além da pessoa dos herdeiros e do próprio *de cuius*, mas os trabalhadores e suas famílias, a comunidade e a própria Fazenda Pública. Daí os exemplos do novel Código Civil Argentino, excepcionando expressamente a celebração de pactos sucessórios para garantia da unidade produtiva, e, na mesma linha, o *patto di famiglia* do direito italiano.

A experiência revelou que o testamento não conseguiu dar uma resposta satisfatória à perspectiva de planejamento sucessório.⁴⁴⁷ De um lado, pelo excessivo formalismo inerente ao negócio e, de outro, à instabilidade marcada pela revogabilidade até o momento da morte do testador.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Para identificação da tendência à permissão dos pactos sucessórios no direito estrangeiro, consinta remeter o leitor ao Capítulo 1.

⁴⁴⁷ A doutrina italiana, onde também vige a proibição aos pactos sucessórios, aponta a insuficiência do testamento para fins de planejamento sucessório: “*Proprio sulla base di un’asserita inadeguatezza del testamento quale strumento in grado di soddisfare le esigenze successorie del disponente, la dottrina ha da tempo prospettato ed individuato, all’interno del sistema, istituti che in vario modo possono ovviare agli individuati limiti attribuiti al negozio testamentario. Il fatto che il testamento non sia in grado di dare una risposta appagante alle prospettive di pianificazione successoria del disponente si collega, da un lato, all’eccessivo formalismo connesso al negozio testamentario e, dall’altro, alla «concezione immobiliare e statica della ricchezza» che esso presuppone*”. (ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell’autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012. p.20). Tradução livre: “Com base na alegada insuficiência do testamento como instrumento capaz de atender às exigências sucessórias do disponente, a doutrina há tempo tem proposto e individuado, dentro do sistema, institutos que de várias maneiras podem superar as limitações atribuídas ao negócio testamentário. O fato de que o testamento não seja capaz de dar uma resposta satisfatória à perspectiva de planejamento sucessório do disponente está ligada, de um lado, ao excessivo formalismo do correlato ao negócio testamentário e, de outro, à ‘concepção imobiliária e estática da riqueza’ que ele assume”.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.21.

A realidade social levou à profusão de novas e velhas estruturas jurídicas, visando equacionar os diversos interesses envolvidos no fenômeno da delação sucessória.

3.3.1 A prática negocial: o planejamento sucessório e seus instrumentos de concretização

Diante das dificuldades e da insuficiência do sistema sucessório brasileiro às demandas atuais da sociedade⁴⁴⁹, os particulares passaram a desenvolver mecanismos, amparados na autonomia privada e nas estruturas jurídicas vigentes, para promover o planejamento pessoal, racional e seguro da transferência do patrimônio *post mortem*.⁴⁵⁰ Assim, convencionou-se chamar de planejamento sucessório o conjunto de instrumentos jurídicos que permitem a adoção de “uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.⁴⁵¹

Embora realizado em vida, os objetivos e os efeitos práticos pretendidos projetam-se para a morte e as finalidades do planejamento sucessório são a economia com o pagamento de impostos, a maior autonomia para o autor da herança na delação dos bens, a prevenção de litígios, a celeridade da sucessão, a valorização e preservação dos bens. Por essa razão, o assunto toca os mais variados ramos do Direito, como o Direito Empresarial, Direito Tributário, Direito Internacional Privado, e também de diversos setores do próprio Direito Civil.

Deve-se destacar que não há incompatibilidade entre a proteção da família e o fenômeno de contratualização do direito sucessório. Pelo contrário, muitas vezes a autonomia privada no planejamento sucessório visa precipuamente corrigir as eventuais distorções causadas pelas anacrônicas regras do direito sucessório, mesmo respeitando os limites legais, entre os quais a intangibilidade da legítima.

⁴⁴⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Notas sobre planejamento sucessório. In: REZENTE, Elcio Nacur; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião (Coord.). *Direito civil contemporâneo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.492.

⁴⁵⁰ MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v.1, p.12, jan./fev. 2014.

⁴⁵¹ TEIXEIRA, op. cit., p.492.

Além dos benefícios fiscais, afirma-se que

Uma das principais justificativas para se fazer um planejamento está na maior autonomia do autor da herança para organizar da melhor forma o que deseja dentro da sua parte disponível, mas respeitando-se os limites da legítima quando houver herdeiros necessários; assim, evitam-se, futuramente, litígios sobre a herança e, conseqüentemente, dilapidação patrimonial.⁴⁵²

Acrescente-se aos motivos a segurança jurídica, já que não são poucas as polêmicas envolvendo as regras pátrias do direito das sucessões.^{453,454} Giselda Hirokana, a propósito, assevera que o Direito Sucessório tem como base uma família não correspondente ao perfil das famílias da atual sociedade brasileira, sendo o planejamento sucessório a consequência maior do fenômeno da pluralidade familiar da sociedade.⁴⁵⁵

O limite do planejamento sucessório são as normas imperativas. Não se pode, a pretexto das estruturas jurídicas utilizadas, por exemplo, causar prejuízo aos herdeiros necessários, em menoscabo ao princípio da intangibilidade da legítima. O mesmo também se aplica a direitos de terceiros, como os credores.

Entre as formas mais empregadas para concretização do planejamento estão o testamento, a partilha em vida, a conta corrente e depósito bancário, a doação, o seguro de vida, a previdência privada, a constituição de pessoas jurídicas, o fideicomisso, o negócio fiduciário ou *trust*, entre

⁴⁵² TEIXEIRA, Daniele Chaves. Notas sobre planejamento sucessório. In: REZENTE, Elcio Nacur; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião (Coord.). *Direito civil contemporâneo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.494.

⁴⁵³ Sobre alguns pontos polêmicos das regras do direito sucessório: NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima: desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa. *Revista IOB de Direito de Família*, v.9, n.48, p.41-53, 2008.

⁴⁵⁴ Em tom bastante crítico, ao iniciar a abordagem sobre o tema planejamento sucessório, afirma Maria Berenice Dias: “Merece ser chamado, no mínimo, de desastroso o atual direito sucessório. Basta atentar ao significativo número de dispositivos de difícil ou quase impossível compreensão. Além disso, há novos institutos que, de forma absolutamente desarrazoada, se afastam dos princípios consagrados no âmbito das relações familiares. A concorrência sucessória – para citar só um exemplo – interfere de forma indevida e desastrosa em questões patrimoniais, afrontando o princípio da autonomia da vontade. O legislador parece insensível às mudanças que vêm acontecendo na própria estrutura das famílias”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.393). Ainda segundo a autora, “a falta de pragmáticas e efetivas soluções faz com que os titulares de patrimônio e empresas familiares busquem caminhos para planificar a transmissão de seus bens, recorrendo a intrincados, complexos e caros expedientes na tentativa de assegurar a continuidade e o bom governo da sociedade familiar e do acervo privado”. (p.394).

⁴⁵⁵ HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: planejamento sucessório para as novas famílias. Entrevista. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, v.10, p.5-7, abr. 2014.

outros. A escolha dos instrumentos vai depender de aspectos subjetivos⁴⁵⁶, relacionados ao estado da pessoa e a sua qualificação da pessoa na sociedade, e objetivos, relacionados com as finalidades a serem alcançadas pelo titular.

3.3.1.1 Testamento

Sobre o testamento, trata-se de instrumento, por excelência, escolhido pelo legislador para determinar a delação sucessória *mortis causa*, de acordo com a autonomia privada do testador, respeitado o limite da legítima. Ele apresenta, no entanto, alguns inconvenientes, tais como a eficácia somente após a morte do autor da herança, a revogabilidade e a formalismo. De fato, a revogabilidade é elemento básico do instituto, tanto que é considerada inexistente, ineficaz ou não escrita qualquer disposição que vise eliminar o direito potestativo do testador de alterar o testamento ou revogá-lo enquanto vivo e capaz.⁴⁵⁷ Disso decorre que o planejamento sucessório, geralmente envolvendo o concurso de vontades entre todos os participantes do fenômeno sucessório, autor da herança e sucessores, não tem no testamento o seu instrumento único e adequado.

Fala-se, hodiernamente, na função promocional do testamento, encontrando-se nele um instrumento para realização dos valores positivos do ordenamento civil.⁴⁵⁸ Nesse contexto, o testamento se aporta como um interessante espaço para o exercício qualitativo da autonomia privada em direção à tutela da pessoa humana. Em conclusão,

⁴⁵⁶ Sobre os aspectos subjetivos do planejamento sucessório, Elisa Costa Cruz e Lilibeth de Azevedo afirmam que a qualificação da pessoa é fundamental para se estabelecer um planejamento sucessório, pois se trata de uma condicionante para diversas questões que determinarão os limites da disposição dos bens, tais como o regime matrimonial de bens, a existência de herdeiros necessários etc. (CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.538-540).

⁴⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Testamento. Estrutura e princípios. Modalidades. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; VILLAR, Rafael; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p.856-857.

⁴⁵⁸ Trabalho marcante sobre o tema foi desenvolvido por Ana Luiza Nevares: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Na esfera patrimonial, é possível identificar disposições testamentárias que aparentemente poderiam estar em tensão com outros princípios que devem imperar na sucessão *mortis causa*, mas que, em virtude da ponderação dos interesses em jogo, prevalecerá o que foi determinado pelo testador. Exemplificativamente, verifica-se tal ocorrência quanto às disposições testamentárias nas quais o testador estabeleça a divisão do patrimônio observando os interesses dos filhos diante de específicos vínculos quanto a certos bens da herança, ainda que se possa invocar uma potencial ofensa à isonomia qualitativa entre os seus quinhões [...].⁴⁵⁹

3.3.1.2 Partilha em vida

A partilha em vida é uma alternativa de grande relevo para planificação *post mortem* do patrimônio. A sua dimensão estrutural e funcional foi objeto de análise no Capítulo 1, cabendo rememorar que se trata de uma sucessão antecipada estabelecida durante a vida do autor da herança. Se feita por ato de última vontade, chama-se partilha-testamento, distribuindo os bens entre os herdeiros necessários e projetando a aquisição da propriedade somente por ocasião da abertura da sucessão, com a morte do testador, mas devendo ser respeitada a divisão estipulada no testamento. Nesse caso, apresenta os mesmos inconvenientes do testamento, porque é através desse instrumento que se opera a planificação.

Por outro lado, realizada por ato *inter vivos*, a transferência da propriedade aos herdeiros opera-se ainda durante a vida daquele de cuja sucessão se trata. Surge, então, a discussão acerca da natureza desse ato. Alguns autores defendem tratar-se de doação, enquanto outros afirmam a autonomia do instituto, como verdadeira sucessão antecipada que proporciona aos sucessores a aquisição dos bens antes da morte do autor da herança. Ancorado nas opiniões de Arnaldo Wald⁴⁶⁰ e de Heloisa Helena Barboza⁴⁶¹, afirmou-se que a partilha em vida por ato entre vivos não constitui doação, mas negócio jurídico próprio, com previsão legal no art. 2.027 do Código Civil, tendo como efeito essencial a delação, em vida, da propriedade dos bens aos herdeiros necessários, dispensando a colação por ocasião da abertura da sucessão, assim como o

⁴⁵⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.332-333.

⁴⁶⁰ WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida. *Revista dos Tribunais*, v.76, n.622, p.7 et seq., ago. 1987.

⁴⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

inventário. Esse também foi o caminho trilhado pela jurisprudência pátria, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A partilha em vida por negócio *inter vivos* apresenta características que a tornam um interessante instrumento de planejamento sucessório. Nela, a vontade dos herdeiros é levada em consideração, devendo participar do ato mediante a sua aquiescência, cuja importância é fundamental para demonstrar a concordância com a estimação dos bens para fins de apuração da porção legítima de cada herdeiro necessário. Assim, diferentemente do testamento, os herdeiros participam do ato, contribuindo para a formação da vontade do autor da herança, num movimento dialético que encontra ressonância no espírito de solidariedade que deve nortear as relações familiares e também o direito sucessório. Além disso, a produção de seus efeitos são imediatos, não sendo necessário aguardar a abertura da sucessão. E, principalmente, o ato é irrevogável, garantindo higidez e segurança da operação e da planificação.

Os aspectos negativos da partilha em vida, mesmo por ato *inter vivos*, são por vezes alheios ao direito civil, como a incidência tributária do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, previsto no art. 155, II, da Constituição da República, de competência dos estados-membros e do Distrito Federal.⁴⁶² Como já antecipado, o aspecto fiscal é quase sempre um fator levado em consideração no planejamento sucessório, visando o titular e seus sucessores a redução do ônus tributário.

Outro inconveniente é o surgimento de novo herdeiro necessário, que torna nula a partilha.⁴⁶³ Ademais, a partilha em vida por vezes não atende aos anseios do autor da herança quando o interesse é garantir a maior integridade possível do acervo patrimonial, principalmente

⁴⁶² A alíquota do imposto de transmissão *causa mortis* e doação varia de acordo com cada unidade federativa. No Estado do Rio de Janeiro, a sua alíquota, de acordo com o art. 26 da Lei Estadual n.º 7.174/2015, é de 4,5%, para bens e direitos transmitidos até 400.000 UFIR-RJ e de 5% para valores acima desse limite. O valor do UFIR-RJ em 2016 ficou estabelecido em R\$ 3,0023, de acordo com a Resolução SEFAZ 952/2015. Outros estados-membros fixam uma exação mais branda, como o caso do Estado do Amazonas, em que a alíquota é de apenas 2% sobre o valor venal dos bens e direitos transmitidos, conforme disposição do art. 119 do Código Tributário Estadual (Lei Complementar n.º 17/97). Em São Paulo, a alíquota é de 4% (art. 16 da Lei Estadual n.º 10.705/2000), enquanto no Distrito Federal foram estabelecidas alíquotas progressivas, de 4%, 5% e 6% (art. 9.º da Lei Distrital n.º 3.804/2006, com redação dada pela Lei n.º 5.549/2015, com efeitos a partir de 14/01/2016). A questão da progressividade do imposto de transmissão *causa mortis* e doação foi admitida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 562045/RS, em 6/2/2013, que envolvia a lei gaúcha, sendo vencido o relator Min. Ricardo Lewandowski, tendo como redatora para o acórdão a Min. Cármen Lúcia.

⁴⁶³ Nesse sentido: BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

quando os bens se encontram afetados e funcionalizados a alguma atividade de interesse da família, como ocorre com a unidade produtiva familiar.

3.3.1.3 Depósito bancário

Pelo depósito bancário, “uma pessoa física ou jurídica entrega determinada importância em dinheiro, com curso legal no país, a um banco, que se obrigará a guardá-la e restituí-la quando for exigida, no prazo e nas condições ajustadas”.⁴⁶⁴ Sua diferença em relação ao depósito regular⁴⁶⁵ previsto no Código Civil é a grande regulamentação e ingerência estatal, além da faculdade de a instituição financeira gozar do dinheiro que lhe foi confiado pelo depositante.⁴⁶⁶ Sua instrumentalização normalmente se dá pelo contrato de conta corrente.⁴⁶⁷

A utilidade do depósito bancário em sede de planejamento sucessório refere-se especificamente à cotitularidade, a implicar a solidariedade dos contratantes pelos direitos e obrigações perante a instituição financeira e, em consequência, a possibilidade de qualquer dos titulares, falecido um deles, de resguardar o direito de efetuar o levantamento do saldo integral da conta.⁴⁶⁸ Esse ponto merece uma certa digressão.

As chamadas contas conjuntas podem ser simples (não solidárias) ou solidárias. Na conta solidária todos os titulares podem atuar em conjunto ou isoladamente, movimentando valores

⁴⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.690.

⁴⁶⁵ A doutrina comercialista reconhece alguma proximidade do depósito bancário com o depósito irregular, previsto no art. 645 do Código Civil, cujo objeto são coisas fungíveis e regulados pelo contrato de mútuo, mas afirma a sua autonomia e natureza *sui generis*. Nesse sentido: “Há, porém, uma circunstância que particulariza o depósito bancário, afastando-o do irregular: o banco titulariza a propriedade dos valores depositados. Ele não é simples detentor da custódia destes, como ocorre com o depositário no depósito irregular. A relação entre os contratantes do depósito bancário é fiduciária, ou seja, o banco pode usar o dinheiro de seus clientes para pagar as suas próprias despesas (salário de pessoal, aluguel de agência, serviços de terceiros etc.) ou para emprestar a outros clientes. Note-se que o depositário, no depósito irregular, não tem o mesmo direito. Pelo contrário, se disponibilizar, a qualquer título, a coisa depositada, responde por infidelidade, podendo até mesmo ser preso”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. p.130).

⁴⁶⁶ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2. p.363.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p.364.

⁴⁶⁸ CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.541.

e realizando todas as operações financeiras perante o banco.⁴⁶⁹ Distingue-se as simples ou não solidárias pelo fato de ser exigida, nas ordens bancárias, a atuação conjunta e expressa de todos os correntistas.

Sob o prisma obrigacional, nas contas conjuntas solidárias há a formação de solidariedade ativa⁴⁷⁰, havendo várias decisões do Superior Tribunal de Justiça adotando esse entendimento.⁴⁷¹ A razão é o fato de cada contratante poder exigir do devedor comum, a instituição bancária, o cumprimento da prestação por inteiro, conformando-se à estrutura das obrigações solidárias prevista no art. 267 do Código Civil.⁴⁷²

Ocorre que três questões merecem destaque. Em primeiro lugar, o fato de todo o numerário constante em conta corrente não poder ser considerado de titularidade daquele que promove a retirada, inclusive integral. Assim, a morte de um dos *cotitulares da conta corrente* e a subsequente retirada integral do montante depositado não afasta a sucessão *causa mortis* sobre a parte sobre a qual recai a titularidade da situação subjetiva do *de cuius*. Disso decorre que, havendo restituição total do valor depositado ao cotitular vivo, a este incumbirá a obrigação de disponibilizar aos respectivos herdeiros o numerário correspondente à parte que toca o *de cuius*.

Embora a solidariedade ativa tenha como efeito a possibilidade do cocredor de exigir a entrega integral da prestação pelo devedor, isso não subverte a lógica da situação jurídica creditícia. A propósito, o próprio Código reconhece o direito dos herdeiros em sede de solidariedade ativa ao fixar regra acerca da morte do credor solidário.⁴⁷³

⁴⁶⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2. p.364-365.

⁴⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v.1. p.551.

⁴⁷¹ Inicialmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 13.680/SP*. Relator: Min. Athos Carneiro. Julgamento: 15/09/1992. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 16/11/1992, p.21144. E mais recentemente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 1490576/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 20/08/2015. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/08/2015.

⁴⁷² Código Civil, art. 267. “Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”.

⁴⁷³ A cobrança por parte dos herdeiros pode se dar isoladamente ou conjuntamente. No primeiro caso, quando a dívida for divisível, limitada ao montante correspondente à quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário. No segundo caso, quando todos agirem conjuntamente, através do espólio, ou se a obrigação for indivisível. É o que dispõe o art. 270 do Código Civil. Nesse sentido: ZANGEROLAME,

Disso decorre o segundo ponto, que é definir a quota cabível a cada cotitular. Afinal, é natural que conta conjunta gere a confusão patrimonial, dificultando a identificação da parte cabível a cada correntista, após a multiplicidade de retiradas, depósitos, débitos e créditos. Por isso, a proporção deve ser definida nas relações internas⁴⁷⁴ por convenção dos próprios credores solidários ou, na sua ausência, divide-se igualmente entre eles⁴⁷⁵, por aplicação analógica da regra do Código sobre solidariedade passiva.⁴⁷⁶ Ao mesmo tempo, essa lógica vai ao encontro da regra de presunção de igualdade dos quinhões dos condôminos em condomínio voluntário, prevista no parágrafo único do art. 1.315 do Código Civil.

Em consequência, o falecimento de um dos cotitulares de conta bancária conjunta implicará, salvo convenção em contrário, na presunção de igualdade de direitos sobre o numerário depositado, ou seja, a metade do valor existente na conta corrente ao tempo da morte do cotitular deverá ser entregue aos seus respectivos herdeiros.⁴⁷⁷

Por fim, o terceiro ponto de destaque sobre o tema é a possibilidade de movimentação do numerário depositado em conta corrente após a morte de um dos titulares. Em outras palavras, pode o titular sobrevivente efetivar a retirada do total do valor disponível em conta corrente após a morte do cotitular? Esse ponto é de grande importância, pois é justamente a celeridade

Flavia Maria. Obrigações divisíveis e indivisíveis e obrigações solidárias. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.209.

⁴⁷⁴ “Nas relações entre os credores, a solidariedade activa caracteriza-se pelo facto de o credor cujo direito foi satisfeito, além da parte que lhe competia na relação ter a obrigação de satisfazer aos outros a parte que lhes cabe no crédito comum (art. 533.º). Existe assim como que em um direito de regresso activo dos outros credores sobre o credor que recebeu a prestação, naturalmente limitado à parte que a cada um compete no crédito comum”. (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009. v.1. p.173).

⁴⁷⁵ Antunes Varela explica que, em se tratando de solidariedade ativa, as quotas dos credores solidários presumem-se iguais, embora nada impeça que sejam estabelecidas convencionalmente quotas desiguais ou, inclusive, que só um deles deva receber na integralidade o benefício do crédito. (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2011. v.1. p.801).

⁴⁷⁶ Código Civil, art. 283. “O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”.

⁴⁷⁷ Esse já foi o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1511976/MG, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, julgado em 28/04/2015. No julgado restou consignado que a conta corrente conjunta não integra a herança de um dos cotitulares pelo valor total depositado. Conforme restou assentado, “no advento da morte de um dos titulares, no silêncio ou omissão sobre a quem pertenciam as quantias depositadas, presume-se que o numerário seja de titularidade dos correntistas em iguais quinhões. A cotitularidade gera o estado de condomínio e como tal, a cada correntista pertence a metade do saldo (art. 639 do CC)”.

decorrente da desnecessidade de autorização judicial que inclui essa modalidade contratual entre as ferramentas de planejamento sucessório.⁴⁷⁸

Necessário que cuidados sejam tomados antes de movimentar a conta bancária conjunta mantida com cotitular falecido. Isso porque o numerário pertence aos herdeiros, que poderão questionar não apenas o *quantum*, mas também a divisão e destinação dos valores, o que tem levado os tribunais a acolher pretensões de bloqueio dos ativos financeiros, a fim de evitar dilapidação dos bens.⁴⁷⁹

Mas, uma vez resgatado todo o valor mantido em depósito bancário em conta conjunta, torna-se o recebedor, ante a solidariedade ativa, automaticamente devedor dos herdeiros, e cada um destes só poderá exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, conforme dicção do art. 270 do Código Civil. No entanto, enquanto legitimado à preservação do acervo hereditário, pode o inventariante, como também o herdeiro, requerer seja o valor total tocante à herança do cotitular falecido colocado à disposição do juízo de inventário, para que se aguarde posterior partilha.

3.3.1.4 Previdência privada

A previdência social não vem elencada como instrumento de concretização do planejamento sucessório, porque não diz respeito, diretamente, ao manejo da transmissão do acervo hereditário. Ela integra o sistema de seguridade social^{480,481,482}, sendo regida pelos

⁴⁷⁸ Eliza Costa Cruz e Lilibeth de Azevedo, em artigo específico sobre planejamento sucessório, afirmam expressamente que “a inclusão de co-titulares em contas correntes ou de depósito (poupança), para fins de planejamento sucessório, permite que, falecido um dos titulares, a outra possa efetuar o levantamento do saldo integral da conta, na medida em que ambos são detentores da quantia”. (CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.541).

⁴⁷⁹ Por todos, cite: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DEIXOU DE DETERMINAR O BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. Falecido que possuía conta conjunta com companheira, e esta estaria promovendo saques após a morte. Necessária cautela a fim de se evitar a dilapidação de bens. Bloqueio de 50% dos ativos financeiros deferido, confirmando-se a tutela concedida. Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2129450-40.2015.8.26.0000*; *Ac. 8975405*. Relator: Des. J. B. Paula Lima. Julgamento: 10/11/2015. Órgão Julgador: Décima Câmara de Direito Privado. Publicação: DJESP 18/12/2015).

⁴⁸⁰ A Convenção n.º 102, de 1952, da Organização Internacional do Trabalho define a Seguridade Social como “a proteção que a sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as

princípios da solidariedade, universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade de prestações entre a população urbana e rural, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação e no custeio, diversidade da base de financiamento, caráter democrático e descentralizado da administração. A seguridade social é um meio para atingir o bem-estar e justiça social, com base no respeito à dignidade da pessoa humana, constituindo característica do Estado Social.

A previdência social, por seu turno, um dos pilares da seguridade social, tem caráter contributivo⁴⁸³ e filiação obrigatória, e deve atender, dentre outras coberturas, à morte. A legislação previdenciária, então, obrigatoriamente prevê a pensão por morte como um dos benefícios em favor de seus segurados, devida por ocasião da sua morte em favor dos beneficiários indicados pela lei. À guisa de exemplo, no âmbito do Regime Geral de Previdência, regulado pela Lei n.º 8.213/91, a pensão por morte é devida aos dependentes do segurado, qualidade reconhecida a três classes distintas: a primeira, constituída pelo cônjuge, companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, independentemente da idade, se inválido ou com deficiência intelectual ou física grave, companheiro, filhos menores de 21 (vinte e um) anos, tutelados e curatelados; a segunda, pelos pais; e a terceira, pelo irmão não emancipado, nas mesmas condições previstas para os

privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento, ou em forte redução de sua subsistência, como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos”. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 269/2008.

⁴⁸¹ A seguridade social pode ser conceituada como “a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15.ed. Niterói: Impetus, 2010. p.6).

⁴⁸² De acordo com Constituição da República, a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, nos termos do art. 193. A seguridade social engloba o conjunto de ações para promoção dos objetivos republicanos da ordem social, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

⁴⁸³ Nos termos do art. 195, da Constituição da República, a previdência social, assim como o sistema de seguridade como um todo, é financiada por toda a sociedade, de forma direta, através das contribuições compulsória ou facultativamente cobrada de seus segurados e dos agentes econômicos, e indiretamente, através recursos provenientes do Poder Público e dos agentes econômicos.

filhos.⁴⁸⁴ A existência de dependente de qualquer das classes exclui o direito às prestações dos das classes seguintes.⁴⁸⁵

Independentemente de prazo de carência⁴⁸⁶ ou do quantitativo do valor pago à previdência social, o direito ao benefício da pensão por morte é concedido se sobrevier a morte do segurado, dividindo-se igualmente entre todos os dependentes da mesma classe, ficando estabelecido por lei o direito de crescer. Assim, à medida que falecerem os beneficiários, as respectivas quotas serão agregadas em partes iguais em favor dos sobreviventes. O valor do benefício será apurado de acordo o regramento legal, não podendo ser inferior a um salário mínimo.⁴⁸⁷

Da noção aqui exposta sobre a previdência social, verifica-se que ela não constitui, no sentido estrito, um instrumento para planejamento sucessório, porque o valor do benefício da pensão por morte não é parte do patrimônio do falecido, além de ter objetivos específicos e obedecer a um esquema legal rígido, não havendo espaço para o exercício da autonomia privada na escolha dos beneficiários e na distribuição da prestação.

Diferente é o caso da previdência privada que, elencada pelo constituinte derivado⁴⁸⁸ no contexto da seguridade social, tem caráter complementar, contratual, facultativo e organizado autonomamente. Regulamentada pela Lei Complementar n.º 109/2001, a previdência privada apresenta dois regimes, o fechado e o aberto. No primeiro caso, a entidade organizadora não atua com finalidade lucrativa, sendo acessível apenas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, ou aos servidores de um ente federado, a associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.⁴⁸⁹

No caso da previdência privada aberta, as operadoras têm finalidade lucrativa e seus planos são acessíveis a qualquer pessoa. O viés contratual, que o enquadra como ferramenta de planejamento sucessório, é a maior autonomia do instituidor na previsão de benefícios em

⁴⁸⁴ Lei n.º 8.213/91, art. 16.

⁴⁸⁵ Lei n.º 8.213/91, art. 16, § 1.º.

⁴⁸⁶ Lei n.º 8.213, art. 26, I.

⁴⁸⁷ Constituição da República, art. 201, § 2.º e Lei n.º 8.213, art. 28, § 2.º.

⁴⁸⁸ A previdência privada foi incorporada ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 20/1998, que alterou o art. 202.

⁴⁸⁹ Lei Complementar n.º 109/2001, art. 31.

favor dos dependentes ou até mesmo de terceiros designados⁴⁹⁰, entre os quais pecúlio e pensão por morte.⁴⁹¹ Outra facilidade dos planos de previdência privada é a liquidez imediata aos beneficiários sem altos custos, uma vez que os valores capitalizados não entram no inventário.⁴⁹²

A polêmica gira em torno da tributação do valor capitalizado por ocasião da morte do titular, sob o argumento de tratar-se de herança, enquadrando-se como fato imponible da hipótese de incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis*, de competência dos estados-membros. Com o recrudescimento da crise econômica dos últimos anos, que acabou por refletir na drástica redução da arrecadação tributária pelos estados, muitos passaram a editar leis visando à tributação do saldo dos planos de previdência privada, quando transferidos em decorrência da morte.⁴⁹³

Além disso, pode haver desvio de finalidade quando o objetivo é unicamente evitar a tributação, tendo a autoridade administrativa o poder-dever de desconsiderar o ato ou o negócio jurídico e estabelecer a exação.⁴⁹⁴

A questão é polêmica, já que muitos afirmam que a previdência complementar privada aberta detém caráter securitário, afastando a exação. Outros, adotando uma linha intermediária, afirmam que determinados produtos podem ser encarados juridicamente como aplicação

⁴⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.397.

⁴⁹¹ CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de. Planejamento sucessório. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.551.

⁴⁹² O art. 79 da Lei n.º 11.196/2005 prevê que a possibilidade de resgate, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante, das quotas ou recebimento em caráter continuado dos fundos de investimento vinculados a planos de previdência complementar.

⁴⁹³ Até agosto de 2016, o noticiário nacional deu conta de que nove estados da federação já efetivam a exação indiscriminada dos planos de previdência privada, ao passo que outros dois o fazem a depender na natureza do plano. (OLIVEIRA, Filipe. Estados taxam planos de previdência privada na transmissão de herança. Folha de S.Paulo, 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/08/1800069-estados-taxam-planos-de-previdencia-privada-na-transmissao-de-heranca.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2016).

⁴⁹⁴ O Código Tributário Nacional prevê esse poder no art. 116, parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. A regra foi introduzida pela Lei Complementar n.º 104/2004 e passou a ser chamada “norma geral anti-elisiva”. Sobre o tema, Marco Aurélio Greco assevera: “Em suma, para deflagrar as consequências pertinentes às patologias dos negócios jurídicos (simulação, abuso de direito e fraude à lei) não havia necessidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. A eles o ordenamento reage por si só mediante um lançamento de ofício. A inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do CTN tornou a figura da elisão uma categoria tributária não dependente das patologias; ainda que os negócios jurídicos não padeçam de qualquer vício, o dispositivo abre espaço para aferir a sua conformidade ao princípio da capacidade contributiva, daí a necessidade de procedimentos especiais para tanto”. (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. p.418).

financeira, atraindo a incidência do imposto. Seriam acúmulos de recursos, vertidos a um fundo de investimento, a fim de capitalizar os valores aportados, restituíveis ao próprio investidor. Ocorrido o falecimento, haveria a transmissão *causa mortis* aos beneficiários, encerrando os pressupostos do fato gerador e autorizando a cobrança do ITCM. Isso não ocorreria, entretanto, quando houvesse o elemento inerente ao risco, como na contratação do pecúlio como benefício complementar da previdência privada.

A jurisprudência ainda é vacilante quanto à possibilidade de tributação do ITCM, pelos estados-membros, do capital acumulado em previdência privada, ora entendendo que os respectivos valores integram o acervo hereditário e devem ser indicados pelo inventariante para fins de cálculo do imposto, apesar de não estarem sujeitos a inventário e partilha⁴⁹⁵, ora manifestando-se pela natureza securitária do contrato e não incidência da referida exação.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Nesse sentido: Tributário ITCMD Anulatória Valor referente à meação já quitado no arrolamento de bens Isenção de ITCMD sobre valores investidos por meio de contratos de previdência privada - Admissibilidade - Interpretação do art. 6.º, I, e, da Lei n.º 10.705/00 Sentença de procedência mantida Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *APL 10094408720138260053 SP 1009440-87.2013.8.26.0053*. Relator: Marrey Unt. Julgamento: 10/03/2015. Órgão Julgador: 3.ª Câmara de Direito Público. Publicação: 07/04/2015).

⁴⁹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALVARÁ JUDICIAL. PRETENSÃO DO ESTADO DE FAZER INCIDIR IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS SOBRE OS VALORES ORIUNDOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. Cuida-se de alvará judicial objetivando o levantamento dos valores provenientes da previdência privada percebida pelo falecido. 2. A decisão recorrida reconheceu a isenção do ITD incidente sobre os valores provenientes de previdência privada, ao argumento de que o plano feito pelo falecido não deve ser considerado herança, uma vez que possui natureza privada. 3. Sobre a isenção do ITD, dispõe o art. 3.º da Lei Estadual 1427/89, com redação alterada pela Lei 5440/09, que estão isentas do imposto a transmissão causa mortis de valores não recebidos em vida pelo de cujus, correspondentes a remuneração, rendimentos de aposentadoria e pensão, honorários, PIS, PASEP, FGTS, mencionados na Lei Federal n.º 6.858, de 24/11/80, independentemente do reconhecimento previsto no artigo 29, desta Lei. 4. Tendo em vista que a norma legal supracitada não faz qualquer distinção entre previdência pública ou privada, evidenciando que os valores não recebidos em vida pelo de cujus possui natureza previdenciária, não há como se questionar da incidência do ITD. 5. A isenção não é um critério subjetivo do magistrado que analisa, mas sim é revestida de objetividade estabelecida pela legislação estadual. 6. A Constituição, em seu artigo 146, atribui à Lei Complementar a competência para estabelecer as normas gerais em matéria de legislação tributária. 7. Nos termos do artigo 2.º da Lei Complementar 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, tal regime é operado por entidades de previdência complementar abertas ou fechadas que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário. 8. Trata-se de regime de previdência privada, organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, podendo, portanto, ser instituído por entidades privadas. 9. Conforme a pacífica jurisprudência sobre o tema, os planos de previdência complementar, que instituem e operam planos de benefícios de caráter previdenciário (Lei Complementar 109/2001, artigo 36), possuem a mesma natureza dos seguros de vida, sendo certo que a própria lei que os regula dispõe, em seu artigo 73, que se lhes aplica, no que couber, a legislação aplicável às sociedades seguradoras. 10. Logo, por não ser considerado herança, nem o seguro de vida, nem a previdência privada, podem sofrer a incidência do ITCMD, sob pena de violação ao art.110, do CTN. 11. Recurso desprovido. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 0013577-84.2016.8.19.0000*. Relator: Des(a). Mônica Maria Costa Di Piero. Julgamento: 19/07/2016. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Publicação: 21/07/2016).

A discussão sobre a natureza e a função do capital acumulado em previdência privada tem reflexos não apenas no direito tributário, mas também no direito civil. Pelos valores pagos a entidades abertas de previdência complementar o contratante adquire quotas de participação em fundos de investimento. Se essas quotas integram o patrimônio do contratante e fazem parte do acervo hereditário, haverá confronto entre as regras do direito sucessório e o resgate do capital formado em favor das pessoas indicadas pelo *de cuius*.

Em recentemente caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁴⁹⁷, o falecido havia formalizado testamento deixando a totalidade da sua parte disponível em favor do cônjuge sobrevivente. Quando em vida, havia contratado previdência complementar privada, na modalidade do VGBL, indicando a esposa como beneficiária. Com a morte, entenderam os herdeiros pela invasão da parte legítima. O Tribunal entendeu, enfim, que os aportes de capital feitos à título de previdência não detém natureza securitária, mas sim de investimento financeiro⁴⁹⁸ e, conseqüentemente, integram a herança, devendo ser considerados para fins de cálculo da legítima.⁴⁹⁹

Em suma, a utilização da previdência privada como instrumento de planejamento sucessório deve levar em consideração essas importantes questões. Relativamente às prestações de cunho securitário, goza o instituidor de maior margem de autonomia para indicação dos beneficiários, inclusive não qualificados como herdeiros necessários. Já a parte referente ao patrimônio formado pelas contribuições pagas, caracterizado como aplicação financeira, deve

⁴⁹⁷ Cite-se julgado que corrobora esse entendimento: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DEPÓSITOS EM PREVIDÊNCIA VIDA GERADOR DE BENEFÍCIOS LIVRES – VGBL. NATUREZA SECURITÁRIA NÃO EVIDENCIADA. INVESTIMENTO FINANCEIRO. RESSALVA E PARTILHA DA LEGÍTIMA. AGRAVO PROVIDO. 1. Os valores depositados em conta destinada à previdência privada - VGBL – não ostentam características securitárias, se assemelhando a investimento financeiro, devendo, por essa razão, integrar o acervo hereditário. 2. Agravo provido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *AGI 20140020182838*. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Julgamento: 12/08/2015. Órgão Julgador: 4.^a Turma Cível. Publicação: DJE: 17/09/2015. Pág.: 140)

⁴⁹⁸ A natureza de aplicação financeira do saldo de depósito em previdência privada foi inicialmente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em caso que discutia a penhorabilidade dos valores (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1121719/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15/03/2011. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe 27/04/2011). Posteriormente, no entanto, o tribunal evoluiu o entendimento para considerar que a impenhorabilidade deve ser avaliada casuisticamente pelo juiz, se restar demonstrado o caráter alimentar da utilização do saldo para subsistência do participante e de sua família. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1121719/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15/03/2011. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe 27/04/2011.

⁴⁹⁹ Também: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Voto n.º 18473, *APC 1015490-23.2014.8.26.0562*, Comarca de Santos. Relator: Viviani Nicolau. Julgamento: 19/05/2015. Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Privado. Publicação: 19/05/2015.

observar o respeito à legítima, sob pena de serem frustrados os principais objetivos do planejamento sucessório, como a prevenção de litígios e a segurança na transmissão de bens *post mortem*.

3.3.1.5 Doação

A doação, de acordo com a definição legal, é o “contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.⁵⁰⁰ O enquadramento desse negócio jurídico como instrumento de planificação sucessória decorre da permissão de doação de ascendente à descendente, prevista no art. 544 do Código. Dessa forma, o titular do patrimônio pode, em vida, estabelecer a distribuição dos bens entre seus herdeiros necessários.⁵⁰¹

Por força do regramento legal, a doação, nesse caso, importa em adiantamento de legítima, obrigando-se os donatários a conferir o valor dos bens recebidos, a fim de igualar a legítima⁵⁰², por ocasião do inventário. Trata-se do instituto da colação, cujo escopo é igualar, na proporção legal, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente.

Embora tenha efeitos imediatos, transferindo para o patrimônio do donatário o bem doado, a colação deve operar-se *in natura*, revelando aqui um inconveniente em termos de planejamento sucessório. Somente em caso de não mais existirem os bens doados haverá o cômputo do seu valor ao tempo da liberalidade.

O valor da colação, nesse caso, será aquele certo ou estimado, constante do ato de liberalidade ou, na falta, pelo seu valor ao tempo da liberalidade⁵⁰³, mas as benfeitorias realizadas e os frutos auferidos pertencerão ao donatário.

⁵⁰⁰ Código Civil, art. 538.

⁵⁰¹ Apesar do art. 544 do Código falar em doação de ascendente a descendentes, defende-se em doutrina a conformação do repositório legal à sistemática da ordem de vocação sucessória, que incluiu o cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes em muitos casos. Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2. p.225.

⁵⁰² Código Civil, artigo 2002.

⁵⁰³ Para algumas questões envolvendo a colação, cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.495-545.

De maior relevo são as doações em que o doador determina saiam da parte disponível, ficando dispensada a colação.⁵⁰⁴ A dispensa pode constar do próprio instrumento contratual ou no testamento. Nesse caso o autor da herança terá uma maior autonomia para agraciar as pessoas e entidades que entender, sejam elas herdeiras ou não, desde que respeite a porção legítima, sob pena de ser considerada inoficiosa a doação e sujeitar-se à redução.

Assim, verifica-se nas doações em geral, como também aquelas realizadas a descendentes e provenientes da parte disponível, um instrumento útil à persecução dos objetivos de planejamento sucessório.

3.3.1.6 Fideicomisso

O fideicomisso foi analisado no Capítulo 2. De forma bastante resumida, é modalidade de substituição por meio do qual o testador institui herdeiros ou legatários que receberão a propriedade resolúvel, respectivamente, de uma fração de patrimônio ou um bem determinado, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica como fideicomissário. As substituições vulgar e recíproca também podem ser utilizadas como instrumentos de planificação. Sua utilização vai depender dos objetivos colimados pelo autor da herança, como, por exemplo, destinar um bem para uma pessoa com deficiência, para que de seus frutos possa prover a sua subsistência, mas com sua morte os bens sejam revertidos em favor de uma terceira pessoa.

Sua abrangência foi reduzida pelo Código Civil de 2002, que só permite a instituição da substituição fideicomissária em favor de prole eventual, devendo, para o caso de pessoas vivas, ser utilizado o usufruto.

⁵⁰⁴ A dispensa da colação também se dá em relação às doações remuneratórias, conforme dita o art. 2.011 do Código Civil.

3.3.1.7 Usufruto

O usufruto pode ser útil quando o titular do patrimônio, embora visando o planejamento, não queira manter o uso, a exploração econômica e percepção dos frutos em geral relativa a seus bens. Assim, pode tanto alienar a sua propriedade, retendo consigo o usufruto do bem. Ocorre a “reserva do usufruto (*deductio*), quando o alienante, transferindo embora a propriedade, reserva para si o usufruto por certo prazo, sob condição ou até a sua morte”.⁵⁰⁵ Essa modalidade de constituição do usufruto é conhecida como *usufruto deducto*⁵⁰⁶, porque na operação de alienação, deduz-se da propriedade o usufruto.⁵⁰⁷ Embora a operação inversa também seja possível⁵⁰⁸, é no *usufruto deducto* que se verifica, na maior parte das vezes, o potencial de ser usado como ferramenta de planejamento da transmissão de bens *post mortem*.

Com a morte, a propriedade plena se consolida nas mãos do nu-proprietário, que receberá seus direitos à título gratuito durante a vida do autor da herança. O direito de usufruto, por ser personalíssimo, não sobrevive à morte do usufrutuário. A conexão e aderência do direito se dá na pessoa do usufrutuário⁵⁰⁹, não se transmitindo por ato *inter vivos* nem *mortis causa*.⁵¹⁰ Não se sujeita o bem à colação se, no ato de instituição do usufruto ficou estabelecida a

⁵⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.27.

⁵⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.374.

⁵⁰⁷ “Quando o dono da coisa constitui usufruto por dedução (=aliena a propriedade e fica com o usufruto), quem outorga é o próprio constituinte do usufruto, porque transfere o domínio *deducto usufructus*, sem se poder imaginar que se aliene toda a propriedade e seja o adquirente o outorgante”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 19. p.42).

⁵⁰⁸ “O usufruto convencional possui duas formas: a) a *alienação*, que se dá quando o proprietário concede, mediante atos *inter vivos* ou *causa mortis*, o usufruto a um indivíduo, conservando a sua propriedade; b) a *retenção*, que ocorre quando o dono do bem, somente mediante contrato, cede a sua propriedade, reservando para si o usufruto”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.4. p.437).

⁵⁰⁹ TEPEDINO, op. cit., p.22.

⁵¹⁰ Após situar a finalidade econômica do usufrutuário, San Tiago Dantas cita a característica jurídica da conexão do direito com a pessoa do usufrutuário. Assim, “o usufruto é direito personalíssimo, criado em favor de um usufrutuário, que não se pode fazer substituir naquela posição jurídica. Sente-se aí, muito, esta finalidade alimentar, pois, o usufruto é constituído para favorecer a alguém e, por isso, não se pode admitir que este alguém se faça substituir no título, ceda a outro o seu próprio usufruto. De modo que, consequência imediata desta característica é que o usufruto é intransferível. Não se pode imaginar a sua transferência, nem

liberalidade como proveniente da parte disponível. O bem fica então afastado do inventário, cabendo ao proprietário proceder à averbação da sua extinção no Cartório de Registro de Imóveis⁵¹¹, comprovando a morte do usufrutuário por meio da certidão de óbito.

3.3.1.8 Seguro de vida

O seguro de vida é outra manifestação da autonomia privada com relevância na planificação sucessória. Mediante o pagamento de determinada prestação pelo segurado, denominada prêmio, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo contra riscos predeterminados, inclusive relativos à pessoa. O seguro de pessoa envolve a estipulação de um capital segurado pelo contratante, indicando as pessoas que irão receber o benefício, na hipótese de ocorrência do sinistro. É uma estipulação em favor de terceiro, e foi oportunamente analisado quando confrontado aos pactos sucessórios dispositivos.⁵¹²

O seguro de vida é modalidade de seguro de pessoa. Nele, tem o segurado ampla liberdade para indicação da pessoa dos beneficiários, independentemente de vínculo familiar, uma vez que o capital estipulado não se considera herança, por expressa disposição legal.⁵¹³ Dessa forma, as regras de direito sucessório não se aplicam ao contrato de seguro⁵¹⁴, seja para fins de divisão do capital segurado ou para o cômputo da legítima.

por atos inter vivos nem por atos mortis causa”. (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – III*. 2.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981. p.345).

⁵¹¹ Código Civil, art. 1.410.

⁵¹² Seja consentido remeter ao item 2.3.2, *supra*.

⁵¹³ É o que consta do art. 794 do Código Civil: Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

⁵¹⁴ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em situação envolvendo o DPVAT. “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). MORTE DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO PRÓPRIO DO BENEFICIÁRIO. ARTS. 4.º DA LEI N.º 6.194/1974 E 794 DO CC. APLICABILIDADE. ART. 13 DO CPC. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N.º 283/STF.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se o espólio, representado pelo inventariante, possui legitimidade ativa para ajuizar ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) em caso de morte da vítima no acidente de trânsito.

2. Antes da vigência da Lei n.º 11.482/2007, a indenização do seguro obrigatório DPVAT na ocorrência do falecimento da vítima deveria ser paga em sua totalidade ao cônjuge ou equiparado e, na sua ausência, aos herdeiros legais. Depois da modificação legislativa, o valor indenizatório passou a ser pago metade ao

Pode servir, apenas supletivamente, para determinar quem serão os beneficiários na hipótese de ausência de indicação.⁵¹⁵ Outra vantagem é que o capital não responde por dívidas dos credores do segurado⁵¹⁶ e para seu recebimento, por se tratar de direito próprio do beneficiário, uma vez ocorrido o sinistro, dispensa a realização de inventário.

3.3.1.9 Constituição de pessoa jurídica

A criação de pessoa jurídica é uma forma usual de planejamento sucessório. Muitas vezes, o próprio patrimônio da pessoa e da família já se encontra na titularidade de uma pessoa jurídica, caso em que a revisão minuciosa das disposições do contrato ou estatuto social e a distribuição da participação societária mostram-se necessárias. Em outros casos, a própria constituição de uma pessoa jurídica é impulsionada com vistas ao planejamento sucessório.

Convencionou-se chamar *holding familiar* a pessoa jurídica constituída com o objetivo de exercer o controle sobre os bens próprios de determinadas pessoas naturais, funcionalizando-os em torno de uma atividade econômica, de tal modo a viabilizar a percepção eficiente e racional de lucros e garantir a manutenção integralidade do patrimônio. Advém da ideia de

cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros da vítima, segundo a ordem de vocação hereditária (art. 4.º da Lei n.º 6.194/1974, com a redação dada pela Lei n.º 11.482/2007).

3. O valor oriundo do seguro obrigatório (DPVAT) não integra o patrimônio da vítima de acidente de trânsito quando se configurar o evento morte, mas passa diretamente para os beneficiários. Logo, o espólio, ainda que representado pelo inventariante, não possui legitimidade ativa para pleitear, em tal hipótese, a indenização securitária, pois esta não integra o acervo hereditário (créditos e direitos da vítima falecida).

4. A indenização do seguro obrigatório (DPVAT) em caso de morte da vítima surge somente em razão e após a sua configuração, ou seja, esse direito patrimonial não é preexistente ao óbito da pessoa acidentada, sendo, portanto, direito próprio dos beneficiários, a afastar a inclusão no espólio.

5. Apesar de o seguro DPVAT possuir a natureza de seguro obrigatório de responsabilidade civil (e não de danos pessoais), deve ser aplicado, por analogia, nesta situação específica, o art. 794 do CC/2002 (art. 1.475 do CC/1916), segundo o qual o capital estipulado, no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1419814/SC*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 23/06/2015. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 03/08/2015).

⁵¹⁵ Código Civil, art. 792.

⁵¹⁶ Código Civil, art. 794.

holding, utilizada para designar as pessoas jurídicas que atuam precipuamente como titulares de bens e direitos.⁵¹⁷

A utilização da pessoa jurídica tem o atrativo de redução da carga tributária, além de garantir um maior controle na passagem da gestão negocial ou patrimonial de uma geração a outra, respeitando técnicas de organização preventiva de distribuição, manutenção, administração e bom governo na sucessão da propriedade.⁵¹⁸

Importante é a escolha do tipo societário, embora normalmente sejam constituídas sociedades limitadas ou anônimas fechadas, pelo caráter mais personalista dessas sociedades, que podem estabelecer maiores restrições à alienação da participação social e ao ingresso de estranhos no quadro social.⁵¹⁹

A operação de transferência do domínio dos bens à pessoa jurídica é imune à incidência de impostos, quando tiver por fim a integralização do capital social subscrito pelo titular.⁵²⁰ As quotas, então, podem ser posteriormente distribuídas entre as pessoas escolhidas por aquele de cuja sucessão se trata. Mas, se a transferência se der à título gratuito, deve respeitar a legítima dos herdeiros necessários, do contrário será inoficiosa a doação. Nesse ponto, vale destacar que a gratuidade da cessão das quotas implica na incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, de competência dos estados-membros e do Distrito Federal, cuja competência tributária decorre do art. 155, I, da Constituição da República. A redução da carga tributária, por outro lado, será experimentada em relação aos rendimentos decorrentes

⁵¹⁷ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.6.

⁵¹⁸ MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v.1, p.17, jan./fev. 2014.

⁵¹⁹ O Código Civil prevê a possibilidade de haver restrição a circulação das quotas sociais a terceiros, resguardado o direito de recesso da sociedade. De acordo com o art. 1.057, do Código Civil, a cessão a estranhos pode ser obstada mediante oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. Ao revés, nas sociedades anônimas, por exemplo, a limitação à alienação das ações a terceiros é expressamente prevista em relação às fechadas (art. 36 da Lei n.º 6.404/76). Em relação às anônimas abertas, a lei impede a restrição quanto às ações nominativas, muito embora seja admitido o *acordo de acionistas* versando sobre a compra e venda das ações entre os proprietários subscritores do acordo, ganhando oponibilidade inclusive a terceiros, após averbação no livro de registro e nos certificados de ações. Sobre o tema, cf. MIRANDA, Maria Bernadete. Restrições à circulação de ações em companhia fechada. *Revista Virtual Direito Brasil*, v.2, n.2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cia.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

⁵²⁰ Conforme comando no art. 156, § 2.º, I, da Constituição da República: “não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica,

da exploração patrimonial dos bens, já que, em regra, a tributação sobre a atividade econômica é inferior à incidente sobre a pessoa física.

Com a distribuição das quotas ou ações, inicia o titular do patrimônio o seu planejamento sucessório, estabelecendo-se desde já no estatuto da companhia ou no contrato social as diretivas relacionadas ao controle dos negócios, às regras básicas de gestão patrimonial e, também, à intenção de preservação da unidade patrimônio. Embora nas sociedades limitadas nada impeça o exercício do direito de retirada pelo sócio, é importante que haja previsão versando sobre o modo e prazo de pagamento dos haveres do retirante⁵²¹, a fim de evitar a descapitalização repentina da sociedade, prejudicando o bom andamento dos negócios sociais e, conseqüentemente, vulnerando a pretensa unidade patrimonial objetivada pela planificação sucessória.

Em relação ao projeto de transmissão dos bens ainda em vida, a utilização da pessoa jurídica amplia o espectro da autonomia privada. Pode, por exemplo, quando ainda em vida, privilegiar uma maior percepção de lucros da pessoa jurídica em favor determinados sócios se, por ocasião da constituição da sociedade limitada, mantiver o seu controle através da maioria do capital social votante e houver previsão no contrato social de *distribuição desproporcional dos lucros*.⁵²² Dessa forma, a cada apuração positiva dos resultados sociais, o sócio controlador poderá determinar a distribuição dos lucros, estabelecendo parcelas maiores a determinadas pessoas, se assim entender. Essa operação é afastada da incidência de imposto de renda⁵²³,

salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”.

⁵²¹ De acordo com o Código Civil, salvo disposição contratual em contrário, a quota do sócio retirante será liquidada com base na situação patrimonial da sociedade à data da retirada, verificada em balanço especialmente levantado e o pagamento deverá ser efetivado em noventa dias, com a correspondente redução do capital social (art. 1.031).

⁵²² A distribuição desproporcional dos lucros é admitida nas sociedades contratuais, desde que haja previsão no contrato social, conforme previsto no art. 1.007, do Código Civil. Comentando o dispositivo, Fábio Ulhoa Coelho é da opinião de que “A nulidade existe na exclusão de sócios dos lucros da sociedade, mas não na participação desproporcionada. Assim, em qualquer limitada, pode-se licitamente contratar a incorrespondência entre os percentuais referentes à participação no capital social e nos lucros. Os sócios podem convencionar, por exemplo, que os lucros serão distribuídos de acordo com a receita proporcionada pelos negócios viabilizados por cada um, independentemente da contribuição para o capital social. Essa desproporção é incomum no comércio, em geral, mas frequente no setor de prestação de serviços profissionais”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.29)

⁵²³ Segundo a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Solução de Consulta n.º 46, de 24 de maio de 2010, a isenção do Imposto de Renda sobre os lucros desproporcionalmente distribuídos depende da previsão de cláusula autorizativa no contrato social. Nos termos da ementa: **DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS. NÃO INCIDÊNCIA.** O sócio cotista que receba pro labore é segurado obrigatório do RGPS, na qualidade de contribuinte individual, havendo incidência de contribuição previdenciária sobre o pro labore por ele recebido. Não incide a contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos aos

afigurando-se como eficaz ferramenta de ampliação da autonomia privada na sucessão *mortis causa*, operada durante a vida do autor da herança, uma vez que o montante recebido não caracteriza doação e não exige a colação.

Essa solução, embora estruturalmente válida, não é isenta de críticas e questionamentos, já que sob o ponto de vista finalístico pode vir a caracterizar uma simulação e ser questionada pelos herdeiros necessários, se entenderem que há prejuízo à porção legítima e burla ao sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil, cujas regras têm caráter cogente⁵²⁴.

Além disso, tem o titular a faculdade de realizar a partilha em vida por ato entre vivos, distribuindo desde já a sua participação societária entre os herdeiros necessários.⁵²⁵ Pode, inclusive, estabelecer o usufruto deducto, passando a ser usufrutuário das quotas, com percepção das participações nos lucros e perdas até a sua morte.

A questão da morte do sócio tem especial relevo e já foi analisada. Nos termos estabelecidos no contrato social, a sua quota pode ser distribuída entre os herdeiros ou liquidada. Como já afirmado, pode o titular transferir as quotas, retendo o usufruto. Se a operação for feita como partilha em vida ou como liberalidade com dispensa da colação, afasta-se a burocracia na transmissão das quotas por ocasião da morte, permitindo desde já a consolidação da propriedade nas pessoas dos nu-proprietários, independentemente de inventário, ao mesmo tempo em que garante a percepção dos dividendos enquanto vivo.

sócios quando houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho (pro labore) e a proveniente do capital social (lucro) e tratar-se de resultado já apurado por meio de demonstração do resultado do exercício - DRE. Estão abrangidos pela não incidência os lucros distribuídos aos sócios de forma desproporcional à sua participação no capital social, desde que tal distribuição esteja devidamente estipulada pelas partes no contrato social, em conformidade com a legislação societária.

⁵²⁴ Sobre o abuso de direito e fraude sucessória, Rolf Madaleno adverte que “a forma societária tem servidor como de igual vem servindo no âmbito do Direito de Família, como hábil instrumento de fraude ao sistema legal de proteção do patrimônio conjugal dos regimes de comunidade de bens e, também no direito sucessório, a forma societária está se prestando para desviar a legítima do preceito de ordem pública e de sua absoluta intangibilidade”. (MADALENO, Rolf. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.293).

⁵²⁵ Sobre o tema, remete-se aos itens 1.3.1 e 3.3.1.2, *supra*.

3.1.1.10 *Trust* e negócio fiduciário

O *trust* é uma técnica de segregação patrimonial visando à consecução de objetivos específicos em favor de determinadas pessoas.⁵²⁶ Trata-se de instituto originalmente concebido no direito inglês, que, por sua versatilidade à persecução dos mais variados fins, acabou se revestindo de diversas formas estruturais.

Como consequência dos intensos debates em torno do tema entre os juristas da *common law* e da *civil law*⁵²⁷, foi firmada a Convenção de Haia em 1985, com o objetivo de levar ao conhecimento e viabilizar a incorporação do instituto do *trust* pelos países de tradição romano-germânica. A convenção acabou estabelecendo as principais características do instituto, a saber: (i) pode ser criado pela pessoa do *settlor* por ato *inter vivos* ou *mortis causa*; (ii) os ativos são colocados sob o controle de um *trustee* em proveito de um beneficiário ou para um propósito específico; (iii) os bens constituídos não integram o patrimônio pessoal do *trustee*, mas um *separate fund*; (iv) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*; (v) o *trustee* tem o poder-dever de prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres decorrentes da lei; (vi) não desnatura o *trust* o fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes, inclusive de beneficiário.⁵²⁸

O *trust* regulado pela Convenção de Haia detém características específicas, existindo manifestações diversas, com peculiaridades próprias, nos países onde foi desenvolvido. A despeito disso, o tratado teve o mérito de traçar-lhe as principais características e permitir a compreensão pelos países da *civil law*.

De forma bem sucinta, representa o *trust* previsto na Convenção uma técnica de separação patrimonial, por meio do qual uma pessoa (o *settlor*) transfere bens e direitos para o *trustee*, estabelecendo a finalidade da utilização dessa massa patrimonial em benefício de terceiros. Embora o patrimônio transferido passe a ser de titularidade do *trustee*, o fato de

⁵²⁶ Sobre o *trust* e outras técnicas de separação patrimonial, destaque-se a obra de Milena Donato Oliva, resultado da sua elogiada dissertação de mestrado defendida perante Universidade do Estado do Rio de Janeiro. (OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

⁵²⁷ OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, p.331.

⁵²⁸ Cf. Art. 2.º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trusts e sobre o Reconhecimento deles.

constituir uma massa patrimonial segregada ou separada impede que seja objeto de excussão pelos credores pessoais do *trustee*, assim como não são arrecadados no caso de sua falência ou insolvência, dissolução da sociedade conjugal, nem transferidos a seus herdeiros em caso de morte. Se houver confusão patrimonial em prejuízo aos objetivos e regras traçadas para o *trust*, ficam sujeitos à reivindicação. Esses contornos característicos do *trust* são elencados de forma precisa por Milena Donato:

Os bens conferidos em *trust*, desta feita, integram patrimônio especial titularizado pelo *trustee* que não se confunde com o patrimônio geral deste, de tal sorte que os efeitos da insolvência ou da falência do *trustee* não interferem no patrimônio em *trust*. Além disso, os bens em *trust* não integram a herança do *trustee* e seu cônjuge não tem nenhum direito sobre tais situações jurídicas ativas, a despeito de serem de titularidade do *trustee*.⁵²⁹

Diante da delimitação estrutural exposta, é possível afirmar que o *trust* é figura extremamente flexível, possibilitando a funcionalização da transmissão da titularidade do patrimônio ao escopo da gestão patrimonial, servindo à promoção dos interesses mais diversos.⁵³⁰ A finalidade perseguida pelo o instituto é o mais importante, daí certa discricionariedade conferida ao *trustee*.⁵³¹

No entanto, não contém previsão no ordenamento pátrio e o Brasil não é signatário da convenção. Do ponto de vista da sucessão *causa mortis*, a permissão constituiria um notável avanço em prol da ampliação da autonomia privada, principalmente porque os bens em *trust* não fazem parte do patrimônio do instituidor (*settlor*), não vindo a caracterizar-se como herança. Além disso, embora esteja sob a sujeição ativa funcionalizada do *trustee*, constitui *patrimônio separado*⁵³², não sendo arrecadado como herança em caso de morte. Essa flexibilidade garante ampla autonomia para o *settlor* em termos de planejamento sucessório, sendo um dos

⁵²⁹ OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.335.

⁵³⁰ Ibid., p.354.

⁵³¹ TOMÉ, Maria João Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. *A propriedade fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no direito português*. Coimbra: Almedina, 1999. p.98.

⁵³² Essa é a expressão preferida por Milena Donato para traduzir “o núcleo patrimonial pertencente a um sujeito que convive ao lado do patrimônio geral deste, submetido à disciplina jurídica própria, condizente com a finalidade a que se destina e que o unifica”. (OLIVA, op. cit., p.219). Outras nomenclaturas são patrimônio afetado, segregado, destacado ou destinado.

motivos pelos quais residentes no Brasil se veem obrigados a buscar em outros países essa técnica para satisfazer seus legítimos interesses.⁵³³

Já o negócio fiduciário pode ser entendido como aquele “mediante o qual ocorre a transmissão da titularidade de uma situação jurídica subjetiva ativa ao fiduciário, para que este dela se utilize de determinada forma, com vistas a atingir os objetivos estipulados pelo fiduciante”⁵³⁴, podendo decorrer de negócio indireto⁵³⁵, como no caso da compra e venda para fins de administração ou garantia, ou diretamente de um contrato atípico.⁵³⁶

Sua diferença em relação ao *trust* é a ausência da separação patrimonial, tornando o negócio fiduciário uma figura menos atrativa, já que o patrimônio transferido está sujeito aos riscos pessoais do fiduciário (insolvência, divórcio, falecimento).⁵³⁷ Apesar disso, os ajustes válidos celebrados em vida pelo *de cuius* devem ser respeitados pelos herdeiros do fiduciário. Portanto, “em caso de morte do fiduciário, os herdeiros encontram-se vinculados ao pacto obrigacional, seja para ultimar-lhe o cumprimento, seja para, uma vez operada a sua extinção, transferir o bem a quem o fiduciante tiver determinado”.⁵³⁸

Em suma, foram abordados alguns dos principais instrumentos de concretização do planejamento sucessório. Nem sempre são utilizados isoladamente, mas muitas vezes o ideal a

⁵³³ OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. A gestão do patrimônio no direito brasileiro e a necessidade de se incorporarem os principais efeitos do trust. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.646.

⁵³⁴ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014. p.2.

⁵³⁵ Túlio Ascarelli preleciona sobre o negócio jurídico indireto: “Em todos os sistemas jurídicos são muito frequentes os negócios indiretos. As partes estabelecem entre si um negócio jurídico, é certo, mas o objetivo prático final a que elas visam não é, de fato, o que normalmente decorre do negócio por ela adotado, e sim um objetivo diferente, muitas vezes análogo ao de outro negócio, mais frequentemente sem forma típica própria num determinado ordenamento [...] Existe, portanto, um negócio indireto porque as partes recorrem a êle para atingirem, por seu intermédio, e de modo indireto, objetivos diferentes dos que se poderiam induzir da estrutura do negócio adotado”. (ASCARELLI, Túlio. Contrato misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donacione. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.445).

⁵³⁶ OLIVA, op. cit. p.3.

⁵³⁷ Milena Donato prefere usar o termo *fidúcia* para identificar aquelas hipóteses em que haja autorização legal para criação do patrimônio separado do fiduciário, ficando integralmente vocacionado a promover o fim a que se dirigem. Como exemplo do uso dessa técnica no Brasil, cita a incorporação imobiliária, o fundo de investimento imobiliário, a securitização de créditos imobiliários, o sistema de consórcios, e outros. No caso de fidúcia, os bens integrantes do patrimônio separado não compõem o acervo hereditário do fiduciário, permanecendo apartados do patrimônio do *de cuius*, dispensando o inventário (Ibid., p.6-7; 97, passim).

⁵³⁸ Ibid., p.30.

conjugação dos instrumentos para colimação dos objetivos pretendidos pelo titular do patrimônio. Tantos, enfim, representam a necessidade de manifestação da autonomia privada no fenômeno sucessório, que nem sempre são simples expressão do puro individualismo do autor da herança, mas reveladoras de atendimento, em concreto, de funções patrimoniais merecedoras de tutela.

3.4 Potencialidades do pacto sucessório

Diante de um ordenamento jurídico promocional à tutela e realização dos valores esculpidos no projeto constitucional, a eventual admissão dos pactos sucessórios no âmbito da autonomia privada *causa mortis* denota a relevância de se estabelecer, ainda que exemplificativamente, as potencialidades desse negócio jurídico na persecução de interesses socialmente relevantes e merecedores de tutela.

Tanto a natureza dos bens existentes na herança, como a qualidade dos sucessores, são importantes dados para uma perspectiva sucessória qualitativa, bastante desprezada pela sucessão legítima, por força do princípio da unidade e neutralidade. Como já visto em tópico precedente, a isonomia formal, forjada a partir da concepção liberal predominante no movimento codicista do século XIX, acabou influenciando tardiamente o Código Civil brasileiro de 1916. Já o Código Civil de 2002, no que tange à regulação sucessória, manteve-se alinhado à igualdade formal na sucessão legítima, prevendo a divisão do acervo hereditário em igualdade de quinhões entre herdeiros concorrentes vocacionados a suceder⁵³⁹, com raras exceções de regras especiais visando atender à interesses específicos de acordo com a natureza dos bens e condições pessoais dos sucessores, a exemplo do direito de habitação legal instituído em favor do cônjuge sobrevivente, quando o lar conjugal for o único bem a inventariar.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Exceção se abre ao direito de representação que, longe de representar uma superação da igualdade formal, só vem a confirmá-la. A sucessão, no caso, dá-se por estirpe e, na lógica estritamente patrimonial, tem a função de reparar o mal sofrido pelos filhos com a morte prematura.(OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.156).

⁵⁴⁰ Código Civil, art. 1.831. “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Não deve a autonomia privada, pois, expressar o seu traço atávico de individualismo, mas representar um instrumento promocional, na persecução de interesses socialmente úteis ou viabilizar meios para atendimento de interesses de seus sucessores.

Com efeito, as lições de Pietro Perlingieri informam a necessidade de funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, ante a prevalência dessas últimas, por via da atuação dos princípios constitucionais.⁵⁴¹ Mesmo as situações patrimoniais assumem o papel de valores quando usadas como instrumentos de concretização de uma vida digna, do pleno desenvolvimento da pessoa, inclusive mediante o fornecimento de meios para libertar-se das necessidades.⁵⁴²

O novo espaço de autonomia decorrente da eventual permissão do contrato de herança poderia viabilizar a concreção de interesses patrimoniais na tutela, por exemplo, dos vulneráveis. De fato, para efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana que emerge do texto constitucional, impõe-se a reflexão sobre as situações concretas de pessoas em situação de vulnerabilidade.⁵⁴³

A vulnerabilidade de algum herdeiro torna a igualdade formal, prestigiada pelas regras abstratas do direito sucessório, um caminho para a injustiça material⁵⁴⁴ e, em última análise, o menoscabo da dignidade da pessoa humana. Isso porque, se a dignidade da pessoa humana é objetivo fundante do ordenamento, “a igualdade é a manifestação primeira da dignidade”.⁵⁴⁵

Assim é que os vulneráveis devem ser protegidos de modo integral, em todas as situações existenciais e patrimoniais.⁵⁴⁶ Em consequência, um contrato de herança que vá ao

⁵⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.32.

⁵⁴² PERLINGIERI, loc. cit.

⁵⁴³ Sobre os aspectos jurídicos da vulnerabilidade, cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p.107.

⁵⁴⁴ Esse é o perigo que se anuncia no apego formalista e incondicional ao texto legal. A neutralidade e a abordagem avaliativa do Direito na doutrina do positivismo jurídico clássico conduzem a situações injustas, embora legalmente válidas e “aceitáveis”. Com efeito, o positivismo legalista defende o Direito como ciência e, então, como *fato*, não como *valor*, excluindo a atividade do intérprete fundada em juízos valorativos. Como adverte Bobbio, sob essa perspectiva, “a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.” (BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícono, 2006. p.136).

⁵⁴⁵ BARBOZA, op. cit., p.108.

⁵⁴⁶ “A dignidade da pessoa humana concretiza-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana. A efetivação dessa cláusula, em qualquer caso, deve levar em consideração a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas

encontro dos interesses do herdeiro vulnerável estaria afinado aos valores constitucionais, principalmente à dignidade da pessoa humana.

Um pacto sucessório renunciativo pelo qual um herdeiro presuntivo, plenamente capaz, tendo obtido conquistas profissionais e patrimoniais, renuncia total ou parcialmente à herança não aberta de seu pai, privilegiando seu único irmão, com deficiência grave que o incapacita para o trabalho. O mesmo argumento poderia ser construído em relação aos pactos institutivos em favor de herdeiro vulnerável.

Outra potencialidade dos pactos sucessórios se dá na regulação da sucessão recíproca entre os cônjuges, evitando distorções como aquela identificada no julgamento do Recurso Especial n.º 992.749/MS, já anteriormente citado. Rememorando o caso, o cônjuge casou-se pela segunda vez pelo regime da separação total de bens, quando já tinha doença grave, vindo a falecer apenas dez meses depois. A quase totalidade do patrimônio do *de cujus* fora constituído antes da segunda núpcia. De acordo com o regime sucessório, o cônjuge, mesmo com as especificidades das condições narradas, herdaria em igualdade de condições com os descendentes, apesar de o casamento ter durado tão somente dez meses, contrapondo-se ao ideal de justiça presente na sociedade.⁵⁴⁷

Não se nega o valor da família constituída pelo casamento e o papel da legítima no atendimento dos interesses dessa formação social. Também não devem ser confundidas as noções de meação e de herança, cujos fundamentos são reconhecidamente diversos. Independentemente dos fundamentos para considerar errada ou acertada a decisão, o caso concreto remete à reflexão acerca da permissão da regulação privada da sucessão recíproca dos cônjuges através do pacto antenupcial. Com certas limitações abstratas estipuladas pelo legislador ordinário, o pacto sucessório pode ser um interessante instrumento para corrigir as distorções da isonomia formal

e as diferenças existentes entre elas, para que se possa obter o quanto possível, a igualdade substancial. A proteção que lhes é assegurada deve dar-se integralmente, em todas as situações, existenciais e patrimoniais, de modo a contemplar todas e cada uma de suas manifestações”. (BARBOZA, loc. cit.).

⁵⁴⁷ Do ideal de justiça se extrai os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Consoante Maria Celina Bodin de Moraes, “tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou ou se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p.107).

que a lei sucessória impõe entre os herdeiros. Afinal, como já afirmado, a isonomia substancial é um dos princípios de que se compõe o valor e princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁴⁸

Em suma, na sociedade contemporânea, em que a abertura da sucessão via de regra ocorre quando os herdeiros normalmente já de longe ultrapassaram a tenra idade⁵⁴⁹, propõe-se a reflexão acerca da ilicitude da renúncia antecipada à herança. É a hipótese já citada de duas pessoas, já contando com idade consideravelmente avançada, desejarem contrair matrimônio para aproveitar os seus últimos dias de vida e, preocupados em não criar conflitos entre os seus respectivos herdeiros com o cônjuge, decidissem, consensualmente, renunciar previamente à sucessão não aberta do outro. A depender das peculiaridades do caso concreto, o atentado à liberdade, nesses casos, não encontra ressonância nos valores axiológicos da Constituição da República.⁵⁵⁰ Serve, quando 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 subsunção⁵⁵¹ e a prevalência da visão estrutural em desprestígio da funcionalização do Direito.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Nesta direção: TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.14.

⁵⁴⁹ Aspecto social relevante a ser considerado na reavaliação da proibição dos pactos sucessórios é que, diferentemente de outrora, a idade média atual dos herdeiros na abertura da sucessão aumentou consideravelmente, em consequência da elevação da expectativa de vida das pessoas. Na França, por exemplo, noticia-se que a idade média dos herdeiros, ao tempo da abertura da sucessão, é de 46 anos para os filhos e 52 anos para os demais. (FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.33).

⁵⁵⁰ 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 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”. (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.xv).

⁵⁵¹ Com relação ao excessivo apego à técnica de subsunção, cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Subversões hermenêuticas: a Lei da Comissão da Anistia e o direito civil-constitucional. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/subversoes-hermeneuticas/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁵² 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

Ademais, não se deve perder de vista as mudanças que vêm acontecendo na própria estrutura das famílias. A pluralidade de modelos familiares existentes na sociedade atual exige uma reflexão sobre o tratamento jurídico do regime sucessório.

Questiona-se, ademais, se se justifica a proibição absoluta em face da liberdade contratual e dos contornos que a autonomia negocial ganhou a partir dos valores expressa e implicitamente consagrados na Constituição Federal.⁵⁵³ Do ponto de vista do juízo de merecimento de tutela⁵⁵⁴, 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?

Os pactos sucessórios também podem ir ao encontro de interesses relevantes da comunidade. Como exemplo, citem-se os flagrantes conflitos societários decorrentes da morte de um dos sócios nas sociedades de pessoas. 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 for contratualmente 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

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).

⁵⁵³ “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 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. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.5-6; grifou-se).

⁵⁵⁴ 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 (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.949-952).

motivos que culminou no alargamento das hipóteses permissivas de pacto sucessório naquele país.⁵⁵⁵

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 institutivo, nesse caso, apresentaria grande relevância para o empreendimento. Garantiria segurança e estabilidade da sociedade empresária para além da morte dos seus sócios, cumprindo a função social da empresa⁵⁵⁶, no sentido de garantir a preservação do empreendimento.^{557,558} De maneira até mais simples, poder-se-ia prever no contrato social *o direito de acrescer em favor dos sócios sobreviventes relativamente às quotas do sócio falecido*.

Nesse sentir, a recomendação da Comissão Europeia de 7 de dezembro de 1994 (94/1069/CE, publicado no DOCE, n.º L 385, de 31 de dezembro de 1994) reconhece que anualmente milhares de empresas são forçadas a interromper suas atividades devido a dificuldades insuperáveis inerentes à transmissão hereditária, de modo que os efeitos negativos da liquidação são sentidos inclusive por trabalhadores e pelos credores. Assim, convida os Estados-membros a adotar medidas para garantia das sociedades de pessoas e empresas familiares em caso de falecimento de um dos sócios (art. 1.º).

⁵⁵⁵ Notícia Yann Favier que um número expressivo de empresas francesas são encerradas após a morte do empreendedor. (FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.33).

⁵⁵⁶ Segundo Modesto Carvalhosa, “tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua, o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3. p.237).

⁵⁵⁷ Para Eros Grau, “o que importa destacar, em tal concepção, é a visualização da propriedade não estaticamente, mas sim como dinamismo. Nesse ponto, na concepção de empresa como conjunto de bens em dinamismo – e que, portanto, deve ser objeto de um tratamento jurídico diferenciado daquele que se aplica à propriedade enquanto estaticamente considerada – iremos encontrar não apenas as bases que justificam o entendimento da empresa como detentora de função social, mas também ponderáveis razões a justificar a construção desenvolvida em torno da ideia da empresa como sujeito de direitos”. (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.116).

⁵⁵⁸ 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 se “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*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.33).

O legislador do Código Civil argentino de 2014 atentou para esse problema enfrentado pelas sociedades de pessoas, notadamente as limitadas. Conforme já explorado ao longo do trabalho⁵⁵⁹, a lei argentina impõe que 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.

Ainda no campo empresarial e visando igualmente à preservação da empresa, o pacto sucessório poderia ser utilizado nos pactos antenupciais dos sócios que desejassem 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.

Esses são só alguns exemplos da utilidade do pacto sucessório, cabendo à criatividade da liberdade negocial a identificação de outros interesses que podem por ele ser atendidos, sempre funcionalizados à promoção da tábua axiológica da Constituição da República e respeitando outros interesses igualmente relevantes, entre os quais, adiante-se, a proteção da legítima.

3.5 A técnica de ponderação. A hierarquia axiológica e tensão dos interesses envolvidos: regra proibitiva, liberdade negocial qualitativa e a legítima

Konrad Hesse aborda o fenômeno normativo da Constituição. Em sua obra, “A Força Normativa da Constituição”, o autor traça um paralelo dos fatores da realidade fática (condicionantes históricas, sociais e políticas) que influenciam na normatividade das Constituições. Criticando as proposições sociológicas dos fatores reais de poder formuladas por Ferdinand La Salle, Hesse afirma que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, mas tem o potencial de força ativa para imprimir ordem e conformação à realidade política e social.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Seja consentido remeter o leitor ao Capítulo 1.

⁵⁶⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.15.

Essa dimensão normativa dos princípios constitucionais, já anunciada ao longo deste trabalho, determina a investigação, no caso dos pactos sucessórios, do uso da técnica de ponderação como meio de superação episódica da regra proibitiva, excepcional e casuisticamente, quando ficar evidenciado interesse substancialmente merecedor de tutela na manutenção dos efeitos do negócio jurídico e, por outro lado, não restarem presente as razões justificadoras da proscrição.

Para uso da técnica da ponderação parte-se da premissa da superação do positivismo clássico que, plasmado na descrição do direito independentemente de qualquer tipo de consideração valorativa, pode ser definido como um *sistema de regras*.⁵⁶¹ Atribui-se à proposta teórica do positivismo jurídico clássico a tentativa de abordar o Direito como uma realidade a ser descrita de forma objetiva, descritiva e absolutamente isenta de juízos valorativos, compreendida como “ele é”, a fim de evitar os subjetivismos da busca de um Direito ideal, opondo-se à corrente jusnaturalista⁵⁶², propugnando por uma forma prescritiva de como “dever ser”.

Elas, as regras, funcionariam na base binária do “tudo ou nada”⁵⁶³, diferentemente do cotejo dos princípios que, de acordo com Ronald Dworkin, seguem lógica diversa a envolver a ponderação, pois detêm a dimensão do peso ou importância⁵⁶⁴, necessariamente a partir de uma justificação argumentativa.

A ponderação é uma consequência do reconhecimento dos princípios. Assim,

⁵⁶¹ Argumenta Dworkin que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2016. p.36).

⁵⁶² A posição jusnaturalista reduz o conceito de validade ao de valor, em uma operação em que a norma só será válida de se for considerada justa, ou seja, quando estiver em conformidade ao direito ideal. Nesse sentido, o *desvalor* ou injustiça da norma implicam na sua invalidade e, conseqüentemente, o direito natural sustenta supremacia em relação ao direito positivo. Para uma maior compreensão sobre o jusnaturalismo e suas diferenças em relação ao positivismo jurídico, ver: BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016. p.155 et seq.

⁵⁶³ “A diferença entre ‘princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2016. p.39).

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p.42-43.

[...] os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o *point* (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (ou melhor, ‘interpretista’ ou ‘interpretativa interpretativista’, para que se evitem confusões nesse ponto) da parte do operador do direito. Princípios não funcionam dentro da gramática da subsunção, do “tudo ou nada”.⁵⁶⁵

Outro aspecto dos princípios que o estremam das regras, na visão do citado autor, é a *dimensão de peso ou importância*. Esse critério é definido quando dois princípios colidem em um caso concreto, definindo-se a preponderância de um sobre o outro nas específicas circunstâncias concretas. Assim, enquanto nas regras o conflito é resolvido pela invalidade de uma delas ou a previsão de uma cláusula de exceção, nos princípios colidentes, ambos continuam a pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, acontecendo, entretanto, no caso concreto, de um princípio ceder em detrimento do outro.⁵⁶⁶

Os princípios não detêm a estrutura disjuntiva das regras, porque não encerram em si de maneira clara os suportes fáticos cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, e, também, as suas consequências. Mas a partir deles o Direito ganha relevante dimensão, não se resumindo a um sistema de regras, cuja insuficiência ficou historicamente comprovada não apenas em linhas argumentativas ou teóricas, mas também no plano prático. As críticas de Dworkin ao positivismo jurídico não provocaram, entretanto, o abandono por completo das suas premissas. Foram elaboradas complexas respostas filosóficas às persuasivas ideias de Dworkin, acolhendo parte de seus argumentos e rejeitando outros.⁵⁶⁷ Surgiram, assim, diferentes correntes como expressão de novos modelos dentro do próprio positivismo, como o *inclusivista*⁵⁶⁸, o *exclusivista*⁵⁶⁹ e, também, os assim denominados *pós-positivistas*.

⁵⁶⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.164.

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2016. p.42-43.

⁵⁶⁷ MACEDO JUNIOR, op. cit., p.166.

⁵⁶⁸ Atribui-se a Jules Coleman a construção das principais ideias do positivismo inclusivo, em resposta às críticas de Dworkin ao positivismo jurídico. De uma forma geral, aceitam o critério de validade jurídica com base numa convenção fundamental que também leve em consideração as práticas de aplicação do Direito. Se nessas práticas se incluírem o reconhecimento da força vinculante dos princípios, então os princípios morais podem fazer parte do Direito, desde que aceitos por uma norma de reconhecimento. Assim, a questão de a moralidade ser ou não condição de legalidade num Sistema jurídico depende de uma regra social ou convencional, nomeada de regra de reconhecimento. São suas palavras: “*Because inclusive legal positivism allows that some moral principles can be legally binding in virtue of their merits or value, not their source*”

Esse movimento acabou por restaurar o positivismo, mantendo sua premissa normativa básica, mas incorporando sofisticadas soluções para abarcar os princípios e dar soluções satisfatórias aos novos problemas que se apresentam, notadamente as injustiças decorrentes do modelo de regras. Noberto Bobbio reconhece que, após um período “codicismo” e fetichismo legislativo, o positivismo experimenta novos ares que o tornam úteis para a teoria do Direito:

Quanto ao positivismo como teoria do direito, creio necessário distinguir por positivismo jurídico apenas o ‘codicismo’, a teoria da interpretação mecânica da lei, creio que teriam razão aqueles que sugerem descartá-lo, pela ótima razão de que ele é desmentido pelos fatos. Mas, desde a época do chamado fetichismo legislativo, muita água passou por debaixo da ponte, e ninguém mais acredita seriamente no juiz como autômato. Trata-se de verificar se convém chamar de positivismo jurídico a teoria ampliada, que mudou ou está mudando radicalmente as ideias sobre a interpretação jurídica e sobre a obra da ciência do direito. Creio que sim, seja porque me parece que não foram inventados outros nomes, seja porque, de fato, essa acepção mais ampla está entrando em uso sem provocar muitos inconvenientes, seja, enfim, porque a ampliação, como mostrei na oitava seção, não causa nenhuma desordem irreparável nos pressupostos. Cuidou-se de restaurar o interior, mas a fachada e o corpo do edifício permaneceram os mesmos; e o destino também.⁵⁷⁰

or pedigree, the inclusive legal positivist is prepared to accept more of Dworkin's suppositions than is the positivist who insists that the legality of moral principles depends entirely on their source. [...] Unlike Dworkin, however, the inclusive legal positivist holds that whether or not morality is a condition of legality in a particular legal system depends on a social or conventional rule, namely the rule of recognition.” (COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2008. p.108). Tradução livre: “Como o positivismo jurídico inclusivo permite que alguns princípios morais possam ser juridicamente vinculantes em virtude de seus méritos ou valores, não sua fonte ou *pedigree*, o positivista jurídico inclusivista está preparado para aceitar mais suposições de Dworkin do que o positivista que insiste que a legalidade de princípios morais depende inteiramente de sua fonte. [...] Diferentemente de Dworkin, porém, o inclusivista defende que se a moralidade é ou não uma condição de legalidade num sistema jurídico particular depende de uma regra social ou convencional, nomeadamente a regra de reconhecimento”.

⁵⁶⁹ A corrente exclusivista do positivismo, tendo em Joseph Raz um de seus principais expoentes, defende que, embora os princípios façam parte do conceito de Direito, seriam parâmetros extrajurídicos frequentemente usados, assim como as regras de lógica, de geometria ou convenções internas de uma empresa. Propõe, então, a leitura das regras a partir dos princípios. Da vagueza da linguagem, do peso dos princípios e das leis de discricionariedade, decorre que “*Most legal systems contain laws granting courts discretion, not only as to the weight of legally binding considerations, but also to act on considerations which are not legally binding. Such discretion may be, and usually is, guided by principles. These principles, however, do not dictate the considerations to be taken into account, but merely limit the range of the considerations*”. (RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law. The Yale Law Journal*, v.81, p.846, 1972). Tradução livre: “a maioria dos sistemas jurídicos contém leis concedendo discricionariedade às cortes, não apenas em relação ao peso de considerações juridicamente vinculantes, mas também para agir sobre considerações que não são juridicamente vinculantes. Tal discricionariedade pode ser, e normalmente é, guiada por princípios. Esses princípios, porém, não ditam as considerações a serem levadas em conta, mas meramente o limite do alcance dessas considerações”.

⁵⁷⁰ BOBBIO, Noberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016. p.154.

As regras e princípios também foram diferenciados por Robert Alexy. Sua proposta leva em consideração que a distinção passa pelo aspecto *qualitativo*, desenvolvendo a tese dos princípios como *mandamentos*⁵⁷¹ de otimização, enquanto as regras seriam *mandamentos definitivos*. Interessante que Alexy, contrariamente a Dworkin, considera epistemologicamente impossível listar todas as exceções a uma regra no cotejo de todas as situações fáticas que por ela possam ser qualificadas. Já os princípios são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”⁵⁷², concordando, nesse ponto, com a dimensão de peso formulada por Dworkin, acrescentando que podem ser satisfeitos ou concretizados em maior ou menor grau; são dotados, pois, de satisfação *variável*. As regras obedeceriam à lógica binária: ou são satisfeitas ou não o são, possuindo grau de satisfação fixo.

Com base nessas ideias, Alexy afirma que os princípios não só são suscetíveis de ponderação, mas carentes de método, que é a forma característica da sua aplicação⁵⁷³, ao passo que as regras se conformam ao método da subsunção. A ponderação acontece quando, “em face de determinadas circunstâncias concretas, um princípio tem um grau de importância maior em ser satisfeito do que outro”⁵⁷⁴, nada impedindo que a situação se inverta, mudadas as circunstâncias concretas, sem que um princípio exclua o outro do ordenamento. Há, pois, uma *relação de precedência condicionada* entre um princípio e outro.

Grande contribuição sobre a diferenciação entre regras e princípios também coube a Humberto Ávila. Segundo o autor, a regra contempla elemento frontalmente descritivo, ao passo que o princípio contém uma diretriz, mas o conteúdo normativo de qualquer norma, seja regra ou princípio, depende das possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação. Não seria apropriado afirmar que, se a hipótese prevista para a regra ocorrer no plano dos fatos, a consequência normativa se impõe. Seja porque há regras aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na aplicação analógica, seja porque há casos em que as regras não são aplicadas apesar de terem suas condições satisfeitas, como no caso de

⁵⁷¹ *Mandamentos* são, na concepção de Alexy, a operação de ordem, proibição, permissão ou autorização. Assim: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.85.

⁵⁷² Tradução livre de: “[...] principles are norms which require that something realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities”. (Id. *A Theory of Constitution Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.47).

⁵⁷³ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.85.

⁵⁷⁴ SOUZA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.48 n.192, p.101, out./dez. 2011.

“cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto”.⁵⁷⁵ Em outras palavras, a aplicabilidade das regras não é certa mesmo quando suas premissas são preenchidas.

Na crítica quanto ao critério do conflito normativo na diferença entre regras e princípios, observa-se que Ávila distancia-se de Dworkin e Alexy. Sua proposição leva em consideração a possibilidade de ponderação de regras pelo aplicador.⁵⁷⁶ Em primeiro, quando duas regras abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Em segundo, através de um processo de ponderação de razões. Nesse processo, o aplicador ou aplica a hipótese de exceção à regra prevista ou criará uma exceção no caso concreto, sopesando os argumentos favoráveis e contrários. Nesse último caso, deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca dos seus fundamentos, nos casos em que existe uma discrepância entre eles e a situação concreta. A exceção é constituída concretamente “em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra”.⁵⁷⁷ Esse argumento de Humberto Ávila traduz uma notável importância para a dimensão da construção argumentativa em torno da superação⁵⁷⁸ da regra da proibição dos pactos sucessórios.

Não se trata de considerar a regra válida ou inválida, expurgando-a, no último caso, do ordenamento. A regra guarda uma correspondência e vinculação aos seus fundamentos, podendo, no caso concreto, exigir o sopesamento de suas razões. No entender de Ávila⁵⁷⁹, a dimensão axiológica não é exclusiva dos princípios, mas integrante de qualquer norma jurídica. E isso se justifica porque os dispositivos legais são resultado da generalização feita pelo legislador,

⁵⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.42.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p.44.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p.46.

⁵⁷⁸ O próprio Robert Alexy, citando a afirmação de Karl Larenz de que ‘ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis *nada mais envolve* do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados’, pondera a existência de motivos para justificar a ausência de conclusão lógica na afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal. Dentre os motivos citados, cita, inclusive, a “possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p.17). Com isso, o autor quer justificar o âmbito de abertura do direito positivo, que existe em todos os sistemas jurídicos, chamando qualquer caso enquadrado nessa zona como “caso duvidoso”. (Id. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.84).

sempre potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas.⁵⁸⁰ Assim, “o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa”.⁵⁸¹

Dessa sorte, a dimensão de importância das normas em geral, que servirá de critério para o juízo de ponderação, é atribuída pelas razões e fins aos quais elas fazem referência. Em outras palavras, a dimensão de peso é a qualidade das razões e dos fins a que as normas fazem referência, cuja importância é atribuída pelo aplicador somente no caso concreto, através de um juízo valorativo.

Logo, a distinção está na determinação da prescrição de conduta que resulta da interpretação das regras e princípios. Nestes estão estabelecidos os fins normativos relevantes (funcionalização ao estado ideal de coisas a ser atingido), enquanto nas regras o comportamento já está previsto frontalmente pela norma, dado seu caráter descritivo. No aspecto axiológico, a subjetividade é contornada pela posituação de valores, viabilizando a sua aplicação racional dentro da argumentação jurídica.

A imediatidade finalística é uma característica dos princípios e a mediatidade das regras. Eis então a proposta conceitual do autor ora analisado:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁸²

⁵⁷⁹ A construção teórica de Humberto Ávila não é unanimemente aceita pela doutrina brasileira. Para uma crítica profunda, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56-65

⁵⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.48.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p.48-49.

⁵⁸² ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.70.

Um exemplo fornecido por Ávila ilustra a superação de uma regra a partir da identificação de inadequação ao seu fundamento ou finalidade que lhe dá suporte, superada por outras razões. A proibição de entrada de cães em restaurantes pode ter o seu suporte de justificação no fato de que esses animais podem causar mal-estar aos clientes.⁵⁸³ Em casos excepcionais, como um cão utilizado pela polícia para encontrar um suspeito ou o cão-guia usado por um deficiente visual, deverá o intérprete avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência. A proposição desse autor, com a qual concordamos, é que o traço distintivo das regras não é o modo absoluto de cumprimento, mas como podem deixar de ser aplicadas integralmente.

A essa importante lição⁵⁸⁴, que permite excepcionar a regra a partir da ponderação das suas razões justificativas com as razões contrárias à sua aplicação, deve ser somada a contribuição do pós-positivismo, notadamente no campo da hermenêutica. Como ensina Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo tem como característica a normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras, impondo-se a atuação do intérprete na definição

⁵⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.49.

⁵⁸⁴ Uma outra visão é a que autoriza o afastamento da regra de direito aplicável em abstrato quando a consequência de sua incidência fática, em concreto, produzir efeitos que afrontem ditames constitucionais. Essa situação é por muitos autores chamada de “derrotabilidade da norma” (*defeasibility*), significando, sinteticamente, que uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que justificam, num dado caso concreto, seja episodicamente afastada. O fundamento seria a impossibilidade de o legislador apontar todas as possibilidades que justificariam o afastamento da regra. Para Eduardo Ribeiro Moreira trata-se de uma manifestação da interpretação conforme a Constituição: “O terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*). [...] Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo de regras que se afirmam em uma (errada) ponderação das regras. A derrotabilidade [...] dá à norma a possibilidade de conviver no ordenamento, sem que perca sua carga de regra, porque importou em uma exceção. [...] A regra sofrerá efeito excepcional e não incidirá, casuisticamente, pela sua derrotabilidade factual – após a inferência no caso concreto, mas nunca abstrata. [...] Não se trata de ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, via o terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes). p.89 e 94-95).

concreta de seu sentido e alcance.⁵⁸⁵

Observa-se que no pós-positivismo introduzem-se as ideias de legitimidade e justiça, superando o legalismo estrito, a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais que, explícitos ou não, carregam em si a síntese dos valores do ordenamento jurídico e espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins, dando unidade e harmonia ao sistema.⁵⁸⁶ Ao retratar um sistema aberto de regras e princípios, vislumbra-se, na visão de Barroso, em certos casos, que uma regra pode excepcionar um princípio, e, em outros, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra.⁵⁸⁷

Pela técnica de ponderação, o intérprete “(i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”.⁵⁸⁸ Ana Paula de Barcellos enfatiza que a ponderação passa por um processo que envolve três etapas: a primeira, com a identificação dos comandos normativos em conflito; a segunda, o exame das circunstâncias concretas e suas repercussões sobre os elementos normativos e, por fim, a apuração dos pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.⁵⁸⁹

No plano do Direito Civil, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, com reconhecimento da normatividade de seus princípios e valores, implica na referência à dignidade da pessoa humana, promovendo a despatrimonialização e repersonalização do direito civil, “com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física, quanto psíquica”.⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2016.

⁵⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.225, p.25, jul./set. 2001, p. 25.

⁵⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.225, p.25, jul./set. 2001, p.28.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p.14.

⁵⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.57-58.

⁵⁹⁰ BARROSO, op. cit., p. 32.

Do processo de constitucionalização do direito civil também decorre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Não se justifica uma posição refratária à irradiação dos valores constitucionais ao ordenamento jurídico como um todo unitário e complexo. O temor de vulneração da segurança jurídica por um suposto “desrespeito” à regra positivada é falso porque a aplicação fria e literal da lei desvinculada de seus valores, fundamentos e razões conduz, por vezes, à situações injustas que, por conseguinte, geram o sentimento de desconfiança e descrença na sociedade. E quando se alimenta desconfiança e descrença nas instituições, criam-se situações de desrespeito da norma, vulnerando a própria segurança jurídica e, em última análise, rompendo com a ordem e o sistema.⁵⁹¹

No cotejo da ponderação, acrescenta ainda a doutrina mais moderna a prevalência das disposições normativas que envolvam direitos fundamentais ou que prestigiem a dignidade da pessoa humana. Dentre as inúmeras razões, argumenta-se que se nem o constituinte derivado está autorizado a elaborar prescrições normativas atentatórias aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, também não estaria o intérprete autorizado a admitir, no processo de aplicação do direito, uma situação que atente contra esses valores fundantes do ordenamento. Nesse sentido, defende-se que a regra, diante do caso concreto, pode ceder à sua aplicação quando concorrer com normas que tutelam a dignidade humana e os direitos fundamentais.⁵⁹²

Ao longo do Capítulo 2 se descreveu os fundamentos da proibição dos contratos de herança. O *votum mortis*, a ordem pública sucessória e a proteção do herdeiro imprudente. Mostrou-se que essas razões não estão cumulativamente presentes em todas as formas de

⁵⁹¹ Na síntese de Barroso: “O pós-positivismo é a superação do legalismo, não como recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, os princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como o Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana”. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.225, p.25, jul./set. 2001, p.33).

⁵⁹² Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.108.

manifestação dos pactos sucessórios. Especificamente em relação ao fundamento do *votum capitandae mortis*, restou demonstrado que o ordenamento jurídico não o abraça de maneira absoluta, não sendo poucas as disposições privadas que podem revolver, com a permissão do legislador, a esperança da morte alheia.

Aos fundamentos estudados em relação à regra proibitiva do art. 426 do Código Civil contrapõe-se a autonomia privada qualitativa. Trata-se da possibilidade de manifestação da liberdade negocial que, a despeito do óbice da regra literal, encontra ressonância nos princípios constitucionais e valores por eles albergados. Não se trata de defender a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Mas de hipóteses concretas que por suas específicas peculiaridades demandam a atuação da dignidade da pessoa humana e de princípio a ela correlatos, de modo a afastar casuisticamente a proscricção.

Afinal, a tradição não pode ser um elemento legitimador da regra ora discutida. Se no passado sempre houve observância da regra proibitiva, nada impede que as necessidades e o contexto do atual contexto histórico, premente da ampliação da liberdade negocial qualitativa, promovam a adaptação da realidade jurídica, em um movimento justificado pela força normativa da Constituição, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*⁵⁹³). Assim, a construção teórica aqui desenvolvida também pode ser um passo na reflexão para de *lege ferenda*, admitir-se abstratamente os pactos sucessórios.

Adianta-se, como exemplo, a situação de um pacto de renúncia antecipada à parte disponível de herança não aberta por parte de herdeiro presuntivo abastado que beneficie um outro em condição de vulnerabilidade, por absoluta deficiência mental. Do ponto de vista da regra positivada, trata-se de um ato jurídico nulo de pleno direito. Por outro lado, a análise sob o prisma dos princípios constitucionais e dos valores albergados normativamente pelo ordenamento revela uma expressão da autonomia privada que promove a dignidade da pessoa humana, por amparar a pessoa do vulnerável. Além disso, o ato se afina ao solidarismo, expressando a fraternidade de um herdeiro presuntivo em relação ao outro, que não tem as mesmas condições físicas e materiais. Pode-se até argumentar a isonomia substancial, pois a consequência da renúncia implicará num tratamento *razoavelmente* desigual na vocação sucessória, privilegiando a posição do herdeiro vulnerável na participação ao acervo hereditário. Fala-se, por isso, em autonomia privada qualitativa.

⁵⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.19.

Outro aspecto positivo do pacto é a participação dos herdeiros presuntivos, possibilitando, na gestão da obrigação hereditária, estabelecer uma destinação dos bens em função da sua melhor utilização, levando em consideração a condição pessoal dos herdeiros e as características dos bens.⁵⁹⁴

Avançando o exame do caso sugerido, não se identificam, forçosamente, as razões justificadoras da regra proibitiva, tampouco o desrespeito aos seus fins. Não tem o herdeiro deficiente condição bastante para nele ser alimentada a esperança da morte daquele de cuja sucessão se trata.

Não há falar, também, em proteção ao herdeiro pródigo e imprudente, que é um fundamento bastante criticado, conforme já destacado no capítulo anterior. A ordem pública sucessória, por seu turno, não será vulnerada porque haverá respeito à legítima e à ordem de vocação hereditária, atribuindo-se ao vulnerável tão somente a porção disponível que tocaria ao herdeiro renunciante, caso o autor da herança não disponha sobre ela em testamento. Além disso, a ordem pública não pode ser concebida como um conjunto de regras estanques e despidas de conteúdo finalístico. Ao revés, o seu próprio conceito deve estar funcionalizado à promoção dos valores da ordem constitucional como uma decorrência da irradiação dos princípios e dos direitos fundamentais. Da força normativa constitucional e da necessária conformação aos valores promocionais não escapa a ordem pública sucessória, já que não é dado a existência de espaços alheios ao fenômeno da constitucionalização.

Na hierarquia dos interesses envolvidos, identificáveis somente à luz do caso concreto, a expressão da autonomia privada pode se apresentar em consonância com a tábua axiológica, expressa nos princípios constitucionais, qualificando-se do ponto de vista qualitativo. Os fundamentos e fins da regra positivada podem ser ponderados com os outros princípios identificados no cotejo dos interesses envolvidos, pautando a formulação da solução adequada para o caso concreto.

Essa argumentação racional guarda correspondência com o atual estágio do processo civilizatório, que não tolera a reprodução de injustiças com base num puro pragmatismo do legalismo formal.⁵⁹⁵ Sem se aproximar do jusnaturalismo e de seus fundamentos impregnados

⁵⁹⁴ Nesse sentido: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.212.

⁵⁹⁵ Em crítica ao positivismo legalista, Diogo Leite de Campos acentua a pessoa humana no vértice normativo do ordenamento: “Contrariando o positivismo – para o qual o Direito – reduzido à força de aplicação da

de subjetivismo, a formulação teórica aqui desenvolvida guarda deferência com as opções valorativas abrigadas explícita ou implicitamente na Constituição da República, sem se recorrer à metafísica ou a fatores exógenos à ciência do Direito.

Importante assentar que a liberdade negocial qualitativa, no caso dos pactos sucessórios, deve respeitar os limites impostos pelo princípio da intangibilidade da legítima.⁵⁹⁶ Em outras palavras, o alcance do negócio jurídico não deve prejudicar a mínima porção atribuída por lei aos herdeiros necessários, caso existentes. Apesar de se ter conhecimento dos diversos posicionamentos acerca da tutela da legítima, adota-se, para os fins aqui propostos, aquela defendida por Ana Luiza Nevares, mais apropriada ao atual estágio de evolução do Direito Civil. Por essa concepção, a legítima específica, no âmbito do Direito das Sucessões, o princípio da solidariedade constitucional, “na medida em que preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da família em virtude da morte deles”⁵⁹⁷, viabilizando meios materiais para a construção de uma vida digna.^{598,599}

A consagração da legítima proporciona um equilíbrio entre valores constitucionais ao fixar a entrega de uma porção do patrimônio do autor da herança em favor da entidade familiar,

norma – é independente da antropologia, da ética, da biologia, etc.; confundindo-se com o Estado. Sendo o legal igual ao justo. Afirmo, pelo contrário, que a pessoa humana é superior às normas legais que devem ser assentes sobre ela e justificadas por ela”. (CAMPOS, Diogo Leite de. A capacidade sucessória do nascituro [ou a crise do positivismo legalista]. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p.48).

⁵⁹⁶ “Note-se que a proteção da legítima contra atos de disposição do titular do patrimônio não se restringe ao testamento. Conforme prevê o art. 549 do Código Civil, existindo herdeiros necessários, a pessoa não poderá doar bens que ultrapassem o que poderia dispor em testamento, sob pena de nulidade. As doações assim realizadas são consideradas inoficiosas e, por isso, nulas na parte em que invadem a legítima dos herdeiros necessários existentes no momento da liberalidade. A intenção da lei é a de proteger os herdeiros que herdariam se o doador falecesse no momento da celebração do ato. Segundo Giselda Hironaka, a lei visa proteger “os herdeiros que herdariam supondo-se que o doador falecesse no momento da efetivação da doação” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito das sucessões*: (arts. 1.784 a 1.856). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20. p.52-53).

⁵⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.26.

⁵⁹⁸ Id. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.536-539.

⁵⁹⁹ Marcelo Truzzi Otero acrescenta que a possibilidade de inserção social proporcionada pelo recebimento da reserva da herança legítima interessa diretamente ao Estado, e, por via oblíqua, à sociedade, seja porque os exonera do dever de socorrer os necessitados, seja porque fomenta a circulação de riqueza, permitindo ao herdeiro adquirir bens, contratar serviços, enfim, tornar-se economicamente ativo. (OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.41).

podendo afigurar-se, ao menos potencialmente, como a fonte de sua própria subsistência e eventualmente de outras necessidades, expressando, assim, a solidariedade econômica entre os membros da família.⁶⁰⁰

Nesses termos, a compulsoriedade da delação dos bens do *de cuius* em favor dos herdeiros necessários afina-se à dignidade da pessoa humana. A legítima exerce essa nobre função de permitir “que os integrantes da família possam ser amparados, material e imaterialmente, com a parte das relações jurídicas anteriormente titularizadas pelo falecido, prestigiando os relacionamentos familiares mais próximos”.⁶⁰¹

Esses fundamentos acerca da legítima demonstram que os pactos sucessórios, seja em qual modalidade for, mesmo quando ponderados em concreto, devem levar em conta a limitação à parte disponível do patrimônio do autor da herança. A legítima, expressão da solidariedade social no âmbito da família, limita a liberdade negocial pactícia.

A par das premissas do direito civil-constitucional a seguir desenvolvidas, é possível identificar, no fenômeno sucessório, a seguinte relação entre os institutos de delação e o princípio da igualdade. A legítima, com origem na lei, pautada na solidariedade social e na isonomia formal. O testamento promocional, expressão da autonomia privada unilateral do testador, atendendo à natureza dos bens e condições pessoais dos sucessores, vai ao encontro da isonomia substancial. Por fim, o pacto sucessório, marcado pela presença bi- ou plurilateral das personagens do fenômeno sucessório, na sua expressão promocional ou qualitativa tem igualmente a vocação concretizar a isonomia, na sua dimensão substancial.

Em relação aos personagens envolvidos, destaque-se que, enquanto no testamento a regulação da delação dos bens é feita com obediência à liberdade de testar, no pacto sucessório os herdeiros presuntivos participam conjuntamente ao autor da herança. Essa dialeticidade permite, em tese, a construção de ideias primadas na solidariedade, voltadas para a melhor distribuição

⁶⁰⁰ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. In: *Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.120.

⁶⁰¹ Nesse sentido: “A sucessão legítima e, especialmente, a sucessão em favor dos que formavam com o falecido a família em sentido estrito (e a família nuclear) destinam-se a cumprir relevantíssimo valor e fundamento social que é o da solidariedade entre parentes, entre cônjuges e entre companheiros. Todo o desenvolvimento das relações familiares tem-se direcionado a cada vez mais tutelar os integrantes da família, na busca do ideal de organização básica e fundamental alicerçada no afeto, na solidariedade, no humanismo, na democracia; daí o reconhecimento da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações familiares. A legítima, portanto, exerce importante função nessa área, proporcionando que os integrantes da família possam ser amparados, material e imaterialmente, com a parte das relações jurídicas anteriormente titularizadas pelo falecido, prestigiando os relacionamentos familiares mais próximos”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. *Direito civil: sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007. v.7. p.12).

e aproveitamento dos bens entre os herdeiros, atendendo à sua natureza e às condições pessoais dos sucessores.

3.6 A expressão civil-constitucional dos pactos sucessórios

A reflexão proposta em torno dos pactos sucessórios não pretende reduzir ou desconsiderar a ordem pública, mas, ao revés, lançar olhares críticos sobre a regra proibitiva. De fato, a hermenêutica é garantia da unidade e da complexidade do ordenamento. Se por um lado não há setores imunes à incidência axiológica⁶⁰², a ponto de a autonomia privada somente ser merecedora de tutela se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional, visualiza-se, também, a outra face da consequência da irradiação dos princípios constitucionais às relações privadas e da ponderação dos princípios e das regras: a criação de novas zonas de atuação da autonomia privada quando forem instrumentos de realização dos valores constitucionais e merecedor de tutela, a despeito do *suposto* óbice legal encontrado quando do emprego da técnica de subsunção.

A eficácia normativa do Texto Maior exige a submissão da autonomia privada, funcionalizando e assegurando o valor social da livre iniciativa. Diante disso, não se pode exigir que o legislador tenha a capacidade de decifrar os princípios fundamentais do ordenamento ao elaborar uma regra. A obediência irrefragável à regra da proibição dos contratos de herança acabaria sendo, nessa ordem, uma consequência do brocardo *in claris non fit interpretatio*, que supõe justamente uma metodologia diversa da propugnada pelo Direito Civil-Constitucional, a saber, a aceitação avalorativa e estritamente factual da regra, sem confrontá-la com todas as normas e princípios que dão unidade ao sistema. Esse procedimento, de acordo com Gustavo Tepedino, acabaria “por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios à luz das regras infraconstitucionais”.⁶⁰³

⁶⁰² TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.6.

⁶⁰³ *Ibid.*, p.8.

Da concepção unitária do ordenamento e da hierarquia suprema da Constituição decorre a necessidade de remodelação e revitalização dos institutos de direito civil. É a pluralidade de fontes normativas que garante a abertura do sistema em toda a sua complexidade, mas com unidade assegurada na supremacia constitucional.⁶⁰⁴

A abertura, a complexidade e a unidade do sistema normativo denotam a necessidade de construção da solução para o caso concreto, sem premissas apriorísticas, com superação do método subsuntivo^{605,606}, em um processo hermenêutico e dialético conformado pela atuação dos valores constitucionais. Com propriedade, novamente Gustavo Tepedino conclui:

Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. [...] E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os

⁶⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.9-10.

⁶⁰⁵ Gustavo Tepedino critica a técnica da subsunção, nos seguintes termos: “A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação do suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento de incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade. Com tal raciocínio: (i) reduz a aplicação do direito (*rectius*, a atividade do magistrado) a procedimento mecânico, especialmente se a etapa anterior – interpretação – concluir que a regra é clara, subtraindo do intérprete o poder-dever de utilização dos princípios e valores constitucionais do exame de cada preceito normativo a ser aplicado (no vetusto brocardo latino, *in claris non fit interpretativo*); (ii) a norma infraconstitucional se torna a protagonista principal do processo interpretativo, mediadora entre princípios – por vezes de pouca clareza analítica – e o suporte fático no qual incide” (TEPEDINO, Gustavo. O acaso da subsunção. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.444).

⁶⁰⁶ Crítica ao método de subsunção também foi formulada por Konrad Hesse, ao mesmo tempo em que exalta o a interpretação para assegurar a força normativa da Constituição: “Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ele há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretiza de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.22-23).

valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.⁶⁰⁷

O caso particular dos pactos sucessórios, à luz do Direito Civil Constitucional, representa mais uma objeção à crítica segundo a qual o juízo de merecimento de tutela “representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais”.⁶⁰⁸ Ao contrário, é o próprio merecimento de tutela a ferramenta capaz de identificar a conformação valorativa das manifestações da autonomia privada aos princípios constitucionais, e a ponderação serve para, casuística e episodicamente, remodelar a própria noção de licitude expressa em uma regra.

A regra que prevê uma situação como ilícita não escapa à interpretação e adequação da sua aplicação no caso concreto em face das normas constitucionais. Essa interferência na sua aplicação, sem advogar a invalidade da regra, na visão de Anderson Schreiber, é uma consequência da ponderação acerca da unidade e coerência do ordenamento jurídico, quando analisada a sua aplicação no caso concreto. Assim, “toda regra sujeita-se não apenas ao controle de validade, mas também a um ‘controle de adequação’ às circunstâncias do caso concreto, tendo em vistas as circunstâncias relevantes que foram levadas em conta pelo legislador”.⁶⁰⁹

Sem embargos, deve-se reconhecer, à par das regras jurídicas, a existência de casos que lhes são excepcionais, situações de ruptura, quando se denotar, no caso concreto, grave contradição com o sistema constitucional⁶¹⁰, cedendo lugar à ponderação. Essa situação se afigura mais comum ainda com determinadas regras que não acompanharam a dinâmica social, dando margem cada vez maior para a ponderação, na medida em que surgem novos interesses e demandas imbricadas a valores constitucionais.

Com efeito, a própria teoria das invalidades também sofre uma releitura, visando aos valores consagrados pelo ordenamento, a partir da força normativa do Texto Constitucional,

⁶⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.11.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p.12-13.

⁶⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.148.

⁶¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.92.

já que a funcionalização atinge todos os institutos jurídicos e notadamente as previsões normativas. Sendo o Direito uma ciência dinâmica, influenciado pelo cotidiano das pessoas, o estudo de uma previsão de nulidade genérica não pode se limitar ao texto do dispositivo legal, desconsiderando o contexto histórico da regra e ordenamento como um todo.

Qualquer instituto jurídico é produto do seu tempo. A unidade do ordenamento, centrada em valores, exige a sua contextualização na aplicação da norma⁶¹¹, o exame da sua historicidade. Sobre a mudança de perspectiva, de acordo com contextualização, ensina Pietro Perlingieri que, “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetos diametralmente opostos àqueles originais”.⁶¹² Logo, superou-se a vetusta noção de que os institutos de direito civil seriam vocacionados à perenidade e à estabilidade.⁶¹³

Em recente contribuição à análise da perspectiva funcional da invalidade, Marcelo Diskstein afirma que a análise da nulidade não termina em um dispositivo singular sob o perfil estrutural e estático, desconectado da realidade social; ao contrário, deve-se levar em consideração o ordenamento por inteiro, de modo a individuar a normativa do caso concreto a partir dos princípios consagrados pela Constituição da República.⁶¹⁴ O mesmo autor chama atenção para a necessidade de haver uma ponderação quando do exame da nulidade, acerca dos princípios, valores e interesses envolvidos no caso concreto, rechaçando qualquer aplicação automática de dispositivos legais.⁶¹⁵

⁶¹¹ “Apesar de uma, a realidade varia no tempo e no espaço. Cada sociedade, tomada em certo momento de seu desenvolvimento, dispõe de realidade que lhe é peculiar, e que diverge não apenas da realidade de outras sociedades, mas de sua própria realidade em momento histórico diverso”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.6).

⁶¹² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.141.

⁶¹³ MORAES, Bruno Terra de; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p.131.

⁶¹⁴ DISCKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?: uma perspectiva funcional da invalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.44.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p.44-45.

Como já se afirmou anteriormente, à luz das diretivas constitucionais⁶¹⁶, seria merecedor de tutela um pacto sucessório que proclamasse a consagração da dignidade da pessoa humana, funcionalizando a situação jurídica patrimonial ao atendimento de interesses existenciais, a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa do beneficiário. A transformação qualitativa da autonomia privada, em suma, abre novos espaços para sua atuação na realização da isonomia substancial, o que se vê, por exemplo, quando se presta a tutelar pessoa em situação de vulnerabilidade. De fato, quando a liberdade é ponderada com a solidariedade,

[...] seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.⁶¹⁷

A manutenção de institutos, categorias e regras tradicionalmente consagradas⁶¹⁸ na dogmática do direito civil apresentam-se muitas vezes como obstáculo para as novas necessidades⁶¹⁹ do mundo contemporâneo e o atendimento de interesses socialmente relevantes. A própria ordem pública, que justificaria a proscrição dos pactos, também sofre a releitura a partir das normas constitucionais.

⁶¹⁶ “É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para reconstrução do sistema de Direito Privado”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.68).

⁶¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Constituição e direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.359.

⁶¹⁸ “Dito diversamente, os conceitos e os dogmas do Direito serão utilizados de forma exasperada, sem a consideração de que a aplicação dos mesmos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, sob pena de se tornarem preconceitos, ou seja, pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem à força”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.29).

⁶¹⁹ Na lição de Pietro Perlingieri, a dinamicidade do ordenamento é compreendida, de um lado, pelas regras e princípios e, de outro, condiciona-se à evolução das exigências e hábitos, pela cultura como atualidade dos problemas e das soluções possíveis. (PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell’ordenamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, n.1, p.194, 2005).

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações patrimoniais.⁶²⁰

A complexidade do pacto sucessório, sua heterogeneidade e diversidade de efeitos, dificultam a elaboração de uma concepção unívoca e unitária que permita aceitar acriticamente a proibição genérica do direito brasileiro, reproduzindo-se lições ultrapassadas e invocando-se uma ordem pública que acaba gerando injustiça social, em dissintonia com a ordem deontológica constitucional. Proclama-se o desapego da visão estrutural que remete à nulidade, sendo “necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico”.⁶²¹

Sobeja que a interpretação não deve ser, mesmo diante de um tal negócio jurídico, simplesmente lógica e finalizada à subsunção, na sua mecânica silogística, num processo em que a própria norma infraconstitucional influencia a norma hierarquicamente superior. Na perspectiva atual,

A fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica. Por valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional. Imaginando-se a aludida recíproca influência do processo interpretativo, acaba-se por eternizar noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete.⁶²²

Apoia-se na síntese de Pietro Perlingieri, para quem a solução de qualquer caso não pode estar amparada simplesmente em um dispositivo legal, demandando a atuação do ordenamento unitariamente, e principalmente dos princípios constitucionais.

⁶²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.23.

⁶²¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.359.

⁶²² TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.31.

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.⁶²³

Corroborando o exposto, o processo de funcionalização dos fatos jurídicos atinge especialmente os contratos, cuja previsão na legislação infraconstitucional é expressa (Código Civil, art. 421). A função social do contrato é princípio que impõe às partes contratantes não apenas a satisfação dos interesses próprios, mas também de interesses extracontratuais socialmente relevantes e dignos de tutela jurídica⁶²⁴, tendo relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa, a igualdade substancial e a solidariedade social. É ela, a função social, o sentido orientador da liberdade de contratar.⁶²⁵

Dessa forma, a potencialidade dos contratos de herança de alcançar, ao lado do interesse das partes, interesses sociais relevantes e dignos de tutela, conduz a uma argumentação jurídica, pautada nos valores constitucionais, acerca da sua permissibilidade, de *lege ferenda* ou até mesmo casuisticamente, ponderadas as especificidades do caso concreto. De tal sorte que “o ato é válido não tanto porque desejado, mas se, e apenas se, destinado a realizar, segundo um ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela”.⁶²⁶

Nos exemplos outrora citados, os interesses atendidos são socialmente relevantes, como no caso dos vulneráveis, e também adquirem importância prático-social em prol da coletividade, como no caso das sociedades de pessoas. Não se trata de instrumentalizar os interesses meramente egoísticos e individuais, mas de garantir funcionalidade ao negócio jurídico para realização da pessoa humana ou a manutenção saudável de atividades de interesse da coletividade.

⁶²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.5.

⁶²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.149.

⁶²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.24.

⁶²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.371.

Se a função social se apresenta como elemento interno⁶²⁷ do negócio jurídico e justificador da autonomia privada, é forçoso concluir pela “transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para concretização das finalidades constitucionais”.⁶²⁸ Essa nobre missão atua não apenas como limitação negativa, mas também implica um movimento de *ampliação qualitativa positiva* da autonomia privada, em consequência da realização e da identificação, em concreto, da função promocional e do juízo de merecimento de tutela do negócio jurídico, com a necessidade de *ponderação* da regra proibitiva⁶²⁹, interpretando-a, no caso concreto, em conformidade aos ditames da isonomia substancial, da solidariedade social e do valor social da livre iniciativa, vetores de realização da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Nesse sentido:

Nada impede, portanto, que o juiz, ao individualizar a normativa do caso concreto a partir dos princípios e valores consagrados pela Constituição da República, prestigie a manutenção de certos negócios jurídicos nulos – ou apenas os seus efeitos – quando os efeitos produzidos representarem a realização de um interesse social mais relevante do que a causa que justifica a invalidade, a qual, lembre-se, não deve ser entendida apenas como estrutura repressiva, mas como instrumento funcionalizado. Dito diversamente, a resposta negativa e repressiva (sanção) que o ordenamento normalmente daria à invalidade deve ser ponderada e refletida em conjunto com as demais respostas (tutelas) conferidas àquela situação concreta pelo ordenamento – este compreendido de modo complexo e unitário, e não limitado a um dispositivo singular de lei.⁶³⁰

⁶²⁷ Não basta que a regra, para ser válida, seja analisada simplesmente a partir de seu aspecto externo e estrutural, mas deve haver também uma compatibilidade valorativa de seu conteúdo à ordem axiológica constitucional. O contrário é defendido pelo juspositivista, conforme explica Noberto Bobbio, ao tratar dos pontos fundamentais dessa doutrina: “Deste comportamento deriva uma particular *teoria da validade do direito*, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação de validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor”. (BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícono, 2006. p.131).

⁶²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.153.

⁶²⁹ Na lição de Pietro Perlingieri: “Errôneo, portanto, é sustentar, ainda hoje, que a nulidade, como regra, é absoluta. Omite-se, de fato, que ela se tornou na maioria dos casos nulidade de proteção, de garantia; assim, não mais ‘qualquer um que tenha interesse’ é legitimado a fazer valer a nulidade, mas apenas aquele que é garantido pela nulidade. A disciplina dos contratos do consumidor, do contratante vulnerável, subverte a teoria clássica da nulidade e reforçar e força a ideia de que a composição concreta de interesses exige, também sob o perfil patológico, uma disciplina que se deduz não da mera recondução ao tipo, mas da peculiaridade do caso”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.374-375).

Essas premissas metodológicas afastam a *interpretação mecanicista*, “que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito”⁶³¹, típico da doutrina juspositivista, reduzindo o jurista, na expressão empregada por Bobbio, a “uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica”.⁶³² O direito civil-constitucional não se alinha, conforme suas premissas já estudadas, a esse fetichismo formalista que dispensa, na doutrina positivista clássica, a formulação de juízos valorativos, impondo a *obediência absoluta da lei enquanto tal*.⁶³³

Em simples palavras, o processo hermenêutico será fundamental para construção do ordenamento do caso concreto, superando a técnica da subsunção⁶³⁴, de modo a ponderar os interesses envolvidos na busca da solução que mais esteja em consonância com Texto Constitucional, prestigiando “os que forem mais dignos de proteção, mais relevantes do ponto de vista do equilíbrio das relações sociais e mais úteis à preservação de uma organização solidária no campo das relações jurídicas”.⁶³⁵

Na esteira da doutrina já citada de Pietro Perlingieri são necessários dois filtros para que o ato de autonomia privada seja valorado positivamente pelo ordenamento. O primeiro diz respeito à licitude e o segundo o merecimento de tutela.⁶³⁶ Por todo o exposto ao longo deste

⁶³⁰ DISCKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?: uma perspectiva funcional da invalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.49

⁶³¹ BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícono, 2006. p.133.

⁶³² BOBBIO, loc. cit.

⁶³³ BOBBIO, loc. cit.

⁶³⁴ “A adoção desta perspectiva funcional enseja, igualmente, a necessidade de revisão de diversos cânones do direito privado. Primeiramente, impõe-se a superação da utilização da técnica de subsunção para aplicação das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão, pretensamente rigorosa, de modo a massacrar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar o fato com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável a hipótese concreta”. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.54-155).

⁶³⁵ BDINE JÚNIOR, Hamif Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.48.

⁶³⁶ “O primeiro limite imposto à autonomia privada é o negativo, consubstanciado no critério da licitude/ilicitude. Este sempre existiu e corresponde ao princípio da legalidade, que determina não ser possível fazer aquilo que a lei proíbe. Contudo, em um ordenamento promocional, a licitude não é critério bastante para a valoração em termos positivos do ato de autonomia”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a*

trabalho, não se busca que um ato ilícito seja permitido. A questão, na realidade, passa pela leitura funcional e valorada da própria regra proibitiva, superando a subsunção. Em outras palavras, as razões da regra que traduzem a proibição dos pactos sucessórios merecem ser ponderadas, conforme fundamentado no tópico anterior.

A aplicação da técnica de ponderação das regras já vem sendo também admitida pela doutrina civil-constitucional, que propugna uma superação definitiva da subsunção como método interpretativo. Nesse escólio, Gustavo Tepedino argumenta o seguinte:

Em tal cenário, a ponderação, como técnica de sopesamento dos diversos vetores normativos incidentes no caso concreto, apresenta-se como instrumento imprescindível ao intérprete. Por isso mesmo, não deve ser adotada apenas entre princípios, mas também entre regras, e entre regras e princípios, já que todos os enunciados normativos dialogam entre si, contemporaneamente, sob a mesma tábua axiológica. E a valoração prévia do legislador, na sociedade democrática, não afasta, antes reclama, o exercício do dever inderrogável do magistrado de compatibilizar as escolhas legislativas com as escolhas efetuadas pelo constituinte.⁶³⁷

Obtemperem-se, ademais, que a função promocional do direito também revela uma dimensão positiva. A passagem para o Estado Social assinala o compromisso com os cidadãos não apenas no viés protetivo-repressivo, mas principalmente promocional.⁶³⁸ Em outras palavras, o ordenamento não é somente reativo às liberdades, mas ativo no sentido de encorajar ações conformes aos valores por ele albergados. Se a ordem constitucional tem como pilar a promoção da dignidade da pessoa humana, devem ser estimulados, inclusive nos atos negociais, o respeito à isonomia substancial, à dignidade social e ao valor social do trabalho. Nessa visão, torna-se possível “romper esquemas e conceitos individualistas para centrar a atenção sobre aqueles mais idôneos para exprimir exigências de socialidade e de solidariedade”.⁶³⁹

O controle funcional da regra proibitiva dos pactos sucessórios, prevista no art. 426 do Código Civil, perpassa, então, pela ponderação, no caso concreto, entre os fundamentos e interesses por trás da nulidade e os interesses decorrentes dos efeitos produzidos pelo negócio,

pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.436). Os autores falam, então, em *controle de legitimidade* dos atos de autonomia privada.

⁶³⁷ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina no direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.31.

⁶³⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007. p.13.

⁶³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.905.

devendo prevalecer aquele que representar um fim social merecedor de tutela de acordo com os princípios e valores consagrados pelo ordenamento⁶⁴⁰, observadas as limitações impostas pela legítima.

⁶⁴⁰ DISCKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?: uma perspectiva funcional da invalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.90-91.

CONCLUSÃO

Os pactos sucessórios são interessantes instrumentos que se destinam a regular, em caráter irrevogável, 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 sobretudo 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 e o suíço, se apresentam permissivos aos pactos sucessórios desde a estruturação de seus códigos nacionais.

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*, da substituição fideicomissária, da doação com cláusula de reversão, do usufruto vitalício, do direito de acrescer, do seguro de vida e da constituição de renda vitalícia.

Constata-se, ademais, da análise das demais razões da proibição, como a afronta à ordem pública sucessória, à liberdade de testar e o potencial lesivo dessas convenções, que elas não se aplicam a todas as expressões dos pactos sucessórios indistintamente. Daí a revisitação crítica do sistema proibitivo, ao menos no que tange ao seu fundamento e ao regime comum e unitário de nulidade traçado no Código Civil.

Sob a perspectiva da liberdade contratual e dos contornos que a autonomia negocial ganhou a partir dos valores expressa e implicitamente consagrados na Constituição Federal, analisou-se criticamente os aspectos da proibição, reveladores de um apego excessivo à tradição,

que por vezes se presta a cancelar a aceitação acrítica de regras, em sentido oposto ao dinamismo e às cambiantes necessidades do tecido social. Dessa forma, em um ordenamento promocional, dotado de complexidade e de unidade, com reconhecimento da força normativa da Constituição, impõe-se ao intérprete o desenvolvimento de uma interpretação com fins práticos e, no caso específico dos pactos sucessórios, apreender as múltiplas manifestações da autonomia privada qualitativa no fenômeno sucessório.

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, 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, mesmo quando o objeto do negócio é a herança de pessoa viva. Em algumas delas, o próprio ordenamento 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 artigo 426 do Código Civil.

Com base nos argumentos desenvolvidos chega-se a respostas a essas indagações. Como primeira conclusão se extrai a necessidade de releitura da autonomia privada no fenômeno sucessório à luz da Constituição da República e dos valores por ela albergados. Ao lado da legítima e do testamento, o pacto sucessório tem o potencial de representar um importante instrumento na sucessão *causa mortis*, quando disciplina a delação dos bens *post mortem* atento à concretização da dignidade da pessoa humana, da isonomia substancial, da solidariedade e da utilidade social. Podem, pois, ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. O processo histórico de desenvolvimento teórico-normativo em torno dos pactos sucessórios, contratos de herança ou pactos sobre sucessão futura é marcado por rupturas e contrastes. Mesmo no direito romano não havia uma regra de proibição genérica de todos os negócios jurídicos cujo objeto fosse herança de pessoa viva. A hostilidade do direito romano ao pacto sobre sucessão futura foi construída casuística e gradualmente ao longo de toda a sua história e mesmo em seu apogeu, no período justinianeu, inúmeras eram as hipóteses consagradas de permissão desses negócios. O maior exemplo disso foi a constituição do imperador Justiniano, conhecida como *De Quaestione*, que passou a admitir a validade dos pactos sobre

a sucessão de terceiro quando houvesse o consentimento daquele de cuja sucessão se trata.

2. No período renascentista, foram os romanistas, através do resgate das experiências romanas, que efetivamente sistematizaram aquilo que ficou conhecido como *pactos sucessórios*, categorizando-os em três espécies: os pactos institutivos (*de sucedendo*), renunciativos (*de non succedendo*), e dispositivos (*hereditati tertti*). Os primeiros atribuem a alguém a participação na herança de uma das partes do negócio. O segundo, a abdicação total ou parcial. Os últimos, referem-se à disposição sobre herança de terceiro que não faz parte do negócio. A regra da *De Questione* foi estendida, nesse período, a todas as espécies de pactos sucessórios.
3. No direito brasileiro, a proibição ingressou no ordenamento a partir da influência da metrópole lusitana. No período das Ordenações, despontava como exceção a validação dos pactos renunciativos, quando seguidos de juramento. Citava-se também, embora sem unanimidade, a ampla liberdade dos nubentes nas convenções antenupciais (regra que foi transportada inclusive para o Código Civil de 1916) e a partilha em vida. No regime do código vigente, ao lado da regra genérica de proibição irrestrita do pacto sucessório, mantém-se a possibilidade de partilha em vida por ato *inter vivos*. Seu traço distintivo decorre de tratar-se de sucessão antecipada, a despeito da sua reconhecida utilidade enquanto expressão da autonomia privada no fenômeno sucessório.
4. Os fundamentos acerca da proibição dos pactos sucessórios são os mais diversos. O principal deles é a característica dessas convenções de alimentar a esperança na morte alheia, o *votum alicujus mortis*, sendo ofensiva à moral e aos bons costumes. Além disso, o contrato determinaria uma sucessão pactícia, em violação à ordem pública sucessória, que estabelece o regime dual de delação sucessória com base na lei e no testamento. Os pactos seriam atentatórios à liberdade de testar, pois as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade do ato até o momento da morte do autor da herança. Por fim, esses negócios teriam o potencial de criar situações lesivas ao herdeiro presuntivo, que não teria condições de avaliar e precificar o seu direito.
5. Digno de crítica é o regime comum de nulidade, que despreza toda e qualquer manifestação dos pactos sucessórios, mesmo que ele constituísse, se permitido fosse, um interessante caminho no sentido da realização dos valores promocionais da Constituição da República. Além disso, a unidade do sistema proibitivo camufla as

diferentes razões que, embora não se apliquem irrestritamente a todas as modalidades dos pactos sucessórios, prestam-se ao desvalor de subtrair a visão crítica sobre o instituto.

6. Especialmente em relação ao *votum mortis*, percebe-se que o ordenamento jurídico tolera, à par da proibição dos pactos sucessórios, inúmeras situações em que o evento morte é qualificado como fato juridicamente relevante a determinar uma consequência favorável a um dos sujeitos da relação jurídica. Alguns exemplos podem ser citados: as substituições (do direito sucessório), cláusula de reversão da doação, o usufruto vitalício, o direito de acrescer, a constituição de renda vitalícia, o seguro de vida e, de forma mais abrangente, os negócios jurídicos sob termo ou condição da morte, aqui chamados de pactos ou contratos *post mortem*.
7. A propósito, o estudo dos pactos sucessórios tem a sua dimensão de importância na medida em que, ao estrear os limites da proscricção, revela, nos pactos *post mortem*, um interessante espaço para desenvolvimento da autonomia privada. Assim, da experiência estrangeira podem ser citados a venda imobiliária em *viager*, o empréstimo hipotecário em *viager*, a *reverse mortgage* e a *lifetime mortgage*.
8. No âmbito dos pactos institutivos, ressalta-se como razões da proibição o *votum alicujus mortis*, a ofensa à liberdade de testar e subversão da ordem pública sucessória.
9. A nulidade do pacto sucessório institutivo não impede a sua conversão em disposição testamentária. Para tanto, necessário que contemple os requisitos do negócio convertido e, ainda, que o sucedâneo tenha alcance equivalente no atendimento dos interesses concretos. Deve ser excluída, entretanto, a hipótese em que as partes visam fraudar lei imperativa.
10. Nos pactos dispositivos e renunciativos não se pode falar, de rigor, em subversão das formas de delação sucessória, em suposta afronta à ordem sucessória, ou em atentado à liberdade de testar. De um lado, não partiram da força da vontade daquele de cuja sucessão se trata e, de outro, a interferência na devolução dos bens do *de cuius* não ocorre senão indiretamente pelo negócio sucessório. Esses negócios acabam se aproximando daqueles com efeito *post mortem*, a exemplo da figura típica e admitida do seguro de vida de terceiro. O fundamento mais recorrentemente apresentado, então, é a potencialidade de que sejam fonte de convenções lesivas. Por outro lado, a alusão ao *votum capitandae mortis* sucumbe ante a falta de coerência e tratamento desigual em relação aos contratos típicos e atípicos que contemplem o evento morte como propulsor dos efeitos do negócio.

11. A autonomia privada sofreu alteração qualitativa com a passagem ao Estado Democrático de Direito, abandonando-se o “dogma da vontade”. Nesse contexto, dentre os óbices da liberdade negocial no fenômeno sucessório está o rígido esquema de delação dos bens. Atrelada a isso está a vedação genérica e irrestrita ao pacto sucessório. Um obstáculo por vezes intransponível à realização da liberdade negocial, por mais que suas disposições guardem sintonia com os valores promocionais e carreguem em si, em concreto e a par da regra proibitiva, um juízo positivo de merecimento de tutela.
12. O testamento tem se revelado como um instrumento, embora importante, ao mesmo tempo insuficiente para a planificação sucessória. Dessa forma, outros institutos são revisitados e aprimorados pela civilística na implementação do que se convencionou chamar planejamento sucessório, objetivando a efetividade e eficiência na transmissão dos bens *post mortem*, a celeridade, a segurança e, também, a ampliação da autonomia reservada ao titular do patrimônio.
13. Entre os instrumentos frequentemente utilizados na prática negocial do planejamento sucessório podem ser citados o testamento, como o principal, mas também a partilha em vida, o depósito bancário, a previdência privada, a doação, as substituições, inclusive fideicomissárias, o usufruto, o seguro de vida, a constituição de pessoa jurídica, o *trust* e o negócio fiduciário. Nem sempre usados isoladamente, são comumente combinados entre si, evidenciando pelo menos dois movimentos: primeiro, que paulatinamente o brasileiro deixa de assumir como tabu a morte e a sucessão dos bens; segundo, a exigência cada vez mais clara acerca da ampliação da autonomia privada na sucessão *causa mortis*.
14. A técnica da ponderação demanda, a princípio, a identificação e diferenciação entre princípios e regras. Apesar de teoricamente a ponderação ser um instrumento eficaz para a solução de casos na hipótese de colisão entre princípios, nada impede que ela seja aplicada às regras. Assim, quando as específicas circunstâncias do caso conflitam com as razões e os fins da norma, viável ser torna a ponderação que, por via da argumentação jurídica, dará ensejo à construção do ordenamento do caso concreto, em consonância com os princípios constitucionais.
15. O controle funcional da regra proibitiva dos pactos sucessórios perpassa, então, pela ponderação, no caso concreto, entre os fundamentos e interesses por trás da nulidade e dos interesses decorrentes dos efeitos produzidos pelo negócio, devendo prevalecer aquele que representar um fim social merecedor de tutela de

acordo com os princípios e valores consagrados pelo ordenamento, observadas as limitações impostas pela legítima.

16. O reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, a complexidade e unidade do ordenamento jurídico na pluralidade de fontes e a necessária atividade hermenêutica, valendo-se, sempre que necessário, da ponderação, constituem as bases do pensamento pós-positivista da metodologia civil-constitucional. A nova leitura do Direito Civil propõe a superação do modelo das fórmulas abstratas de juízos apriorísticos generalizantes, devendo estar aberto para mudanças e novas interpretações sobre suas velhas estruturas, mais adequado à realidade social na qual vivemos. Assim, valoriza-se a força criadora das demandas e dos fatos sociais, de modo a viabilizar novas manifestações contratuais úteis à satisfação dos interesses da sociedade e à solução dos problemas vivenciados pelos particulares. Vislumbra-se a necessidade de, em situações específicas, ponderar o rigor da proibição genérica aos pactos sucessórios, previsto no art. 426 do Código Civil, quando restar evidenciado, em concreto, que o conteúdo do negócio jurídico está vocacionado à promoção de interesses patrimoniais ou socialmente relevantes.
17. A potencialidade prática dos pactos sucessórios pode ser das mais variadas. Com a estabilidade que lhes é peculiar por força da característica da irrevogabilidade, os pactos sucessórios revelam sua utilidade social, por exemplo, quando celebrados com vistas à preservação de uma unidade produtiva, regulando a morte do sócio ou titular. Também podem ser úteis quando formalizados para privilegiar a posição sucessória de um herdeiro vulnerável, indo ao encontro do valor constitucional da solidariedade, da isonomia substancial e, enfim, da dignidade da pessoa humana.
18. Por outro lado, deve-se reconhecer que a sucessão legítima é marcada ainda por uma visão pautada na isonomia formal, com distribuição dos quinhões em igualdade de proporção entre os vocacionados a suceder, sem atentar para a natureza dos bens, suas potencialidades, tampouco para a qualidade dos sucessores. O pacto sucessório, na sua perspectiva funcional, pode ser um instrumento útil, então, à concretização da isonomia substancial no fenômeno sucessório.
19. Desses argumentos decorre a inexistência de incompatibilidade do instituto em espeque com a Constituição da República. A funcionalização da autonomia privada não apenas estabelece limites negativos, mas serve também para revelar, como no instituto estudado, novos espaços da liberdade negocial, se e quando forem aptos à promoção dos valores constitucionais. Diferentemente de outrora, não faz mais

sentido dizer que *é preferível proibir os pactos sucessórios a correr os riscos dos seus inconvenientes*. Esses inconvenientes, afinal, em grande medida só são experimentados em um ordenamento onde impera o dogma da vontade, o que definitivamente não é o caso brasileiro. Se antes o temor era de desvirtuação desses negócios a finalidades *moralmente inaceitáveis*, a dimensão axiológica e a força normativa dos princípios constitucionais são suficientes para o ordenamento dar como resposta a repulsa a tais atos, mormente se a função social é parte da estrutura integrante dos atos de autonomia privada.

20. Sugere-se, por fim, a reflexão em torno da manutenção da proibição genérica dos pactos sucessórios. Talvez o direito contratual, por via dos pactos sucessórios, possa representar um caminho para a dinamização dessa seara do direito. Suas múltiplas utilidades revelam os interesses que, numa expressão qualitativa, pode atender. Com base na metodologia civil constitucional, esse instituto deve ser reformulado à luz dos novos valores constitucionais e essa alteração profunda revela um notável espaço de autonomia privada no fenômeno sucessório capaz de atender aos mais diversos interesses merecedores de tutela, tendo como limite o respeito à intangibilidade da legítima, que está ancorada no princípio constitucional da solidariedade social.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ACHILLE, Davide. *Il divieto dei patti successori*: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura. Napoli: Jovene Editore, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *A Theory of Constitution Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALMEIDA, Lacerda. *Pactos successorios*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4. p.1187-1198.

ALONSO, Ignacio Herrero. *Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux em droit comparé et em droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.99-127.

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1935. v.2.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2.

ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

_____. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARTAZ, Michel. *Viagers: régime juridique et fiscal*. 11.ed. Paris: Delmas, 2005.

ASCARELLI, Túlio. *Contrato misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.437-453.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1007-1015.

BARBA, Vincenzo. *I patti successorî e il divieto di disposizione dela delazione: Tra storia e funzioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.407-423.

_____. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p.106-118.

_____. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.49-118.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.225, p.5-37, jul./set. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BDINE JÚNIOR, Hamif Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1958. v.4.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: edição histórica*. Rio de Janeiro: Rio.

BIDOU-ZACHARIASEN, Catherine (Org.). *De volta à cidade: dos processos de gentrificação às políticas de “revitalização” dos centros urbanos*. São Paulo: Annablume, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícono, 2006.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.793-811.

BORGUI, Hélio. *O novo Código Civil e as inovações no direito das sucessões: a nova forma de substituição fideicomissária*. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.343-376.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Conversão substancial do negócio jurídico*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.1056-1084.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A capacidade sucessória do nascituro [ou a crise do positivismo legalista]*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p.47-54.

_____. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 2009.

CARDOSO, Vladimir Murucy. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3.

CESARETTI, María; CESARETTI, Oscar Daniel. *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.918, p.56-67, oct./dic. 2014.

COCUCCIO, Mariafrancesca. *Divieto dei Patti Successori e Patto di Famiglia*. Milano: Giuffrè, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito comercial*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

_____. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”*. *Revista de Direito Mercantil*, v.36, p.67-76, 1979.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de. *Planejamento sucessório*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.537-562.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Os pactos sucessórios na história do direito português*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.60, p.93-120, 1965.

_____. *Obras esparsas*. Coimbra: Almedina, 1984. v.3.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – III*. 2.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.4.

DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES. *Mutations à titre gratuit – Successions – Champ d’application des droits de mutation par décès– Régimes spéciaux liés à la nature juridique de la disposition successorale – Libéralités graduelles et libéralités résiduelles. Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts*. Disponível em: <<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/ext/pdf/createPdfWithAnnexePermalien/BOI-ENR-DMTG-10-20-50-10-20120912.pdf?doc=2332-PGP&identifiant=BOI-ENR-DMTG-10-20-50-10-20120912>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

DISCKSTEIN, Marcelo. *Nulidades prescrevem?: uma perspectiva funcional da invalidez*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.55-71.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Curso de direito civil: sucessões*. 2.ed. Salvador: Podivm, 2016.

FAVIER, Yann. *Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Org.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.29-37.

FERRI, Luigi. *Disposizioni generali sulle successioni (Art. 456-511). Commentario del Codice Civile*. 3.ed. Bologna-Roma: Zanichelli, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídica e seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. *Direito civil: sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007. v.7.

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

GIOGI, M. V. de. Patto successorio. *Enc. Dir.*, Milano, 1981.

GOMES, Orlando. *A reforma do Código Civil*. Salvador: Universidade da Bahia, 1965.

_____. *Sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Direitos reais*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

HESPANHA, António M. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *A cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 1.856)*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.6.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15.ed. Niterói: Impetus, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeção da população do Brasil por sexo e idade: 2000-2060*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm>. Acesso em: 19 fev. 2016.

IVENS, Michael. *Testment, Erbvertrag und Erbfall*. Wi: Norderstedt, 2004.

LAROMBIÈRE, M. L. *Théorie et Pratique des Obligations*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885. Tome Premier, Articles 1101 à 1145.

LE GUIDEDEC, Raymond; PORTAIS, Julien. *Viager: vente immobilière en viager*. Paris: Elipses, 2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009. v.1.

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

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v.3.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v.1, p.11-33, jan./fev. 2014.

_____. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAFFÍA, O. Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1994. Tomo I e II.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINO, Marco. *I Patti Successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*. Bologna: Dupress, 2016.

MASRI, Victoria S.; RAGGI, María E. *Pacto sobre herencia futura*. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n.911, p.111-116, ene./mar. 2013.

MATÍNEZ, Maria Martínez. *Pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Librairie Droz: Genève, 2008. p.107-128.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.319-354.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v.1-3.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Octavio. *É revogável a partilha em vida?*. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.6. p.1041-1060.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v.3.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

MIRANDA, Maria Bernadete. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada*. *Revista Virtual Direito Brasil*, v.2, n.2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cia.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. Tomo 56.

_____. *Tratado de direito privado – parte especial: direito das sucessões: testamentário, inventário e partilha*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. Tomo 60.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 46.

_____. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 55.

_____. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 3-4.

_____. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo 19.

_____. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo 46.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independentemente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade*. In: *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Lisboa: Juruá, 2015. p.13-34.

_____. *Subversões hermenêuticas: a Lei da Comissão da Anistia e o direito civil-constitucional*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/subversoes-hermeneuticas/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneuu. *Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.425-442.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; SILVA, Rafael Cândido da. *A proibição dos pacto sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.72, n.17, p.169-194, dez. 2016.

MORAES, Bruno Terra de; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. *Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p.125-155.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.167-190.

_____. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p.105-147.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Constituição e direito civil: tendências*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.343-364.

_____. *A caminho de um direito civil-constitucional*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.^a reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.3-20.

_____. *A causa do contrato*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.^a reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.289-316.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1.^a reimp. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

MOYA, Federico Arnau. *Lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. Espanha: Universitat Jaume, 2008/2009.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Princípios constitucionais e o direito das sucessões*. In: *Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.113-127.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *O princípio da intangibilidade da legítima*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.495-545.

_____. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Sucessão legítima: desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa*. *Revista IOB de Direito de Família*, v.9, n.48, p.41-53, 2008.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v.1.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. *A gestão do patrimônio no direito brasileiro e a necessidade de se incorporarem os principais efeitos do trust*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.637-657.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1-3.

_____. *Curso de direito das sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Andes, 1954.

OLIVEIRA, Filipe. *Estados taxam planos de previdência privada na transmissão de herança*. Folha de S.Paulo, 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/08/1800069-estados-taxam-planos-de-previdencia-privada-na-transmissao-de-heranca.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

OLIVER, Arentz. *Immobilienverzehr: Möglichkeiten und Grenzen*. Colônia: Universität Köln Institut für Wirtschaftspolitik, 2010.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.4.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1.

_____. *Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de direito civil: contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.3.

_____. *Instituições de direito civil: contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Complessità e unitarietà dell'ordenamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, n.1, p.188-216, 2005.

_____. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PÉTER, Marc. *Étude sur le pacte successoral*. 1897. 243f. Tese (Doutorado) – Universidade de Genebra, Genebra, 1897.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. *The Yale Law Journal*, v.81, p.823-854, 1972.

REIFNER, Udo; CLERC-RENAUD, Sebastien; PÉREZ-CARRILLO, Elena F.; TIFFFE, Achim; KNOBLOCH, Michael. *Study on Equity Releases Schemes in the EU: Part I: General Report*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/credit/equity_release_part1_en.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

REIMANN, Wolfgang; BENGEL, Manfred; MAYER, Jörg. *Testment und Erbvertrag*. Luchterhand: Neuwied, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Aspectos da Societas Romana*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.101, p.627-649, jan./dez. 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. *Direito civil*. Saraiva: São Paulo, 2004. v.3.

ROGUE, Fanny. *Le viager, renouveau d'un modèle ancien*. *Issu de Petites affiches*, n.106, p.2, 27/05/2016.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. *Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros*. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.2, n.9, p.10209-10238, 2013.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-Mortem*. Granada: Comares, 2003.

SANT-AMAND, Pascal Julien. *La réforme des successions et des libéralités: aspects civils et fiscaux*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.39-56.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937. v.24.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. v.15.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15-16.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p.1-23.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.3.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÃO, José Fernando. *Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação de existência do pacto sucessório*. *Revista Imes*, v.5, n.10, p.34-48, jan./jun.2005.

_____. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

SOLOMON, Denis. The Law of Succession. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction of German Law*. Beck: München, 2005. p.271-297.

SOUZA, Felipe Oliveira de. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.48 n.192, p.95-109, out./dez. 2011.

SPIEGL, Katarina. *Die vertraglich begründete Leibrente: Untersuchung zum deutschen im Vergleich zum französischen und österreichischen Recht*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Passau, Alemanha, 2014.

TARSO, Paulo de; SANSEVERINO, Vieira. *Contratos nominados II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Propostas para o ensino do direito contratual no Brasil*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.667-698.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2016.

_____. *Da Extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões. Terceira Parte. Outras Formas de Solução*. Disponível em:

<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/08/coluna-do-migalhas-de-agosto-da.html>. Acesso em: 10/11/2016

TASSINARI, Federico. *Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme*. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (Orgs.). *Les pactes Successoraux em droit comparé et em droit international privé*. Genève: Droz, 2008. p.65-83.

TAVARES, José. *Sucessões e direito successorio*. Coimbra: França Amado, 1903. v.1.

_____. *Os principios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. v.1.

TAVIGNON, Edith. *La vente en viager: intérêt, contrat, rente, fiscalité, extinction, prêt viager, hypothécaire*. 2.ed. Paris: Le Particulier, 2012.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Notas sobre planejamento sucessório*. In: REZENTE, Elcio Nacur; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião (Coord.). *Direito civil contemporâneo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.489-504.

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v.4, n.7, p.103-116, jan./jun. 1998.

_____. *Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.xv-xxxiii.

_____. *Autonomia privada e obrigações reais*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.275-304.

_____. *O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.357-360.

_____. *Perspectivas do direito civil contemporâneo*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.27, n.7, Editorial, jul./set. 2006.

_____. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo 1. p.229-250.

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-23.

_____. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.3-19.

_____. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.145-173.

_____. *O acaso da subsunção*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.443-445.

_____. *O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.21-40.

_____. *Regime de bens e tutela sucessória do cônjuge*. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1. p.133-150.

_____. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. *Revista Forense*, v.110, n.419, p.77-96, 2014.

_____. *O papel atual da doutrina no direito civil entre o sujeito e a pessoa*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.17-35.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v.3.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. v.1.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1.

TOMÉ, Maria João Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. *A propriedade fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no direito português*. Coimbra: Almedina, 1999.

TRAISCI, Francesco Paolo. *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

UNINDUSTRIA BOLOGNA. *Il Patto di Famiglia*. Disponível em: <<http://www.unindustria.bo.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/83305>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2011. v.1.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil – parte especial: direito das sucessões*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.21.

_____. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito civil: parte geral*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Testamento. Estrutura e princípios. Modalidades*. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; VILLAR, Rafael; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p.853-886.

VIGNALE, E. M. *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione dei negozi illeciti*. *Dir. e giur.*, 1962.

WALD, Arnaldo. *O regime jurídico da partilha em vida*. *Revista dos Tribunais*, v.76, n.622, p.7-15, ago. 1987.

WIECKER, Franz. *História do Direito Privado*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANCHI, Giuliano. *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*. *Jus Civile*, n.10, p.700-768, 2013.

ZANGEROLAME, Flavia Maria. *Obrigações divisíveis e indivisíveis e obrigações solidárias*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.181-210.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

ALEMANHA. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_87/BGBLA_2015_I_87.html>. Acesso em: 11 nov. 2016.

ALEMANHA. Código Civil Alemão (BGB). Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

ARGENTINA. Lei n.º 26.994, de 07 de outubro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (CNCiv). Sumario n. 21938. Expediente 23.654/2006. Buenos Aires. “D.M.C.A. c/ P., C.H. y OTROS s/ COLACIÓN”. Julg. por Abreut de Begher, Claudio M. Kiper. Julgamento: 28/04/2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto Legislativo n.º 269, de 2008. Aprova o texto da Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-norma-pl.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei n.º 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis n.ºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei no 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis n.ºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria Da Receita Federal. Solução de Consulta n.º 46 de 24 de maio de 2010. Disponível em: <[http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/\\$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=23&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=457&f=G&l=20&s1=&s6=SC+OU+DE&s3=&s4=Outros+Tributos+ou+Contribui%E7%F5es&s5=&s8=&s7=>](http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=23&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=457&f=G&l=20&s1=&s6=SC+OU+DE&s3=&s4=Outros+Tributos+ou+Contribui%E7%F5es&s5=&s8=&s7=>)>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 1490576/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 20/08/2015. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 111.294/PR*. Relator: Min. Castro Filho. Julgamento: 28/06/2006. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJ 10/09/2007, p.183.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 6.358/SP*. Relator: Min. Dias Trindade. Julgamento: 29/04/1991. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 17/06/1991, p.8204.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 6.528/RJ*. Relator: Min. Nilson Naves. Julgamento: 11/06/1991. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 12/08/1991, p.10553.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 13.680/SP*. Relator: Min. Athos Carneiro. Julgamento: 15/09/1992. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 16/11/1992, p.21144.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 730.483/MG*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 03/05/2005. Órgão Julgador. Publicação: DJ 20/06/2005, p.287.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 820.814/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 09/10/2007. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 25/10/2007, p.168.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 992749/MS*. Relator: Min. Nancy Angrigui. Julgamento: 01/12/2009. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 05/02/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1121719/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15/03/2011. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe 27/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1346324/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 19/08/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 02/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1419814/SC*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 23/06/2015. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 03/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1523552/PR*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 03/11/2015. Órgão Julgador. Publicação: DJ 13/11/2015).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 93603/GO*. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 31/05/1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 04/08/1995, p.685.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Recomendação 94/1069/CE (sobre a transmissão das pequenas e médias empresas). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 31 dez. 1994, N. L385/14-17.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível, Acórdão n.º 823214, APC 20110610113130*. Relator: Alfeu Machado. Revisor: Maria Ivatônia. Julgamento: 01/10/2014. Órgão Julgador: 1.ª Turma Cível. Publicação: DJE 06/10/2014. Pág.: 71.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *AGI 20140020182838*. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Julgamento: 12/08/2015. Órgão Julgador: 4.ª Turma Cível. Publicação: DJE: 17/09/2015. Pág.: 140.

ESPANHA. Código Civil Espanhol. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

FRANÇA. Código Civil, 2011. Disponível em: <<http://www.lexinter.net/Legislation/codcivil.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

FRANÇA. Lei n.º 2001-1135, de 03 de dezembro de 2001. Relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000582185>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

FRANÇA. Cour de Cassation, 1re civ. 26 octobre 2011. Distinction entre un pacte sur succession future prohibé et un pacte port mortem valable. *Actualité Juridique Famille*. Dalloz, n.12, p.619, décembre, 2011.

ITÁLIA. Código Civil italiano, de 16 de março de 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

ITÁLIA. Lei n.º 55, de 14 de fevereiro de 2006. Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/060551.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PORTUGAL. Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal (IRN). Parecer n.º 18/2012-SJC-CT. Disponível em: <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2012/p-c-c-18-2012-sjc-ct/downloadFile/file/CC_18-2012_SJC-CT.pdf?nocache=1347528731.6>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 0013577-84.2016.8.19.0000*. Relator: Des(a). Mônica Maria Costa Di Piero. Julgamento: 19/07/2016. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Publicação: 21/07/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC 441-0*. Apte.: Ministério Público. Apda.: Maria de Oliveira Medeiros. 1981, RDI 2/98.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2129450-40.2015.8.26.0000*; *Ac. 8975405*. Relator: Des. J. B. Paula Lima. Julgamento: 10/11/2015. Órgão Julgador: Décima Câmara de Direito Privado. Publicação: DJESP 18/12/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *APL 10094408720138260053 SP 1009440-87.2013.8.26.0053*. Relator: Marrey Unt. Julgamento: 10/03/2015. Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Público. Publicação: 07/04/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Voto n.º 18473, *APC 1015490-23.2014.8.26.0562*, Comarca de Santos. Relator: Viviani Nicolau. Julgamento: 19/05/2015. Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Privado. Publicação: 19/05/2015.

SUÍÇA. Código Civil Suíço. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.