

Pactos successorios

Os velhos juristas que organisaram as Ordenações Philippinas determinaram no liv. 4º, tit. 70, § 3º que se considerassem como reprovados e consequentemente nulos os pactos de succedendo. Não é necessario dizer que pactos de succedendo "são aquelles pelos quaes alguém ou promete a outrem institui-o herdeiro, ou transfere a terceiro o direito de succeder na herança de pessoa viva."

Procedimento diverso tiveram os velhos juristas com os pactos de non succedendo, isto é, aquelles pelos quaes se renuncia a herança de uma pessoa viva.

Quanto a estes o § 4º da Ordenação de que ha pouco eu fallava não os prohibio; admittio a sua validade com a condição de serem confirmados por juramento.

Ao Desembargo do Paço competia dar licença para dito juramento, licença necessaria, pois a ord., liv. 4, tit. 73 prohibia os contractos jurados. Aconteceu, porém, que a lei de 22 de Setembro de 1828 aboliu o Desembargo do Paço sem dar aquella attribuição a outro qualquer Tribunal. Diante disto entendeu-se então que os pactos de non succedendo não eram mais possiveis no nosso direito.

Esta ultima opinião não passou, porém, sem reparo: Praxistas de importancia sustentaram a validade dos pactos de non succedendo, argumentando com o dec. de 17 de Julho de 1778 e com a lei de 17 de Agosto de 1761.

Entre outros, Coelho da Rocha sustentou a validade das renunciias de successão, opinião que foi seguida por Candido Mendes.

A opinião commum, porém, é que mesmo os pactos de non succedendo são prohibidos no nosso direito, opinião sustentada entre outros por Lafayette (Not. 4 em App. ao Dir. de Fam.).

Faça-se, porém, desde já uma excepção. E' assim que a prohibição dos factos successorios não attinge os pactos e condições que apparecem em contractos matrimoniaes sobre a successão reciproca dos esposos (Cons. das leis civis art. 354 firmado no § 8º da lei de 17 de Agosto de 1761).

Ha tambem quem sustente que são validos, no caso de se pactuar sobre herança de terceiro e este consentir —(Coelho da Rocha—Dit. civ. port., tom. 2º, pag. 741).

Fica, portanto, assentado *que* o nosso direito prohibe, em regra, os pactos successorios, quer sejam de succedendo, quer de non succedendo, trate-se da universalidade da herança, de uma quota parte ou de uma cousa determinada.

Mesmo a intervenção no pacto da pessoa de cuja successão se trata não lhe tira o character de nullidade, tal é a severidade da lei a este respeito.

E basta de legislação brasileira o que ahi fica dito á respeito da questão de que me occupo.

O meu fito, recorrendo ao nosso direito positivo logo no começo, foi constituir um nucleo, um centro, a roda do qual podesse bordar as considerações que se vão seguir, todas relativas aos pactos successorios e tendentes a mostrar que o interdicto lançado sobre taes pactos não tem mais razão de ser; que, si era admissivel tal prohibição no direito romano em virtude de razões proprias deste direito, ella não o é mais no direito moderno que, aliás, neste ponto, em alguns paizes vai além do proprio direito romano, tomado como typo.

Eu estou certo de que os juristas que prohibiram os pactos successorios de um modo tão expresso julgaram-se conformar in-totum a pura doutrina romana, expressa de um modo muito claro em mais de um texto do velho direito dos quirites.

Não é menos certo que elles estavam convencidos de prestar com isso um grande serviço a humanidade,

pois consideravam taes contractos como immoraes, attentatorios aos bons costumes, á honestidade publica.

Eu pretendo, porém, mostrar que os velhos juristas estavam n'um « doce engano d'alma ledo e cego, » laboraram n'uma illusão ; pois que, nem a tradição ou antes o direito romano sanciona totalmente uma prohibição absoluta, nem são procedentes ou outros motivos da prohibição. E' effectivamente facil de provar que o interdicto deve ser levantado, tanto mais quanto elle não se justifica diante das inconsequencias da lei.

Note-se desde já que a prohibição de pactos successorios não se limita, nos paizes onde elles são prohibidos, á parte de que o de *cujus* não podia dispor, no caso de ter herdeiro necessarios. Mesmo não havendo taes herdeiros, mesmo quanto a parte desponivel, quando os ha, os pactos successorios são prohibidos.

Como se vê a prohibição assume um character odioso, tendo limitadissimas excepções.

Seguindo uma ordem inversa da que seguiu Cimbali no estudo desta questão, antes de mostrar que a tradição não sanciona a prohibição absoluta dos pactos successorios, refutarei os outros argumentos que se oppõem a validade de taes pactos.

A questão podia mesmo ser remontada ao exame da melhor forma de successão : si a legitima, si a testamentaria.

Si quizesse me embrenhar neste assumpto, cujo estudo não pretendo fazer, pelo menos nesta occasião e neste lugar, eu sempre diria que não comprehendo as leis que permitem aos individuos venderem tudo o que tem durante a sua vida (1) ; gastarem o patrimonio de seus filhos mesmo no jogo ou em outros vicios, prohibindo-lhes que disponham livremente de seus bens para depois da sua morte. Que a lei seja ao menos consequente. Si não admitte que quem tem herdeiros necessarios possa dispor de todos os seus bens para depois da sua morte, não permitta que durante a vida, o patrimo-

(1) A curatella dos prodigos não prova contra a proposição.

pio possa ser destruido em detrimento desses mesmos herdeiros.

Como se vê existe ahi uma inconsequencia palmar.

São, porém, assim mesmo, inconsequentes e injustificaveis, todas as creações artificiaes que não se baseam nos sãoz principios da philosophia.

O melhor systema de successão, diga-se sem rebuço, o que está mais de accordo com a organização da propriedade, é o da liberdade de testar.

Si o systema da successão legitima repousa em parte na affeição presumida, em parte tambem, na hereditariiedade, si este systema tem uma base real, não fazendo o legislador mais do que se conformar á vontade presumida do individuo, para que coagir este a fazer o que, sem a injuncção legal, elle faria livremente?

Si tal systema não é racional, si não tem um fundamento natural, para que a coacção si o individuo durante a sua vida tem meios de illudir a lei?

Mas não é a preferencia a dar a este ou aquelle systema de successão que eu discuto aqui. Mesmo accetando o systema de successão legitima, a questão dos pactos successorios pode ser agitada por ser distincta daquella.

E' chegado, porém, o momento de passar em revista os diversos argumentos levantados contra aquelles pactos, deixando para ultimo lugar, como já foi notado, aquelle que se firma na tradição. Na sua maior parte estes argumentos foram lembrados por Pisanelli ao fazer o relatório sobre o 3º liv. do código civil italiano. (2)

Antes, porém, de referir-me aos argumentos relacionados por este autor, e que são aliás os de maior valor, eu devo referir-me ao argumento classico, que tem sido repetido por quasi todos, si não todos aquelles que não admittem pactos successorios.

Este argumento consiste em dizer que os pactos successorios implicam um *votum captandæ mortis* constituem um *pactum corvinum* e consequentemente devem ser

(2) Apud Cimbali.

proibidos por serem contrarios á honestidade publica e aos bons costumes.

Este argumento, diz Cimbali, que teve grande força de persuasão no direito romano (L. 4, código de inutil, Stipulat. XVIII, 39), conservou a sua efficacia no direito intermediario e exercitou notavel influencia entre os compiladores do código francez; mas não foi invocado por nenhum dos compiladores do código italiano. (3)

O desprezo a que os compiladores do código italiano lançaram o velho argumento, mostra que elle não tem mais cotação. Em todo caso não é demais refutal-o, visto como alguém ainda pode invocal-o.

O desejo que o pacto successorio pode despertar no pactuante, desejo que tem como objectivo a morte da pessoa sobre cuja successão se pactua não é inherente a taes contractos.

E' uma fatalidade da existencia humana, si eu posso assim me exprimir, que a morte de uma pessoa aproveite a outra que sobrevive. Mesmo isto não se dá somente na existencia humana, mas em toda existencia animal.

A morte do um redundando em proveito de outro; não ha morte completamente inutil, para toda e qualquer pessoa.

Quanto *votum captandæ mortis* se faz todos os dias, sem necessidade dos pactos successorios?

Si os legisladores quizerem prohibir que se faça — *votum captandæ mortis*, — comecem por decretar a abolição da morte; porque, emquanto esta existir, aquelle voto será feito, pela razão já dada de que a morte de uma pessoa aproveita á outra que sobrevive.

Si fosse verdade, diz Larombiere refutando que taes pactos sejam prohibidos por serem contrarios aos bons costumes e honestidade publica, isto é, por conterem um *votum alicujus mortis*, dever-se-ia considerar como contrarias aos bons costumes todas as convenções feitas na previsão da morte de alguém. (4)

E' o que não se dá e o civilista francez citado aponta

(3) E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile*, pag. 305.

(4) Larombiere, *Theorie e pratique des obligations*, vol. 1º, pag. 242

os contractos de renda vitalicia que encerram no mais alto gráo o voto homicida e que não são prohibidos.

Mas, si os sustentadores daquelle argumento persistem na sua maneira erronea de ver, sejam ao menos consequentes: prohibam todo o systema de successão abintestado.

Quem nos diz que o herdeiro legitimo de um individuo não tem desejos de que este venha a morrer? Pois não vemos todos os dias o facto degradante de herdeiros que dão ou apressam a morte da pessoa a que devem succeder?

E' curioso portanto que sustentem a successão legitima mesmo aquelles que batem os pactos successorios.

Dir-se-á, pergunta Larombiere, que o sentimento da affeição presumida dos herdeiros equilibra o desejo de morte? (5)

Neste caso perde a sua razão de ser a prohibição de pactos successorios entre os co-herdeiros.

E a prova de que o *votum captandæ mortis* não servio de base a prohibição, pelo menos no direito romano, é que este permittia as estipulações em que consentia a pessoa de cuja successão se tratava, si, até a sua morte, não mudasse de vontade.

Note-se mais que se fosse o *votum captandæ mortis* o motivo da prohibição e argumento de importancia contra os pactos successorios, deveriam ser permittidas as estipulações sobre successões futuras indeterminadas, onde é impossivel que aquelle voto se fixe em uma certa pessoa.

Vê-se que o argumento refutado não tem solidez e não pode servir de motivo a uma prohibição.

E' occasião de enfrentar razões mais salidas. E' o que eu vou fazer.

Effectivamente é uma razão mais solida a que consiste em dizer que os pactos successorios tornam incerta a propriedade.

Em que consiste, porém, esta incerteza?

Ella consiste, dizem, em que, pelo pacto successorio

(5) Larombiere, ob. cit., vol. 1º, pag. 242.

a propriedade da coisa não passa immediatamente para o poder da pessoa que deve adquiril-a; esta obtem sómente um direito de expectativa, de haver a coisa no futuro.

E' exacto e ninguem contesta que os pactos successorios só podem ter execução pela morte da pessoa em cuja propriedade estam as coisas que fizeram objecto do contracto, quer o dono dellas intervenha no contracto, quer não.

Creio, porém, que isto não torna a propriedade incerta, ou melhor, não a torna menos incerta do que já o é no direito moderno.

O direito romano permittia contractar sobre coisas futuras. E' facilimo obter a prova desta verdade, recorrendo a lei 73 D. liv. 45, tit. 1º e a L. ult. cod. liv. 8º tit. 17.

Neste ponto o direito moderno não destoa do direito romano.

Proibir, portanto, os pactos successorios a pretexto de que elles versam sobre coisas futuras e permittir que se contracte sobre coisas que ainda não existem, é um contrasenso.

Em um caso não ha incerteza na propriedade, como haveria no outro?

Não é tudo, ainda. E' permittido em direito contractar sob condição ou a termo. Eu não sei em que os pactos successorios tornam mais incerta a propriedade, do que os contractos a termo ou sob condição.

Estes contractos, todos sabem, necessitam para sua perfeita realisação, que se dê o implemento da condição ou que se varifique o termo a que elles estão sotopostos. Antes disto, aquelle que adquire a propriedade não está seguro de conserval-a, do mesmo modo que aquelle que a perde pode recuperal-a.

Attenda-se ainda que as legislações admittem a renda vitalicia e os seguros de vida, contractos subordinados a morte de uma pessoa. Tenha-se tambem em vista que é permittido contractar por carta, telegramma e telephone, quando nem sempre se está de accordo sobre o momento em que o contracto se forma, que no com-

mercio as transacções repousam, em grande parte na confiança, no credito, tendo o costume uma importancia desconhecida nos outros departamentos do direito.

Ora, si isto não torna incerta a propriedade, como podem ter tal efficacia os pactos successorios?

Só os cegos podem lhes dar esse effeito, mas, infelizmente o peor cego é aquelle que não quer ver.

Creio poder abandonar este argumento e ir a outro.

Não tem maior valor a objecção consistente em dizer que os pactos successorios diminuiriam o credito immovel e alterariam gravemente a economia do systema hypothecario.

Como observa Cimbali, estes effeitos se ligam directamente a incerteza da propriedade.

Ora, eu já mostrei que os pactos successorios não tornam a propriedade incerta, pois se assim fosse teriam o mesmo effeito os contractos a termo e sob condição, os contractos entre ausentes, os seguros de vida, etc.

Nestas condições a que fica reduzido o argumento? A nada.

Para dar o tiro de misericordia nesta objecção basta-me recorrer a experiencia. Esta é uma prova evidente da influencia nulla dos pactos successorios sobre o credito immovel e o regimen hypothecario. Basta notar que, na Prussia, apezar de serem aquelles pactos permittidos, o credito immovel não tem diminuido, nem o systema hypothecario tem deixado de aperfeiçoar-se, adquirindo uma importancia que desconhece em outros paizes.

A experiencia, portanto, prova de um modo irrefragavel, a inanidade da objecção que acabo de analysar.

Não se limitam, porém, a esses os argumentos.

F' assim que ainda se diz que, pelos pactos successorios, o individuo renuncia ao direito de dispor por testamento, direito inalienavel de que o homem não pode abrir mão, tanto mais quanto a constituição do pacto viria destruir a propria successão testamentaria, visto como o testamento é um acto de natureza revogavel, não podendo se dar o mesmo com o pacto successorio.

E' o que diz mais ou menos Pacifici-Mazzoni nas seguintes palavras :

Os pactos de futura successão opporiam um invencível obstáculo á revogabilidade das disposições feitas por uma pessoa, para depois de sua morte; por outro lado a lei quer sabiamente que todos conservem até a sua morte a faculdade de revogar as disposições acima ditas. (6)

Isto diz o grande civilista italiano depois de enumerar alguns dos argumentos de que já me tenho occupado.

Não é necessario muita penetração para comprehender que o argumento que ora analyso não tem valor. E' o que facilmente se vai ver nas consideração que se seguem.

Quando o individuo dispõe de uma cousa pratica um acto de liberdade que a lei não pode prohibir. Esta é pelo menos a regra, unica aliás, que está de accordo com o conceito da propriedade.

Si o dispor de uma cousa acarretasse a renuncia do direito de dispor por testamento, a consequencia seria que, para guardar tal direito, o individuo não poderia dispor de nenhum de seus bens, visto como desapareceria para o mesmo individuo a faculdade de dispor desses mesmos bens por aquelle meio. Seria condemnar o individuo a accumular durante a sua vida sem poder dispor, porque qualquer transacção traria um cerceamento a faculdade de testar.

E' preciso distinguir o direito subjectivo do objecto.

Creio que não ha quem diga que o direito subjectivo, a faculdade de dispor por testamento desapareça por effeito do pacto successorio.

Note-se ainda que o direito de fazer testamento é facultativo; o individuo usa delle si quizer. Si dispoz de tudo o que tinha para depois de sua morte por meio de um pacto successorio é porque não quiz fazer testamento; não que alienasse a faculdade de poder fazel-o, desde que tenha de que dispor.

E' occasião de dizer com Cimbali que si se quizesse manter completa a faculdade de testar dever-se-ia abolir totalmente os contractos de disposições entre vivos, e

(6) Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. italiano*, vol. 1º, n. 33, pag. 68.

especialmente as doações, as quaes, apenas concluidas, produzem o effeito immediato de transmittir, actual e irrevogavelmente, a propriedade das cousas doadas da pessoa do doador a do donatario. (7)

Poder vender, doar, destruir até e não poder fazer pactos successorios é um contrasenso juridico de tal sorte que faz pena ver escriptores de nota suffragarem a objecção que acabo de rebater.

Antes do passar além eu devo dizer que Mazzoni pensa que as convenções sobre herança abririam a porta para illudir-se as mais *prudentes disposições legislativas* que, em virtude de razões de ordem publica, ou reservam direitos hereditarios a determinadas pessoas ou privam outras no todo ou em parte da faculdade de haver a herança de um defunto.

Eu já disse que não é aqui o meu fito discutir os systemas de successão, por isto só tomo de argumento de Mazzoni a feição que se refere aos pactos successorios.

Ainda mesmo que fosse exacto o que diz o civilista italiano, isto só provaria que a lei deveria oppor certos limites aos pactos successorios, nunca prohibil-os expressamente.

Sabe-se, e eu já observei no começo deste trabalho, que mesmo não havendo herdeiros necessarios, mesmo quanto a parte disponivel da herança no caso de haver taes herdeiros, os pactos successorios são prohibidos.

Ainda que o pacto se dê entre o de *cujus* e os herdeiros, ainda que estes consistam, a prohibição subsiste.

Os pactos successorios podem muito bem se conciliar com o systema de successão legitima.

O argumento de Mazzoni não resiste, portanto, a uma analyse e prova mesmo de mais.

Antes de estudar si a tradição sanciona a doutrina da prohibição, resta-me submetter a uma analyse o argumento achyllico que apresentam os partidarios desta doutrina, si tal nome se lhe pode dar.

A objecção de que trato é a seguinte :

“ Os pactos successorios tendo por objecto simples

(7) Cimbali, ob. cit.

esperanças de duvidosa realisação, tornam-se-iam incentivo de convenções lesivas para o herdeiro presumido, impellido a maior parte das vezes pela cupidez ou pela necessidade a alienar um direito incerto por um equivalente certo, porém de valor relativamente mesquinho. »

Cimbali de quem eu tiro a citação acima, accrescenta, porém, citando Mattiolo, que a possibilidade do abuso não constitue titulo sufficiente para a condemnação de uma instituição. »

Demais, o inconveniente não é insuperavel, visto como pode-se admittir a rescisão no caso de haver lesão, o que servirá de correctivo e impedirá que o herdeiro seja enganado.

Deste modo « seria impedido o abuso, mas não vetado o uso de um direito, como tantos outros, sagrado e inviolavel. »

Esta prohibição é, aliás, anti-economica, porque restringe as transacções, e contraria a natureza do direito de propriedade, porque traz-lhe restricções que não se compadecem com a indole desse instituto.

E' occasião, porém, de examinar si a tradição sanciona in totum a prohibição quasi absoluto dos pactos successorios. Para isto é necessario remontar ao direito romano, base do direito civil moderno, como é hoje sabido de todos.

O trabalho, aliás, já foi feito por escriptores de nota e eu não tenho a pretensão de descobrir textos novos que venham illustrar o assumpto.

E' muito sabido que o direito romano manifestou sempre uma certa aversão pelos pactos successorios, aversão explicavel até certo ponto por certas razões peculiares ao povo rei, figurando talvez entre ellas e com grande importancia o formalismo exaggerado de seu direito.

Esta aversão levou o direito romano a prohibir, em regra, os pactos successorios. A prohibição, porém, não era illimitada. Ver-se-á, posteriormente que, apesar de todo o seu rigorismo, o direito romano admittio casos notaveis em que se podia pactuar sobre uma successão futura.

Creio não ser necessario mencionar aqui todos os textos do *Corpus Juris* onde a prohibição de pactos successorios se manifesta de um modo claro ou por uma indução: estes textos são muito conhecidos. Citarei, a titulo de exemplo, as ll. 15 e 30, cod. de pactis, II, 3; a l. 5, cod. de pactis conventis, V, 14; o fr. 94 D. de adquir. vel omit. hered, XXIX, 2; a l. 4, cod., de inutil. stipulat, VIII, 39.

São estes os principaes textos de que se servam os interpretes do direito romano para provar que este direito não aplendia os pactos successorios.

Não é necessario ao fim a que me proponho examinar os motivos da prohibição. Si tivesse isto em vista eu referiria com Lomonaco as palavras de Perezio: *Contra bonos mores is facere videtur, qui paciscitur de hereditate viventis, eo ignorante et non volente; quia materiam praestat insidiae vitae illius de cujus hereditate agitur, et auferre intendit testandi libertatem, quae per pactum impedire non potest*; ou as de Richeri: *Romanae leges improbant pacta de successione viventis: 1º quia votum captandae mortis inducant; 2º quia testandi facultatem adimant, et ideo visa sunt bonis moribus contraria; 3º quia hereditas testamento dari debeat, non contractu, atque haec ratio efficit, ne rata habeantur renunciationes futurae successionis, nec ullus pactis dotalibus favor tribuitur, quia semper vigente eadem rationes; casus tantum excipitur, quo consentiat ille, de cujus hereditate agitur, qui tamen potest testamento aliter statuere, quam, pactis conventum sit.* (8)

Eu podia tambem lembrar aqui a opinião de Leyser, citado por Luiz Teixeira (9) que liga a prohibição ao habito quasi quotidiano dos habitantes da antiga Roma tirarem a vida pelo veneno e outros meios atrozes ás pessoas a quem tinham esperanças de succeder.

Poderia lembrar Larombiere que na obra já citada funda a prohibição na lesão presumida pela lei.

O meu fito, porém, é mostrar que o direito romano admittia muitas excepções a prohibição dos pactos suc-

(8) Apud Lomonaco, *Delle obbligazioni*, L. pag.

(9) Liz Texeira, *Curso de dir. civ. port.*, vol. 2º, pag. 253.

cessorios. E' o que vou mostrar com os textos na mão.

E' assim que o fr. 20 § 3º e fr. 39 § 5º Dig. familiæ ercisc. X, 2; leg. 21, cod. eod. tit. III, 36, permittiam que o *de cujus* fizesse directamente a partilha de seus bens entre filhos e descendentes, para que, como diz a Nov. XVIII, cap. 7 princ., *a fraterno certamine eos præservent*. Também no caso de *societas omnium bonorum* podia haver pacto successorio, como provam o fr. 3º § 1º Dig. pro socio, XVII, 2 e o fr. 73 pr. Dig. eod. tit. Ainda era valido, e prova-o a l. 19, cod. de pactis II, 3, o pacto de successão reciproca entre militares.

Além disto, era valido, e eu já o observei anteriormente, o pacto que versasse sobre a herança de uma pessoa estranha, no caso de esta consentir e perseverar no consentimento até a morte. E' o que diz claramente a l. 30, cod. de pactis, II, 3.

Ha ainda dois casos notabilissimos no direito romano: o testamento nos primitivos tempos e a doação mortis causa em todos os tempos.

Eu quero falar do testamento per æs et libram que tinha uma feição contractual, recorrendo-se para a sua formação á *mancipativo*, ao *libripens* e ás cinco testemunhas.

Dava-se assim uma verdadeira venda, onde havia até o pagamento symbolico representado no peso.

A doação mortis causa foi em todo os estados do direito romano um contracto, tanto assim que necessitava do consentimento do donatario; que pela morte do doador, vivendo o donatario, este adquiria os bens que formaram a doação por effeito do contracto, independentemente da herança, sem que fosse necessaria a addição desta; que o donatario não era um representante do doador, como o herdeiro. Isto é, provado por mais de um texto.

Não se pode, portanto, dizer que o direito romano sanciona a prohibição absoluta dos pactos successorios.

O direito canonico exceptuou da prohibição geral os pactes renunciativos no caso de serem jurados. « Na epocha intermediaria, prevalecendo sempre os principios

do direito romano, foram olhados com desconfiança; os pactos de futura successão menos nos casos excepçionaes admittidos por aquelle direito. » Quanto a França deste periodo é necessario fazer distincções em paizes de direito escripto e paizes de direito costumeiro. Nos primeiros os pactos successorios eram em regra prohibidos, a não ser quando appareciam nos contractos de casamento.

Nestes pactos podia-se estipular tanto a favor dos esposos como a favor da prole futura.

O contrario se dava nos paizes de direito costumeiro. Ahi os pactos successorios eram, geralmente, validos, com tanto que ficassem salvos os direitos que alguém podesse ter sobre os bens.

Esta liberdade, porém, foi posteriormente coarctada com a preponderancia que veio a ter o direito romano.

O cod. napolionico seguiu de mais perto o direito romano, do que o direito costumeiro. E' por isto que nelle encontramos a prohibição como regra, e a permissão excepçionalmente.

E' força, porém, convir que o cod. napolionico, seguindo o direito romano, foi mais rigoroso do que este para com os pactos successorios. Tanto isto é exacto que o cod. francez os considera nullos (art. 791 do cod. civ.), mesmo quando nelles intervem com seu consentimento a pessoa de cuja successão se trata, o que, já se vio, era permittido pelo direito romano (art. 1130 do cod. civil).

A prohibição dos pactos de que me occupo é, aliás, uma consequencia do art. 893 do cod. que preceitua não poder ninguem dispor de seus bens, a titulo gratuito, a não ser por doação entre vivos ou por testamento.

E' verdade, porém, que são consideradas como validas as doações por causa de matrimonio quanto a todos ou parte dos bens na epocha da morte do conjuge.

O que me convem fazer notar aqui é que o cod. francez, apezar da aversão que manifestou pelos pactos successorios, prohibindo-os expressamente ao determinar no já citado art. 721 que não se pode mesmo por contracto de casamento renunciar a successão de um homem vivo,

nem alienar os direitos eventuaes que se possa ter nesta successão, admittio excepções a regra.

Os arts. 761 e 1075 são a prova do que affirmo.

O primeiro valida o acto pelo qual, durante a sua vida o pai ou mãe que tem filhos naturaes concede a estes metade dos bens que lhes são conferidos por lei, *não podendo o filho reclamar* desde que o progenitor declare expressamente que quer reduzir a isto a parte que lhe cabe.

O segundo diz expressamente: « O pai, mãe e outros ascendentes poderão fazer entre os filhos e descendentes a distribuição e partilha de seus bens. » Esta partilha diz o artigo seguinte pode ser feita por acto entre vivos ou por testamento.

São, como se vê, excepções a prohibição, que se insinuaram no cod. francez, por mais que se quizesse vedar o uso do direito de dispor daquillo que é proprio.

A doutrina do cod. francez repercutio nos codigos da Italia anteriores a sua unificação, de sorte que os pactos successorios foram em regra geral prohibidos.

Eu deixo, porém, de lado os codigos anteriores a unificação para estudar o systema do actual. Estabelecendo o principio de que a successão só pode ser deferida por lei ou por testamento (art. 720) o cod. civil italiano prohibio em absoluto os pactos successorios e ahi estão para proval-o os arts. 954, 1118, 1380 e 1460.

No art. 954 se diz que não se pode no contracto de matrimonio renunciar a herança de uma pessoa viva, nem alienar os direitos eventuaes que se pode ter a tal herança.

Nada mais claro do que isto. O art. 1118 na sua segunda parte preceitua que não se pode renunciar a uma successão, não ainda aberta, nem fazer estipulação alguma sobre a mesma, pouco importando que seja com aquelle de cuja herança se trata, ou com terceiro, mesmo havendo consentimento.

Por seu lado o art. 1380 diz que não se pode fazer convenção alguma tendente a mudar a ordem legal da successão.

Finalmente, o art. 1460 determina que é nulla a ven-

da dos direitos de successão de uma pessoa viva, ainda que esta consinta.

Estes artigos dão a conhecer que o systema do cod. civil italiano é o da prohibição absoluta dos pactos successorios.

Os legisladores da Italia, julgando talvez seguir a pura tradição do direito romano, foram nossos romanistas do que este direito, não admittido estipulações sobre successões até nos casos em que aquelle direito admittia.

Note-se, porém, que todo o rigorismo do cod. italiano não foi bastante para abolir totalmente os pactos de que me occupo. E' assim que o proprio cod. admittio uma excepção. Ella se baseava sobre o art. 1044 quando preceitua que o pai, a mãe e os outros ascendentes podem dividir e distribuir os seus bens entre os seus filhos e descendentes, comprehendendo na divisão tambem a parte não desponivel.

Esta divisão pode ter lugar por acto entre vivos ou por testamento (art. 1045).

Exceptuando, porém, este caso, o cod. italiano é, como já se viu, de um rigorismo exaggerado para com os pactos successorios.

O cod. hespanhol seguio a theoria da prohibição.

Começou por estatuir no art. 658 que a successão se defere pela vontade do homem manifestada em testamento, e, na falta deste, por disposição da lei.

No art. 991 só permittio repudir a herança de uma pessoa que está morta.

E', porém, o art. 1271 que se occupa especialmente do assumpto.

Diz elle na sua segunda parte que não é admissivel contractar sobre heranças futuras, a não ser aquelles contractos que têm por objecto praticar entre vivos a divisão de uma herança.

Esta divisão é aliás permittida pelo art. 1056, a menos que haja prejuizo para a legitima dos herdeiros necessarios.

Não é preciso dizer mais. Pelos artigos citados vê-se que no cod. hespanhol só excepcionalmente os pactos suc-

cessorios são permittidos. E' a theoria romana exaggerada.

O cod. portuguez não seguio caminho diverso. Transcrevo textualmente o seu art. 2042, por onde se vê que o codigo de que trato foi além do direito romano e de outras legislações rigoristas.

O artigo citado resa assim : Ninguém pode, *nem sequer por contracto antinupcial*, renunciar a successão de pessoa viva, ou alienar ou obrigar os direitos que eventualmente possa ter a sua herança.

E', como se vê, o requinte do rigorismo, de que não estão exceptuados nem os pactos anti-nupciaes, excepção que fazem algumas legislações.

Pelo cod. civil hollandez é tambem prohibido pactuar sobre successões futuras. Lá está o art. 1109 dizendo que não se pode mesmo por *contracto de casamento* renunciar a successão de um homem vivo, nem alienar os direitos eventuaes que se pode ter a esta successão.

Tambem o art. 1370 prohibe fazer quaesquer estipulações sobre successão futura, mesmo com o consentimento da pessoa de cuja successão se trata.

Tambem prohibe pactos successorios o art. 1600 do cod. civil do Cantão de Genebra.

A legislação austriaca, si não vio com bons olhos a successão contractual, não banio-a de um modo absoluto, de sorte a impossibilita-la totalmente.

E' verdade ser a prohibição a regra geral, sendo vedado fazer pactos que digam respeito a toda herança ou a uma parte determinada desta em relação ao todo ; mas, lá está o § 602 do cod. geral, abrindo uma excepção para os pactos que se realisam entre conjuges.

Em contraposição a essas legislações que seguem, como já se vio, o systema da prohibição, com mais ou menos amplitude, ha systemas juridicos em que taes prohibições não existem.

Em taes condições, por exemplo, estão as legislações germanicas.

E' assim que o cod. civil prussiano admite a successão contractual incondicionalmente.

Em identicas condições está o cod. da Saxonia.

O projecto (?) de cod. civil allemão não seguiu theoria diversa, pois admittio aquella successão o mais liberalmente possivel. Trata desenvolvidamente do assumpto, tendo até uma secção intitulada: Das disposições contractuaes por causa de morte. (10)

Muito liberal é tambem a doutrina do cod. civil do Cantão de Zurich que permite pactos successorios, não só sobre a propria herança como sobre heranças de terceiros.

Nos seus arts. 1052 e seguintes se occupa extensamente do assumpto, encarando-o em seus diversos aspectos, dominando em todos um tal espirito de liberdade que faz desta legislação uma das mais adiantadas sobre o assumpto.

Si examinarmos a legislação da velha Albion veremos que ahi os pactos successorios são permittidos.

Facilmente pode-se ter a prova disto recorrendo a obra de Glasson: *Hist. do dir. e das Inst.*, vol. 6º, pagina 374.

Na Russia encontramos tambem a successão contractual.

O cod. considerou a instituição por contracto como um terceiro modo de devolução da successão.

O cod. russo admitte varias especies de pactos successorios de que, aliás, não me occuparei, porque não interessa ao meu assumpto. (11)

As legislações da America latina seguem, em regra geral, a doutrina da prohibição. Esta se acha, por exemplo, expressa no cod. civ. do Perú, art. 1252 e 1345; no cod. civ. argentino art. 1175; no do Chile, art. 1463; no do Haiti, art. 650 e 921; no da Bolivia, art. 1019; no do Uruguay, art. 1259, etc.

E' preciso, porém, observar que, mesmo nos paizes onde a prohibição é a regra geral, excepções mais ou menos limitadas existem.

(10) Vid. Projecto de *Cod. civ. all.*, trat. de Raul de Grasserie, pag. 431.

(11) Para maiores desenvolvimentos no E. Lehr, *Dir. civ. russe*, pag. 63 e seguintes.

E' preciso, porém, concluir.

Do exame das legislações se conclue que a questão não tem sido resolvida de um modo uniforme. De um lado se aggrupam legislações que prohibem; do outro, legislações que permitem.

E' força confessar, porém, que as legislações que prohibem a successão contractual são aquellas em que o direito romano teve uma influencia avassaladora, já directamente, já por intermedio de codigos moldados á feição das leis romanas.

Entretanto vio-se que o direito romano não sanciona completamente a prohibição, pois admite excepções importantes que limitam-na de um modo sério.

Accresce que algumas das razões justificativas da prohibição nesse direito não tem mais importancia no direito moderno.

Quanto aos outros motivos da prohibição, eu creio ter mostrado que não são concludentes, nem justificam a medida *violenta* da privação de um direito.

Si algum pequeno inconveniente restasse, poderia ser affastado por alguma disposição legal. Que isto é possível provam as legislações dos paizes que admittem os pactos successorios.

De tudo isto o que eu concluo é que no direito moderno não tem mais razão de ser a prohibição de tacs pactos. Esta prohibição subsiste por uma supersticiosa veneração ao direito romano.

TITO ROSAS.

