

Não restam dúvidas de que é necessário adaptar o art. 496, parágrafo único, ao art. 1.647 do Código Civil, mencionando-se na primeira regra também o que se considera separação absoluta de bens. E, para que não parem mais dúvidas do que seja a citada “separação absoluta”, a necessidade de autorização do cônjuge na venda de ascendente para descendente deve ser afastada somente se o regime de casamento entre os cônjuges for o da separação convencional. Espera-se, por tudo isso, que o projeto de lei tenha êxito no Congresso Nacional, fazendo-se esses dois reparos no artigo ora analisado.

Como palavras finais, uma outra questão poderia ser levantada, a respeito da inclusão do companheiro no art. 496 do Código Civil. Porém, essa inclusão passaria por uma reforma mais ampla de todo o Código Civil, o que será objeto de outro artigo, a ser publicado neste mesmo canal.

OS PACTOS SUCESSÓRIOS ONTEM E HOJE: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DE LUIZ EDSON FACHIN.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

“Ave ou demônio que negrejas!
Profeta, ou o que quer que sejas!
Cessa, ai, cessa! clamei, levantando-me, cessa!
Regressa ao temporal, regressa
À tua noite, deixa-me comigo.
Vai-te, não fique no meu casto abrigo
Pluma que lembre essa mentira tua.
Tira-me ao peito essas fatais
Garras que abrindo vão a minha dor já crua.”
E o corvo disse: “Nunca mais”.

E o corvo aí fica; ei-lo trepado
No branco mármore lavrado
Da antiga Palas; ei-lo imutável, ferrenho.
Parece, ao ver-lhe o duro cenho,
Um demônio sonhando. A luz caída
Do lampião sobre a ave aborrecida
No chão espraia a triste sombra; e, fora
Daquelas linhas funerais
Que flutuam no chão, a minha alma que chora
Não sai mais, nunca, nunca mais!”¹O Corvo, Edgard Allan Poe.

Sumário: I – Introdução. II – As reflexões de outrora. 1. A denominação pacta corvina. Notas históricas. 2.1 – Notas sobre o Direito Romano. 2.2- Notas sobre as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis. 2.3 - Razões de ser da vedação aos pacta corvina. III – As reflexões do presente. O diálogo necessário.

1 Tradução de Machado de Assis. No original: “Be that word our sign of parting, bird or fiend!” I shrieked, upstarting. Get thee back into the tempest and the Night’s Plutonian shore! Leave no black plume as a token of that lie thy soul hath spoken! Leave my loneliness unbroken!—quit the bust above my door! Take thy beak from out my heart, and take thy form from off my door!” Quoth the Raven “Nevermore.”

*And the Raven, never flitting, still is sitting, still is sitting
On the pallid bust of Pallas just above my chamber door;
And his eyes have all the seeming of a demon’s that is dreaming,
And the lamp-light o’er him streaming throws his shadow on the floor;
And my soul from out that shadow that lies floating on the floor
Shall be lifted—nevermore!*

I – Introdução

No ano de 2005 escrevi algumas linhas relativas aos pactos sucessórios e o contrato de sociedade.² Ainda aluno do curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), o tema me encantou pelas razões históricas e pela sua manutenção no ordenamento pátrio, apesar de tão antiga regra, passados mais dois milênios.

Ainda não conhecia Luiz Edson Fachin e sua obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal.³

Decorridos 13 anos da publicação daquelas velhas linhas, já doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da USP e professor das Arcadas, do Largo de São Francisco, estabelecido no presente artigo um diálogo entre as convicções de outrora e as atuais a partir dos ensinamentos do mestre Fachin que ora se homenageia.

É do confronto da tradição histórica de vedação aos pactos sucessórios (ou *pacta corvina*⁴) com as lições contemporâneas de Luiz Edson Fachin que analisaremos o artigo 426 do Código Civil e a (in)conveniência de sua manutenção, com eventual possibilidade de abrandamento da regra de lege ferenda.

II – As reflexões de outrora

1. A denominação *pacta corvina*.

Trata-se do Pacto Sucessório, ou seja, os chamados *Pacta Corvina*, isto é, aqueles negócios capazes de levantar no coração de uma das partes, ou de ambas, um anseio pela morte da outra ou de terceiro, um *votumalicujus mortis*⁵.

O nome latino do pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie dos corvídeos, especialmente aquelas do gênero *Corvus*, de plumagem negra e que são encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul⁶. O corvo⁷ é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto necrófago. É uma ave agourenta, segunda a tradição europeia⁸.

2 Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório, Revista IMES, jan/jun 2005, p. 47.

3 Nestas linhas faço uso da segunda edição de 2006, Editora Renovar.

4 *Pactum* no singular e *pacta* no plural. Nominativo neutro da segunda declinação. Logo utilizar em português a expressão antecedida pelo artigo definido feminino ('a *pacta corvina*') é um equívoco gramatical.

5 *Pactum* no singular e *pacta* no plural. Nominativo neutro da segunda declinação. Logo utilizar em português a expressão antecedida pelo artigo definido feminino ('a *pacta corvina*') é um equívoco gramatical.

6 RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*, v. 3: *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

7 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 852.

8 "O corvo é o maior de todos os corvídeos, chegando quase aos 70 cm de comprimento. Tem um bico forte e curto, e uma 'barba' hirsuta, que o distingue da gralha, que é também mais pequena. Tal como esta, é inteiramente negro. É principalmente necrófago, mas também mata pequenas aves e mamíferos, numa dieta que inclui ainda ovos, caracóis e cereais. Nidifica entre Fevereiro e Março num ninho em forma de uma grande taça, num armo bifurcado de uma árvore. Põe entre 4 e 6 ovos azul esverdeados claros com manchas castanhas, que são incubados pela fêmea durante 20/21 dias". Informação disponível no site: <http://www.bragancanet.pt/patrimonio/faunacorvo.htm>, acesso em 08/06/2018.

9 Há uma lenda referente aos corvos que habitam a Torre de Londres desde tempos imemoriais (pelo menos 500 anos). Segundo a lenda, se os corvos da Torre de Londres sumirem ou deixarem a Torre, a Coroa cairá e a Grã-Bretanha também ("if the Tower of London ravens are lost or fly away, the Crown will fall and Britain with it").

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 (carne fresca), os contratantes (ou pelo menos aquele que adquiriu os bens) estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança.

2. Notas históricas.⁹

2.1 – Notas sobre o Direito Romano

Afirma GUILHERME BRAGA DA CRUZ que "o direito romano foi francamente hostil aos pactos sucessórios, embora não tenha chegado a formular, a esse propósito, qualquer construção jurídica. Não chegou a elaborar um conceito, nem muito menos uma classificação dos pactos sucessórios; e, por isso mesmo, nunca chegou a formular, nem sequer na época justiniana, uma proibição genérica dos pactos sobre sucessão futura. Neste, como em muitos outros domínios, o direito romano limitou-se a proceder casuisticamente: limitou-se a condenar, uma por uma, as várias modalidades possíveis de pactos, à medida que a prática se encarregava de as ir criando; e invocou fundamentos diversos, consoante os casos, para justificar essa condenação. E foi também casuisticamente que condescendeu com a prática, acabando por admitir, na época pós-clássica e justiniana, algumas das modalidades de pactos sucessórios que teimavam em não ceder perante a proibição"¹⁰.

PONTES DE MIRANDA descreve as espécies de pactos sucessórios: "pactos sucessórios, sucessões pactícias, contratos de herança, sempre se chamaram, no direito romano, os pactos aquisitivos, em que algum dos contraentes promete instituir ou se obriga a aceitar sucessão (*de succedendo*), e os *renunciativos*, em que se promete não instituir ou não aceitar (*de non succedendo*). Esses pactos sempre foram (com ligeiras exceções) considerados nulos. Procurava-se, assim, evitar que os contratos derogassem regras legais de interesse público, *iuris publici*, como o é a matéria das sucessões, *quod pactis privatorum mutari non potest* (L. 38, D., de *pactis*, 2, 14)"¹¹.

Foi apenas no Baixo Império¹², já no reinado de Diocleciano¹³, que o problema é enfrentado por meio de uma Constituição Imperial que viria a ser reproduzida no Código de Justiniano.¹⁴

BRAGA DA CRUZ explica que "consultado sobre a validade duma cláusula dum pacto dotal onde se convencionava, vice *testamenti*, que o marido, por morte da mulher, sucederia nos seus bens extradotais, o Imperador declara que essa cláusula é de todo destituída de valor,

9 Para as notas históricas, a obra de referência é de Guilherme Braga da Cruz: *Pacto sucessório na História do Direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 60. São Paulo, 1965.

10 Op. cit., p. 97.

11 *Tratado de direito privado*. t. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 359.

12 Séculos III a V d. C.

13 Diocleciano nasceu em 22 de dezembro de 245 d. C., na região da Dalmácia, provavelmente nos arredores de Split, e faleceu em 3 de dezembro de 311 d. C., também em Split. Diocleciano optou por uma carreira militar, tendo ascendido ao corpo de elite do exército ilírico. Ele comandou o Império Romano de 284 d. C. a 305 d. C., período que foi considerado o início de uma nova era para enfrentar as deficiências de comandos anteriores dos imperadores Aureliano e Probo. Foi sua a ideia de criar a tetrarquia, ou seja, dividir o Império em quatro partes e garantir de maneira efetiva a proteção das fronteiras (SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 196/197).

14 BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Op. cit., p. 98.

porque é ofensiva da liberdade de testar, visto que a herança só se pode dar a estranhos por meio de testamento (*haereditasextraneis testamento datur*) (C. 5, 14,5).¹⁵

Lembra o autor que “o caso mais frequentemente citado e condenado nas fontes – e que devia, portanto, ser o mais vulgarizado – é o da renúncia da filha dotada à herança paterna. A hipótese aparece já prevenida e condenada num texto de Papiniano¹⁶, com o fundamento de que as convenções particulares não podem prevalecer sobre a autoridade das leis (*privatorum enim cautiones legum auctoritate non censori*) (D. 38, 16, 16); e é novamente referida e condenada numa constituição de Alexandre Severo¹⁷, mais tarde reproduzida no Código de Justiniano (C. 6, 20, 3).¹⁸

Segundo GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “os pactos *de hereditatetertii*, finalmente, são já objeto de condenação casuística na época clássica, a propósito da *venda* (D. 18, 4, 1), da *doação* (D. 39, 5, 29, 2) e da *aceitação* duma sucessão não aberta (D. 28, 6, 2, 2); e acabam por ser proibidos, em termos genéricos, logo nos começos do Baixo Império, através duma constituição de Constantino¹⁹, mais tarde incluída no Código Teodosiano²⁰ (C. Th., 2, 24).²¹

¹⁵ Op. cit., p. 98.

¹⁶ Havia um grupo de jurisconsultos na segunda metade do Século II e da primeira metade do Século III d.C. que atingiu importância indiscutível para o direito romano. Depois de Gaio (jurista na época de Antonino Pio e Marco Aurélio), outros três jurisconsultos exerceram as mais altas funções no Império Romano. O primeiro é Aemilius Papinianus que é, a partir de então, considerado o príncipe dos jurisconsultos romanos. Nascido em Emese, na Síria, no início do Reinado de Marco Aurélio, alcança o cargo de *magister libellorum* (chefe da chancelaria) sob Severo, torna-se Prefeito do Pretório em 203 e foi morto em 212 por ter se recusado a fazer o elogio fúnebre do Imperador Geta, que foi morto por seu irmão o Imperador Caracalla. Era sobretudo especialista em solucionar as questões de direito e dar respostas aos consulentes. Seus escritos testemunham uma grande independência de espírito (MONIER, Raymond. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome 1er, Éditions Domat Monchrestien: Paris, 1947, p. 86). Sobre o assassinato de Geta, efetivamente ele e Caracalla assumiram em 211 a função de Imperadores. Contudo, desde logo, os irmãos se mostram rivais e antagonicos em suas políticas. A solução seria dividir o Império: Geta deveria ficar com as províncias asiáticas e faria de Antioquia sua capital. Caracalla se manteria em Roma cuidado das províncias ocidentais. Julia Domna, mãe dos Imperadores, impediu a divisão afirmando se eles, também, dividiriam a própria mãe. Caracalla, como última solução, assassinou seu irmão (SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 139).

¹⁷ Alexandre Severo reinou entre os anos de 222 a 235 d.C. Foi o último Imperador da dinastia dos Severos cujo mais famoso membro foi Caracalla, não só por suas termas em Roma, como pela reforma monetária que criou. Alexandre Severo era primo de Elagabalus e por isso o sucedeu. Sobre Alexandre Severo, afirma Aurelius Victor no Livro dos Césares, que apesar de ele ter ficado no poder por não mais de 13 anos, ele deixou o Estado fortalecido em todos os aspectos. De Romulus a Septimus, o Estado cresceu sensivelmente em força, mas atingiu seu apogeu no governo de Caracalla. Foi graças a Alexandre que não sofreu declínio imediato”. (SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, pp. 153).

¹⁸ Op. cit., p. 99.

¹⁹ Foi um dos mais famosos Imperadores por ter adotado o cristianismo como religião oficial e fundado uma nova capital, Constantinopla. Governou entre 307 a 337. É sua a frase: “quando os homens elogiam meus serviços, que devem suas origens à inspiração do Céu, eles não percebem claramente a verdade que Deus é a causa dos feitos que realizo? Claramente eles percebem, pois pertence a Deus fazer o que é melhor e ao homem fazer o que Deus manda.” Acabou com a divisão do Império em quatro partes (tetrarquia) e governou com exclusividade. In: SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995, p. 213.

²⁰ Teodósio II governou, entre 408 e 450 d.C., a parte Oriental do Império Romano. Foi responsável pelo Código Teodosiano, que compreende as constituições imperiais desde Constantino. É uma obra colossal dividida em dezesseis livros, o último dos quais versa sobre direito eclesiástico. O Código Teodosiano, publicado, no Oriente, por Teodósio II e, no Ocidente, por Valentiniano III (governou o Império Romano do Ocidente entre os anos de 425 e 455 d.C.), entrou em vigor em 1º de Janeiro de 439. In: GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*, .2. ed. Petrópolis: Vozes, 1968, p. 265.

²¹ Explica o autor que “os pactos sobre a sucessão dum terceiro ou ‘*de hereditatetertii*’ constituem, justamente, a terceira e última categoria de pactos sucessórios. Na sua configuração típica, não cabem na categoria de pactos sucessórios *stricto sensu*, porque não se destinam a regular a sucessão dum 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 estrada ao acórdo celebrado”. Op. cit., p. 100.

2.2 – Notas sobre as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis.

A vedação aos pactos sucessórios é muito antiga no direito brasileiro.

O Título LXX do Livro IV das Ordenações do Reino, em seu parágrafo terceiro afirmava:

“Ou se feito contrato sobre herança de pessoa viva, por aquele que não deveria ser seu herdeiro, ou seja, sob certa pena, porque tais contratos são assim ilícitos e pelo Direito reprovados, que não podem por juramento serem confirmados: e por conseguinte as penas neles postas não pode pedir, nem demandar”.

Explica COELHO DA ROCHA que, no direito civil português, desde as Ordenações Afonsinas, os legisladores tinham a mesma opinião, que todos os pactos eram reprovados: tratasse-se de herança própria, ou da herança de terceiros, ou fossem *de succedendo* ou de *non succedendo*. Quanto a esses últimos havia uma exceção de direito canônico: os pactos jurados. É por isso que se admitiu como válida renúncia à herança de seus pais da filha ao ingressar em uma ordem religiosa, “aconselhando-se a cautela do juramento a fim de evitar risco de nulidade”.²²

A regra continha exceções²³:

- a) Contratos que versassem sobre herança de terceiro, sendo consentidos por este, ao qual fica livre de mudar de vontade;
- b) Quando contivesse doações para casamento determinado ou são estipulados nos contratos antenupciais (lei de 17 de agosto de 1761, §8º).

É de se salientar que Melo Freire se insurge contra a proibição afirmando que são ineptas e supersticiosas as razões do direito romano e que os pactos sucessórios, em razão do Título 5, § 36 do Livro 3 das Ordenações Filipinas, eram geralmente permitidos²⁴.

Os artigos 352 e 353 da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, seguindo o preceito proibitivo das Ordenações dispunham:

Art. 352. As heranças de pessoas vivas não podem ser igualmente objeto de contrato.

Art. 353. São nulos todos os pactos sucessórios, para succeder, ou não succeder, ou sejam, entre aqueles que esperão ser herdeiro, ou com a própria pessoa, de cuja herança se trata.

Foi destas regras que nasceu o artigo 1089 do Código Civil de 1916, posteriormente copiado pelo Código Civil de 2002 (art. 426):

“Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva”.

²² COELHO DA ROCHA, M.A. *Instituições de Direito Civil português*. Tomo II, Rio de Janeiro: H. Garnier, 1807, p. 424.

²³ COELHO DA ROCHA, M. A. *Op. cit.*, p. 261.

²⁴ COELHO DA ROCHA, M. A. *Op. cit.*, p. 424.

2.3 - Razões de ser da vedação aos pacta corvina

A principal razão de ser da regra em questão é o problema moral do desejo de morte daquela pessoa a quem os bens pertencem. O legislador evita negócios capazes de alimentar a esperança de apressar a morte de outrem.²⁵

CLÓVIS BEVILÁQUA²⁶ explica os motivos da proibição da sucessão pactícia e seus inconvenientes. Afirma o autor que tais disposições determinam um surto de sentimentos imorais, porque tomam por base de suas combinações a morte da pessoa de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (*de succedendo*), sejam renunciativos (*de non succedendo*).

Chega-se a aventar a possibilidade de o pacto sucessório despertar sentimentos de tentação para a prática de crime, levando o interessado ao extremo da eliminação daquele de cuja herança se trata.²⁷

Não é nova essa leitura. BRAGA DA CRUZ conta que “desta fundamentação, tira Justiniano uma consequência: a convenção sobre a sucessão dum terceiro deixa de ser imoral e de representar um perigo para a vida do de *cuiusse* este der o seu expresso consentimento e se perseverar nesse consentimento até a morte (*si voluntatem suam eis accommodaverit*). É a mesma doutrina, como se vê, que a constituição de Constantino tinha estabelecido para o caso concreto da partilha da herança materna feita pelos filhos em vida da mãe, agora generalizada a todos os casos de pactos sobre a sucessão dum terceiro”.²⁸

A razão de ordem moral e de decência pública é também considerada fundamento para a vedação aos pactos sucessórios para JOÃO LUIZ ALVES²⁹ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁰. CARVALHO DE MENDONÇA³¹ afirma que o direito moderno sempre considerou tais pactos imorais e perigosos.

Não só o direito moderno. Justiniano, “respondendo a uma consulta dos advogados de Cesareia sobre a validade duma convenção celebrada entre vários herdeiros presuntivos dum terceiro, numa constituição datada de 531, declara nulas todas estas convenções, com o fundamento de que, além de contrárias aos bons costumes, são odiosas e cheias de tristíssimas e perigosas consequências (*odiosaevidentur et plenaetristissimi et periculosieventus*) (D. 2, 3, 30). Invoca-se assim, pela primeira vez, como fundamento da nulidade dos pactos sobre a sucessão dum terceiro, o fato de representarem um perigo para a vida da pessoa de cuja sucessão se trata, na medida em que assentam na condenável esperança (*acerbissimaspes*) da sua morte próxima”.³²

A ideia de vedação aos pactos sucessórios por afronta aos bons costumes é confirmada por DERROUSSIN. Segundo o autor, os pactos foram reputados como ilícitos ora por dizerem respeito a coisas fora do comércio, ora por serem contrários à moral³³. Conforme mostra o autor, a sanção aos pactos sucessórios (e a outros atos que versassem sobre coisas fora do comércio) eram exemplos concretos de repúdio, pelo Direito Romano, de atos que desrespeitassem os bons costumes e a ordem pública. As convenções de

25 RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 78.

26 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. v. 4. 3ªEd. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 202.

27 CARVALHOS SANTOS, J. M. Código Civil Brasileiro interpretado - Direito das Obrigações (Arts. 1.079 - 1.121). 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. 15 v, p. 196.

28 *Op. cit.*, pp. 100/101.

29 Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil. v. 2.2ªEd. rev. aum. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935, p. 169.

30 Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações Segunda Parte. v. 6. 24ªEd. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 34.

31 Doutrina e prática das obrigações: ou tratado geral dos direitos de crédito. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 723.

32 *Op. cit.*, p. 100/101.

33 *Contra bonos mores. Isso porque tais acordos impedem o direito de dispor dos bens e contrariam o dever de piedade (pietas). In: DERROUSSIN, David. Histoire dudoitdesobligations. Paris : Economica, 2007, p. 380.*

sucedendo ou de non succedendo foram rapidamente vedadas pelo Direito Civil (D. 39, 5, 29, 2 et C.J. VIII, 38, 4).³⁴

Havia, ainda, no Direito Romano, uma questão curiosa. Segundo THEODOR KIPP, consideravacontra os bons costumes e nulo, portanto, disporde bens de outrem em razão da morte deste. Só seria válido o acordo quando o terceiro (titular dos bens) concordasse com o contrato. E se o herdeiro fizesse isso sem consentimento do titular dos bens perderia a herança *como indignus* (1. 2 § 3 de *hisquae ut indignis* 34, 9, 1. 94 D. de A. v. O. 29, 2).³⁵

Entretanto, é SILVIO RODRIGUES³⁶ que, com base nas lições de Larombière, traz um forte argumento jurídico a justificar a proibição do pacto sucessório. Isso porque a sucessão de pessoa viva representa apenas perspectiva futura e distante de um bem, de maneira que o herdeiro, necessitando de dinheiro imediatamente, não podendo suportar os ônus da demora em receber sua herança, pode, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores inferiores aos reais, sofrendo um forte prejuízo material. Conclui-se, então, que a norma é eminentemente protetiva do herdeiro³⁷.

CLÓVIS BEVILÁQUA³⁸ lembra, também, que tais disposições, ainda que contassem com a concordância da pessoa de quem a sucessão se trata, contrariariam o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do disponente.

Assim, a justificativa do dispositivo superaria a tradicional noção de *votumalicujus mortis* e passaria a cuidar do interesse do herdeiro e até mesmo do disponente de quem a sucessão se tratará.

O alcance da regra é bastante amplo conforme esclarecem os doutrinadores, mas há necessidade da presença de dois elementos simultâneos para que se caracterize o pacto sucessório: que a coisa objeto do contrato deva consistir na totalidade ou em parte de uma sucessão futura e que, em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre esta herança. Ainda, em se tratando de herança de terceiro (não dos contratantes), é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação.³⁹

CARVALHO DE MENDONÇA⁴⁰ explica o alcance da ideia de sucessão futura. Ela é para terceiros uma parte de bens de outrem que atualmente constituem um direito eventual do contratante. Explica, também, que para a existência de pacto sucessório é essencial que se efetue na expectativa de uma sucessão ainda não aberta, que a coisa, objeto da prestação, esteja no momento do contrato fazendo parte da sucessão e que o pactuante tenha direito a receber tal sucessão ou tal objeto.⁴¹

34 DEROUSSIN, David. *Histoire du droit des obligations. Paris : Economica, 2007, p. 380.*

35 KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil: Derecho des Sucesiones. t. V. v. I. 8ª Ed. Barcelona: Bosch, 1951, pp. 204/205.*

36 *Op. cit.*, p. 79.

37 *Trata-se de estudo referente ao artigo 1130 do Código Civil francês. Esse dispositivo assim dispunha: “As coisas futuras podem ser objeto de uma obrigação. Contudo, não se pode renunciar a uma sucessão não aberta, nem se fazer qualquer estipulação sobre uma sucessão, ainda que como o com sentimento daquele de quem a sucessão se trata, salvo se nas condições previstas em lei”. Já o novo artigo 1.163 do Código Civil francês, após a reforma de 2016, (lei 2016-131 de 10 de fevereiro) não reproduz a proibição contida anteriormente. Remete-se à regra do artigo 722 após a reforma. Há uma regra genérica proibindo os pactos sucessórios com a seguinte redação: “Art. 722 – as convenções que tenham por objeto criar ou renunciar direitos sobre o todo, uma parte ou um bem de uma sucessão ainda não aberta, não produzem efeitos se não nos casos em que elas são autorizadas por lei”. Há uma mudança topológica, pois a regra sai dos contratos e passa ao livro de sucessões. O conteúdo, contudo, prossegue o mesmo.*

38 *Op. cit.*, p. 202.

39 CARVALHOS SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 197.

40 *Op. cit.*, p. 723.

41 *Op. cit.*, p. 724.

Não se pode, por fim, renunciar à herança de pessoa viva, porque, antes da abertura da sucessão a herança é considerada mera expectativa de direito para o possível herdeiro. Tecnicamente não existe “herança de pessoa viva” como dispõe o artigo 426. Pessoa viva tem patrimônio. Herança surge no momento da morte, com a abertura da sucessão. Nota-se, portanto, uma imprecisão terminológica histórica.⁴²

Explica JOÃO LUIZ ALVES que podem ser objeto de contrato as coisas futuras, exceto herança de pessoa viva.⁴³ Melhor seria que o Código Civil dissesse “herança futura”, pois “herança de pessoa viva” é uma contradição em termos.

As consequências dos *pacta corvina* são minuciosamente explicadas por CARVALHO SANTOS⁴⁴. O pacto sucessório:

- a) não priva a pessoa a quem a herança pertence do direito de sobre ela dispor livremente em testamento;
- b) não confere qualquer direito aos contraentes e a herança deverá ser partilhada entre os herdeiros legítimos ou testamentários, de acordo com as regras da sucessão;
- c) é ineficaz se declara haver recebido certa importância como pagamento pelos futuros direitos sucessórios;
- d) é ineficaz no tocante à remissão de dívida feita envolvendo a alienação do direito hereditário de uma pessoa viva.

A expressão contida no artigo 426 (“não pode”) deve ser compreendida como causa de nulidade absoluta da disposição contratual. É a chamada nulidade virtual que está prevista no artigo 166, inciso VII, do Código Civil.

Não se trata de matéria de simples anulabilidade que se convalidaria com o decurso do tempo. O negócio é nulo e não produz nenhum efeito. É uma sanção prevista em lei que pune severamente o negócio jurídico, já que não se cogitará no seu aproveitamento, ainda que parcial.

Diante da teoria das nulidades, forçoso concluir que se o negócio é nulo e não se convalida pelo decurso do tempo, também não poderá ser confirmado pelas partes interessadas quando do falecimento do futuro de *cujus*. A ratificação só seria possível em se tratando de negócio jurídico meramente anulável.

Com a nulidade do principal, todas as cláusulas acessórias também são nulas inclusive eventuais garantias prestadas por terceiros para garantir o cumprimento do pacto sucessório, na hipótese de inadimplemento dos contratantes.

III – As reflexões do presente. O diálogo necessário.⁴⁵

LUIZ EDSON FACHIN, ao dar o norte para conhecimento de seu pensamento, afirma que “o valor ‘pessoa’ abarca a possibilidade de se lhe garantir um patrimônio mínimo a fim

⁴² O art. 1089 do Código Civil de 1916 já utiliza essa expressão.

⁴³ Op. cit., p. 169.

⁴⁴ Op. cit., pp. 194/195.

⁴⁵ A obra de Fachin que é citada em todas as passagens é: *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo. A tutela desses valores não preserva apenas a individualidade, com também se projeta para a coletividade”.⁴⁶

Trata-se da ideia pela qual o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana precisa ganhar concretude, densidade teórica. Essa densidade se dá partindo-se da premissa que sem o mínimo existencial ninguém é digno. Não se trata de passar pelo filtro kantiano. Trata-se de algo bem mais simples e direto: faltando o mínimo existencial, o ser humano tem uma vida indigna⁴⁷.

Ao tratar da doação universal⁴⁸ preconizada no artigo 548 do Código Civil, lembra FACHIN que a despeito do caráter acentuadamente patrimonialista da doutrina civilista consubstanciada no Código Civil de 1916, já se tutelavam, topicamente, direitos fundamentais da pessoa⁴⁹.

Qual a possível relação entre a vedação aos pactos sucessórios e a nulidade da doação universal?

Como fundamento histórico à vedação da doação universal, Fachin cita exatamente o mesmo Título das Ordenações que veda o pacto sucessório: Livro IV, Título 70:

“No parágrafo 3º do Título 70 do Livro 4 das Ordenações estavam inseridas duas regras que no Código de 1916 comparecem em capítulos distintos: a vedação da doação de todos os bens sem reservas e a proibição que tenha por objeto herança de pessoa viva. Tal constatação é elucidativa, pois a proibição de cessão de direitos hereditários antes de aberta a sucessão pode ter por objetivo proteger a vida daquele que, pela sua morte, deixaria a herança. A proibição da doação universal sem reservas segue o mesmo escopo da regra que, nas Ordenações, estava a ela emparelhada num mesmo dispositivo, vale dizer, a proteção da pessoa. A tutela legal pode dirigir-se à pessoa e não ao direito patrimonial do titular”.⁵⁰

A lição é elucidativa, nos dizeres do próprio autor, pois ambas as vedações protegem a pessoa que é titular do patrimônio. O fundamento histórico apresentado por Fachin retoma o pensamento de Carvalho de Mendonça que, por sua vez, já tinha como fonte Justiniano: “são odiosas e cheias de tristíssimos e perigosas consequências (*odiosaevidentur et plenaetristissimi et periculosieventus*)”.⁵¹

Isso significa que, há séculos, o direito civil se preocupa com o mínimo existencial e a proteção da pessoa humana, muito antes de o princípio de dignidade da pessoa humana ser estampado em textos constitucionais. É verdade que não o fazia de maneira sistemática, mas sim de maneira esparsa, em situações específicas e não de maneira geral. É por isso que LUIZ EDSON FACHIN afirma que “partindo da regra protetiva contida no Código Civil chegando

⁴⁶ Op. cit., p. 114.

⁴⁷ Nas palavras do homenageado, “Vê-se que estes institutos são informados por um mesmo princípio, a proteção da pessoa, e, hoje, à luz da Constituição de 1988, dir-se-á princípio da dignidade do ser humano”. (Op. cit., p. 103). O comentário é voltado a artigos específicos do CC, que tratam da proteção do patrimônio mínimo, a saber: artigos 548, 426, 4º, inciso IV.

⁴⁸ Doação de todos os bens sem se garantir um mínimo para subsistência.

⁴⁹ Op. cit., p. 100.

⁵⁰ Op. cit., p. 96.

⁵¹ Vide o item II “as reflexões de outrora”.

ao princípio da dignidade humana albergado na Constituição brasileira de 1988, e alcançando o polêmico Código Civil de 2002, é possível afirmar, sem embargo de alguma margem de erro, a ausência de uma tradição construída para tutelar a pessoa. Essa falta não está apenas no Direito”.⁵²

Nesse sentido, realmente foi necessário o fenômeno da constitucionalização do direito privado para que, como sistema, fosse desenhada a proteção da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial. É a partir dessa leitura sistêmica, com a Constituição da República a ocupar o centro do sistema, que se dá o fenômeno da repersonalização do direito civil. Os bens, objetos da relação jurídica, deixam de ter primazia sobre a pessoa (despatrimonialização)⁵³.

Será que a vedação contida no artigo 426 do Código Civil e que espelha uma tradição milenar se mantém adequada para uma visão repersonalizada do Direito Civil garantida pela Constituição de 1988?

A pergunta decorre da assertiva de LUIZ EDSON FACHIN pela qual “é certo que essa ‘repersonalização’ do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada”.⁵⁴

Sob a perspectiva do titular dos bens, aquele cujo patrimônio (herança de pessoa viva) será objeto de contrato, LUIZ EDSON FACHIN responde afirmativamente: “outras normas do novo Código Civil têm o mesmo escopo da regra do art. 548, destaca-se, por exemplo, a possibilidade de revogação de doação, em caso de recusa de prestação de alimentos, por parte do donatário, que teria o dever e a possibilidade de prestá-los (art. 577, inciso IV); a incapacidade relativa dos pródigos (art. 4º, inciso IV); a vedação de contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva (art. 426); também caracteriza instituto análogo ao contido no art. 1.443 do Código Civil francês, a denominada *actionenséparation de biens*”⁵⁵

Sob a perspectiva daquele futuro herdeiro, que desde logo cede gratuita ou onerosamente sua ‘herança’, cabe lembrar SILVIO RODRIGUES anteriormente citada e que ora se retoma: o herdeiro, necessitando de dinheiro imediatamente, não podendo suportar os ônus da demora em receber sua herança, pode, de maneira atabalhoada e afoita, vender seus direitos futuros por valores inferiores aos reais, sofrendo um forte prejuízo material.

Assim, se a regra do artigo 426 protege tanto o titular dos bens quanto o futuro herdeiro, pode-se afirmar que sua manutenção é desejada como forma de manter um mínimo existencial e de proteção do futuro autor da herança, assim como do futuro herdeiro.

IV – Nota conclusiva

A conclusão a que se chega, a partir da premissa de LUIZ EDSON FACHIN que “com as transformações operadas no seio da sociedade, os institutos são avistados e relação à sua função

⁵² Op. cit., p. 91.

⁵³ Conforme as lições de Luiz Edson Fachin, “o Direito Civil clássico, como fruto do jusracionalismo e da filosofia iluminista, representado pelo Código Napoleônico, é marcado pela exacerbação do patrimônio. Inserido nesse contexto, o Código Civil brasileiro não passou imune às influências europeias, tendo sido em grande escala marcado em sua essência pelo caráter patrimonial imobiliário, em que a pessoa humana não é vista pelo que é, mas pelo que tem. Com as transformações operadas no seio da sociedade, os institutos são avistados e relação à sua função social, e aflora o princípio da dignidade humana” (Op. cit., p. 114).”

⁵⁴ Op. cit., p. 92.

⁵⁵ Op. cit., p. 101.

social, e aflora o princípio da dignidade humana”⁵⁶, é que a vedação aos pactos sucessórios, apesar de milenar, prossegue útil ao sistema como forma de proteção da pessoa humana.

A proteção passa por duas possíveis leituras. A primeira consiste na proteção do próprio titular dos bens (a pessoa viva cuja herança é objeto de contrato), pois no desejo de morte podem se consubstanciar atos criminosos para que ela logo ocorra. A segunda, por sua vez, reside na proteção do próprio ‘herdeiro’, que pode, de maneira irrefletida e precipitada, ceder seu direito futuro.

É por isso que a manutenção da regra se impõe. Ainda que a categoria passe pelo filtro da Constituição da República, ainda que seja socialmente funcionalizada, sua razão histórica de ser permanece atual: garantia e proteção da pessoa humana.

Em conclusão, conforme expõe de maneira contundente LUIZ EDSON FACHIN, “é congruente com a estrutura do Código Civil prever restrições à disposição do patrimônio, eis que é dos bens que a codificação extrai seu eixo basilar. Soa razoável asseverar que tal estrutura de base não é uma ou monolítica, e nela é possível garimpar âncoras de sustentação de valores que transcendam a proteção meramente patrimonial”.⁵⁷

A vedação contida no artigo 426 deve ser mantida, portanto.

Referências

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 2ª Ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. 4. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Pacto sucessório na História do Direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965.

CARVALHO DE MENDONÇA, M. I. *Doutrina e prática das obrigações: ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARVALHOS SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro interpretado - Direito das Obrigações (Arts. 1.079 – 1.121)*. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. 15 v

COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de Direito civil português*. T. II. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1807.

DERROUSSIN, David. *Histoire du droit des obligations*. Paris :Economica, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma* .2. ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

⁵⁶ Op. cit., p. 114.

⁵⁷ Op. cit., p.94.

KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil: Derecho des Sucesiones*. t. V. v. I. 8ª Ed. Barcelona: Bosch, 1951.

MONIER, Raymond. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome 1er, Éditions Domat Monchrestien: Paris, 1947.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações Segunda Parte*. v. 6. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. t. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, v. 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003

SCARRE, Chris. *Chronicle of the Roman Emperors*. Thames and Hudson: London, 1995.

SIMÃO, José Fernando. Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência de pacto sucessório, *Revista IMES*, jan/jun 2005.

AFINAL: É NAMORO OU UNIÃO ESTÁVEL?

LUCIANO L. FIGUEIREDO¹

Já sei namorar
 Já sei beijar de língua
 Agora só me resta sonhar
 Já sei onde ir
 Já sei onde ficar
 Agora só me falta sair
 Não tenho paciência pra televisão
 Eu não sou audiência para a solidão
 Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo me quer bem
 Eu sou de ninguém
 Eu sou de todo mundo
 E todo mundo é meu também
 Marisa de Azevedo Monte/
 Arnaldo Augusto Nora Antunes Filho/
 Antonio Carlos Santos de Freitas.

1. Introdução

São profícuos os debates, tanto doutrinários como jurisprudenciais, derredor dos exatos confins divisórios entre o namoro e a união estável.

A diferenciação, de fato, é complexa. Mormente em uma sociedade na qual os relacionamentos entre enamorados também levam a grande cumplicidade, inclusive com a prática sexual. Não raro, namoros geram filhos não planejados, entre pessoas que não persistem se relacionando e passam a ter contatos em virtude da filiação comum.

Prática sexual e filhos, portanto, há muito não se prestam como fator diferenciador entre namoros e união estáveis.

Infere-se, ainda, que os debates ganham maior notoriedade por duas claras percepções. *Primus*, por conta da amplitude social dos institutos, pois são corriqueiros namoros e uniões estáveis. *Secundus*, em razão da abissal diferença de tratamento jurídico, haja vista que a união estabilizada é hábil a ocasionar a formação de uma entidade familiar, com variadas consequências jurídicas – regime de bens, alimentos, sucessão, previdência... -, enquanto que o namoro, em regra, não gerará efeito jurídico algum.

¹ Sócio-Fundador do Luciano Figueiredo Advogados Associados. Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Coordenador Científico do IBDFAM/BA. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito (FBD) e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Palestrante. Autor de Artigos Científicos e Livros Jurídicos. E-mail: luciano@lucianofigueiredo.adv.br.