

LUCAS ROSA MONTEIRO

**A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e
impenhorabilidade sobre os bens da legítima**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

LUCAS ROSA MONTEIRO

**A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e
impenhorabilidade sobre os bens da legítima**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Monteiro, Lucas Rosa

A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima / Lucas Rosa Monteiro ; orientador José Fernando Simão -- São Paulo, 2018.

182 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Sucessões. 2. Testamento. 3. Legítima. 4. Justa Causa. 5. Cláusulas. I. Simão, José Fernando, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à minha família e, principalmente, aos meus pais, Aduino e Filomena. As palavras são poucas para mensurar o amor, o carinho e a gratidão que tenho por vocês dois. Torço para que um dia meu filho tenha motivo para me admirar como eu os admiro.

Meu especial agradecimento para Fabiana. Saiba que sou muito grato, dentre tantas outras coisas, pelo seu incondicional companheirismo ao longo desses anos. Valorizo tudo o que você fez por mim, mesmo com todas as dificuldades que você enfrenta diariamente. Espero poder retribuir tudo no futuro.

“Last but not least”, como gosta de dizer, deixo meu profundo agradecimento ao Professor Simão. Gostaria de revelar, nessa oportunidade, que suas aulas a partir do segundo ano da graduação foram essenciais para que encontrasse meu caminho no curso de direito e chegasse aqui. Muito obrigado pelas sábias lições, pelas portas abertas e por despertar em mim a paixão pelo direito civil.

Nome: MONTEIRO, Lucas Rosa.

Título: A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

O tema desenvolvido na presente dissertação versa sobre o requisito de justa causa para o estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por testamento sobre a legítima, com o objetivo de oferecer parâmetros para a aplicação do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil vigente. Para o desenvolvimento do trabalho, propõe-se a exposição de algumas noções gerais a respeito da sucessão *causa mortis* e do direito das sucessões, o que permite a análise dos valores contraditórios que informam esse ramo do direito civil, também por influência histórica de culturas distintas. Demonstrando que a justa causa se insere no centro desse embate, na ausência de um parâmetro claro no texto de lei, parte-se do pressuposto que a tomada de postura nesse contexto pode ajudar a elucidar o problema com o qual se depara o aplicador da norma. Para melhor compreensão do assunto, são apresentadas linhas gerais acerca da legítima, sua proteção e as restrições que comporta, dentre as quais estão as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Em seguida, investigam-se a origem e a natureza da justa causa, à luz das diretrizes que orientaram a elaboração do Código Civil de 2.002, e, a partir desses elementos, argumenta-se por uma interpretação restritiva do requisito legal, uma leitura mais intervencionista sobre a vontade do testador. Com base nas lições da doutrina brasileira, busca-se traçar uma moldura para a aplicação do requisito em questão e analisa-se se esse caminho encontra respaldo nos tribunais nacionais. Ao final, são abordadas outras questões polêmicas em torno da justa causa: a regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.042 do Código Civil, o plano do negócio jurídico afetado pela inobservância da exigência e a extensão do requisito para as doações feitas em adiantamento da legítima.

Palavras-chave: Sucessões. Testamento. Legítima. Justa causa. Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

MONTEIRO, Lucas Rosa. A justa causa nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima. 182 pp. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Janeiro de 2018.

ABSTRACT

The theme developed herein is concerning the requirement of just cause for the establishment of inalienability, incommunicability and negative pledge provisions by will over the statutory portion of the inheritance, with the purpose of providing parameters for the application of Article 1,848, *caput*, of the current Brazilian Civil Code. For the development of the work, we propose to expose some general concepts on *causa mortis* succession and the succession law, which will allow us to analyze the contradictory values that affect this area of civil law, also under historical influence of different cultures. By exposing that just cause is part of this conflict, in the absence of a clear parameter in the text of the law, we assume that defining a position in this context may help to elucidate the problem faced by judges, lawyers and other law scholars. For a better understanding of the matter, we present the general rules on the statutory portion of the inheritance, its protection and the restrictions over it, among them, the inalienability, incommunicability and negative pledge provisions. Then we exam the origin and nature of the just cause, subject to the guidelines under which the current Brazilian Civil Code was prepared, and, as from such elements, we suggest a restrictive interpretation of the legal requirement, a more interventionist reading on the will of the testator. Based on the lessons of the Brazilian doctrine, we try to outline a framework for the application of the abovementioned requirement and we analyze whether this path is supported by national courts. Finally, we exam other controversial issues regarding just cause: the transitory rule set forth in Article 2,042 of the current Brazilian Civil Code, the consequences of breaching the requirement analyzed herein and the extension of the requirement for donations deemed as anticipation of the statutory portion of the inheritance.

Keywords: Succession. Wil. Statutory portion of the inheritance. Just cause. Inalienability, incommunicability and negative pledge provisions.

MONTEIRO, Lucas Rosa. The just cause in the inalienability, incommunicability and negative pledge provisions over the statutory portion of the inheritance. 182 pp. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo. January 2018.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 – O DIREITO DAS SUCESSÕES E O PROBLEMA DA SOLUÇÃO DE COMPROMISSO	16
1.1) Noções gerais sobre sucessão e direito sucessório	16
1.2) A razão de ser da sucessão <i>causa mortis</i>	17
1.3) Modalidades de sucessão quanto a fonte ou título de vocação.....	20
1.4) Fundamentos das sucessões legítima, necessária e testamentária	25
1.5) Coexistência das diferentes modalidades sucessórias	32
1.6) O problema da solução de compromisso no direito sucessório	36
1.7) A justa causa e o problema da solução de compromisso.....	39
2 – A LEGÍTIMA E O PERFIL DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA BRASILEIRO	41
2.1) Noções gerais sobre a legítima no direito brasileiro.....	41
2.2) Argumentos acerca da legítima.....	49
2.3) O perfil do direito sucessório brasileiro.....	55
2.4) Intangibilidade da legítima no direito brasileiro.....	60
2.5) Restrições à legítima no direito brasileiro	65
3 – AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE: INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE.....	71
3.1) Noções gerais sobre direito de propriedade e cláusulas restritivas.....	71
3.2) Cláusula de inalienabilidade	75
3.3) Cláusula de incomunicabilidade	97
3.4) Cláusula de impenhorabilidade.....	102
3.5) Críticas às cláusulas restritivas de propriedade	108
4 – AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS E A JUSTA CAUSA DO ARTIGO 1.848, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL	118
4.1) Aspectos legislativos históricos e natureza jurídica	118
4.2) Objeções ao requisito da justa causa.....	139
4.3) Argumentos por uma leitura restritiva da justa causa.....	142
4.4) A definição de justa causa	149
4.5) A aplicação da justa causa pelos tribunais brasileiros	159

5 – OUTRAS QUESTÕES RELATIVAS À JUSTA CAUSA.....	162
5.1) Direito intertemporal e a regra do artigo 2.042 do Código Civil.....	162
5.2) Consequência pelo não cumprimento da exigência legal	166
5.3) Justa causa nas doações em antecipação da legítima	169
CONCLUSÃO	172
BIBLIOGRAFIA.....	175

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a exigência legal, prevista no *caput* do artigo 1.848 do Código Civil brasileiro vigente, de apresentação de *justa causa* para a instituição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por meio de testamento sobre os bens que compõem a legítima, parcela da herança que deve ser destinada obrigatoriamente por lei para certos herdeiros. Dispõe o referido comando legal: “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”.

O tema se insere no âmbito do direito das sucessões, ramo do direito civil que disciplina a sucessão *causa mortis*. Tradicionalmente, esse fenômeno é classificado pela doutrina jurídica de acordo com a fonte de vocação dos herdeiros sucessíveis. Nesse sentido, a sucessão *causa mortis* pode resultar de disposição de lei, denominada sucessão legal, ou de vontade humana, chamada sucessão voluntária. O objeto da pesquisa transita entre essas duas categorias, na medida em que a exigência diz respeito à porção legítima da herança, assunto basilar da sucessão necessária ou legitimária, subespécie da sucessão legal, e à imposição das três cláusulas mencionadas por intermédio de testamento, matéria pertinente à sucessão testamentária, subespécie da sucessão voluntária. Tal questão será esmiuçada logo adiante no capítulo inicial.

Há três principais razões que justificam a escolha do tema. A primeira delas é que, ao demandar do autor do ato de última vontade a exposição de motivação, o Código Civil vigente inovou na ordem jurídica brasileira, uma vez que a legislação pretérita não exigia a apresentação de qualquer justificativa para a imposição das cláusulas da inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por testamento sobre os bens da legítima. Essa era também a orientação amplamente predominante na doutrina e na jurisprudência nacionais. É preciso esclarecer que, no tocante à parte disponível da herança, fração da qual pode o testador dispor livremente, não era, como continua a não ser, obrigada a declaração de motivos, prevalecendo nesse aspecto a noção de ampla liberdade do autor do testamento na estipulação de gravames.

Como o diploma civilista entrou em vigor somente há pouco mais de uma década, mais precisamente no ano de 2.003, considerando também a pobreza da lide testamentária nos tribunais do país, em decorrência do hábito do brasileiro morrer intestado, nota-se a escassez de trabalhos de pesquisa específicos a respeito do assunto. Cuida-se, portanto, de uma novidade que ainda carece de maior aprofundamento.

A segunda razão é a constatação de que a possibilidade conferida ao testador de instituir cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens que compõem a legítima é uma peculiaridade do direito pátrio, não encontrada sequer nos demais sistemas jurídicos de origem romano-germânica, os quais não admitem tal prática. Por consequência, também não se depara com uma determinação legal de justificação de idêntica natureza nas respectivas legislações. Esse caráter de exclusividade da matéria no direito brasileiro revela um pouco da dificuldade do tema, visto que não existem construções em outros sistemas acerca do mesmo problema exatamente.

A terceira razão é o elevado grau de vagueza, incerteza, imprecisão e subjetividade da locução *justa causa*, suscitando dúvidas no intérprete a respeito de seu conteúdo. A opção do legislador pelo uso de um termo indeterminado, nota característica de um sistema considerado aberto, sem a indicação de um parâmetro claro, provoca um cenário de insegurança, uma vez que não se sabe se a justificativa apresentada pelo autor do testamento será ou não suficiente para a manutenção dos gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade que deseja estabelecer sobre os bens da legítima. Afinal, não basta que a *causa* seja revelada, a legislação ainda prevê que ela deve ser *justa*. Desse modo, emerge como ponto fundamental do debate definir, com algum grau de generalidade, quais motivos são ou não dotados desse traço de justiça.

O direito sucessório brasileiro, assim como outros de matriz romano-germânica, é informado por princípios e valores diversos, muitas vezes opostos, o que revela uma alta complexidade na interpretação de seus institutos. Essa dificuldade se faz presente na tarefa de compreender a justiça do motivo declinado pelo autor do ato de última vontade, principalmente pela ausência de um parâmetro claro no texto de lei. Na tentativa de eliminar o contexto de insegurança gerado pela expressão *justa causa*, parte-se da hipótese de que o intérprete deve adotar uma postura clara diante de circunstâncias heterogêneas, assumindo

uma posição que eventualmente venha a privilegiar um valor em detrimento de outro, porém com o intuito de encontrar a solução que melhor represente o sistema analisado.

Em síntese, esse estudo tem como principal objetivo investigar o conteúdo da justa causa demandada pela legislação nacional na instituição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por testamento sobre os bens da porção legítima da herança e delimitar, ainda que com alguma generalidade, a sua abrangência, em conformidade com as regras e os princípios do atual direito sucessório pátrio, tudo com o escopo de contribuir para a aplicação da novidade trazida pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil e colaborar com a redução das incertezas em torno da matéria. Não obstante o viés prático dessa análise, ainda é possível ressaltar o interesse teórico pela investigação de valores do sistema brasileiro da sucessão *causa mortis*, muitas vezes divergentes entre si.

Para o desenvolvimento dos temas acima propostos, inicialmente serão apresentadas algumas noções gerais a respeito da própria sucessão *causa mortis* e do direito das sucessões. Nesse aspecto, será dada especial atenção à classificação da sucessão feita a partir do critério da fonte ou título da vocação sucessória, analisando o fundamento racional de cada uma das figuras oriundas dessa divisão e a coexistência dessas diferentes modalidades no mesmo sistema jurídico, o que terá utilidade para ilustrar a existência de uma tensão valorativa permanente no direito sucessório. Além disso, será exposta a denominada *solução de compromisso*, que contribui diretamente para esclarecer esse difícil equilíbrio na própria gênese do direito das sucessões nos sistemas de origem romano-germânica, como é o caso do direito brasileiro. Cabe assinalar que a justa causa exigida pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil, conforme se verificará mais adiante, encontra-se no centro do embate axiológico travado nesse domínio do direito civil.

Em seguida, serão apontadas algumas linhas gerais a respeito da porção legítima da herança e argumentos favoráveis e contrários a sua existência. Como relatado, a justa causa é demandada somente para o estabelecimento de gravames sobre os bens dessa fração hereditária. A análise do instituto possibilita um melhor entendimento das razões que motivaram essa modificação legislativa, bem como as críticas formuladas pela doutrina jurídica contra a peculiaridade brasileira em autorizar tal restrição aos direitos dos herdeiros necessários. Ademais, trata-se de instituto central no direito sucessório, essencial para entender a coexistência de princípios e valores opostos na sua essência, oportunidade para traçar um perfil

geral desse ramo do direito civil no Brasil. Tendo em vista o objeto do presente estudo, serão colocadas em evidência as questões da intangibilidade da legítima e das possíveis limitações que esse princípio pode vir a sofrer.

Depois, serão apresentadas as cláusulas restritivas de propriedade – inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade –, de forma a permitir uma melhor compreensão das restrições que implicam sobre os direitos dos herdeiros que recebem os bens da legítima gravados pelo autor do testamento. Nesse ponto, serão expostos conceitos, classificações, discussões acerca da natureza jurídica, efeitos jurídicos mais importantes e principais objeções formuladas por seus detratores. Naturalmente devem ser destacadas, até pela estreita relação com o objeto do trabalho de pesquisa, as contundentes críticas feitas por grande parcela da doutrina à possibilidade conferida pela legislação nacional ao autor do ato de última vontade de clausular a porção legítima.

Definidas todas essas premissas, será analisada de maneira minuciosa a instituição dos mencionados gravames sobre os bens que compõem a legítima, a partir da evolução da legislação pátria acerca do tema, identificando o marco do nascimento dessa peculiaridade nacional, até o advento do Código Civil de 2.002, que trouxe a exigência da exposição de justa causa em testamento. Essa modificação legislativa deve ser contextualizada conforme as diretrizes traçadas pelo diploma civilista vigente, cabendo indagar o que a teria motivado naquele momento. Nesse particular, revela-se essencial discorrer a respeito dos modelos jurídicos abertos encontrados com frequência na legislação, definindo a qual deles corresponde a justa causa testamentária. Esses elementos permitirão averiguar sua natureza jurídica, algo essencial para estabelecer uma moldura mais clara para sua aplicação.

Na sequência, serão examinadas críticas e argumentos da doutrina em torno da justa causa, além da aplicação do *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002 pelos tribunais nacionais. A partir desses elementos, acrescidos de uma necessária tomada de postura axiológica, será possível oferecer uma proposta de interpretação da justa causa com parâmetros mais seguros.

Por fim, serão abordados outros problemas relacionados à justa causa, quais sejam, a aplicação e a constitucionalidade da regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.042 do Código Civil de 2.002, o plano de negócio jurídico afetado pela inobservância do requisito e a extensão da exigência legal para as doações feitas em antecipação de legítima.

Adverte-se que, embora o objetivo central do trabalho seja a justa causa testamentária sob uma perspectiva material, eventualmente poderão ser tratadas de maneira superficial algumas questões processuais relativas a sua aplicação, sempre, no entanto, com o intuito de auxiliar o estudo do direito material.

1 – O DIREITO DAS SUCESSÕES E O PROBLEMA DA SOLUÇÃO DE COMPROMISSO

1.1) Noções gerais sobre sucessão e direito sucessório

Nas palavras de Clóvis BEVILÁQUA, sucessão, em sentido vulgar, é “a sequência de fenômenos ou fatos, que aparecem um após os outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações”. Em sentido técnico jurídico, “significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra”. Assim, pressupõe a existência de uma relação imediata entre os indivíduos que participam dessa transferência, de maneira que o direito permaneça intacto, não obstante a alteração do seu sujeito.¹

Similar, porém mais robusta, é a definição apresentada por Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA, para quem “sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão, ou de aquisição de bens, ou de direito patrimoniais”. Adverte igualmente que está presente nas relações de direito que persistem mesmo depois da troca da titularidade.²

Percebe-se que na sucessão há uma ideia de continuidade. O direito, a obrigação ou o conjunto deles transmitido deve permanecer com os mesmos atributos anteriores. Embora essa identidade seja traço essencial, isso não significa que o objeto tenha que ter exatamente a mesma configuração anterior. O sucessor pode receber o bem com algum tipo de limitação imposta no ato translativo pelo sucedido, como ocorre com o estabelecimento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por testamento sobre os bens da legítima, tema central do presente trabalho.³

A sucessão em sentido técnico pode acontecer por ato entre vivos (*inter vivos*) ou em razão de óbito (*causa mortis*). O direito das sucessões é o ramo do direito civil que examina especificamente esse último fenômeno, com a ressalva de que se está a tratar da morte como

¹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direito das Sucessões*, Campinas, Red Livros, 2000, pp. 54-55.

² Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito das Sucessões – Da Sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*, vol. 1, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 52.

³ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, p. 05.

o fato natural que põe termo à vida da pessoa física, pois as pessoas jurídicas não morrem, extinguem-se. As demais transmissões são objeto de outras áreas da ciência jurídica.⁴

Daí vem a ideia de sucessão *causa mortis* como sucessão em sentido estrito. Pode ser conceituada de duas maneiras. Sob um viés *subjetivo*, é o direito de suceder, ou seja, o direito de receber a herança de alguém ou por força do qual acontece a devolução hereditária. Sob uma perspectiva *objetiva*, é a própria herança, isto é, a universalidade de bens, direitos e deveres deixada pelo *de cuius*.⁵

1.2) A razão de ser da sucessão *causa mortis*

Alguns autores buscam fundamentar a sucessão a causa de morte em uma ideia de continuidade da vida ao longo de gerações. A sucessão seria, portanto, mera consequência das gerações humanas. Essa cadeia ininterrupta constituiria o nexo sucessório civil do direito das sucessões. E o prolongamento da vida importaria a necessidade de continuidade do gozo dos bens. Argumento similar, baseado em conclusões da biologia e da antropologia, é o de que a sucessão *causa mortis* seria reflexo da transmissão não só de caracteres orgânicos, mas também de caracteres psicológicos, advinda da hereditariedade sanguínea.⁶

Como bem observa Washington de Barros MONTEIRO, essas concepções pecam pela sua fragilidade. O prosseguimento da vida humana não está intimamente relacionado com a transferência patrimonial. A geração continua independentemente do instituto sucessório. E, principalmente, explicam apenas a sucessão *causa mortis* entre ascendente e descendente, ignorando as situações em que a herança é destinada por lei a cônjuge, colateral ou Estado,⁷ ou quando é deixado testamento em benefício de terceiros estranhos.

⁴ Cf. O. GOMES, *Sucessões*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 01-02; J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 24 e 28.

⁵ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 2 supra), p. 53; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposição testamentárias em geral. Herança e legados*, tomo LVI, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1968, pp. 04-05.

⁶ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, vol. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, pp. 20-21; W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 08; A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 2 supra), pp. 48-49.

⁷ Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), p. 08.

Examinando se a sucessão em sentido estrito tem uma razão de ser, uma justificativa em si própria, Inocêncio Galvão TELLES observa que o instituto sucessório é imprescindível em qualquer sociedade que reconheça a existência da *propriedade individual*. É necessário que alguém substitua o *de cuius* nas suas relações patrimoniais para não causar uma quebra abrupta da vida jurídica, provocando perturbação da ordem e frustrando legítimas expectativas de terceiros. A indefinição em torno da titularidade da propriedade das coisas geraria confrontos de toda natureza. Haveria, ainda, uma repentina extinção de créditos e débitos, com vantagens indevidas aos devedores e prejuízos aos credores. Ao delimitar os substitutos do falecido nessas relações jurídicas, em conformidade com regras predeterminedas, o instituto sucessório impede esses problemas.

De acordo com o mencionado autor, todos os sistemas consagram em alguma medida a propriedade individual. Mesmo os regimes que chama de coletivistas, caracterizados pela propriedade estatal dos bens de produção, reconhecem a propriedade individual dos bens de consumo, os quais podem ser objeto de sucessão a causa de morte. No caso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, narra que um decreto de 27 de abril de 1918 pretendeu abolir totalmente o direito sucessório em favor de particulares, de forma que todos os bens deixados pelo falecido passariam à propriedade do Estado. Ressalva que o próprio decreto excepcionava a sucessão em benefício de descendentes, ascendentes, irmãos ou cônjuge que não pudessem trabalhar, mas somente de uma casa, móveis e instrumentos de trabalho que não ultrapassassem o montante de 100.000 rublos. Ainda assim, tal regulamento nunca foi aplicado integralmente e, por interpretações e modificação legislativas, houve um profundo alargamento das situações nas quais autorizada a sucessão em prol de particulares.

Inocêncio Galvão TELLES conclui que a experiência soviética serve para demonstrar que o instituto sucessório é uma consequência lógica, um complemento indispensável da propriedade individual. Mesmo nos sistemas jurídicos inseridos em regimes políticos coletivistas, constata-se a presença da sucessão *causa mortis* associada à propriedade pessoal, inclusive em benefício de particulares, se bem que com maiores restrições do que em outros regimes. Isso porque a propriedade individual representa um sentimento natural do ser humano, com origem direta no seu trabalho.⁸

⁸ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 217-221.

Nessa mesma linha, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, discorrendo sobre notas históricas do direito sucessório, observa que “enquanto não apareceu a propriedade individual, o conceito de sucessão a causa de morte não podia corresponder ao dos tempos de hoje. Os filhos já eram titulares do direito comum”.⁹ Em passagem adiante na mesma obra, conclui que o fundamento da sucessão *causa mortis* é a propriedade individual, pois a sucessão é individual, na medida em que não se cogita de sucessão do patrimônio da comunidade. Esse raciocínio é válido até mesmo para as situações em que o Estado, o povo ou a comunidade são herdeiros como qualquer outro indivíduo. O que não é possível é a sucessão a causa de morte de bens da comunidade, clã, tribo ou qualquer outro agrupamento.¹⁰

Washington de Barros MONTEIRO, para quem a sucessão em sentido estrito também é uma consequência da propriedade individual, acrescenta que, em tempo remotos, o chefe de um determinado agrupamento era só o administrador dos bens que pertenciam à coletividade e até mesmo em vida podia ser afastado de tal função. Quem o substituía não passava a ter mais direitos sobre os demais membros. Não havia, portanto, traços de sucessão *causa mortis* nessa troca de líder e conseqüente transferência de soberania doméstica.¹¹

Nesses termos, o direito sucessório, ramo do direito civil que disciplina o fenômeno da sucessão *causa mortis*, tem como função precípua definir um destino para o patrimônio do *de cuius*, em um contexto social no qual se admite a propriedade individual. Diferentes

Também sobre a experiência russa: “Na Rússia, o próprio comunismo triunfante rendeu-se à necessidade de transigir, após dolorosa experiência. A princípio, admitiu a sucessão até dez mil rublos ouro. Já se afastava, assim, dos postulados doutrinários. A realidade é a mais implacável arrasadora de utopias. Todos os povos precisam de capitais, e é melhor tê-los em casa do que pedir ao vizinho. O crédito externo faltava aos renegadores de dívidas e partidários do nivelamento geral das fortunas, fator de insolvência coletiva. O país empobreceu; comerciantes e industriais nada empreendiam, receosos do confisco e da partilha com o Estado; os camponeses reduziam a produção e ocultavam as economias. Sentiram-se os poderes públicos obrigados a recuar muito mais: o Decreto de 29 de janeiro de 1926 suprimiu a mencionada limitação ao direito de transmitir *causa mortis*; concomitantemente instituiu impôsto progressivo sobre heranças e legados, que existe nos países capitalistas”. Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), p. 31.

Ainda sobre a sucessão a causa de morte nas repúblicas soviéticas: “A própria URSS, depois de abolir a herança, logo após a revolução de outubro (Dec. de 27-4-1918, art. 1.º), voltou atrás, permitindo inicialmente sua transmissão, desde que o respectivo *quantum* não ultrapassasse de dez mil rublos ouro (Cód. Civil, art. 416). Os bens excedentes a essa cifra pertenciam ao Estado (Cód. Civil, art. 417). Por fim, a Constituição de 5 de dezembro de 1936, art. 10, sem restrições, restabeleceu o direito de suceder (o direito à herança é protegido por lei). Presentemente [obs.: a edição da obra é de 1.989], portanto, em todas as dezesseis repúblicas socialistas dos soviets, subsiste o direito hereditário, sob as duas formas, sucessão legal e testamentária, como nos países de direito ‘burguês’”. Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), p. 07.

⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direitos das Sucessões: Sucessões em Geral. Sucessão Legítima*, tomo LV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1968, pp. 07-08.

¹⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 181.

¹¹ Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), p. 07-08. Orlando GOMES é mais um autor brasileiro que defende a propriedade como “fundamento racional” do direito das sucessões. Cf. *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 03.

soluções, pautadas em princípios e valores diversos, podem ser dadas ao problema. A classificação da sucessão realizada a partir do critério das fontes pelas quais são determinados os sucessores auxilia a compreender as variadas respostas dadas pelo sistema, assim como as diretrizes axiológicas que o informam. Essa divisão e a análise de cada uma das figuras dela resultantes, com especial atenção ao direito pátrio, são objeto dos próximos tópicos.

1.3) Modalidades de sucessão quanto a fonte ou título de vocação

O artigo 1.786 do Código Civil de 2.002 (Lei nº 10.406), praticamente reprodução do artigo 1.573 do Código Civil de 1.916 (Lei nº 3.071), estabelece que a “sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Tal disposição embasa tradicional divisão da sucessão *causa mortis* no direito brasileiro, em relação a fonte ou título de que emana, resultando na existência de duas categorias autônomas.

A primeira é a *sucessão legítima*, que se opera nos termos da lei, seguindo a ordem de vocação hereditária estatuída pelo legislador para delimitar quem são os sucessores do falecido. Justamente por decorrer de lei recebe esse nome, criticado por dar uma equivocada impressão de existir uma sucessão “ilegítima”.

A segunda é a *sucessão testamentária*, cujos efeitos são definidos por ato de última vontade. Se não existir testamento (vontade declarada do *de cuius*), a sucessão será legítima (vontade presumida do *de cuius*). Da mesma maneira, se o ato for declarado judicialmente inválido ou caduco. Se não contemplados todos os bens deixados pelo testador, também são aplicadas as regras da sucessão legítima sobre essa parcela não contemplada (artigo 1.788 do Código Civil de 2.002).¹²

Essa distinção tem grande relevância, uma vez que os regimes jurídicos dessas duas figuras são diversos em variados aspectos. Tanto que o Livro V (“Do Direito das Sucessões”) do Código Civil de 2.002 dedica especificamente um título para cada uma: Título II (“Da Sucessão Legítima”) e Título III (“Da Sucessão Testamentária”).

¹² Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2012, pp. 02-03.

Embora consagrada em lei no direito pátrio, essa classificação dúplici parece insuficiente para explicar toda a dinâmica sucessória. Considerando que a sucessão legítima é entendida como sinônimo de sucessão intestada, circunstância em que o falecido não deixa testamento e seu patrimônio é transmitido nos moldes previstos em legislação – em caráter *supletivo* –, as duas categorias não abarcam completamente o fenômeno.

Isso porque a lei demanda – em caráter *imperativo* – a destinação obrigatória de uma fração da herança (*legítima* ou *reserva*) a certos herdeiros (*herdeiros necessários, forçados, legitimários* ou *reservatários*), mesmo que o *de cuius* tenha deixado ato de última vontade dispondo da totalidade de seus bens em favor de outra pessoa. Em outros termos, a presença de um herdeiro com essa qualidade no momento da abertura da sucessão basta para afastar a vontade do testador sobre essa parcela patrimonial, seguindo o que seguirá o estatuto legal (artigo 1.789 do Código Civil de 2.002). Por essa razão, parte da doutrina jurídica amplifica a divisão da sucessão *causa mortis* feita a partir do critério em exame.

Inocência Galvão TELLES, no contexto do direito lusitano, identifica em plano mais amplo duas fontes, a lei e a vontade, dando origem às figuras da *sucessão legal* e da *sucessão voluntária*. A primeira é segmentada em *legítima*, correspondente à sucessão intestada, e *legitimária, necessária* ou *forçada*, referente à porção patrimonial reservada a determinados sucessores definidos por lei. A segunda é cindida em *testamentária*, que se orienta pelas disposições de ato *causa mortis* unilateral (v.g., testamento), e *contratual*, que segue as diretrizes previstas em ato *causa mortis* bilateral (v.g., doação por morte em Portugal). Tal classificação é adotada expressamente pela respectiva legislação vigente.¹³

¹³ A respeito da classificação: I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 79-82 e 92-96.

O Livro V (“Direito das Sucessões”) do Código Civil vigente em Portugal (Decreto-lei nº 47.644 de 1.966) é partido em quatro: “Das sucessões em geral” (Título I), “Da sucessão legítima” (Título II), “Da sucessão legitimária” (Título III) e “Da sucessão testamentária” (Título IV). Percebe-se que a legislação portuguesa, ao fazer essa opção, reconheceu formalmente a autonomia da sucessão legitimária, necessária ou forçada.

Nesse sentido, Inocência Galvão TELLES narra adiante na mesma obra: “A comissão elaboradora do código, nas suas directrizes provisórias definidas de começo, também estabeleceu que ‘a sucessão legitimária seja tratada como espécie autónoma e não só quando concorrer com a sucessão testamentária, mas até quando se limitar a concorrer com a sucessão legítima’ (Vaz Serra, *A revisão geral do código civil*, no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XIII, e no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 2, pág. 58 da separata)”.

De outro lado, apesar de não possuir título próprio, a sucessão contratual tem previsão expressa nos artigos 2.026 e 2.028 do Código Civil de Portugal. O autor, no entanto, critica que a espécie sucessão legal seja tratada no mesmo patamar das subespécies sucessão testamentária e contratual no primeiro dispositivo mencionado. Cf. *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 127-128.

Também no direito português, Jorge Duarte PINHEIRO prefere tratar da classificação a partir dos “factos designativos”, ao invés de “títulos de vocação sucessória”, terminologia usada pela lei (artigo 2.026 do Código Civil de Portugal). Segundo o civilista, o testamento e o contrato não são títulos de vocação, na medida em que

No âmbito do direito brasileiro, o Código Civil de 1.916 disciplinava a sucessão dos herdeiros necessários essencialmente nos artigos 1.721 a 1.726, localizados no Capítulo XII (“Dos Herdeiros Necessários”) do Título III (“Da Sucessão Testamentária”). Diferente do tratamento dispensado às sucessões legítima e testamentária, não havia regulamentação em título próprio, tampouco designação específica. Do mesmo modo, o Código Civil de 2.002 não reserva um título isolado para a sucessão necessária. O estatuto da matéria encontra-se substancialmente nos artigos 1.845 a 1.850, situados no Capítulo II (“Dos Herdeiros Necessários”) do Título II (“Da Sucessão Legítima”). Não existe, portanto, um reconhecimento formal da autonomia dessa modalidade sucessória na legislação nacional.

Claudio Luiz Bueno de GODOY nota, no entanto, uma importante mudança de perspectiva na atual codificação. No diploma anterior, a sucessão necessária estava inserida no livro da sucessão testamentária, tratada como mera restrição à liberdade de testar, posição que se coadunava com o paradigma individualista que norteava o sistema. No código vigente, a matéria passou a orbitar em torno da sucessão legítima, por ter sua origem na lei. Acrescenta, ainda, que houve proposta durante a tramitação no Senado Federal para que o tema fosse regulado nas regras gerais do direito das sucessões, como no modelo italiano, mas foi adotado o francês, no qual não existe uma separação formal entre sucessão legítima e necessária, com esta disciplinada no bojo do regulamento daquela.¹⁴

Na mesma linha de raciocínio, Mauro ANTONINI destaca que a alteração do capítulo referente aos herdeiros necessários tem relevância, na medida em que a matéria não é mais tratada como um tópico acidental à sucessão testamentária e foi colocada em evidência sua origem no texto de lei, com caráter imperativo, almejando tutelar os parentes mais próximos do morto, em atenção à solidariedade familiar.¹⁵

não atribuem de maneira definitiva a qualidade de sucessível a determinadas pessoas, o que só ocorre com a abertura da sucessão. Antes desse momento, o mapa de sucessíveis é instável e pode ser modificado. De acordo com o autor, “factos designativos são circunstâncias que atribuem a alguém a qualidade de sucessível”. E esses fatos podem ser negociais – testamento e pacto sucessório – ou não negociais – as relações jurídicas familiares de união de fato e vínculo de cidadania. As sucessões legítima e legitimária (legais) possuem como fundamento os fatos não negociais, enquanto as sucessões testamentária e contratual (voluntárias), os fatos negociais. Cf. *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 70-72.

¹⁴ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil*, in G. E. NANNI (coord.), *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 719-720.

¹⁵ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), p. 23.

A ausência de uma distinção formal, no entanto, não impede conclusão doutrinária em sentido contrário. Diversos autores brasileiros têm admitido e defendido a autonomia da sucessão necessária. Dessa forma, ao lado da sucessão legítima (intestada), seria subespécie da sucessão legal, como no modelo lusitano,¹⁶ ou, junto com a sucessão legítima em sentido estrito (intestada), seria subespécie da sucessão legítima em sentido amplo, levando em conta que o Código Civil vigente usa o termo sucessão legítima no título, emprega essa mesma expressão para a sucessão intestada e não dá um nome específico à sucessão necessária.¹⁷ Mesmo na vigência da codificação revogada, já havia quem sustentasse a existência de uma sucessão legítima necessária e de uma sucessão legítima não-necessária.¹⁸

Nesse ponto, cabe desenvolver brevemente o arcabouço teórico da ideia de sucessão necessária como subespécie sucessória autônoma. Sustentam alguns que tal figura se confunde com a sucessão legítima, de maneira que estaria absorvida por essa última categoria. A quota indisponível seria só uma restrição à liberdade de testar e de dispor gratuitamente, tanto que se submeteria exatamente às mesmas regras da sucessão legítima, desde que não desrespeitados os limites impostos pelo legislador. De acordo com esse raciocínio, a sucessão necessária não seria nada além da sucessão legítima protegida na sua incidência sobre uma determinada parcela patrimonial delimitada por lei.

Em sentido oposto, defendendo uma concepção autonomista da sucessão necessária, argumenta-se que, apesar de ter origem na lei como a sucessão legítima, o caráter imperativo daquela, em detrimento do caráter supletivo dessa, é razão suficiente para conferir autonomia a essa porção hereditária. Não obstante, embora as duas possuam regras comuns, é certo que a sucessão necessária é regida por princípios e preceitos próprios, como a “determinação dos sucessíveis legitimários, em menor números do que os legítimos; a medida das legítimas respectivas; o modo de cálculo da porção indisponível; o princípio da intangibilidade desta; o regime das doações ou legados que se consideram feitos por conta ou em substituição da legítima; o regime das doações ou legados ofensivos da legítima, ou sejam as liberalidades inoficiosas, total ou parcialmente anuláveis, a deserdação”.¹⁹

¹⁶ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), pp. 718-720; A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade da legítima*, in M. C. B. DE MORAES (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 496.

¹⁷ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), p. 24.

¹⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), pp. 201-202.

¹⁹ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 124-127.

Analisando os elementos da sucessão necessária, em confronto com os da legítima, constata-se a diversidade de fundamento, sujeito, objeto e natureza. O primeiro aspecto será analisado no tópico seguinte. O segundo diz respeito à diferença entre o rol de herdeiros necessários e o de herdeiros legítimos. Em que pese a parcial identidade, o segundo é mais extenso que o primeiro. O terceiro cuida da parcela hereditária atingida por cada modalidade. A sucessão legítima pode abranger o remanescente não destinado em ato de última vontade ou até a totalidade da herança, enquanto a sucessão necessária engloba sempre a legítima. O quarto e último se refere ao caráter supletivo ou dispositivo das normas da sucessão legítima, cedendo à vontade do testador, e imperativo das normas da sucessão necessária, sobrepondo-se à vontade do testador.²⁰

Embora tenham a mesma origem e um regramento similar, em certos aspectos, as duas categorias realmente possuem várias diferenças. A separação encontra, portanto, uma razão de ser. Para fins de análise dos valores que informam o direito sucessório, o reconhecimento da autonomia da figura da sucessão necessária revela grande vantagem, visto que prestigia princípios distintos do que a sucessão legítima e, principalmente, a sucessão testamentária. Conforme se verificará adiante, a justa causa prevista no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 se encontra no centro de um embate travado entre os valores em que se fundam a primeira e a terceira, ponto de constante tensão nesse ramo do direito civil.

Todavia, antes de avançar no estudo, para terminar o exame da classificação expandida da sucessão *causa mortis* a partir do critério da fonte de vocação sucessória, é necessária uma breve consideração acerca da sucessão contratual. Diferentemente de outros sistemas, como o português,²¹ a sucessão contratual não é admitida pelo direito pátrio, em razão da vedação legal aos pactos sucessórios (artigos 1.089 do Código Civil de 1.916 e 426 do Código Civil de 2.002). Tal proibição fulmina de nulidade o contrato sobre herança de pessoa viva, além de impedir a renúncia antecipada de herança. Em síntese, a sucessão contratual é ilícita no sistema brasileiro.²² Por esse motivo, somado aos limites do presente trabalho, não faz sentido maior desenvolvimento da matéria.

²⁰ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), pp. 46-51.

²¹ Vide nota 13 supra.

²² Cf. C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), p. 63; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 08-09.

1.4) Fundamentos das sucessões legítima, necessária e testamentária

Conforme afirmado anteriormente, o cerne dessa classificação está na contraposição entre lei e vontade, as duas fontes de vocação sucessória. A primeira realiza designação por intermédio de critérios genéricos e abstratos, como é próprio da sua linguagem, elegendo na condição de sucessíveis pessoas que mantenham algum tipo de ligação com o *de cuius*. As legislações pelo mundo utilizam tradicionalmente as relações decorrentes do parentesco, do matrimônio e da soberania para tal intento. Em contrapartida, a segunda permite designação mediante critérios pessoais do falecido, que pode escolher livremente seus sucessores, desde que respeitados os limites impostos em lei.

As diferentes soluções propostas servem como ponto de partida para demonstrar que cada uma das espécies dessa divisão procura prestigiar um valor próprio do sistema. Uma análise mais detida de cada uma das subespécies permite aprofundar o tema e identificar a coexistência de valores diversos na estrutura do direito das sucessões, os quais devem ser levados em conta para a interpretação de seus institutos. A questão tem especial relevância para o presente trabalho, diante da falta de parâmetro claro no texto de lei para a aplicação de justa causa do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. Passa-se ao exame de cada uma dessas figuras, com exceção da sucessão contratual, não admitida no Brasil.

a) Sucessão legítima

É recorrente na doutrina o argumento de que a sucessão legítima teria seu fundamento em uma *vontade presumida* do falecido.²³ Conforme essa teoria, à míngua de ato de última vontade, o legislador escolhe, a partir de padrões abstratos típicos da técnica legislativa, as pessoas – normalmente parentes e cônjuge – que teriam sido contempladas pelo *de cuius* caso tivesse disposto da sua herança mediante ato *causa mortis*. Assim, a sucessão legítima funcionaria como uma espécie de testamento presumido.

²³ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), p. 105; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 201; C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), p. 133; I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 114-115.

Outra tese, não exatamente contraposta à anterior, é a de que a sucessão legítima teria seu fundamento nos *vínculos de família*.²⁴ De acordo com esse raciocínio, o legislador, em atenção à solidariedade que permeia as relações familiares, elegeria o cônjuge e os parentes do *de cujus* para sucedê-lo nas relações jurídicas transmissíveis. A dúvida que se impõe é qual o limite do grau de parentesco para a produção de efeitos sucessórios, ou seja, quais são as relações familiares merecedoras ou não de tutela sucessória.

No direito brasileiro, a legislação vigente elenca como *sucessores legítimos* os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o quarto grau (artigos 1.829 e 1.839 do Código Civil de 2.002), além do companheiro (artigos 1.790).²⁵ Na codificação anterior, todas essas classes – com exceção do companheiro, uma vez que na época da elaboração do diploma a união estável sequer era protegida juridicamente – estavam listadas, mas os colaterais eram restringidos, inicialmente, até o sexto grau e, posteriormente, até o quarto (artigos 1.603 e 1.612 do Código Civil de 1.916). Antes de entrar em vigor o código revogado, também só podiam ser chamados os colaterais até sexto grau (artigo 1º do Decreto nº 1.839 de 1.907). Em tempos ainda mais distantes, as Ordenações Filipinas autorizavam a sucessão dos colaterais até o décimo grau (Livro IV, Título XCIV).

A evolução legislativa a respeito do tema revela uma tendência em abreviar o grupo familiar merecedor da tutela sucessória. Essa inclinação, na verdade, está relacionada diretamente a algumas das mudanças sofridas pela família nos últimos séculos, culminando no enfraquecimento de vínculos afetivos com os parentes que não fazem parte do modelo da família nuclear. Presumindo a falta de vínculos mais sólidos do morto com parentes mais distantes, o legislador não vislumbra mais motivo para a destinação do patrimônio.²⁶

²⁴ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), p. 113; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 03; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 202.

²⁵ A sucessão do companheiro, prevista originalmente no artigo 1.790 do Código Civil de 2.002, assim como a sua qualidade de herdeiro, será detalhada mais adiante no trabalho. Vide item 2.1 do Capítulo II.

²⁶ Há quem afirme, como Pietro BONFANTE, que a sucessão legítima dos colaterais é apenas um anacronismo no sistema, que só persiste por puro espírito de conservação. Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), p. 04.

Em sentido oposto, no âmbito do direito português, Inocêncio Galvão TELLES defende a extensão do grau dos colaterais sucessíveis: “A sucessão legítima na medida em que aproveita aos parentes e ao cônjuge funda-se num vínculo de solidariedade familiar e este, embora afrouxe à medida que o parentesco se distancia, ainda conserva suficiente vigor em relação aos colaterais em 5.º e 6.º graus, sobretudo no caso, que é aquele que interessa, de não haver familiares mais próximos. A família como comunidade que se projecta no tempo não é constituída apenas pelos que vivem sob o mesmo teto. Não tendo o *de cuius* família mais chegada, é de supor que a sua afectividade se haja concentrado nos parentes em causa, sendo seu desejo que eles lhe sucedam. Exigir testamento para que este desejo se efectivasse seria fonte de injustiças, pois o silêncio do *de cuius* estaria muitas vezes longe de significar vontade contrária à sucessão dos parentes referidos, sabido que com frequência

Caso o *de cuius* não tenha deixado testamento e não existam sucessores legítimos, o Estado é chamado para suceder, sem a possibilidade de renunciar, em decorrência da relação de soberania. Essa solução também está presente no direito nacional, com a transferência do patrimônio ao Município ou ao Distrito Federal, onde situados os bens, ou à União, caso localizados em Território Federal (artigo 1.844 do Código Civil de 2.002).

Ainda que o Estado não esteja mais elencado pela legislação nacional vigente no rol de sucessores legítimos propriamente (artigo 1.829), conforme fazia a codificação anterior (artigo 1.603, V, do Código Civil de 1.916), não pretendendo discutir a sua condição como destinatário da herança, a explicação mais convincente, em vista dessa transmissão ocorrida à míngua de ato de última vontade e outros sucessores, é a da *vontade presumida*. Cumpre anotar que a sucessão legítima representa o último mecanismo para garantir a continuidade das relações jurídicas do falecido.

b) Sucessão necessária

Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA expõe quatro teorias na doutrina jurídica que explicam a *ratio legis* da legítima, quota indisponível da herança que deve ser destinada aos herdeiros necessários (forçados, reservatários ou legitimários), instituto central na sucessão necessária (forçada ou legitimária). Dessa maneira, a legítima seria (i) *emanação da compropriedade* (ou propriedade comum) familiar, (ii) *continuação da obrigação alimentar*, (iii) um *fideicomisso tácito* ou (iv) *vontade presumida* do *de cuius*.²⁷

O primeiro argumento é um resquício histórico. Atualmente não é possível defender que a legítima representaria o condomínio familiar que existiu no direito romano. Clóvis BEVILÁQUA ressalta que “só por uma ficção jurídica que force um tanto os fatos, por todos conhecidos, será possível aludir à comunhão patrimonial existente entre pais e filhos romanos, quando a personalidade destes se anulava, inteiramente, sob a irradiação vigorosa da personalidade dos primeiros”.²⁸ Descabida, portanto, a explicação nos dias de hoje.

as pessoas deixam de fazer as suas disposições testamentárias apenas por inércia ou porque são surpreendidas pela morte ou porque lhes repugna tal ideia”. Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), p. 227.

²⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), pp. 212-215.

²⁸ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), pp. 104-105. Convém acrescentar que o autor apresenta a *compropriedade familiar*, na realidade, como fundamento da *sucessão legítima*. Essa explicação, porém, faz mais sentido para a *sucessão necessária*, em que a transmissão é obrigatória. De qualquer maneira, a crítica do anacronismo é perfeitamente válida para as duas modalidades.

A segunda tese²⁹ é combatida com veemência por Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. Segundo o autor, se a legítima fosse uma extensão da obrigação alimentar, todos os credores de alimentos seriam herdeiros necessários. Ademais, a quota indisponível seria impenhorável e irrenunciável. Questiona, ainda, o que deveria ser feito nas ocasiões em que a legítima fosse superior às necessidades dos herdeiros necessários. Por último, se o falecido tivesse descendentes e ascendentes em situação de miséria, afirma que a legítima deveria ser destinada às duas classes.³⁰

O terceiro raciocínio também é considerado incorreto. Não há mais a categoria dos bens próprios da família. O pai não assume a função de fiduciário dos bens dos seus filhos. Tampouco se cogita um fideicomisso dos bens restantes ao tempo da morte.³¹

A quarta concepção,³² na realidade, só pode ser imaginada como fundamento para a sucessão legítima, vez que contraditória à sucessão necessária.³³ A legítima tem um caráter imperativo e deve ser observada ainda que por testamento o autor da herança tenha disposto de seu patrimônio de maneira diversa. Ora, se o *de cuius* manifesta a sua vontade concreta por intermédio de ato *causa mortis*, não faz sentido cogitar uma vontade presumida. Além disso, sobre essa parcela da herança a vontade manifestada pelo falecido não é respeitada. Logo, inadequado mencionar vontade presumida na sucessão necessária.

De acordo com Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, o verdadeiro fundamento da legítima se encontra na combinação histórica da *iniuria* ao *officium pietatis* do direito romano, pela qual se protegiam os filhos dos pais impiedosos e treloucados (sem, porém, os requisitos da nulidade de testamento), e da comunhão matrimonial de bens e da posse de

²⁹ Para ilustrar, sob uma perspectiva histórica do direito francês, Henri, Jean e Leon MAZEAUD e Michel de JUGLART ensinam que a reserva passou a ser considerada em determinado momento como um direito conferido aos parentes ou certos parentes, pouco importando se viessem ou não a aceitar a herança posteriormente, visto que o escopo era protegê-los das liberalidades contrárias aos interesses familiares, mesmo as realizadas em vida. Assim, o direito à reserva lhes é concedido como um *prolongamento da obrigação alimentar* que o *de cuius* tinha em relação a eles, mediante a destinação de parcela dos bens para sua subsistência. Cf. H. MAZEAUD – J. MAZEAUD – L. MAZEAUD – M. DE JUGLART, *Leçons de Droit Civil*, tomo IV, vol. 2, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 1972, p. 155.

³⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), pp. 213-214.

³¹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), pp. 214-215.

³² Essa é a opinião, por exemplo, de Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA: “O fundamento desta instituição [legítima] reside nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do *de cuius*, se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre êle e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”. Cf. *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 2, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 625.

³³ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 215.

família do direito germânico. A quota disponível, como contraponto da fração indisponível, exerce o papel de conciliadora entre o princípio da liberdade da propriedade dos bens e o direito dos descendentes e ascendentes à sucessão. Ao harmonizar a liberdade de testar e o direito dos herdeiros necessários, são protegidos, respectivamente, os interesses da amizade e da gratidão e os decorrentes do vínculo familiar.³⁴

De fato, a legítima ocupa uma posição central na coexistência de valores diversos no direito sucessório. Não como um elemento conciliador por si próprio, mas sim como o fator pelo qual se efetiva a proteção da família no direito das sucessões. A sua natureza obrigatória e a eleição dos membros do núcleo familiar na lista de herdeiros necessários colocam essa preocupação em evidência. Do conflito natural surgido com a liberdade de testar, outro ponto essencial nesse embate, nasce um tenso equilíbrio no qual se apoia esse ramo do direito civil. Feitas tais considerações, é correto sustentar que o fundamento da sucessão necessária, pelo menos nos dias atuais, é a *solidariedade familiar*.

Esse é o entendimento de Claudio Luiz Bueno de GODOY. Após destacar o gradual desaparecimento do antigo mecanismo de aceitação obrigatória dos bens familiares pelos herdeiros, uma vez que não mais presentes a preservação do culto e da autoridade doméstica familiar, o autor defende que atualmente a legítima tem outro fundamento e outra função. O instituto concretiza “o interesse coletivo de conservação econômico-social da família, de seu núcleo mais restrito” ou, pelo menos, representa “uma exigência social de preservação de interesses individuais dos parentes de vínculo mais estreito com o de *cujus*, expressão de uma inderrogável solidariedade que deve haver entre esses parentes mais próximos, mas de toda a sorte com isso tutelando-se, afinal, a própria família”.³⁵

Também é a orientação seguida por Mauro ANTONINI, para quem a solidariedade, de um lado, assegura concretamente a proteção dos sucessores com necessidades alimentares (v.g., filhos menores, portadores de deficiência ou em dificuldades financeiras; cônjuge com dependência econômica em relação ao outro) e, do outro, garante genericamente a legítima expectativa dos membros do núcleo familiar de ter uma participação da herança, independentemente da aptidão ou não de prover o próprio sustento.³⁶

³⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 215.

³⁵ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 722.

³⁶ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), p. 42.

Dessa forma, embora a legítima não possa ser considerada continuação da obrigação alimentar *post mortem*, pelas razões acima expostas, não é incorreto advogar pela existência de uma certa ligação entre o fundamento do direito a alimentos e o da sucessão necessária, na medida em que ambos buscam por meio de normas de ordem pública assegurar alguma solidariedade entre os integrantes de um grupo familiar.³⁷ Evidentemente a comparação só faz sentido com os alimentos do direito de família, não com os que tenham origem em ato ilícito ou negócio jurídico.

Cabe anotar que, em uma visão mais tradicional, também é possível trabalhar com a ideia de limitação imposta pela *ordem pública*. Assim, a preocupação em assegurar a reserva de uma parcela da herança para determinados familiares mais próximos representaria uma restrição à vontade do *de cuius* estabelecida por interesses sociais superiores, cuja violação não é suportada pelo sistema.³⁸

c) Sucessão testamentária

Em contraposição às duas modalidades anteriores, marcadas por um espírito coletivo, ensina Clóvis BEVILÁQUA que prevalece no campo da sucessão testamentária o individualismo, a força da vontade humana, que se ergue ao patamar de lei. O direito de propriedade confere, como se verificará com mais detalhes em capítulo adiante, alguns poderes ao titular, dentre eles o de livre disposição do bem durante a vida ou no momento da morte. Segundo

³⁷ Eis a lição de Arnaldo WALD: “Não deixa, evidentemente, de haver uma certa relação entre o fundamento do direito alimentar e o da herança necessária, pois ambos visam, mediante normas de ordem pública, a assegurar uma certa solidariedade econômica entre os membros da mesma família”. Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, vol. 5, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 140.

A esse respeito, vale também transcrever as palavras de Charles DEMOLOMBE: “Elle [réserve] est d’abord la sanction d’un devoir naturel, de ce devoir de piété, *officium pietatis*, qui lie réciproquement les descendants et les ascendants; c’est de cette cause que nous avons vu naître l’obligation alimentaire; et c’est aussi la même cause qui va produire ici la réserve” (tradução: ela [reserva] é primeiro a sanção de um dever natural, desse dever de piedade, *officium pietatis*, que liga reciprocamente os descendentes e os ascendentes; é por essa causa que nós vimos nascer a obrigação alimentar; é também a mesma causa que vai produzir aqui a reserva). Cf. *Cours de Code Napoléon*, tomo II, vol. 19, Paris, Imprimerie Général, 1876, p. 04.

³⁸ Nesse sentido, convém reproduzir mais uma vez a preciosa lição de Charles DEMOLOMBE: “Le législateur, en effet, ne pouvait pas tolérer qu’un ascendant épuisât tout son patrimoine en libéralités, sans rien laisser à ses enfants; ni qu’un enfant disposât à titre gratuit de tous ses biens, sans rien laisser à ses ascendants; l’ordre public serait profondément blessé par le spectacle d’un tel manquement aux devoirs sacrés de la nature; et voilà pourquoi le législateur a voulu que, avant de se livrer *ad extrancas largitates*, les ascendants et les descendants fussent obligés de remplir ces devoirs: ‘*natura primo curatâ competenter*’ (Nov. 18 cap. 1)” (tradução: o legislador, com efeito, não podia tolerar que um ascendente esgotasse todo seu patrimônio em liberalidades, sem nada deixar a seus filhos; nem que um filho dispusesse a título gratuito de todos seus bens, sem nada deixar a seus ascendentes; a ordem pública seria profundamente ferida pelo espetáculo de uma falha aos deveres sagrados da natureza; e por isso que o legislador quis que, antes de se livrar *ad extrancas largitates*, os ascendentes e os descendentes fossem obrigados a cumprir desses deveres: ‘*natura primo curatâ competenter*’ (Nov. 18 cap. 1). Cf. *Cours de Code cit.* (nota 37 supra), p. 04.

o autor, o fundamento racional da sucessão testamentária se encontra justamente no “querer individual, no poder de livre disposição, parte integrante do direito de propriedade”,³⁹ como decorrência do postulado da *autonomia privada* no direito civil.

Além de possuir uma dimensão social, subordinada à ideia de bem-comum, lembra Inocência Galvão TELLES que a propriedade também tem, naturalmente, uma perspectiva individual, pela qual procura satisfazer os fins próprios do respectivo proprietário. Assim como o titular do domínio pode dispor do seu bem ao longo da sua vida, também deve ser reconhecida a possibilidade de disposição por morte. Se pode decidir o destino do bem em vida, é razoável que também o possa fazer ao falecer.

Acrescenta o civilista que, não obstante a concretização dos interesses individuais do proprietário, as deixas testamentárias também podem satisfazer aos interesses coletivos. É o que acontece nas situações recorrentes em que o testador contempla entidades de beneficência, de assistência social, culturais ou científicas. Também é comum a criação de fundações com fins voltados a interesses coletivos. Conclui o autor que, por tal motivo, a sociedade e o legislador devem estimular tal comportamento, sem olvidar de um tratamento justo aos familiares mais próximos.⁴⁰

Não se identifica grande controvérsia em torno da matéria. De uma maneira geral, a doutrina admite que o fundamento racional da sucessão testamentária seja mesmo a *liberdade de disposição* do bem, assunto que se situa no tema mais amplo da *autonomia privada*, que é, ainda, o cerne no direito privado. O grande problema que se impõe, na realidade, é delimitar o campo de atuação do testador, traduzido pela liberdade de testar, uma questão presente em todos os sistemas de direito das sucessões, cada um fornecendo uma resposta distinta. A outra face dessa moeda é justamente a limitação à liberdade do autor do ato de última vontade, efetivada nos sistemas de origem romano-germânica especialmente pela existência de uma porção reservada para determinados herdeiros. No tópico subsequente, a preocupação será examinar como funciona a interação entre essas modalidades de sucessão *causa mortis*, relacionadas a valores distintos.

³⁹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), pp. 213-214.

⁴⁰ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 231-232.

1.5) Coexistência das diferentes modalidades sucessórias

As modalidades investigadas, decorrentes da classificação quanto à fonte de vocação hereditária, podem coexistir na sucessão de um mesmo indivíduo. Contudo, nem sempre foi assim. Por muitos séculos prevaleceu a ideia contrária, influenciada pelo direito romano, de que um indivíduo não podia falecer em parte testado e em parte intestado. Caso o testamento fosse considerado válido, devia ser aplicado para toda a herança. Não era cabível a concorrência de herdeiros testamentários e legais.⁴¹

Historicamente no direito sucessório luso-brasileiro, pode-se admitir uma situação na qual o autor da herança possuía herdeiros necessários, para quem é destinada a legítima, e deixa testamento não dispondo da totalidade da fração disponível, estabelecendo somente alguns legados em benefício de terceiros. Nesse caso, nota-se a presença concomitante da sucessão necessária (quota indisponível), da sucessão testamentária (quota disponível contemplada no ato *causa mortis*) e da sucessão legítima (quota disponível não contemplada).

Realizando uma análise geral sobre a coexistência dessas figuras no modelo luso – que inspirou o brasileiro, com a importante ressalva da proibição dos pactos sucessórios –, Jorge Duarte PINHEIRO aponta que a sucessão necessária, em razão do seu caráter imperativo, predomina sobre qualquer outra modalidade. Em seguida, vem a contratual, que se sobrepõe à testamentária usualmente. Por fim, cedendo às demais, em função de seu caráter supletivo, aparece a sucessão legítima.⁴²

Ainda no âmbito do sistema português, Inocêncio Galvão TELLES também traça um quadro global. Explica o civilista que a vontade do *de cuius* é impotente contra a sucessão necessária. Além disso, a vontade individual do falecido não prepondera sobre a sucessão contratual. Ao final, pode a sucessão testamentária prevalecer sobre a sucessão legítima, mas, se revogado, inválido ou ineficaz o ato de última vontade, opera-se a última.⁴³

É possível perceber uma diferença sutil no raciocínio desses dois autores. Em que pese a similaridade, o primeiro sustenta categoricamente que a sucessão testamentária

⁴¹ I. 2, 14, 15: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (tradução: ninguém pode falecer em parte testando e em parte sem testar).

Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 117-118; C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), p. 63.

⁴² Cf. J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 73.

⁴³ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 110-111.

prevalece sobre a sucessão legítima. O segundo não faz afirmação taxativa nesse sentido, o que se justifica pelas explicações que faz logo em sequência na sua obra.

Para Inocêncio Galvão TELLES, não faz sentido discutir, na interação entre sucessão legítima e testamentária, qual das duas é regra e exceção, pelo menos no plano abstrato das normas jurídicas. Esse embate só faz sentido no plano concreto dos fatos, como uma questão estatística, variável em cada nação de acordo com o espaço e o tempo.

Encarando o problema como uma relação normativa, não há um confronto propriamente, dando origem a um direito geral e um direito excepcional. Trata-se, na realidade, de uma relação entre negócio jurídico e direito supletivo. O legislador, portanto, não entende que os interesses em jogo motivem a adoção de soluções imperativas, inflexíveis, inderrogáveis. Pelo contrário, nessa área a autonomia privada pode se projetar livremente. A disciplina em lei somente se aplica na ausência – acrescentam-se a invalidade e a ineficácia – de declaração de vontade.

Prossegue esclarecendo que a regulamentação da sucessão legítima não se presta a suprir pequenas lacunas presentes no ato de última vontade. Tal função é desempenhada por outras normas jurídicas que integram o regramento típico da sucessão testamentária, que não se relacionam com a sucessão legítima, modalidade sucessória autônoma que possui um campo de atuação próprio.⁴⁴

O raciocínio pode perfeitamente ser estendido ao sistema brasileiro, considerando os papéis idênticos exercidos por essas duas categorias no direito sucessório nacional. Há uma delimitação da incidência das regras da sucessão legítima na falta, mesmo que parcial, de disposição patrimonial a causa de morte. Nessa mesma linha, são aplicadas as normas da sucessão testamentária quando deixado testamento, incluindo regras específicas a respeito de omissões pontuais no referido ato – aqui se refere às *normas explicativas* de testamento, como algumas das regras presentes no Capítulo VI (“Das Disposições Testamentárias”) do Título III (“Da Sucessão Testamentária”) do Livro V (“Do Direito das Sucessões”) do Código Civil de 2.002 (v.g., o artigo 1.904 dispõe que se o testador nomeia mais de um herdeiro e não determina a quota de cada herdeiro, a parte disponível deve ser partilhada igualmente).

⁴⁴ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 111-114.

O que reforça a tese de que não existe exatamente uma contraposição nessa interação é a análise dos fundamentos de cada uma dessas figuras. Enquanto a sucessão testamentária prestigia o valor da autonomia privada, consubstanciado na liberdade de dispor, a sucessão legítima é mais neutra nesse aspecto, preocupando-se precipuamente com a necessidade de dar um destino ao patrimônio do falecido, a partir da ideia de uma vontade presumida do *de cuius*, na ausência de outra solução. A segunda franqueia uma ampla liberdade de atuação à primeira. Cuida-se, portanto, de uma coexistência pacífica, tanto no plano normativo, como no valorativo. Não existem maiores dilemas.

A relação entre as sucessões legítima e necessária já é diferente. Partindo do pensamento acima exposto, o legislador entende que os interesses em questão são tão relevantes que merecem respostas imperativas. Refere-se, por óbvio, ao instituto da legítima, quota da herança destinada obrigatoriamente aos herdeiros necessários. Todavia, o regulamento da sucessão necessária coincide em grande parte com o da sucessão legítima, em especial na escolha dos sucessores e na definição dos respectivos quinhões. Essa identidade demonstra uma aproximação axiológica das duas categorias.

A sucessão legítima, de um lado, possui como preocupação principal a destinação do patrimônio para assegurar a continuidade de parcela das relações jurídicas do *de cuius*, em atenção a uma vontade presumida calcada nas relações de família e de soberania. De outro, a sucessão necessária tem na sua própria essência a solidariedade familiar, que é suficiente para justificar o reconhecimento de soluções inderrogáveis pelo legislador.

Evidentemente no plano normativo não existe qualquer conflito, na medida em que a sucessão necessária tem caráter imperativo, em detrimento do viés supletivo da sucessão legítima, e também em virtude da igualdade parcial de regimes. No plano valorativo também não se vislumbra um choque, seja por uma qualidade neutra da sucessão legítima, seja pela influência dos vínculos de família em ambas, o que explica a afinidade dos estatutos. Desse modo, também há uma convivência harmoniosa nessa situação.

A última relação importante a ser estudada, no âmbito do direito nacional, é a travada entre sucessão testamentária e sucessão necessária. Esta, com natureza imperativa, pauta-se na ideia de solidariedade familiar, efetivada por meio da quota indisponível. Aquela possui como corolário – nada neutro – a autonomia privada, concretizada pela liberdade de dispor

dos próprios bens. Se no plano normativo é óbvio que a primeira prevalece, no valorativo é notada uma tensão de difícil conciliação.

Embora se admita atualmente a existência simultânea dessas duas figuras, inclusive na sucessão de uma mesma pessoa, como maneira de tentar prestigiar em um único sistema os distintos valores nos quais se fundam, percebe-se que essa convivência não é pacífica. E, ainda que reconhecido o triunfo da sucessão necessária sobre a testamentária no plano normativo, esse conflito também é sentido pela atuação enérgica de institutos como a doação inoficiosa e a redução das disposições testamentárias, que procuram garantir a transmissão da totalidade da legítima aos herdeiros necessários, sobre a vontade declarada do *de cujus*.

No fundo, tal questão se insere em problema mais amplo que permeia todo o direito civil, o constante embate entre *liberdade* – aqui representada pela sucessão testamentária – e *solidariedade* – traduzida pela sucessão necessária –, que repercute diretamente no nível de interferência estatal na vida dos particulares.⁴⁵ Em visão mais tradicional, reforça-se que a última força pode ser entendida como *limitação de ordem pública*. Pensando nesse plano mais abstrato, em todas as sociedades em que é necessário regulamentar o fenômeno sucessório, esse dilema entre liberdade e solidariedade deve ser enfrentado para se chegar à conclusão que atende de maneira mais adequada aos anseios sociais. Assim, as soluções

⁴⁵ Ana Luíza Maia NEVARES, em obra na qual defende uma releitura do testamento, a partir de um processo de funcionalização e socialização que influencia o direito civil brasileiro nos últimos tempos, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1.988, narra uma pouco como essa tensão entre liberdade e solidariedade tem se manifestado no sistema pátrio. A autora explica que o princípio constitucional da solidariedade (artigo 3º, I) impõe que as pessoas se ajudem mutuamente a conservar sua humanidade. Pressupondo que os indivíduos só existem inseridos em uma sociedade, “como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra, ser solidário significa defender os interesses do outro porque tais interesses são – direta ou indiretamente – os do defensor também: agindo pelo outro, a pessoa também age por si, porque todos têm os mesmos ou os mesmos interesses, ou porque estão expostos aos mesmos perigos ou mesmos ataques”. Dessa maneira, o princípio constitucional da solidariedade, utilizando as palavras de Maria Celina Bodin de MORAES, “identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados a garantir existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.

Sob um crescente influxo axiológico da solidariedade, destaca que o direito civil nacional, dominado há muito tempo pelo individualismo, necessita passar por uma releitura. Sustenta que os seus institutos centrais (contrato, propriedade, empresa, família, responsabilidade civil e sucessão *causa mortis*) devem sofrer influência recíproca das forças opostas da liberdade e da solidariedade, de maneira a concretizar a dignidade da pessoa humana. Como consequência dessa tendência, observa que muitos resultados já foram alcançados. No âmbito dos contratos, coloca em evidência a incidência dos princípios do equilíbrio das partes, da boa-fé objetiva e da função social. Na esfera dos direitos reais, ressalta as restrições aos poderes do proprietário, em decorrência da funcionalização da propriedade. No domínio da família, salienta a mudança da perspectiva como instrumento de promoção e desenvolvimento de seus membros, além do reconhecimento de outros modelos familiares. No plano da responsabilidade civil, acentua a intensificação dos critérios objetivos de responsabilização e o aprimoramento dos mecanismos de seguro social. No contexto da empresa, realça os valores constitucionais que informam a ordem econômica. Finalmente, no direito das sucessões, afirma que não houve tantas mudanças, o que deve ser providenciado pela doutrina. Cf. *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 03-10.

adotadas podem variar de acordo com o local e o tempo, conferindo maior ou menor importância para cada um desses valores. A delimitação do campo de atuação da sucessão testamentária e da necessária, nos sistemas que as consagram, tem grande relevância sob essa perspectiva.

Não obstante, apontam alguns autores que o choque entre essas forças no ramo das sucessões é ainda mais intenso nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, como é o caso do brasileiro. E isso se deve à própria gênese do direito sucessório nesses sistemas, que sofreu a influência histórica de povos com concepções e soluções diversas a respeito do fenômeno hereditário. No próximo tópico, com breves e genéricas menções históricas, será apresentado esse problema fundamental para uma melhor compreensão desse domínio.

1.6) O problema da solução de compromisso no direito sucessório

O direito das sucessões no Brasil, assim como nos demais países ocidentais, resulta de longínquas e divergentes origens. Antônio Junqueira de AZEVEDO explica que essa área do direito civil possui fortes raízes no direito romano – clássico e pós-clássico –, no qual preponderava a sucessão testamentária, de natureza individualista, mas recebe igualmente a influência do direito germânico, de marcante caráter comunitário, em oposição à autonomia da vontade. Além disso, acrescenta que, no decorrer da Idade Média, o direito sucessório também foi inspirado pelo direito canônico, de frágil equilíbrio interno entre as imposições religiosas de proteção à pessoa humana (com viés individualista) e à família (que procuram afirmar posições supraindividualistas).⁴⁶

No mesmo sentido, Washington de Barros MONTEIRO também ressalta que o direito sucessório moderno é o produto de um alongado conflito entre o direito romano e o antigo direito germânico, com alguma influência do direito canônico. O primeiro era marcado por um “absoluto respeito” à liberdade de testar, maior expoente do individualismo romano, ao ponto de ser considerada socialmente uma desgraça, uma vergonha falecer intestado. Em contrapartida, o segundo não contemplava a sucessão testamentária, devendo a destinação

⁴⁶ Cf. A. J. DE AZEVEDO, *O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário*, in *Revista da Faculdade de Direito* 95 (2000), p. 273.

dos bens seguir exclusivamente o vínculo sanguíneo. A partir da fusão desses elementos, é possível vislumbrar as figuras dos herdeiros testamentários e legítimos. O terceiro influenciou a formação do direito das sucessões com a introdução do instituto da representação.⁴⁷

Ainda nesse contexto, Emilio BUSSI destaca que o conflito entre os elementos romano e germânico se fez muito presente na gênese da sucessão *causa mortis*, na medida em que os dois modelos partiam de concepções contrárias de família e de relação jurídica sucessória. O direito germânico reconhecia só os herdeiros de sangue, então chamados de *Bluterbe*, não podendo o autor da herança dispor de seus bens por ato de última vontade, enquanto o direito romano, em sentido oposto, reconhecia uma liberdade de testar absoluta. Aquele restringia a sucessão a somente alguns bens, relacionados aos deveres do sucessor, ao passo que esse a ampliava para todo o patrimônio do *de cuius*. Assevera, porém, que o intérprete também deve considerar a influência de um terceiro fator, o direito canônico.⁴⁸

A partir dos comentários feitos pelo autor acima mencionado, Antônio Junqueira de AZEVEDO conclui que dessa complexa combinação de elementos diversos nasceu um conjunto de normas que, para qualquer estudioso do *espírito* do direito das sucessões, representa uma verdadeira *solução de compromisso*, no sentido de que o atual direito sucessório não é nada mais do que um compromisso entre sistemas e princípios dispares.

Particularmente no direito brasileiro, o jurista enumera as seguintes oposições como manifestações dessas soluções de compromisso: liberdade de testar, decorrência da autonomia da vontade, e legítima dos herdeiros necessários, representando a proteção da família; ideia de função social econômica, que procura assegurar a unidade do bem após a morte, e regra da partilha de bens, impondo a divisão destes; herdeiro, entendido como sucessor universal e continuador das relações jurídicas do falecido, e legatário, encarado como um mero recebedor de bens específicos.⁴⁹

Esse é o entendimento de Gustav RADBRUCH, para quem o direito das sucessões, assim como o direito de propriedade, ergue-se sobre a noção de um equilíbrio preexistente entre interesses individuais e sociais. Variando em cada coletividade, caminham lado a lado

⁴⁷ Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), pp. 04-05.

⁴⁸ Cf. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: contratti, successioni, diritti di famiglia*, Padova, Cedam, 1971, p. 113.

⁴⁹ Cf. A. J. DE AZEVEDO, *O espírito de compromisso* cit. (nota 47 supra), pp. 274-275.

os interesses do autor da herança, manifestado por intermédio de ato de última vontade, e o da família, base da herança *ab intestato* – como analisado acima, prefere-se sustentar que é o alicerce da sucessão necessária.

Prossegue o seu raciocínio com a constatação de que a análise da natureza ilusória dessa hipótese e o esforço por alcançar uma garantia autêntica para a função social pouco penetraram o direito sucessório, menos ainda do que se observa no direito de propriedade. Isso porque o direito das sucessões, nos dias de hoje, é um “compromisso pouco claro entre sistemas e princípios opostos”, unindo formas bastante diversas de heranças (liberdade de testar e herança *ab intestato*, partilha de bens e aglomeração forçosa da herança) e misturando finalidades individuais, sociais e familiares, as últimas ora mais individualistas, ora mais supraindividualistas, de acordo com a concepção de família vigente.⁵⁰

Um dos temas mais importantes, provavelmente o mais relevante, que envolve uma solução de compromisso nesse campo do direito civil é a concorrência da liberdade de testar, desdobramento da liberdade de dispor e expoente da autonomia privada na sucessão *causa mortis*, e da legítima, instituto pelo qual se prestigia a solidariedade familiar nesse campo – também pode ser encarada, em visão mais tradicional, simplesmente como uma limitação de ordem pública imposta pelo sistema jurídico. A relação entre essas duas facetas é sempre uma questão essencial para a caracterização do direito sucessório de um determinado povo. Afinal, trata-se da medida de intervenção sobre a vontade do autor da herança e de tutela dos familiares mais próximos dele.

Historicamente, constata-se uma forte tensão entre essas duas forças, ora pendendo para um lado, ora para outro. É o que descreve genericamente Eduardo de Oliveira LEITE a respeito do direito europeu, em que muito se discutiu a possibilidade de restrição ao direito de testar. Inicialmente, prevaleceu a ideia romana clássica, calcada no poder absoluto que possuía o *paterfamilias* no âmbito da família romana, de que o testador teria uma liberdade ilimitada para dispor de seus bens por ato de disposição *causa mortis*. Essa orientação, no entanto, raramente se concretizou de forma absoluta nos diferentes ordenamentos europeus, coexistindo com o sistema da legítima – ou algum sistema análogo –, mediante a imposição de que certos parentes do *de cuius* participassem obrigatoriamente da sua sucessão.

⁵⁰ Cf. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, trad. port. de M. HOLZHAUSEN, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 230.

Assim, conclui o autor que persiste no direito sucessório a polêmica entre liberdade de testar e legítima, no mínimo em relação à delimitação do campo de atuação de cada uma. Adverte que as duas posições “se encastelam em argumentos radicais e não abrem exceção a qualquer hipótese, que porventura, minimize a proposta inicial em uma ou outra direção”. Em síntese, os partidários do princípio da legítima invocam como argumentos o arbítrio do testador ao excluir seus familiares mais próximos da sucessão e a própria tutela da família. Os adeptos do princípio da liberdade de testar demonstram preferência pela opção feita pelo testador em detrimento de uma escolha estabelecida pelo legislador.⁵¹

1.7) A justa causa e o problema da solução de compromisso

A sucessão *causa mortis*, justificável nas sociedades que consagram a propriedade individual, constitui objeto de análise do direito das sucessões. A classificação da sucessão em relação à fonte de vocação hereditária demonstra que cada uma das espécies ou subespécies dela decorrentes tem uma finalidade e, por consequência, pode prestigiar um diferente valor do sistema.⁵²

Em uma análise axiológica, a sucessão legítima é mais neutra, vez que possui como preocupação precípua definir um destinatário para o patrimônio do *de cuius*, com base em uma vontade presumida definida pelo legislador, possibilitando a continuidade de parcela das relações jurídicas das quais era titular. A sucessão necessária, por sua vez, procura garantir a solidariedade familiar no âmbito do direito sucessório ou, em uma visão mais tradicional, assegurar a ordem pública. A sucessão testamentária, por fim, consagra a liberdade de dispor dos próprios bens, reflexo da autonomia privada.

Essas variadas modalidades coexistem e podem, nos dias atuais, concorrer até mesmo na sucessão de um mesmo indivíduo. A análise das relações entre elas evidencia que não há maiores conflitos entre a sucessão legítima e as demais. Constata-se, porém, uma tensão na interação entre a sucessão necessária e a testamentária, em função dos valores diversos nos

⁵¹ Cf. E. DE O. LEITE, *Do Direito das Sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*, in S. DE F. TEIXEIRA, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., vol. 21, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 266.

⁵² Nesse ponto, cabe recordar que, em função da vedação aos pactos sucessórios (artigo 426 do Código Civil de 2.002), o direito sucessório brasileiro não comporta a sucessão contratual, motivo pela qual essa categoria não será aprofundada no presente trabalho.

quais se baseiam. Esse choque é sentido mais intensamente nos sistemas de origem romano-germânica, nos quais o direito sucessório se apoia desde sua gênese em princípios opostos, o que, conforme se viu, chama-se de solução de compromisso.

Um dos pontos de divergência no direito das sucessões é a oposição entre liberdade de testar e legítima, intimamente relacionadas, respectivamente, à sucessão testamentária e à sucessão necessária. A questão é importante para traçar um perfil do direito sucessório de um determinado povo, pois delimita o campo de atuação da vontade do testador e a proteção dedicada aos seus familiares mais próximos. A justa causa exigida pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 se insere exatamente nesse contexto.

Como informado na introdução do presente trabalho, o estabelecimento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima é uma peculiaridade do direito pátrio. Naturalmente essa possibilidade amplia a liberdade do testador e, em contrapartida, resulta na restrição sobre os bens que compõem a reserva. O requisito da justa causa procura limitar essa situação no sistema, reduzindo a liberdade de testar e reforçando a tutela da legítima.

Todavia, o artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 nada dispõe a respeito de parâmetros para delimitar o que configura essa justa causa. Considerando a existência de valores conflitantes no coração do direito sucessório, parte-se do pressuposto de que o intérprete deve tomar uma postura para chegar a uma resposta nesse caso. Antes disso, porém, imperioso se faz apresentar algumas noções gerais sobre a legítima, expor os argumentos favoráveis e contrários a tal instituto, traçar um perfil geral do direito sucessório brasileiro, explicar o princípio da intangibilidade da legítima e as limitações que ele comporta, com destaque especial para as cláusulas restritivas de propriedade.

2 – A LEGÍTIMA E O PERFIL DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA BRASILEIRO

2.1) Noções gerais sobre a legítima no direito brasileiro

O legislador estabelece que os familiares mais próximos do *de cuius* devem participar obrigatoriamente da sua sucessão, recebendo uma parcela da herança deixada, em atenção à solidariedade familiar. Essa fração hereditária reservada pela lei aos integrantes do grupo familiar mais restrito do falecido – instituto central da sucessão necessária, como analisado no capítulo anterior – recebe normalmente o nome de *legítima* ou *reserva*.

Explica Orosimbo NONATO DA SILVA que o primeiro desses termos advém de se tratar de disposição prevista em lei, de operar-se a devolução hereditária por força de lei, ao passo que o segundo decorre da retirada de uma quota patrimonial do poder de dispor do testador, com destinação assegurada a certas pessoas.⁵³

Além desses dois nomes, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA utiliza *quota necessária*, por entender que legítima se ajusta melhor à *portio debita* do direito romano e reserva se amolda à transmissão no vetusto direito germânico costumeiro. Embora as duas últimas figuras tenham sido fonte de inspiração à primeira, não há confusão entre elas, cada uma possui características próprias.⁵⁴ Cabe observar, nesse aspecto, que a combinação entre os fatores romano e germânico na gênese do instituto em análise não abala conclusão anterior no sentido de que a destinação obrigatória de uma parte da herança a determinados herdeiros busca concretiza a solidariedade familiar no âmbito do direito sucessório.

Outra expressão também empregada pela doutrina nacional é *quota indisponível*, em uma clara contraposição à ideia de uma quota disponível, parcela restante da herança a qual pode o autor da sucessão dar o destino que bem entender. Logo adiante também serão feitas algumas considerações a respeito dessa fração hereditária.

⁵³ Cf. O. NONATO DA SILVA, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1957, pp. 356-357.

⁵⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos Testamentos*, vol. 4, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1935, pp. 55-68. Também sobre as origens romanas e germânicas da legítima: M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), pp. 71-83.

Por tradição legislativa, o termo legítima é o mais corriqueiro no direito brasileiro, adotado nas codificações de 1.916 e 2.002. Apesar disso, os demais nomes apresentados podem ser usados como sinônimos, até porque não existe a concorrência de categorias distintas como em outros sistemas.⁵⁵ O trabalho segue essa diretriz, preferindo a denominação legítima, porém utilizando as outras com o mesmo significado.

Nas palavras de Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA, legítima “é a porção de herança que o testador não pode dispor por ser, pela lei, reservada aos herdeiros necessários”.⁵⁶ Claudio Luiz Bueno de GODOY, também com realce à restrição imposta ao testador, a define como “a parte da herança subtraída à liberdade de testar do *de cuius* porque, de maneira forçada, se transmite aos herdeiros por isso dito necessários”.⁵⁷

A legítima é reservada por lei aos familiares mais próximos do morto, chamados de herdeiros *necessários* ou *forçados*, pois não podem ser afastados da sucessão, salvo por indignidade ou deserdação, como analisado adiante. Convém ressaltar que essa nomenclatura não remete ao direito romano, no qual certos sucessores não podiam recusar a herança deixada pelo sucedido. A legítima, nos dias correntes, retira a liberdade de testar, não a de repudiar. Todos os convocados a suceder têm a faculdade de renunciar a herança.⁵⁸

Esses herdeiros ainda recebem o nome de *reservatários*, em óbvia alusão à reserva, e *legitimários*, em referência à legítima. Para esclarecer, a sucessão relativa à quota necessária também é chamada de sucessão legitimária, enquanto a sucessão legítima diz respeito à sucessão intestada. Assim, a expressão herdeiros legítimos é empregada para os herdeiros que fazem parte da sucessão legítima.

No âmbito do direito brasileiro, o Código Civil de 2.002, seguindo a terminologia do Código Civil de 1.916, consagrou a locução herdeiro necessário. Clóvis BEVILÁQUA, autor do Anteprojeto que deu origem ao diploma anterior, informa que optou por essa denominação por ser “a mais expressiva”, visto que tais sucessores não podem ser privados dessa

⁵⁵ Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS informa que na Espanha, por exemplo, reserva não é sinônimo de legítima, vez que a primeira é constituída somente pelos bens de que não pode dispor o bínubo ou aquele que os adquiriu onerosamente de ascendente ou irmão. Cf. *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), p. 350.

⁵⁶ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), p. 626.

⁵⁷ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 727.

⁵⁸ Cf. I. G. TELLES, *Direito das Sucessões* cit. (nota 8 supra), pp. 82-84; C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), pp. 336-337.

fração patrimonial, salvo em casos excepcionais e na forma da lei.⁵⁹ Detêm essa qualidade por previsão em texto de lei os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (artigo 1.845 do Código Civil de 2.002). Cabe assinalar que o último deles não estava presente na lista de herdeiros necessários na codificação revogada (artigo 1.721 do Código Civil de 1.916), mas foi incluído com o advento do código vigente.⁶⁰

Constata-se, ainda, importante controvérsia doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro acerca da condição do companheiro como herdeiro necessário. A tutela legislativa da união estável é relativamente nova, com destaque para as Leis nº 8.971 de 1.994 e 9.278 de 1.996, as primeiras dedicadas especificamente à matéria e com algumas disposições sobre um regime sucessório próprio para o companheiro sobrevivente. Entretanto, nenhuma delas o colocou na posição de herdeiro necessário, o que era esperado, na medida em que sequer o cônjuge ostentava tal qualidade na época.

O Código Civil de 2.002 trouxe um novo regime sucessório para o companheiro no artigo 1.790, prevendo explicitamente sua participação na sucessão (“A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro...”), embora não tenha o incluído no rol de herdeiros necessários do artigo 1.845, de natureza taxativa por se tratar de norma restritiva ao direito do testador de dispor de seus bens por ato de última vontade, desdobramento da autonomia privada. Diante da complicada conciliação entre esses dois dispositivos, aliada à nova posição do cônjuge como herdeiro necessário – em um cenário ainda marcado pela construção de um arcabouço teórico para a união estável, com constantes comparações ao casamento –, surgiu a referida discórdia no tocante à situação do companheiro.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal recentemente, em 10 de maio de 2.017, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nº 646.721/RS e 878.694/MG, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2.002. A maioria dos Ministros entendeu, em síntese, que o tratamento legislativo diferenciado entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória não encontrava respaldo na Constituição Federal de 1.988, vez que desrespeitava a igualdade e impunha uma hierarquia entre os diversos modelos familiares tutelados constitucionalmente, além de implicar retrocesso em relação à legislação anterior,

⁵⁹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 6, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1919, p. 172.

⁶⁰ Clóvis BEVILÁQUA acrescenta que havia incluído no seu esboço o cônjuge no rol de herdeiros necessários, porém a Comissão Revisora da Câmara seguiu orientação diversa, de maneira que passou a ostentar a qualidade de mero sucessor legítimo. Cf. *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 180.

estendendo os efeitos do estatuto sucessório do cônjuge para o companheiro.⁶¹ Mesmo sem o reconhecimento expresso da condição de herdeiro necessário, levando em consideração a equiparação do regime e principalmente os fundamentos utilizados pela Corte na ocasião, entende-se que a celeuma está superada, fazendo parte desse grupo também o companheiro.

Nesse ponto, cabe acrescentar que, como apontado no capítulo antecedente, o rol de herdeiros necessários coincide parcialmente com o de herdeiros legítimos (artigo 1.829 do Código Civil de 2.002). Todos os herdeiros necessários são igualmente legítimos, contudo a recíproca não é verdadeira. Dessa maneira, como já ocorria no código anterior, os colaterais até o quarto grau do *de cuius* são sucessores legítimos, mas não necessários.⁶²

Por consequência, para excluir os colaterais da sucessão basta não os contemplar em ato de última vontade (artigo 1.850 do Código Civil de 2.002, correspondente ao artigo 1.725 do Código Civil de 1.916). Ou seja, caso o falecido não tenha deixado herdeiros necessários, nem disposto por testamento de seu patrimônio, toda a herança será destinada aos colaterais mais próximos. Se nas mesmas circunstâncias deixa ato *causa mortis* em favor de outrem, os colaterais estão automaticamente afastados de sua sucessão.

A legítima é amplamente admitida nos direitos de origem romano-germânica, mas a parcela da herança a ela correspondente varia bastante em cada sistema. Afinal, a sua delimitação é uma opção legislativa em cada sociedade, tratando-se de questão essencial para definir o grau de liberdade e o nível de interferência estatal nesse domínio.

Em uma análise mais geral, nota-se que a legítima pode ser estabelecida de maneira fixa ou variável. No primeiro caso, será sempre a mesma fração da herança, independentemente da qualidade, da quantidade ou da concorrência de herdeiros necessários convocados

⁶¹ Tendo em vista que os recursos foram julgados com repercussão geral, nos termos do artigo 987, § 2º, do Código de Processo Civil de 2.015 (Lei nº 13.105) foi elaborada a seguinte Tese para os Temas 498 (Recurso Extraordinário nº 646.721) e 809 (Recurso Extraordinário nº 878.694): “É inconstitucional a distinção dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/02, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quando nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/02”.

⁶² “CIMBALLI (*Nuova fase*, ns. 176 e segs.) formula o voto de que os irmãos e outros collaterales mais proximos tenham, tambem, uma reserva. Seria, diz elle, a expressão dos mais altos principios de equidade e de justiça, ao mesmo tempo. E, se o direito impõe entre os irmãos, o dever de prestar alimentos (art. 398), não seria inovação extranhavel a reserva em favor deles. Assim me pareceu e o declarei (*Direito das Sucessões*, § 85). Mas, attendendo a que a solidariedade da familia não é tão forte entre irmãos, ao preparar o *Projecto primitivo*, não propuz a indicada reforma”. Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 180.

Além dessa perspectiva, em observância à solução de compromisso que marca o direito sucessório brasileiro, cabe acrescentar que essa opção procura prestigiar a autonomia privada, ao entregar a decisão de deixar os bens para colaterais para o testador.

a suceder. Na segunda hipótese, a porção reservada aos herdeiros forçados pode variar em conformidade com esses fatores.

O direito português, por exemplo, adota o sistema flexível. O cônjuge tem direito à metade da herança, desde que não concorra com descendentes e ascendentes, situações em que a legítima será de dois terços. Não existindo cônjuge, será de metade, se houver apenas um filho, ou de dois terços, se houver mais de um filho, com a possibilidade de extensão aos outros descendentes de graus mais remotos proporcionalmente ao que receberiam os filhos. Na ausência de cônjuge e descendentes, os ascendentes são herdeiros forçados de um terço a metade da herança, de acordo com o grau dos ascendentes que participam da sucessão (artigo 2.158 a 2.161 do Código Civil Português).

Esse também é o modelo seguido pelo direito francês. Se houver apenas um filho, a legítima será de metade da herança; dois filhos, dois terços; três ou mais filhos, três quartos. O raciocínio se estende aos demais descendentes, com a contagem feita por ramos. Na falta de descendentes, a legítima do cônjuge será de um quarto (artigos 913, 913-1 e 914-1 do Código Civil Francês). Por alteração imposta pela Lei 2.006-728, de 23 de junho de 2.006, os ascendentes não são mais considerados herdeiros necessários por lá.

Do mesmo modo, o direito italiano utiliza a técnica variável. Existindo só um filho, a legítima corresponderá à metade da herança, fração elevada a dois terços na presença de outros filhos ou de cônjuge. À míngua de descendentes, o cônjuge sobrevivente tem garantido seu direito à metade da herança, ainda que concorrendo com ascendentes, que recebem um quarto. Se não houver cônjuge e descendentes, os ascendentes devem ser herdeiros de um terço do patrimônio (artigos 537, 538, 540, 542 e 544 do Código Civil Italiano).

Diferentemente dos três exemplos, o direito brasileiro consagra o modelo invariável da legítima, que em qualquer caso equivale à metade da herança (artigos 1.789 e 1.846 do Código Civil de 2.002). Essa era a diretriz presente na codificação anterior (artigos 1.576 e 1.721 do Código Civil de 1.916)⁶³ e introduzida no direito pátrio pelo artigo 2º do Decreto

⁶³ Clóvis BEVILÁQUA informa que o seu Projeto previa a legítima em dois terços da herança, assim como nas Ordenações Filipinas, porém a Comissão Especial da Câmara reduziu essa porção para metade, reproduzindo a orientação presente no Decreto nº 1.839 de 1.907. Cf. *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 171.

Em sessão realizada no dia 03 de agosto de 1.901, os Deputados Adolpho Gordo e Fausto Cardoso apresentaram emenda ao então artigo 1.901 do projeto para suprimir as palavras "... mas se houver herdeiros necessários, o testador não poderá dispôr de mais do que a terça da herança", com o objetivo de eliminar a legítima do direito brasileiro e permitir uma liberdade de testar irrestrita. Essa ideia encontrou adesão por parte de alguns

nº 1.839 de 1.907, conhecido como Lei Feliciano Penna, em homenagem ao seu idealizador – o mesmo que inovou ao prever a possibilidade de instituição de cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre tal parcela patrimonial, conforme analisado detalhadamente abaixo. Antes disso, a legítima correspondia a dois terços da herança, nos moldes estabelecidos pelas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título LXXXII).

De um lado, o sistema da legítima variável (ou flexível) normalmente é considerado mais justo, por contemplar uma série de soluções para diferentes ocasiões. Em contrapartida, provoca maiores dificuldades ao intérprete para definir a partilha dos bens. De outro lado, o sistema invariável (ou inflexível) pode não ser o mais justo, mas simplifica bastante a atividade do aplicador das normas sucessórias, eliminando uma gama de problemas existentes nos sistemas que adotam o modelo oposto.⁶⁴

Claudio Luiz Bueno de GODOY destaca que, ao contrário do que fazia o artigo 1.722 do Código Civil de 1.916, a atual legislação brasileira não calcula mais a legítima como uma sobra da parte disponível, seguindo o caminho oposto, ao priorizar a delimitação da reserva e extrair a quota disponível do restante. Essa operação envolve a identificação do patrimônio líquido, com o desconto dos débitos em nome do morto, além das despesas de seu funeral, acrescentando ao final, após a divisão pela metade, os valores que devem ser colacionados

dos membros da Comissão, surgindo uma nova proposta de emenda para que a redação do dispositivo fosse substituída pela do artigo 1.398 do Projeto de Código Civil de Felício dos Santos: “Só terá logar a sucessão legítima faltando a testamentaria”. A última proposta foi ofertada pelos Deputados Alfredo Varella, F. Alencastro, Campos Cartier, Barbosa Lima e Soares dos Santos, que defenderam a plena liberdade de testar, em resumo, com os seguintes argumentos: (a) a legítima viola a liberdade e a plenitude da propriedade, da qual faz parte o direito de testar, sendo cabíveis somente as limitações previstas em texto constitucional; (b) a reserva perturba a economia política, uma vez que a mutilação afeta a unidade produtiva da lavoura e da indústria, especialmente em um país com capital incipiente como o Brasil; (c) a lei natural impõe aos pais o dever de criar os seus filhos, não de fazê-los herdeiros, podendo o Estado se organizar de maneira diversa. Cf. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados*, vol. 2, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 370 e 375-376.

Contudo, o Deputado Alfredo Pinto, designado relator para o Livro IV (“Direito das Sucessões”), apresentou parecer contrário à liberdade ilimitada, mas propôs a redução da legítima para metade da herança. Cf. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados*, vol. 3, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 165-167.

Na 22ª Sessão Extraordinária, de 04 de janeiro de 1.902, por maioria, a Comissão aprovou a proposta do Deputado Alfredo Pinto para fixar a legítima em metade da herança do de cujus. Cf. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados*, vol. 6, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, p. 535.

⁶⁴ “No direito brasileiro, metade necessária e metade disponível são quantidades invariáveis. Cada uma corresponde a metade da herança. Não se tem a legítima necessária conforme o número de filhos, o que, *de iure condendo*, sugeríamos (*Tratado dos Testamentos*, IV, 79). Em França, a variabilidade cessa além do quarto filho. Todavia, o fracionamento invariável, que às vezes é injusto, simplifica pelo afastamento de questões que se levantem no direito francês”. Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 216.

pelos herdeiros necessários. Ressalva o referido autor, ainda, a necessidade de separação da meação do cônjuge (artigo 1.847 do Código Civil de 2.002).⁶⁵

A transmissão hereditária dos bens e direitos deixados só ocorre depois da satisfação de todos os credores do *de cuius*, ou seja, é necessária a existência de um patrimônio líquido positivo. Apesar dos gastos com funeral não serem obrigações assumidas pelo falecido em vida, por expressa previsão legal devem sair do monte mor (artigo 1.998 do Código Civil de 2.002), o que se deve a motivos de piedade e de ordem social, com preferência até mesmo sobre as dívidas em nome do morto.⁶⁶

A colação, por sua vez, é um instituto que tem por objetivo assegurar a igualdade das quotas da legítima dos herdeiros necessários. Os descendentes têm a obrigação de trazer ao inventário os valores das doações que receberam do ascendente em vida, que configuram adiantamento de legítima, exceto se houver expressa dispensa no instrumento da liberalidade, situação em que os bens doados são considerados retirados da parcela disponível e é eliminada a igualdade. Como esse acréscimo ocorre somente em seguida à segmentação do patrimônio em partes iguais, a porção legítima pode superar a parcela disponível (artigos 2.002 a 2.006 do Código Civil de 2.002).

O restante da herança compõe a chamada parte disponível. Reproduzindo mais uma vez as lições de Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA, a “*quota disponível é a porção da herança, constituída da metade dos bens do testador, ao tempo da sua morte, e sôbre a qual êle tem ampla liberdade de disposição*”.⁶⁷ No direito brasileiro, era de um terço, nos termos das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título LXXXII),⁶⁸ e passou a ser de metade, a partir da Lei Feliciano Penna em 1.907 e, atualmente, em conformidade com a disposição constante do artigo 1.789 do Código Civil de 2.002.

⁶⁵ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 729.

⁶⁶ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 173.

⁶⁷ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), p. 629.

⁶⁸ A parte disponível era conhecida como “terça” no direito brasileiro por influência portuguesa. Isso porque, seguindo a lição de Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, manteve-se inalterada por séculos em um terço dos bens na Península Ibérica em razão da influência muçulmana na região. Chegou a estar presente nessa proporção no Código Civil de 1.867 de Portugal, quando os herdeiros necessários eram descendentes ou pais (artigo 1.784, § único), subindo para metade quando os herdeiros necessários fossem outros ascendentes (artigo 1.787). No âmbito do sistema luso, ainda, a quota disponível passou a corresponder a metade ou dois terços da herança com uma lei de 1.910 e no Código Civil de 1.966 passou a variar em conformidade com o número de herdeiros necessários, como explicado acima. Cf. *A Liberdade de Testar e a Quota Legitimária no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 19-20.

Em suma, o autor da herança pode dispor da parcela disponível para quem quiser e como bem entender. No entanto, uma lei portuguesa de 9 de setembro de 1.769 determinou que a fração em questão devia ser destinada obrigatoriamente a algum dos herdeiros necessários, o que foi considerado uma limitação abusiva à liberdade do testador e provocou uma rápida reação, com a entrada em vigor de uma lei em 17 de julho de 1.778, extirpando essa anomalia histórica do sistema.⁶⁹

O testador pode destinar a parte disponível a estranhos, herdeiros legítimos ou herdeiros necessários. Na última hipótese, se a totalidade dessa parcela patrimonial é deixada somente para um herdeiro necessário, não há ofensa aos direitos dos demais, que só podem exigir o recebimento dos quinhões da reserva garantidos por lei (artigo 1.849 do Código Civil de 2.002, correlato ao artigo 1.724 do Código Civil de 1.916). Essa faculdade permite o autor do ato de última vontade a corrigir eventuais distorções provocadas pela distribuição prevista em lei, concedendo fração hereditária maior a filho enfermo, menos bem sucedido que os irmãos, mais digno no modo de proceder ou por quem nutrisse mais afeto.⁷⁰

⁶⁹ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 630-631.

A referida modificação ocorreu no contexto histórico de uma forte reação contra a sucessão testamentária em Portugal. Nesse sentido, Mario Júlio de ALMEIDA COSTA aponta que a evolução lusa é marcada por uma ampla liberdade de testar, identificando nesse percurso apenas um breve hiato com as leis do Marquês de Pombal da segunda metade do Século XVIII, “como produto de um reformismo abstracto, quer dizer, fora da tradição do País, que não sobreviveria à morte política do seu responsável”. Esse movimento é entendido pelo autor como tentativa de consagrar os princípios da Escola Racionalista do Direito Natural e influência das “nações modernas e civilizadas” da Europa, sobretudo a Alemanha. Essa alteração pode ser vislumbrada em quatro leis principais. A primeira, de 25 de junho de 1.766, limitou consideravelmente a faculdade de testar ao considerar nulo o ato de última vontade feito durante doença grave, salvo se contemplasse os parentes mais próximos do autor do testamento, assim como as disposições que beneficiassem quem redigiu o ato, os parentes até quarto grau deste e a ordem religiosa a que pertencesse. Embora o pretexto fosse garantir uma manifestação de vontade autêntica, percebe-se que a finalidade era a proteção dos familiares mais próximos pela via da sucessão legítima e legitimária. Tal objetivo fica claro com a segunda lei, de 9 de setembro de 1.769, agravando a restrição sobre a liberdade de testar com o aumento dos direitos dos herdeiros legitimários, incluindo os colaterais até quarto grau em conformidade com a contagem feita no direito canônico. O diploma em apreço restabeleceu a distinção medieval entre bens de “avoenga”, herdados da família, e de “ganhadia”, adquiridos a outro título, e reviveu o instituto visigótico da “melhora”, que consistia justamente na existência de uma terça parte de livre disposição dentro da quota indisponível, cabendo ao testador exclusivamente premiar um sucessor forçado em detrimento do outro. O autor destaca que esse instrumento nunca foi aplicado em Portugal, ao contrário da Espanha, e que a reforma representava uma ruptura com o sistema vigente há pelo menos quatro séculos no país, segundo o qual a legítima correspondia a dois terços e apenas descendentes e ascendentes eram herdeiros necessários. As outras duas leis, de 17 de agosto de 1761 e 4 de fevereiro de 1765, excluía da sucessão dos pais as filhas das casas nobres que concorressem com irmãos, mais uma medida que não tinha amparo na tradição do direito lusitano, embora houvesse o precedente da sucessão nos bens de morgado. Afirma o jurista que essa mudança especificamente tinha o intuito de formar uma aristocracia forte e abastada para servir o rei, advertindo que o direito sucessório constitui, em qualquer tempo, um meio pelo qual o legislador pode concretizar de maneira eficaz e sutil projetos políticos de naturezas variadas. Não se trata de campo jurídico isento de influências ideológicas, como comprova a história. Cf. *A Liberdade de Testar* cit. (nota 68 supra), 1997, pp. 10-13.

⁷⁰ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 179.

Como se afirmou anteriormente, a legítima é um instituto no mínimo controverso, seja por sua interferência na vontade do testador, seja por seu papel na tutela dos interesses familiares. Recorrendo a diferentes campos do conhecimento, diversos são seus detratores, outros tantos são seus defensores, em discussão que praticamente se resume a um embate entre liberdade de testar e reserva, com cada lado sustentando um maior espaço de atuação para cada uma dessas forças no direito das sucessões. No tópico seguinte, serão expostos e analisados alguns dos principais argumentos relativos a esse debate, para traçar na sequência um perfil geral sobre o direito sucessório brasileiro, à luz do tenso equilíbrio existente entre esses fatores.

2.2) Argumentos acerca da legítima

São antigas as objeções à intervenção do legislador no ramo do direito das sucessões, não sendo difícil encontrar adeptos, especialmente em tempos mais remotos, de uma ampla e irrestrita liberdade de testar. Nesse sentido, a doutrina francesa menciona com frequência às críticas à reserva lideradas pelo economista Pierre-Guillaume-Frédéric LE PLAY. Henri, Jean e Léon MAZEAUD e Michel de JUGLART destacam que os seguidores dessa linha viam no princípio da igualdade sucessória, com origem na Revolução e do Código de Napoleão, a razão da ruína da família e da queda da taxa de natalidade. Os autores criticam essa teoria por fazer tábua rasa da história e de costumes enraizados na sociedade francesa, sendo raros os casos em que os pais diferenciariam seus filhos, além de que seria chocante imaginar uma relação paterna movida por interesse em remuneração e receio de deserdação.⁷¹

Louis JOSSERAND acrescenta que adeptos da tese de LE PLAY entendiam a limitação imposta pela legítima não como algo favorável, mas contrário ao espírito da família, sendo necessário restaurar a autoridade paterna com a concessão do poder de dispor dos bens, ainda que fosse para destinar a totalidade da herança somente para um filho. Ademais, vislumbravam na reserva um fator de inibição do espírito de iniciativa, ressaltando a prosperidade da Inglaterra – onde prevalece até os dias correntes a liberdade de testar – em detrimento do grande número de pensionistas existentes na França.

⁷¹ Cf. H. MAZEAUD – J. MAZEAUD – L. MAZEAUD – M. DE JUGLART, *Leçons* cit. (nota 29 supra), pp. 162-163.

O autor acima mencionado entende que essas ideias são exageradas. Sustenta que a liberdade de testar seria excelente se fosse sempre exercida com sabedoria, porém a experiência demonstra que não é raro um filho ser premiado sem merecimento, tornando-se uma fonte de injustiças e abusos. A distinção entre filhos, ainda, pode criar tal diferença capaz de fazer um filho rico e outro pobre. Ademais, observa que todas as legislações europeias, com exceção da Grã-Bretanha, adotam em alguma escala o modelo da reserva.⁷²

Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS anota que para alguns partidários da ampla liberdade de testar, discípulos de MONTEQUIEU e STUART MILL, há o direito de dispor de um lado e somente a faculdade de receber do outro, de modo que a legislação só deve se ocupar de suprir a ausência de manifestação do *de cuius*. Além disso, a propriedade não é mais familiar, é individual, não se justificando a sucessão dos parentes do falecido.

Outro argumento assinalado pelo autor é o de que os pais devem se preocupar em fornecer aos seus filhos o necessário para se consolidar na vida, e não deixar uma enorme fortuna, que pode inibir o trabalho e estimular a ociosidade. O seu dever perante a sociedade é o de arcar apenas com os gastos essenciais para a sobrevivência da prole, evitando o aumento do número de abandonados e delinquentes. Habitua-la com uma vida luxuosa que não possa manter depois só lhe causará sofrimento no futuro.

Aponta, ainda, que é socialmente útil uma liberdade de dispor por ato *causa mortis* irrestrita, na medida em que possibilita ao testador destinar unidades produtivas aos mais aptos, com o encargo de auxiliar os demais. O fracionamento do patrimônio dificulta a administração e a produção de riquezas. Uma liberdade nesses moldes colabora também para a proliferação de fundações e entidades beneficentes. Chega-se a sugerir que seja restringida a faculdade de receber gratuitamente, não o direito de dispor.⁷³

Em âmbito nacional, houve na tramitação do Código Civil de 1.916 uma tentativa de introdução de uma liberdade de testar ilimitada.⁷⁴ Um dos líderes desse movimento, COELHO RODRIGUES, afirmava, em síntese, que: (a) os progenitores têm a obrigação de criar e educar os filhos, depois disso se alguém deve é o filho; (b) se o pai quer contribuir com mais, deve

⁷² Cf. L. JOSSERRAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 3, 2ª ed., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, pp. 917-921.

⁷³ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), pp. 340-342.

⁷⁴ Vide nota 63 supra.

fazê-lo por vontade própria, não por obrigação legal, não se impõe prova de amor; (c) o pai é o melhor juiz dos méritos dos seus filhos do que o legislador; (d) tornar o filho um credor do pai desmoraliza a autoridade paterna e corrompe a juventude com luxo; (e) a limitação dessa faculdade reduz o estímulo ao trabalho, o aperfeiçoamento da produção e a economia; (f) a deserdação é um instrumento difícil, falho e escandaloso, por obrigar o testador a expor os problemas dos seus parentes; (g) a restrição incentiva o consumo de todo o patrimônio em vida; (h) o único dever aceitável é o de prestar alimentos a menores, enfermos e idosos; (i) conter o poder do testador não se coaduna com o regime livre e republicano nem com a constituição, que garante o direito de propriedade pleno.

Esses argumentos são todos rebatidos por Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS. Primeiro, com a observação de que a França é exemplo de república democrática e a Suíça, de nação liberal, no entanto, ambas consagram a sucessão obrigatória dos descendentes. Segundo, ao lembrar que não existe liberdade absoluta, sofrendo a interferência obrigatória da moral e dos bons costumes, como em outras áreas do direito civil. Não deixar nada aos filhos, sem nenhum motivo justo, viola a moral social, valendo o mesmo raciocínio para quem nada destina aos pais.⁷⁵ Terceiro, a proteção da plenitude do direito de propriedade tem como fim primordial impedir que governos discricionariamente lancem mão dela, o que não significa que essa tutela constitucional não sofra diversas restrições, até porque a propriedade possui antes um fundamento social do que individual.

Prossegue o autor com a advertência de que o direito sucessório é formado por três elementos: individual, familiar e social.⁷⁶ Os dois últimos mitigam uma projeção egoísta do primeiro. O amor pela família é o maior incentivo para o trabalho, merecendo a tutela do legislador. Promover uma ampla liberdade de testar põe em risco esse afeto, gerando desconfiança e desunião entre as pessoas do mesmo sangue. Franquear um campo de atuação irrestrito para tal faculdade é uma violação dos deveres de família, assumindo a legítima a função de impedir o arbítrio paterno, mantida a possibilidade de livre distribuição da quota disponível. Portanto, o papel do legislador não é somente suprir o silêncio do *de cuius*, caso

⁷⁵ No mesmo sentido, vide a lição de Charles DEMOLOMBE transcrita na nota 38 supra.

⁷⁶ “Êstes três elementos atuaram, através dos séculos, diversamente sôbre a legislação de vários povos, predominando ora o elemento social e familiar (sucessão legítima), ora o individual (sucessão testamentária). Os novos processos legislativos, em matéria de sucessão, manifestaram-se no sentido de nenhum dos três elementos absorver, por completo, os outros, embora tenha aparecido tendências e soluções contraditórias. É por tal forma que, ainda hoje, não existe acôrdo nem no domínio da doutrina, nem na esfera dos fatos”. Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 2 supra), p. 50.

contrário “a vontade privada avassalaria a vontade pública”, devem ser garantidas não só as obrigações negociais, mas também as decorrentes dos laços familiares.⁷⁷

Comentando as vantagens da sucessão testamentária, Clóvis BEVILÁQUA aponta que a liberdade de testar representa (a) um estímulo ao trabalho e à economia, ampliando e fortificando a riqueza coletiva; (b) uma oportunidade de elevar seus sentimentos com as pessoas que merecem por sua gratidão ou benevolência ou com as instituições científicas, literárias e políticas com as quais criou sólidos laços; (c) uma ocasião para o sujeito reafirmar perante a sociedade as suas individualidades, beneficiando necessitados e organizações de caridade, criando uma imagem sua de gratidão e respeito.

Contudo, o referido autor, após advertir que a autonomia da vontade não pode se tornar um “princípio soberano”, devendo de submeter a uma série de regras, lembra que os interesses da família e da sociedade são superiores aos interesses e à vida do indivíduo, que é somente “um átomo na gigantesca engrenagem social”. Por esse motivo, a liberdade de testar só pode ser autorizada quando garantidos esses interesses superiores, caso contrário prevaleceria um elemento perturbador da ordem, ao invés de uma atividade lícita e normalmente benéfica, e a vocação hereditária legítima deve prevalecer sobre a testamentária,⁷⁸ em clara alusão à reserva dos herdeiros necessários.

Orosimbo NONATO DA SILVA analisa alguns dos argumentos contrários à legítima. O primeiro é que a intromissão do legislador no âmbito dos deveres paternos é injustificável, na medida em que o coração de um pai é garantia maior e mais eficaz a qualquer filho do que todos os instrumentos legais existentes. Essa ideia é rebatida pelo autor por pressupor o mesmo nível de consciência em todos os indivíduos e esquecer que o descumprimento dos deveres paternos viola os próprios interesses sociais.

Considerado o mais radical deles, o segundo se pauta na inexistência de um dever paterno de destinar o patrimônio à prole, estando limitada a obrigação do genitor a prestar alimentos. O civilista rechaça igualmente essa proposição, pois o dever de um pai é muito mais amplo, no sentido de promover a felicidade e também o conforto material, conservando e guardando a existência de um patrimônio.

⁷⁷ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), pp. 344-347.

⁷⁸ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direitos das Sucessões* cit. (nota 1 supra), pp. 214-215.

Envolve o terceiro o respeito à autoridade paterna. A liberdade de testar possibilita ao “principal da família” distribuir livremente os bens, não sendo escravo da vontade ou do interesse dos filhos. Na ausência de outros mecanismos legais correccionais, essa liberdade permite que um pai discipline ou até mesmo puna seus filhos. No entanto, recorda o jurista que esse raciocínio invoca uma inclinação ultrapassada em ressuscitar o modelo patriarcal de família, marcado por uma hipertrofia da autoridade do *pater*. Ademais, essa autoridade deve encontrar alicerce não em fatores materiais, mas em razões de natureza superior, na afeição desinteressada e na gratidão oriunda do amor, suficientes para despertar respeito e obediência genuínos. Se isso não basta, ainda resta a parte disponível da herança para a aplicação de correições, premiar méritos e diminuir desigualdades.

O quarto argumento coloca em evidência a deserdação como duro golpe ao princípio da legítima. Todavia, explica o mencionado autor que esse instituto pode conviver normalmente com a reserva, uma vez que, ao lado do direito à legítima, existe uma série de deveres impostos aos herdeiros necessários. E o desrespeito a esses deveres, estabelecidos expressamente em lei, autoriza a deserdação.

O quinto, na realidade, é um grupo composto por objeções econômicas à legítima. Afirmam alguns economistas que a quota indisponível contribui para a instabilidade das empresas e a divisão da propriedade rural. Para eles, essa segmentação patrimonial ainda tem por efeito inibir a procriação, reduzindo a taxa de natalidade. Por fim, a herança necessária também desestimula o espírito de iniciativa dos herdeiros forçados.

Refutando cada uma dessas ideias, Orosimbo NONATO DA SILVA aduz que as taxas de natalidade variam em locais diversos nos quais existe a reserva e raramente os pais realizam uma distribuição desigual entre os seus filhos. Não obstante, indaga se a solução para o problema seria consagrar uma liberdade de testar ampla e irrestrita e estimular o pai a ter inúmeros filhos, deixando todo o patrimônio somente para um e ignorando os demais.

Quanto à mutilação da propriedade rural, observa que a pequena propriedade não é um mal, podendo coexistir com a grande cultura, e que a divisão encontra limites inevitáveis. Além disso, se realmente fosse um entrave, seria possível a adoção de outras medidas, como tornar a pequena propriedade indivisível no campo sucessório.

O fomento à ociosidade, por seu turno, deve ser evitado por meio da educação, não pela liberdade do testador, que favorece o crescimento de egoísmo e dos desentendimentos familiares. O número de herdeiros necessários nessa circunstância é pequeno se analisado o efeito contrário positivo da legítima, no sentido de representar uma poupança um impulso ao labor. Conclui que nenhum argumento contrário à reserva é incontestável.⁷⁹

Em linhas gerais, esses são os argumentos mais tradicionais em torno da controversa existência da legítima. Em que pese a antiga discussão doutrinária, muitos desses raciocínios continuam frequentemente a ser usados até os dias correntes pelos defensores e detratores da quota indisponível. Contudo, novas ideias surgiram com as mudanças sociais ocorridas no Século XX e uma das mais interessantes, que coloca em questão a reserva e seu fundamento na solidariedade familiar, tem relação com o envelhecimento da população, o que tornou comum o recebimento de herança por indivíduos bem estabelecidos no mercado de trabalho e com plena aptidão para prover o próprio sustento.

Se o alicerce da sucessão necessária na solidariedade familiar parece fazer bastante sentido nas hipóteses em que os herdeiros necessários são menores, indaga-se se também o faz quando a legítima é destinada a sucessores maiores e economicamente autossuficientes. Em sistemas que asseguram o direito à reserva de forma *standard*, não importando se existe ou não necessidade alimentar, como nos de origem romano-germânica, incluindo o direito brasileiro, sustenta-se que a função da sucessão necessária seria, na realidade, satisfazer as expectativas econômicas e afetivas dos familiares mais próximos ou, pior, somente seguir uma tradição histórica.

Prefere-se afirmar, no entanto, que nesses modelos, mesmo que a quota indisponível seja destinada a um adulto com condições de prover seu sustento, o fundamento ainda reside na solidariedade familiar. Há outros sistemas, em especial os de *Common Law*, nos quais podem os parentes mais próximos dependentes ou necessitados do falecido e preteridos em testamento pedir o recebimento de uma pensão ou uma parcela da herança. Comparando os dois tipos, nota-se que os dois perseguem uma “solução solidarística”, porém o primeiro assume o risco de contemplar um indivíduo com recursos suficientes para se manter, ao passo que o segundo se aventura em deixar desamparado um parente próximo que possa vir

⁷⁹ Cf. O. NONATO DA SILVA, *Estudos sobre* cit. (nota 53 supra), pp. 356-366.

a ter necessidades depois da abertura da sucessão.⁸⁰ Não é demais reforçar, nesse aspecto, adotando uma visão mais tradicional, que é possível recorrer à ideia de ordem pública.

Outra crítica relevante diz respeito à proteção sucessória do cônjuge por intermédio da reserva. Após séculos de esquecimento, sem figurar como herdeiro necessário e preterido por colaterais, passou a ocupar posição central no direito sucessório, assegurada até mesmo sua participação em concorrência com descendentes e ascendentes. Há quem sustente que essa tutela é exagerada, bastando a atribuição de um usufruto vitalício para impedir que um cônjuge fique desamparado depois da morte do outro. Ademais, recorda-se a possibilidade de que os bens de um tronco familiar vão para outro, sem justificativa, comprometendo uma estrutura baseada em vínculos de sangue.⁸¹ Tal raciocínio ataca, porém, a distribuição da legítima, não a sua existência propriamente.

Como se asseverou anteriormente, o campo de atuação da vontade e a interferência estatal sobre a quota indisponível são definidas pelo legislador e, sob certo aspecto, permitem traçar um perfil de um determinado sistema. No tópico seguinte, a partir de uma análise da configuração e da coexistência da liberdade de testar e da legítima, será feita uma tentativa de esboçar esse panorama do direito das sucessões brasileiro.

2.3) O perfil do direito sucessório brasileiro

Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS defende que, no contexto de embate entre liberdade de testar e legítima, o direito brasileiro seguiu a tradição da maioria dos “povos cultos”, adotando um compromisso, um meio termo entre essas duas forças, solução mais adequada ao ambiente social e ao pensamento predominante. Nesse sentido, como exposto anteriormente nesse trabalho, assinala que as Ordenações Filipinas já admitiam uma liberdade de testar limitada, restrita a somente um terço do patrimônio, se presente descendente ou ascendente (Livro IV, Título LXXXII), modificada posteriormente para metade com o advento do Decreto nº 1.839 de 1.907 e do Código Civil de 1.916.⁸²

⁸⁰ Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), pp. 39-41. Mais detalhes sobre essa destinação obrigatória de bens para familiares mais próximos nos sistemas jurídicos de *Common Law* estão presentes na nota de rodapé 87 infra.

⁸¹ Cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA, *A Liberdade de Testar* cit. (nota 68 supra), 1997, pp. 27-28.

⁸² Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), pp. 342-343.

De acordo com o autor, os institutos jurídicos não podem ser escolhidos por razões simplesmente abstratas, tampouco pelos resultados práticos alcançados por outros povos. Menciona como exemplo os ingleses, os quais caracteriza como “frios, equilibrados, de um civismo e bom-sendo inigualáveis”, tanto que o sistema parlamentarista prevalece entre eles há longa data e entre os franceses e os brasileiros pouco durou, podendo ser igualmente um desastre a mera importação da ampla faculdade de testar que por lá reina.

Afirma – e nesse ponto cabe anotar que a edição da obra foi lançada em 1.958 – que o povo brasileiro não está pronto para uma liberdade irrestrita como a dos anglo-saxônicos e por isso agiu bem o legislador nacional – observação precisa e aplicável ainda para os dias atuais. Não se justifica medida tão incerta sob o argumento de fortalecimento da autoridade paterna, sendo suficiente o respeito advindo de uma boa educação. Defende que a metade disponível já cumpre as finalidades de premiar o mérito e promover a igualdade entre os herdeiros. Entende, ainda, que a forma de combater heranças vultuosas é a instituição de imposto progressivo sobre a sucessão *causa mortis*. E sustenta que os brasileiros, diferentemente dos ingleses, só testam em momento próximo à morte, não dispendo com justiça e critério em função da senilidade.⁸³

No mesmo sentido, Orosimbo NONATO DA SILVA, depois de advertir que a faculdade de testar pode ser fonte de injustiças e servir de ferramenta de instituições aristocráticas e arcaicas, denunciando um falso caráter democrático a ela associado, afirma que a liberdade necessariamente deve ser restringida, não se confundindo com a noção mais abrangente de independência. A vida em sociedade estabelece cada vez mais limites a essa independência individual, derivando dessa organização o espaço para a realização dessas faculdades, o que abre caminho para uma verdadeira liberdade.

Dessa maneira, na condição de defensor de uma liberdade de testar com limitações, também aponta que o Código Civil de 1.916 – a edição da obra é de 1.957 – tomou uma solução adequada, fugindo de extremismos e não quebrando o ritmo de progresso jurídico que acompanhava o direito pátrio. Conseguiu harmonizar, ao mesmo tempo, os direitos do proprietário e os deveres familiares, além de munir a autoridade paterna com o mecanismo extremo e raríssimo da deserdação e possibilitar a livre partilha de metade da herança.⁸⁴

⁸³ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 6 supra), pp. 347-350.

⁸⁴ Cf. O. NONATO DA SILVA, *Estudos sobre* cit. (nota 53 supra), pp. 367-368.

No tocante à legislação vigente, o Código Civil de 2.002 acabou por repetir o sistema da liberdade mitigada, consagrado pelo Código Civil de 1.916, que protege de maneira mais eficaz os interesses da família, garantindo o recebimento da porção legítima correspondente à metade do patrimônio do *de cuius*. Nesse ponto, dignas de nota as novidades da codificação vigente referentes à inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários (artigo 1.845) e à possibilidade de concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes e os ascendentes (artigo 1.829, I e II) – pontos agora aplicáveis também ao companheiro, em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁸⁵

Percebe-se que o legislador brasileiro, no campo do direito das sucessões, optou por tentar conciliar igualmente essas duas vertentes, com concessões recíprocas. Chama atenção, principalmente, a escolha pela divisão da herança em partes iguais, de maneira inflexível, a partir do início do século passado, o que se mantém firme até os dias atuais. Mas também a existência de um conjunto de institutos sucessórios que possuem a finalidade de assegurar a manutenção desse equilíbrio.

Nesse sentido, a liberdade de dispor do testador, de um lado, é restringida pela reserva e por uma série de mecanismos que protege a integridade dessa fração patrimonial, como a doação inoficiosa e a redução das disposições testamentárias. De outro, a legítima pode ser circunscrita com a expansão da vontade do testador, por intermédio da deserdação, da instituição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade – uma peculiaridade do direito pátrio em relação aos demais países – e da distribuição de bens e direitos entre os herdeiros forçados por ato de última vontade.

Como se mencionou anteriormente, essa convivência possui uma tensão intrínseca, provocando um contínuo debate que origina pontuais alterações legislativas de tempos em tempos, com o objetivo de alcançar um ponto ideal de harmonia no sistema. Pode-se citar como exemplo recente no direito nacional o crescimento do rol de herdeiros necessários, a partir da inclusão legislativa do cônjuge e jurisprudencial do companheiro, o que reduz a liberdade do testador, uma vez que não pode destinar o seu patrimônio para quem quer nas situações em que falecer casado ou em união estável.

⁸⁵ Vide item 2.1 do Capítulo II.

Outro exemplo dessa procura por equilíbrio é a justa causa prevista no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. Após uma experiência de quase cem anos com a possibilidade de o autor da herança clausular a quota indisponível – assim como de intensas críticas, conforme se analisará mais adiante –, o legislador entendeu que esse mecanismo devia ser limitado, por se tratar de uma ampliação da vontade do falecido sobre a reserva utilizada muitas vezes de forma indevida, provocando prejuízos aos herdeiros necessários com certa frequência. Ao diminuir a ocorrência dessa situação, em claro fortalecimento da legítima, nota-se a intenção de readequar esse ponto de equilíbrio no modelo nacional.

De fato, a solução brasileira de contemplar essas duas forças de maneira moderada parece adequada. Independentemente dos hábitos culturais locais, as experiências históricas extremas demonstram enormes dificuldades em sobreviverem intactas. Já foi feita alusão ao sistema soviético pós-revolucionário, no qual imposta inicialmente uma exclusão total da liberdade de testar, causando reação imediata e duradoura em prol da vontade individual.⁸⁶ Nos sistemas inglês e norte-americano, conhecidos por um amplo predomínio da liberdade de dispor *causa mortis*, a vontade do *de cuius* tem sofrido restrições ao longo dos tempos em benefício dos familiares mais próximos necessitados.⁸⁷

⁸⁶ Vide item 1.2 do Capítulo I.

⁸⁷ Na Inglaterra do Século XIX, no ápice do liberalismo, a jurisprudência local concebeu o direito subjetivo identificado pela expressão “*testator’s right to be capricious*”, pelo qual se admitia que o testador podia até mesmo ser cruel. Assim, por mais que se tratasse de uma vontade desarrazoada e arbitrária, devia ser respeitada plenamente sem qualquer objeção. Com a mudança de circunstâncias e mentalidade, no curso do Século XX, essa liberdade passou a ser considerada excessiva. Seguindo os exemplos da Nova Zelândia e da Austrália, em 1.938 foi editada uma lei denominada *Inheritance (Family Provision) Act*, inserindo limitações flexíveis à liberdade de testar, dependendo da análise judicial do caso. Não havia predeterminação de quotas para certos familiares, mas sim uma faculdade ao parente não contemplado de maneira razoável ou equitativa de pleitear uma *reasonable financial provision*, que funcionava como uma pensão familiar, um direito de crédito à custa da herança. Embora possua caracteres distintos ao da legítima do direito europeu continental, não deixa de ser uma óbvia limitação à antiga liberdade absoluta de testar.

Já nos Estados Unidos da América, onde predomina uma liberdade irrestrita na maioria dos Estados, com a possibilidade de deserção imotivada de familiares mais próximos, houve uma reação mais fiel à tradição do *Common Law* com o resgate de amplo e flexível arbítrio dos juízes, que podem controlar com grande margem de discricionariedade a sensatez, a lógica e a razoabilidade das disposições testamentárias. Para invalidar o testamento, além de motivações formais, muitas vezes se recorre curiosamente ao *color insaniae* do Direito Romano Clássico, ficção pela qual se presumia a falta de capacidade do testador que não dispunha razoavelmente, que deserjava os descendentes de maneira injusta e imotivada. Esses exemplos servem para demonstrar que, mesmo as nações que adotam o sistema de *Common Law*, nas quais se sustenta usualmente existir uma liberdade irrestrita de dispor por ato de última vontade, admitem em certas circunstâncias limitações à vontade do *de cuius*. Cf. M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), pp. 35-36.

Também a respeito das restrições experimentadas atualmente pelo testador no direito anglo-saxônico, Jorge Duarte PINHEIRO descreve que “nem mesmo em Inglaterra existe uma completa liberdade de testar. Em certas condições, o juiz tem o poder de atribuir benefícios patrimoniais a familiares próximos do *de cuius* à custa dos bens por este deixados, em colisão com o que fora estipulado no testamento”. Cf. *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 492.

Agiu bem o legislador pátrio ao balancear essas duas vertentes contrapostas, de modo a saciar o desejo do testador de distribuir o seu patrimônio, influenciando na partilha de bens, e assegurar a proteção dos familiares mais próximos, amparados em uma situação de maior dificuldade. Contempladas essas duas orientações, há um campo intermediário de atuação para modificações legislativas, normalmente lentas no direito das sucessões,⁸⁸ em busca de uma harmonia que atenda aos interesses individuais e sociais em determinada época. Nesse sentido, a justa causa representa uma resposta inovadora a um poder que passou a ser considerado exagerado, capaz de comprometer essa equação.

Em linhas gerais, sob o aspecto examinado, esse é o perfil do direito das sucessões brasileiro. Ao adotar o sistema de liberdade mitigada nesses moldes, a legislação colocou em posição de destaque as duas vertentes, acobertando uma tensão permanente entre elas. Essa coexistência não é pacífica, envolvendo diferentes concepções de mundo no contexto da oposição entre autonomia e interferência, variando conforme o período, e pode provocar dificuldades na interpretação e aplicação de institutos sucessórios, o que às vezes demanda do intérprete uma tomada de postura.

A justa causa do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 não possui qualquer parâmetro claro para sua aplicação, como se analisará adiante. Ao se inserir no epicentro dessa contraposição entre liberdade de testar e legítima, é necessária a adoção de um posicionamento nessa controvérsia para operar esse requisito legal. A depender da opção feita pelo intérprete, a solução pode ser diversa. O principal objetivo desse trabalho é encontrar uma

⁸⁸ Jorge Duarte PINHEIRO, com base nas lições de Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, denuncia essa imobilidade no direito sucessório português, valendo as mesmas considerações para o brasileiro, fortemente inspirado no lusitano: “Em Portugal, continua a ser muito pertinente a análise efectuada por Pamplona Corte-Real nas décadas de oitenta e noventa. Logo no início da sua dissertação de doutoramento, este ilustre professor afirma que o Direito das Sucessões ‘por um lado tem vegetado à sombra de pressupostos historicistas algo desconstruídos e por outro vem caindo na consagração de soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar’. No relatório apresentado no concurso para professor associado, Pamplona Corte-Real retoma e aprofunda o tema do desencontro entre a regulamentação sucessória e as exigências da realidade actual. É nesse importante trabalho que se alude ao ‘imobilismo jus-sucessório’, a um Direito das Sucessões que ‘algo *abulicamente* foi ficando imóvel nos seus quadros fundamentais, *preso* a regras passadistas manifestamente desfazadas ante o novo tipo da riqueza’. Trata-se, sem dúvida, de um texto simultaneamente rigoroso e acutilante, no qual o autor alerta para o acentuar do ‘caráter *vetusto* do Direito das Sucessões, enfeudado em concepções tradicionais – uma dada concepção de riqueza, uma dada concepção de família – incapaz de qualquer significativo ajuste ao *assalto economicista* da vida de hoje’. E Pamplona Corte-Real chega mesmo a verter nas conclusões da sua obra a ideia de que o Direito das Sucessões ‘parou há muito no tempo, impotente ante a densa axiologia que o enlaça. Familiar, económica e individualista (...)’”. Cf. J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 41.

resposta para isso e defender a posição que se entende mais adequada para o direito pátrio. Eis a relevância dessa análise geral do direito das sucessões.

Nos tópicos subsequentes, serão aprofundadas as questões atinentes à proteção da reserva e às restrições que essa parcela hereditária comporta, essenciais para uma melhor compreensão da particularidade brasileira da instituição de cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima.

2.4) Intangibilidade da legítima no direito brasileiro

Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS assevera que a legítima é *intangível*, ou seja, “não pode ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária”. De acordo com o civilista, pouco importa a maneira como ocorre a diminuição – por meio de legado, instituição de herdeiro, fideicomisso, usufruto, uso, habitação, servidão, perdão da dívida, ereção de fundação –, em nenhuma circunstância a quota indisponível pode ser atingida. Também não pode ser subordinada a condições, tampouco onerada por encargos, ao contrário do que ocorre com a quota disponível. Descumpridas essas vedações, todas as disposições que extrapolam o limite da reserva são reputadas como nulas.⁸⁹

No mesmo sentido, mas empregando o termo *inviolabilidade* da legítima, Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA acrescenta que o testador não pode estimar ou fixar o valor dos bens que compõem seu acervo patrimonial, o que poderia comprometer a divisão exata dos quinhões necessários. Da mesma forma, não está autorizado a determinar que herdeiro forçado entregue coisa de sua propriedade a outrem, uma vez que não é cabível nenhuma sanção que resulte na diminuição da legítima, exceto se o contemplar também com bens da parte disponível, interpretação feita ao comando presente no artigo 1.679 do Código Civil de 1.916, correspondente ao artigo 1.913 do Código Civil de 2.002. Salienta, ainda, que o autor do ato de última vontade não pode onerar com encargos ou apor condições a reserva, pois seriam nulos, além de impor legados.⁹⁰

⁸⁹ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, vol. 3, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, pp. 24-25. Cabe anotar que o autor, ao se referir a tais disposições testamentárias, utiliza a palavra *inexistentes*, mas tecnicamente é hipótese de *invalidade*.

⁹⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos cit.* (nota 54 supra), p. 76.

Esse princípio da intangibilidade ou inviolabilidade da legítima⁹¹ é destacado por Ana Luiza Maia NEVARES como uma premissa básica do direito das sucessões, influenciando todas as normas desse ramo do direito civil. Não obstante, o seu conteúdo se expande para outras áreas como forma de assegurar sua plena realização, como se extrai dos artigos 496, 533, II, 544 e 549 do Código Civil de 2.002,⁹² referentes aos contratos em espécie.

Conforme acima mencionado, em decorrência desse princípio a reserva não pode ser reduzida na *essência* ou no *valor*, o que possibilita a divisão da intangibilidade, respectivamente, em *qualitativa* e *quantitativa*.⁹³

Na primeira dimensão, que tem como fundamento legal no direito brasileiro o artigo 1.846 do Código Civil de 2.002, sustenta-se que a legítima pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, no sentido de que não devem receber uma propriedade diminuída dos bens que integram a quota indisponível, não sendo cabível o estabelecimento de limitações sobre os bens que a compõem. Sob essa perspectiva é que se defende a impossibilidade de direitos reais sobre coisa alheia, encargos e condições sobre essa parcela hereditária, visto que resultam na aquisição de uma espécie de propriedade imperfeita.

Já na segunda dimensão, procura-se resguardar a proporção da legítima estabelecida em lei, seja por um panorama geral, ressaltando que no direito pátrio corresponde invariavelmente à metade do acervo (artigos 1.789 e 1.846 do Código Civil de 2.002), seja por uma ótica individual, relativa à quota de direito de cada herdeiro necessário. Assim, o *de cuius* não pode dispor de seu patrimônio de maneira que importe na redução do total da reserva, tampouco do quinhão necessário de cada sucessor forçado.

Percebe-se que o princípio da intangibilidade é cercado por uma série de institutos que visam à proteção da legítima. São eles que asseguram, na prática, os direitos sucessórios dos herdeiros necessários, corrigindo eventuais falhas e distorções – intencionais ou não – presentes na distribuição do patrimônio do morto. Contribuem decisivamente, ainda, para

⁹¹ Esse princípio é tradicional nos sistemas de matriz romano-germânica. Para ilustrar, na França, a lição de Charles AUBRY e Charles RAU: “La réserve doit être laissée em pleine propriété, et exempte de toutes charges, conditions ou restrictions relatives à la dévolution, au partage, à l’administration ou à la disposition des biens qui la composent” (tradução: a reserva deve ser deixada em plena propriedade e isenta de todos encargos, condições ou restrições relativas à devolução, à partilha, à administração ou à disposição dos bens que a compõem). Cf. *Cours de Droit Civil Français*, tomo 11, 5ª ed., Paris, Marchal et Godde, 1919, pp. 12-13.

⁹² Cf. A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), pp. 496-497.

⁹³ Cf. J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 216; M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), pp. 184-185.

emprestar o caráter imperativo que marca a sucessão necessária em comparação às demais modalidades sucessórias, como analisado no capítulo antecedente.

E um dos instrumentos mais importantes dessa tutela é a *redução das disposições testamentárias* (artigos 1.966 a 1.968 do Código Civil). Caso o falecido tenha disposto por testamento de parcela do seu patrimônio superior à parte disponível, invadindo, por consequência, a quota indisponível, nasce para os herdeiros necessários a possibilidade de pleitear tal redução, que pode ser realizada nos próprios autos do processo de inventário, vez que a questão pode ser decidida somente com a produção de prova documental nos respectivos autos,⁹⁴ ou em ação própria (*actio in rem scripta*), que pode ser proposta apenas depois da morte do testador, momento a partir do qual o ato de última vontade passa a produzir efeitos. Cuidando-se de direito patrimonial disponível, os sucessores forçados podem abrir mão dessa ferramenta, até porque também podem renunciar à própria herança.⁹⁵

O mecanismo em questão, que possui evidente ligação com o aspecto quantitativo da intangibilidade legítima, não se confunde com o *rompimento do testamento* (artigos 1.973 a 1.975 do Código Civil), também conhecido como *revogação legal*, outro meio de proteção da quota indisponível. Nesse caso, a lei presume a vontade do *de cuius* de revogar totalmente o testamento deixado se sobrevier herdeiro necessário após a elaboração do referido ato ou se ignorada sua existência nesse momento.

Como mencionado anteriormente, o princípio em apreço se projeta até mesmo sobre outros domínios do direito civil. A quota indisponível, além de restringir o direito de dispor por testamento, também limita o direito de dispor em vida, rememorando as regras contidas nos artigos 496, 533, II, 544 e 549 do Código Civil vigente. A principal preocupação nesse sentido, sem dúvida, é a alienação gratuita de todo o patrimônio em vida por intermédio de doações, esvaziando ou eliminando a reserva no momento da abertura da sucessão.

⁹⁴ O artigo 984 do Código de Processo Civil de 1.973 (Lei nº 5.869), ao regulamentar o processo de inventário, previa: “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”. Com base nesse dispositivo, era bastante comum que o juízo do inventário determinasse que pontos controversos entre os sucessores (*v.g.*, reconhecimento de união estável com o *de cuius*) fossem tratados em processos distintos, por se tratarem de questões de *alta indagação*, não atrapalhando o andamento daquele. Todavia, o artigo 612 do Código de Processo Civil de 2.015 (Lei nº 13.105), que revogou o anterior, não usa mais a expressão *alta indagação*, dispondo que só podem ser remetidas para as vias ordinárias questões que dependam de outras provas: “O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas”.

⁹⁵ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 407-408.

Para impedir essa prática, que representa evidente burla à legítima, não se permite que o doador, no direito pátrio, disponha de mais da metade do patrimônio que possui no momento da liberalidade, sob pena de nulidade (artigo 549 do Código Civil). A doação que não respeita o limite legal é conhecida como *doação inoficiosa*, nomenclatura com origem na quebra do *officium pietatis* do direito romano. Tal invalidade, cabe anotar, contamina só o excesso, ou seja, a parte da disposição que invade a quota indisponível.⁹⁶ Disso decorre mais um instrumento de tutela da reserva, a *redução da doação inoficiosa* (realizada nos termos do artigo 2.007 do Código Civil).

Prevalece o entendimento de que ainda durante a vida do doador pode ser proposta ação para a obtenção de declaração de nulidade e, por consequência, a redução do excesso, não sendo necessário aguardar a sua morte, o que só é possível em função da legítima ser invariável no direito brasileiro. A desvantagem é que, após eventual procedência da ação, todos os possíveis herdeiros necessários no momento da doação podem vir a falecer antes do doador, de forma que não exista mais quota indisponível a ser respeitada ao tempo da abertura da sucessão.⁹⁷

A vedação em questão apenas existe se o doador não tiver, no momento da doação, familiares elencados pela legislação sucessória como herdeiros forçados. Caso contrário, o negócio é considerado válido e a redução não é cabível, mesmo que sobrevenham herdeiros necessários vivos no instante da abertura da sucessão. Não podem os sucessores impugnar no inventário a doação consumada nesses moldes.

Ainda no tocante às doações, outro instrumento protetivo da quota indisponível é a *colação* (artigos 2.002 a 2.012 do Código Civil), mencionada brevemente no início do presente capítulo em considerações acerca do cálculo da legítima.⁹⁸ Assim como a redução da doação inoficiosa, relaciona-se ao aspecto quantitativo da intangibilidade. Todavia, não se preocupa com a medida global da legítima, mas com a proporção do quinhão de cada herdeiro necessário sobre essa fração hereditária.

⁹⁶ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das cit.* (nota 12 supra), p. 478.

⁹⁷ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das cit.* (nota 12 supra), p. 478; A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade cit.* (nota 16 supra), pp. 506-507; M. ANTONINI, *Sucessão Necessária cit.* (nota 3 supra), pp. 188-189.

⁹⁸ Vide item 2.1 do Capítulo II.

Na lição de Carlos Maximiliano PEREIRA DOS SANTOS, a colação procura assegurar a igualdade das quotas necessárias, resultando também em crescimento total da reserva, sem modificar a parte disponível,⁹⁹ tendo em vista que o acréscimo dos valores recebidos em doação acontece somente depois da divisão da herança em parte disponível e indisponível, em conformidade com os artigos 1.847 e 2.002, parágrafo único, do Código Civil vigente.

Nesse sentido, o artigo 544 do Código Civil de 2.002 prevê que as doações feitas de ascendentes a descendentes e entre cônjuges – e companheiros, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰ – são consideradas adiantamento ou antecipação de legítima. Os bens doados nessas circunstâncias, ainda que não estejam mais nas mãos dos donatários ao tempo da abertura da sucessão, devem ser colacionados, ou seja, os descendentes e o cônjuge – ou companheiro – têm de conferir os valores das doações recebidas do *de cujus* em vida no momento da partilha para igualar, na proporção prevista no diploma civilista, as legítimas dos herdeiros forçados, sob pena de sonegação. Cabe ressaltar que essa obrigação legal não se estende aos ascendentes. Se o acervo hereditário restante não for suficiente para reequilibrar essa equação, o bem doado deve ser restituído ao monte em espécie preferencialmente (artigos 2.002 e 2.003 do Código Civil).

Embora a lei presuma que as doações feitas de ascendentes a descendentes e entre cônjuges configurem adiantamento da legítima, nos moldes do artigo 544 do Código Civil vigente, é possível dispensar o donatário da colação, desde que o doador disponha de maneira expressa que o bem doado sai da parcela disponível (artigo 2.005, *caput*, do Código Civil). Essa dispensa pode constar do próprio título da liberalidade ou ser inserida posteriormente em ato de última vontade (artigo 2.006).

Esses institutos acima examinados compõem o núcleo da tutela da reserva no âmbito do direito brasileiro, irradiando o conteúdo do princípio da intangibilidade ou inviolabilidade da legítima. Toda essa proteção não significa, porém, que não seja autorizada nenhum tipo de restrição à quota indisponível, matéria a ser estudada no tópico subsequente.

⁹⁹ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (note 89 supra), p. 22.

¹⁰⁰ Vide item 2.1 do Capítulo II.

2.5) Restrições à legítima no direito brasileiro

A maior limitação admitida à legítima no direito brasileiro é a exclusão do herdeiro necessário da sucessão, o que se concretiza por intermédio dos institutos da *indignidade* (artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil) e da *deserdação* (artigos 1.961 a 1.965). Embora a quota indisponível seja considerada intangível ou inviolável, em hipóteses muito excepcionais se permite que o sucessor forçado seja privado totalmente da reserva a que tem direito.

Com origem no direito romano, que permitia a retirada da herança do herdeiro que cometesse algum tipo de falta grave contra o falecido, mantendo as mesmas características e finalidades, a indignidade sobreviveu por todos esses séculos e é consagrada pelo direito nacional com a mesma terminologia. Seu fundamento ético está na repulsa moral em que alguém possa obter vantagem patrimonial de indivíduo a quem ofendeu, além de significar motivo para prevenir e punir o ilícito praticado pelo sucessor.¹⁰¹

A indignidade não se confunde com a incapacidade ou, mais adequadamente, com a falta de legitimidade ou capacidade específica para suceder. Segundo a lição de Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA, quando alguém é incapaz há uma *preexclusão* da aquisição, ao passo que com o indivíduo indigno ocorre uma *exclusão*, apesar do efeito *ex tunc* da sentença de indignidade.¹⁰² Cabe adiantar que também não se confunde com a deserdação, embora sejam identificadas algumas semelhanças, sobretudo no efeito principal exclusivo, como se analisará abaixo.

Trata-se de uma pena civil, aplicada aos sucessores que praticam atos contra a vida, a honra e a liberdade de testar do *de cuius*, excluindo-os da sua sucessão. Esse afastamento é total, alcançando a sucessão legítima, necessária ou testamentária.¹⁰³ Por consequência, a sanção em apreço se estende a todas as espécies de sucessores, sejam legítimos, necessários ou testamentários, sejam herdeiros ou legatários.¹⁰⁴

¹⁰¹ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 21-22.

¹⁰² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 119.

¹⁰³ Cf. A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), p. 513.

¹⁰⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 120; M. ANTONINI, *Sucessão Necessária* cit. (nota 3 supra), p. 166. No âmbito do direito português, J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 257.

As causas de exclusão por indignidade são enumeradas em lei taxativamente. Nesse sentido, o artigo 1.814 do Código Civil de 2.002 elenca nos seus incisos os poucos motivos pelos quais algum sucessor pode ser considerado indigno. O primeiro abrange a autoria e a participação em homicídio doloso tentado ou consumado contra o *de cuius* ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente (inciso I).¹⁰⁵ O segundo engloba a prática de delito de denunciação caluniosa contra o autor da herança ou de crime contra a honra – atualmente calúnia, difamação ou injúria, conforme o Capítulo V do Título I da Parte Especial Código Penal (Decreto-lei nº 2.848 de 1.940) – do morto ou de seu cônjuge ou companheiro (inciso II).¹⁰⁶ O terceiro, mais aberto por não envolver tipicidade penal como os outros, consiste em inibir ou obstar, por violência ou meios fraudulentos, o falecido de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (inciso III).

Por sua vez, a deserdação também possui raízes no direito romano. Embora o mentor do Anteprojeto que deu origem ao Código Civil de 1.916 tenha tentado retirá-la do direito pátrio, persiste até os dias de hoje, apesar de ter uma configuração distinta.¹⁰⁷ Da maneira igual à indignidade, seu fundamento reside no descumprimento de deveres ou de ingratidão por parte dos sucessores.¹⁰⁸

No âmbito do direito brasileiro, é um mecanismo que visa à exclusão dos herdeiros necessários (artigo 1.961, primeira parte, do Código Civil de 2.002), vez que os herdeiros não-necessários ou facultativos podem ser excluídos facilmente por intermédio de deixa

¹⁰⁵ Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO explicam que prevalece na doutrina o entendimento de que não é necessária ação penal condenatória para declarar indigno o sucessor que tentou ou praticou homicídio contra o *de cuius* ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, em função da independência da responsabilidade civil em relação à penal, nos moldes previstos no artigo 935 do Código Civil de 2.002. A prova do delito pode ser produzida tanto no juízo cível quanto no criminal. Não ocorre a suspensão de uma ação devido à existência da outra. A finalidade da ação penal é condenar aquele que ofende a ordem pública com uma pena privativa de liberdade, ou seja, sanção pessoal, enquanto a ação cível tem o objetivo de excluir o sucessor da herança, sanção patrimonial sem relação com a ordem pública. Havendo sentença penal condenatória anterior, porém, sequer é preciso a propositura de ação própria para a declaração da indignidade, que pode ser reconhecida nos autos do processo de inventário. De outro lado, a sentença penal absolutória só vincula o juízo cível se tem como fundamento negativa de autoria ou inexistência do fato, por força do referido artigo 935 do Código Civil de 2.002. Advertem os autores, por fim, que o processo penal não suspende o prazo para o ajuizamento da ação cível, visto que se trata de prazo de natureza decadencial, não admitindo impedimento, suspensão ou interrupção. Cf. *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 68-70.

¹⁰⁶ No tocante ao delito de denunciação caluniosa, entende-se que não é exigida sentença penal condenatória para reconhecer a indignidade, enquanto a exclusão da sucessão pela prática de crimes contra a honra, em razão do uso da expressão “incurrer no crime” pelo inciso II do artigo 1.814 do Código Civil de 2.002, demanda tal requisito. Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 71-72.

¹⁰⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 294.

¹⁰⁸ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 101 supra), pp. 164-165.

testamentária em favor de terceiro.¹⁰⁹ As causas da deserdação estão previstas em rol taxativo, abrangendo as mesmas da indignidade (artigo 1.961, segunda parte, do Código Civil), cuja repetição é desnecessária, mas possuindo outras exclusivas.

Os artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil de 2.002, o primeiro referente à deserdação do descendente pelo ascendente, o segundo atinente à situação oposta, enumeram como motivos a ofensa física (inciso I), a injúria grave (inciso II), as relações ilícitas com madrasta ou padrasto do ascendente e com cônjuge ou companheiro de descendente (inciso III) e o desamparo de ascendente em estado de alienação mental, de descendente com deficiência mental e de ambos por grave doença (inciso IV).¹¹⁰ Como não foi incluído nessas causas, por se tratar de norma restritiva de direito e não admitir interpretação extensiva ou aplicação por analogia, entende-se que o cônjuge somente pode ser deserdado caso ocorra uma das causas de indignidade.¹¹¹

A deserdação deve ser manifestada pelo *de cujus* em ato de última vontade com a indicação expressa do motivo no qual se funda (artigo 1.964 do Código Civil de 2.002), em consonância com uma das situações supramencionadas. Trabalhando com a ideia de “justa causa” nesse ponto, Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA ensina que, a partir de tal exigência, “a deserdação vai contra os herdeiros legítimos necessários, mediante declaração de vontade da pessoa de quem são os bens, que se firme na existência de razão que a lei repute suficiente para se tirar da vocação hereditária, legítima necessária algum, ou alguns dos sucessíveis, ou todos”.¹¹²

Desse modo, indignidade e deserdação são institutos que atuam de maneira enérgica sobre a legítima, possibilitando a exclusão do herdeiro necessário em circunstâncias muito excepcionais.¹¹³ Agora sob um viés *qualitativo* da tutela da reserva, merecem destaque

¹⁰⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 293.

¹¹⁰ Como destacam Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO, essa última hipótese é curiosa, pois o ascendente em alienação mental não possui discernimento para testar e nulo será o ato de última vontade que fizer (artigo 1.860 do Código Civil de 2.002), tornando vazia essa previsão à primeira vista. Todavia, é cabível a posterior elaboração de testamento válido se recobrar seu discernimento, podendo excluir os descendentes por deserdação, valendo o mesmo raciocínio para a deficiência mental do descendente. A enfermidade grave, por sua vez, pode ser de natureza física e não retirar o discernimento necessário para testar. Cf. *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 77.

¹¹¹ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 73; A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), pp. 520-521.

¹¹² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito* cit. (nota 9 supra), p. 293.

¹¹³ Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO sintetizam as principais semelhanças e diferenças entre indignidade e deserdação. No tocante ao primeiro grupo, esses institutos resultam na mesma pena de exclusão, têm o mesmo fundamento, devem ser confirmados obrigatoriamente por sentença, só podem ser reconhecidos em

outras duas situações no direito brasileiro que implicam restrições à quota indisponível. A primeira diz respeito à composição dessa fração hereditária.

Há muito tempo se questiona se o testador possui o poder de determinar quais são os bens do acervo que integram a legítima de algum ou de cada um dos herdeiros necessários. Defendem alguns que não existe liberdade de testar absoluta *quantitativa*, nem *qualitativa*, devendo a partilha seguir em todos os casos a regra da mais perfeita igualdade, de forma que a legítima no direito nacional corresponda sempre à metade de todos os bens que compõem o espólio. Assim, cada herdeiro necessário poderia pleitear, em tese, o recebimento de uma parcela proporcional de cada bem deixado pelo *de cuius*.

Após identificar a origem dessa polêmica no direito francês, com destaque à Corte de Cassação de Paris, que aplicava o princípio da igualdade da partilha, Carlos Maximiliano Pereira DOS SANTOS anota que mesmo por lá houve recuo em prol da liberdade. Existindo bens de impossível ou difícil divisão, entendia-se que o pai podia destiná-los só a um filho, compensando os demais com dinheiro ou outros bens do acervo. Mesmo entre os defensores da posição mais intervencionista, não se aceitava que a prole tivesse o direito de reclamar por pequenas inexatidões na composição dos quinhões necessários.

Em atenção ao sistema francês, o mencionado civilista comenta que os autores de lá, ao admitirem cláusula testamentária que castiga o herdeiro impugnantemente com a perda de bem da parte disponível, pressupõem que a composição qualitativa das frações hereditárias não é, na realidade, matéria de ordem pública, tanto que não se discute validade e eficácia de acordo de partilha desigual entre sucessores capazes. Acrescenta que a jurisprudência local caminha para uma posição mais tolerante e conciliatória, com a doutrina prestigiando cada vez mais a liberdade do falecido nesse domínio.

ação própria após a morte do de cuius e possuem causas previstas taxativamente na legislação, existindo algumas comuns e outras exclusivas da deserdação. Com relação ao segundo grupo, a indignidade advém de determinação legal e da vontade dos interessados, enquanto a deserdação decorre da vontade do testador. Aquela é matéria de sucessão legítima e testamentária, ao passo que essa é própria da sucessão testamentária, o que não significa que não produza efeitos também sobre a sucessão legítima, mas sim que deve ser declarada em testamento. A sanção da indignidade atinge herdeiros necessários ou facultativos, à medida que a da deserdação alcança exclusivamente herdeiros necessários, bastando que o autor do ato de última vontade não disponha em benefício do herdeiro facultativo. As causas da indignidade podem ser posteriores ao óbito, as da deserdação somente anteriores. Por fim, o indigno entra na posse dos bens da herança desde logo, tendo em vista que a respectiva pena se origina da sentença, já o deserddado não, visto que só poderá entrar na posse se não reconhecida a veracidade do motivo da exclusão. Cf. *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 59-61.

Salienta, ainda, que os direitos italiano, português, brasileiro e argentino se pautam no prestígio da autoridade paterna nessa matéria, ao passo que os direitos alemão, austríaco, húngaro e suíço são ainda mais rigorosos, permitindo que o herdeiro forçado possa vindicar apenas o valor correspondente a sua legítima, com a consagração de uma liberdade de testar *qualitativa* plena e absoluta. E, de acordo com o referido autor, essa é a melhor tendência a ser seguida, na medida em que ninguém conhece melhor as necessidades dos filhos do que seu próprio pai, sendo preferível uma solução concreta a um padrão legal e abstrato estabelecido pelo legislador.¹¹⁴

Nesse aspecto, cabe indagar se a legítima no direito brasileiro atual seria uma *quota hereditária*, ou seja, se cada sucessor forçado teria direito a uma parcela de toda a herança, ou uma *quota de valor*, isto é, se poderia demandar somente o valor correspondente ao seu quinhão necessário. José Ulpiano Pinto de SOUZA observa que no direito anterior vigoravam as seguintes ideias: “a) a legítima era uma quota da herança; b) reservada pela lei; c) devida em plena propriedade; d) sobre os mesmos bens do espólio, e) que não podia ser ‘fraudada’ por condições, encargos ou legados, e muito menos pela eleição de certos bens para ella ou para a terça”. Nessa toada, sustenta que a proteção da quota indisponível no âmbito nacional era muito forte em comparação a outros sistemas.

Em 1.907, com o advento da Lei Feliciano Penna, afirma o autor que ocorreu uma profunda alteração da legítima, com a revogação de todos os princípios que a governavam. Um dos principais pontos para tamanha mudança foi a cláusula de conversão da legítima, pela qual era facultado ao ascendente determinar a conversão dos bens que a constituíam em bens de outras espécies. A possibilidade de instituição dessa disposição em testamento, por permitir que o *de cuius* interferisse diretamente na sua composição, representou, segundo o civilista, que a legítima passou a ser uma quota de valor.¹¹⁵

A cláusula de conversão da legítima passou para o artigo 1.723 do Código Civil de 1.916, sendo autorizada por quase um século, até ser expressamente proibida pelo § 1º do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002. Isso significa que a legítima nacional voltou a ser uma quota hereditária? A resposta é negativa.

¹¹⁴ Cf. C. M. PEREIRA DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit. (nota 89 supra), pp. 26-30.

¹¹⁵ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas da Propriedade – Inalienabilidade, Impenhorabilidade, Incommunicabilidade, Conversão e Administração*, São Paulo, Escolas Prof. Salesianas, 1910, pp. 231-234.

Isso porque o artigo 2.014 do diploma vigente dispõe: “Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”. Em decorrência dessa previsão, Ana Luiza Maia NEVARES defende que o sistema brasileiro consagrou a *liberdade testamentária qualitativa*,¹¹⁶ tratando-se de quota de valor.

Dessa maneira, a legítima no direito pátrio é restringida sob o aspecto qualitativo, diante da faculdade conferida ao autor da herança de discriminar os bens que a integram por ato de última vontade. Ainda sob essa perspectiva, a outra limitação existente é o estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da legítima, acarretando no recebimento de uma propriedade de certo modo reduzida. O capítulo seguinte se ocupará de aprofundar o conteúdo dessas cláusulas.

¹¹⁶ Cf. A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), p. 534. Em trabalho posterior, a autora observa que “o testador poderá estabelecer a divisão do patrimônio observando os interesses dos sucessores em relação a determinados bens da herança, atendendo, dessa maneira, a outros interesses que não sejam puramente sucessórios, conferindo os bens existentes na herança aos herdeiros que sejam considerados idôneos e capazes de continuar a atividade anteriormente desenvolvida por razões objetivas, como a formação profissional dos mesmos e a sua vinculação à dita atividade e ao bem objeto da deixa testamentária”. A partir disso, defende que “todas as vezes em que se percebe uma desigualdade qualitativa entre os bens atribuídos aos filhos, antes que se possa invocar a violação à igualdade que deve nortear o tratamento sucessório conferido a eles, é preciso identificar se nesta distribuição o testador observou vínculos e interesses legítimos dos sucessores contemplados quanto aos bens da herança, relacionados ao exercício profissional ou à moradia dos mesmos. Se a resposta for positiva, a balança propenderá para a liberdade do testador, sendo certo que eventual desigualdade quantitativa entre os quinhões, uma vez provada, deverá ser solucionada pela torna ou reposição em dinheiro e pelo instituto da hipoteca legal”. Cf. A. L. M. NEVARES, *A Função Promocional* cit. (nota 45 supra), pp. 240-241.

3 – AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE: INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

3.1) Noções gerais sobre direito de propriedade e cláusulas restritivas

Washington de Barros MONTEIRO descreve o direito de propriedade como o mais relevante e sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, acerca do qual o direito das coisas gravita, a pedra fundamental de todo o direito privado, embora também repercuta no âmbito do direito público. A sua relevância se estende a outros domínios, como a sociologia e a economia política.¹¹⁷

No mesmo sentido, Silvio RODRIGUES também o retrata como o mais completo dos direitos subjetivos, o cerne do direito das coisas e a espinha dorsal do direito privado, se analisado no contexto do atual sistema de apropriação de riquezas, na medida em que quase todos os conflitos de interesses humanos disciplinados pelo direito se manifestam, sobretudo, pela disputa sobre bens.¹¹⁸

A doutrina civilista reconhece a dificuldade em elaborar um conceito uniforme de direito de propriedade. Isso se deve a diversos fatores, como a evolução histórica da propriedade, marcada principalmente pelo aumento das restrições dos poderes do proprietário,¹¹⁹ e a influência que recebe dos regimes políticos nos quais os respectivos sistemas jurídicos são concebidos, o que altera sensivelmente a configuração do instituto.¹²⁰

Diante de tal embaraço, Caio Mário da Silva PEREIRA chega a afirmar que a propriedade, em atenção aos critérios informativos da civilização romano-cristã, mais se sente do que se define. Tanto que todos os indivíduos, independentemente do nível de cumprimento ou desenvolvimento intelectual, até mesmo as crianças, conseguem perceber o fenômeno

¹¹⁷ Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, vol. 3, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 88.

¹¹⁸ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil – Direito das Coisas*, vol. 5, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 76.

¹¹⁹ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 118 supra), pp. 84-89.

¹²⁰ Cf. C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*, vol. 5, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 206.

social do assenhramento das coisas, defendendo uma noção jurídica de domínio e resistindo a eventuais violações que venham a sofrer.¹²¹

Assim mesmo, como não poderia ser diferente pela natureza de seu trabalho, os doutrinadores buscam delimitar um conceito de direito de propriedade, o que resulta em ideias bastante diversas. Para exemplificar, com inspiração em dois autores clássicos do direito brasileiro, Lafayette Rodrigues PEREIRA o apresenta como “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios”,¹²² enquanto Clóvis BEVILÁQUA o define como “o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral”.¹²³

Ambos os conceitos são criticados negativamente por Caio Mário da Silva PEREIRA. O primeiro, por exibir uma noção longa, difusa e imprecisa. E também pela incongruência entre o direito de propriedade e o seu exercício conforme um poder absoluto da vontade. O segundo, por não esclarecer o conteúdo do fenômeno, seja pela perspectiva do direito ou da economia. Para o civilista, embora não seja propriamente uma definição, a melhor noção de direito de propriedade ainda é a fornecida pela legislação brasileira, que tem como principal mérito retratá-lo em termos analíticos e sucintos.¹²⁴

Nesse sentido, o artigo 1.228, *caput*, do Código Civil de 2.002 dispõe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Em comparação com a legislação anterior, trata-se praticamente de uma reprodução do artigo 524, *caput*, do Código Civil de 1.916: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Constata-se que o legislador brasileiro fez a opção por positivar uma noção de direito de propriedade que colocasse em evidência os elementos que o constituem, destacados com

¹²¹ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Direitos Reais*, vol. 4, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 70.

¹²² Cf. L. R. PEREIRA, *Direito das Coisas*, vol. 1, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil, Brasília, Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 98.

¹²³ Cf. C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas*, vol. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941, p. 127.

¹²⁴ Cf. C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), pp. 71-72.

frequência pela doutrina jurídica, seguindo a mesma orientação presente em outras legislações ocidentais, como a francesa e a italiana.¹²⁵

Com base nas fontes romanas,¹²⁶ tradicionalmente são identificados como elementos constitutivos do direito de propriedade: o direito de usar (*jus utendi*), o direito de fruir (*jus fruendi*) e o direito de dispor (*jus abutendi*).¹²⁷ Reproduzindo as sintéticas palavras de José Ulpiano Pinto de SOUZA, o primeiro representa “a faculdade de servir-se da coisa e de fazer dela os usos e empregos a que se presta”. O segundo, “o direito de perceber todos os seus frutos, rendimentos e produtos”. O terceiro, “o poder de fazer dela um emprego definitivo, quer material, e absoluto, por um ato de destruição, quer jurídico, e relativo somente ao proprietário atual, por um ato de disposição”.¹²⁸

Além desses três, lembrados com mais frequência, também é possível encontrar na doutrina brasileira, em razão do texto da lei, referências a um quarto elemento: o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*). Afinal, de nada adiantaria ao titular do direito de propriedade

¹²⁵ O Código Civil da França de 1.804 foi pioneiro ao definir em lei a propriedade no artigo 544: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements” (tradução: a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos). Esse dispositivo tem a redação bastante criticada por utilizar, na primeira parte, gradação da ideia de absoluto, o que contraria a lógica, pois o absoluto não comporta restrições, e conter, na segunda, limitações ao direito de propriedade, o que vai de encontro ao pleonasma anterior. Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), p. 71; W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito* cit. (nota 117 supra), p. 89.

Seguindo a mesma linha, o Código Civil da Itália de 1.942, com redação muito semelhante à do artigo 436 do revogado Código Civil da Itália de 1.865, estabelece no artigo 832: “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico” (tradução: o proprietário tem o direito de gozar e dispor das coisas de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e em observância às obrigações estabelecidas pelo ordenamento jurídico). Convém observar que tanto no direito francês, quanto no italiano, o direito de *gozar* compreende as noções de *usar* e *fruir*, enquanto no direito brasileiro é considerado sinônimo de *fruir*.

¹²⁶ D. 7, 8, 2, pr.: *Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur* (tradução: o domínio é o direito de usar, fruir e dispor do que é seu, quanto o permite a razão do direito).

¹²⁷ Constata-se uma imprecisão terminológica a respeito dos elementos constitutivos do direito de propriedade. É possível encontrar na doutrina referências diversas, por exemplo, a *direitos, poderes, faculdades* ou *atributos* de usar, fruir e dispor. No âmbito da legislação brasileira, o artigo 524 do Código Civil de 1.916 mencionava os *direitos* do proprietário de usar, fruir, dispor e reaver, ao passo que o artigo 1.228 do Código Civil de 2.002 cita as *faculdades* de usar, fruir e dispor e o *direito* de reaver, ambos os dispositivos reproduzidos em parágrafo anterior. As legislações francesa e italiana, por seu turno, utilizam o vocábulo *direito* (nota 125 supra).

Caio Mário da Silva PEREIRA defende que esses elementos só podem ser atributos ou faculdades, pois seria errado sustentar que a propriedade, o próprio direito, no qual se compreende o poder de agir em relação à coisa, usando, gozando ou dispondo dela, enfeixasse outros direitos autônomos. Cf. *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), p. 72. Em que pese a crítica, a expressão direito é consagrada em diferentes legislações, como a italiana e a francesa, e também nas fontes romanas, não sendo justificável, sob tal perspectiva, sua rejeição.

¹²⁸ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 05.

reunir os direitos de usar, fruir e dispor da coisa, caso não lhe fosse conferida a possibilidade de reavê-la de alguém que a possua injustamente ou a detenha sem título.¹²⁹

Os três primeiros elementos traduzem, na lição de Washington de Barros MONTEIRO, o *conteúdo positivo* do direito de propriedade e o quarto, a sua *proteção específica*. Quando todos esses elementos estão reunidos em prol de uma só pessoa, a propriedade é considerada *plena* ou *perfeita*, mas nas situações em que se observa o desmembramento de um desses direitos em favor de outrem, mantidos os demais com o proprietário, a propriedade é reputada *limitada* ou *imperfeita*.¹³⁰

É o que ocorre, por exemplo, na instituição de direito real de usufruto, circunstância em que os direitos de usar e fruir da coisa estão concentrados nas mãos do usufrutuário, ao passo o nu proprietário fica apenas com o direito de dispor dela, mutilação que irá perdurar até a extinção desse direito real sobre coisa alheia (artigo 1.410 do Código Civil).

Da mesma maneira, a propriedade é apontada como limitada ou imperfeita quando há a perda do direito de dispor da coisa, o que pode ser imposto por lei ou determinado pela vontade,¹³¹ no contexto da vasta gama de restrições ao direito de propriedade admitidas nos dias atuais pelo direito brasileiro.

A lei estabelece, por exemplo, a proibição da alienação do bem de família voluntário, exceto se houver autorização judicial, com a necessidade de consentimento dos interessados e intervenção do Ministério Público (artigo 1.717 do Código Civil). Além disso, em regra, o bem de família voluntário não pode ser objeto de penhora (artigos 1.711 e 1.715 do Código Civil, combinados com as disposições da Lei nº 8.009 de 1990).

A perda parcial ou total do direito de dispor pode ter origem também na vontade, âmbito no qual se sobressaem as chamadas cláusulas restritivas do direito de propriedade: inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. As três são instituídas por meio de negócio jurídico, normalmente uma liberalidade, e afetam, em diferentes níveis, o direito de dispor do novo proprietário da coisa.¹³²

¹²⁹ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), p. 75.

¹³⁰ Cf. W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito* cit. (nota 117 supra), pp. 91-92.

¹³¹ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), p. 73; S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 118 supra), pp. 82-83.

¹³² Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 06.

A inalienabilidade é a que atua com maior intensidade, obstando qualquer espécie de transferência, salvo algumas poucas exceções expostas mais adiante. A incomunicabilidade e a impenhorabilidade, por seu turno, são menos enérgicas, impedindo apenas transferências específicas, respectivamente, a comunhão oriunda do regime matrimonial de bens e a possibilidade de expropriação (forçada ou voluntária, mediante a entrega do bem em garantia).

Sobre as três cláusulas restritivas de propriedade, Álvaro Villaça AZEVEDO ensina que elas “limitam as vantagens na aquisição de direitos sobre bens, principalmente nos atos que decorrem de liberalidades”. Desse modo, um donatário que recebe o bem de doador com cláusula de inalienabilidade não pode dele dispor. Ainda que esteja casado pelo regime da comunhão universal de bens, se o recebe com incomunicabilidade, não ocorre o ingresso na massa comunicável com seu cônjuge. E, caso gravado com impenhorabilidade, não pode o bem doado ser objeto de execução forçada pelos credores do donatário. Conclui o autor que as três cláusulas buscam impor, por algum tempo, a permanência do bem no patrimônio do novo proprietário, com destaque especial para a inalienabilidade, por ser a mais potente na paralisação do bem.¹³³

Apresentadas, em linhas gerais, as cláusulas restritivas de propriedade, passa-se ao estudo pormenorizado de cada uma das três, análise que englobará conceito, classificação, efeitos e natureza jurídica, começando pela mais abrangente, a inalienabilidade, o que facilitará, em seguida, a análise das demais, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

Ao final do capítulo, será dedicado um tópico exclusivo para as críticas formuladas pela doutrina contra as cláusulas restritivas de propriedade, com realce ao problema de sua imposição sobre os bens que compõem a parte legítima da herança, questão primordial para o desenvolvimento do trabalho.

3.2) Cláusula de inalienabilidade

a) Conceito

¹³³ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif. – Coimbra (cursos jurídicos)*, in R. L. FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 43.

O maior desafio em elaborar um conceito de cláusula de inalienabilidade diz respeito à possibilidade da sua instituição mediante negócio jurídico oneroso. Não resta dúvida de que tal disposição possa estar presente em negócio jurídico gratuito. Todavia, embora não se discuta a imposição de inalienabilidade em testamento ou doação, alguns autores não a admitem, por exemplo, em contrato de compra e venda.

Nesse sentido, Clóvis BEVILÁQUA afirma que a cláusula inalienabilidade não aparece nos negócios onerosos nem tanto por implicar uma considerável redução do preço da coisa alienada, enquanto normalmente o alienante persegue no mercado o maior preço possível, mas por outros dois motivos.

O primeiro deles é que o negócio jurídico oneroso culmina no deslocamento de bens de um patrimônio para outro, o que pode ser lesivo aos interesses dos credores do alienante existentes no momento da alienação, na medida em que os bens que compõem o patrimônio do devedor constituem a principal garantia de satisfação da dívida. O segundo é que a inserção da cláusula em negócios onerosos resultaria na possibilidade de inalienabilidade por determinação do próprio adquirente, o que afronta a razão jurídica.

Por tais razões, Clóvis BEVILÁQUA conclui que o negócio jurídico oneroso não pode ser causa geradora de inalienabilidade, tanto que o Código Civil de 1.916, cujo Anteprojeto de origem é de sua autoria, só faz referência à inalienabilidade estabelecida por testamento ou doação. Complementa que os pactos de retrovenda e de preferência, adjetos a contrato de compra e venda, não criam propriamente cláusula de inalienabilidade e que a impenhorabilidade do bem de família existe em prol do interesse da família, não do instituidor.¹³⁴

De fato, tal raciocínio encontra, de certa maneira, respaldo na legislação brasileira. Não obstante a localização da matéria no Livro IV (“Do Direito das Sucessões”), o Código Civil de 1.916 no artigo 1.676 aludia à inalienabilidade “imposta aos bens pelos testadores ou doadores”, ao passo que no artigo 1.723, praticamente uma reprodução do artigo 3º da Lei Feliciano Penna, tratava especificamente da legítima dos herdeiros necessários e citava somente a figura do “testador”.

¹³⁴ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos cit.* (nota 59 supra), pp. 127-128.

Seguindo a mesma linha, disciplinando o tema no seu Livro V (“Do Direito das Sucessões”), o Código Civil de 2.002 no artigo 1.911, *caput*, faz referência à inalienabilidade “imposta aos bens por ato de liberalidade”, enquanto no artigo 1.848, *caput*, também restrito à porção legítima da herança, menciona as palavras “testamento” e “testador”. Portanto, não se encontra qualquer alusão explícita na legislação nacional ao uso da cláusula de inalienabilidade nos negócios jurídicos onerosos.

Sílvio RODRIGUES perfilha desse mesmo entendimento, ao afirmar que a inalienabilidade só pode ser estipulada mediante liberalidade. Em atenção aos interesses dos credores do adquirente do bem gravado, sustenta que a vedação nos negócios onerosos deriva da impossibilidade de o indivíduo tornar coisa própria inalienável, com exceção do bem de família voluntário, e que disposição de tal natureza só tem sentido em negócios gratuitos.

Ao restringir o uso da cláusula de inalienabilidade somente em liberalidades, Sílvio RODRIGUES a conceitua como “a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebe é limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor”.¹³⁵

Em sentido oposto, José Ulpiano Pinto de SOUZA defende a inserção da cláusula de inalienabilidade em negócios onerosos. Embora reconheça que, ao longo da história, o seu uso se limite quase exclusivamente às doações e aos testamentos, entende que a análise da essência do instituto não permite eliminar tal possibilidade, existindo exemplos pontuais em contratos de compra e venda,¹³⁶ quase sempre como acessório a uma liberalidade.

Segundo o autor, a raridade da cláusula de inalienabilidade nos negócios jurídicos onerosos, que não significa vedação ao seu uso, tem uma simples explicação. Quem dispõe a título oneroso, busca o maior preço possível, de acordo com a necessidade e a especulação

¹³⁵ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 7, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 132.

¹³⁶ Ao analisar a origem histórica da inalienabilidade, o autor relata que os romanos a utilizavam em negócios onerosos. O principal exemplo era o “*pacto de preferencia*, estipulado pelo vendedor: o comprador se obriga, caso queira revender o bem adquirido, a revendê-lo de preferencia ao seu vendedor ou á pessoa por este designada, de sorte que não poderá validamente alienar a um terceiro senão no caso de recusa do beneficiário de prevalecer-se do direito concedido, conforme a lei 75, *Dig.*, liv. 18, tit. 1º. Ha uma convenção análoga entre coherdeiros que reciprocamente se obrigam a não vender a extranhos, mas a um deles a sua parte em um bem que possuem indiviso, conforme a lei 122, § 3º, *Dig.*, liv. 45, tit. 1º. Ha ainda o pacto ‘*ne servus manumittatur*’, estabelecido em uma venda de escravo, equivalendo, para o proprietario, a libertação á um acto de alienação, na lei 6, *Dig.*, liv. 18, tit. 7, *de servis exportandi*”. Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 39-40.

do mercado. Ao exigir do comprador o compromisso de não alienar a coisa, deve o vendedor reduzir o preço como forma de compensar essa exigência, sacrifício pecuniário que não encoraja o vendedor. De outro lado, quem recebe a título gratuito normalmente está disposto a aceitar tal restrição, pois nada tem a perder. Esse é o motivo pelo qual a inalienabilidade dificilmente é encontrada em negócios onerosos.¹³⁷

Álvaro Villaça AZEVEDO compartilha da mesma opinião e procura rebater, um por um, os argumentos expostos pela corrente contrária. Em primeiro lugar, embora a lei brasileira não faça menção expressa à inalienabilidade nos negócios onerosos, assevera que, desde que não haja ofensa à lei, aos bons costumes e à ordem pública, as partes podem estipular livremente o conteúdo do negócio jurídico. Isto é, a cláusula pode ser inserida nos negócios onerosos como mera consequência da autonomia privada, na medida em que não consta da lei qualquer vedação nesse sentido.

Em segundo lugar, com relação a eventuais interesses de terceiros, sustenta que a melhor opção é conferir aos credores existentes ao tempo da alienação a possibilidade de anulação do negócio que originou a restrição por fraude contra credores. Cabe acrescentar a esse raciocínio que nem sempre o alienante terá credores nesse momento.

Em terceiro e último lugar, não vislumbra afronta à razão jurídica, porque o adquirente não estabelece propriamente a cláusula de inalienabilidade da coisa adquirida, mas concorda, na realidade, com o gravame imposto pelo alienante.

Admitindo visão mais ampla, o autor define a inalienabilidade como “a imposição, pelo proprietário de um bem, da impossibilidade de sua transferência patrimonial por parte de quem o adquire, quer no interesse daquele, quer no do adquirente, quer no de terceiros. Essa cláusula é um dispositivo de paralisação patrimonial, que se insere em um negócio jurídico, geralmente gratuito, com caráter acessório”.¹³⁸

¹³⁷ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 07-08.

Convém ressaltar que tal explicação é encontrada nas fontes romanas. Como esclarece, em outra passagem de sua obra, a “clausula de inalienabilidade influe no consentimento daquele que a impoz, segundo a lei 9, C. liv. 4, tit. 54 ou na aceitação da prestação que lhe foi oferecida pela outra parte: assim, tratando-se dum vendedor, ella o tornou menos exigente sobre o preço, segundo a lei 6, § 1º D. liv. 18, tit. 7, e, por isso, a lealdade manda que se lhe reconheça força obrigatoria, em virtude da regra pretoriana de serem obrigatorios todos os pactos adjectos á um contrato principal, não contrarios ás leis, inserta na lei 7, § 7, D. liv. 2, tit. 4.” Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 40-41.

¹³⁸ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), pp. 47-48.

De fato, a orientação de que o estabelecimento de cláusula de inalienabilidade seja possível por meio de negócio jurídico oneroso é mais adequado. Isso porque a lei brasileira não contém vedação nesse sentido, de modo que deve prevalecer o raciocínio que prestigia a autonomia privada no âmbito negocial. Além disso, eventual comportamento malicioso perseguido com a celebração de negócio jurídico oneroso, com a intenção de prejudicar interesses de terceiros, deve ser coibido por outros meios, como a fraude contra credores, de acordo com o artigo 159 do Código Civil.

Assim, reproduzidos dois conceitos que ilustram a divergência e, ainda, admitida predileção pela possibilidade de inserção da cláusula em negócios onerosos, a inalienabilidade pode ser definida, em linhas gerais, como a disposição imposta por meio de negócio jurídico, normalmente gratuito, pela qual o alienante proíbe o adquirente de alienar a coisa adquirida a título gratuito ou oneroso.

b) Classificação

Frequentemente a doutrina brasileira trabalha com dois critérios para classificar a cláusula de inalienabilidade. O primeiro é o *tempo de duração*, relativo ao momento no qual a proibição deixa de existir. O segundo é a *extensão*, referente aos bens transferidos abrangidos ou não pela vedação e às pessoas que estão ou não autorizadas a receber os bens gravados por ato de alienação do adquirente.

Quanto ao tempo de duração, a inalienabilidade se divide em *temporária* e *vitalícia*, classificação mencionada de maneira expressa pela legislação revogada (artigos 3º da Lei Feliciano Penna e 1.723 do Código Civil de 1.916), mas não encontrada no texto da codificação em vigor. Ainda assim, essa nomenclatura é amplamente admitida no direito pátrio e costumeiramente utilizada nos instrumentos dos atos pelos quais estabelecidas.

Considera-se temporária a cláusula de inalienabilidade que deixa de existir com o advento do termo ou implemento da condição. Ocorrido evento, certo ou incerto, previsto categoricamente no negócio jurídico pelo qual instituído o gravame, o proprietário passa a

ter o direito de dispor do bem. De outro lado, reputa-se vitalícia a que termina com a morte do proprietário, de modo que a limitação perdura pelo resto de sua vida.¹³⁹

A doutrina é pacífica sobre a inadmissibilidade da inalienabilidade *perpétua*, assim compreendida a que pretende estender a restrição por período superior à vida do proprietário que recebe o bem gravado.¹⁴⁰ A cláusula deve ter necessariamente caráter temporário, seja inferior (inalienabilidade temporária), seja equivalente (inalienabilidade vitalícia) ao tempo de vida restante do proprietário.¹⁴¹

Se o negócio não determina o momento da extinção da cláusula, José Luiz Gavião de ALMEIDA afirma que a inalienabilidade se presume vitalícia.¹⁴² À míngua de regra supletiva específica na legislação brasileira sobre o assunto, não se pode delimitar arbitrariamente algum evento futuro, certo ou incerto, para sua cessação. Como a cláusula de caráter perpétuo é considerada inaceitável, persistirá a proibição, em princípio, até o momento do falecimento do proprietário.

Como bem adverte Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, a inalienabilidade veda apenas a prática de atos de alienação *inter vivos*, permanecendo intacta a possibilidade de transferência por negócio jurídico *causa mortis*.¹⁴³ Mais uma vez recorrendo à legislação revogada, existia autorização explícita à disposição do bem clausulado mediante testamento

¹³⁹ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 178; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 47-48; G. M. F. N. HIRONAKA, *Parte Especial – Do Direito das Sucessões – Da Sucessão em Geral; Da Sucessão Legítima (Arts. 1.784 a 1.856)*, in A. J. DE AZEVEDO (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 259-260; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 337.

¹⁴⁰ Em posição isolada nas obras consultadas, contrariando a tradição brasileira, José Ulpiano Pinto DE SOUZA sustenta que inalienabilidade vitalícia e perpétua são sinônimos, coincidindo a duração da vedação com o restante da vida do proprietário, o que era autorizado pelo artigo 3º da Lei Feliciano Penna. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 72-73.

¹⁴¹ Clóvis BEVILÁQUA analisa com precisão esse caráter temporário, à luz do Código Civil de 1.916: “A inalienabilidade não pode ser perpetua. Ha de ter uma duração limitada. O Codigo Civil sómente a permite temporaria ou vitalicia. Os vinculos perpetuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condemnados. A inalienabilidade immobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas, é, portanto, anti-economica, do ponto de vista social. Por considerações especiaes, para defender a inexperiencia dos individuos, para assegurar o bem estar da familia, para impedir a delapidação dos prodigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens. Retiral-os, em absoluto e para sempre, do commercio seria sacrificar a prosperidade de todos ao interesse de alguns, empobrecer a sociedade, para assegurar o bem estar de um individuo, ou uma serie de individuos. A temporariedade deve ser aqui entendida num sentido restricto. Seria fraudar a lei, que prohibe a inalienabilidade perpetua, estabelecel-a por mil annos, por cem annos ou coisas assim. O conceito de temporariedade, na systematica do Codigo Civil, corresponde a uma duração sempre inferior á de uma vida normal”. Cf. *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 128.

¹⁴² Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima – Artigos 1.784 a 1.856*, in A. V. AZEVEDO (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. 23, São Paulo, Atlas, 2003, p. 261.

¹⁴³ Cf. G. M. F. N. HIRONAKA, *Parte Especial – Do Direito* cit. (nota 139 supra), p. 260.

(artigos 3º da Lei Feliciano Penna e 1.723 do Código Civil de 1.916), não havendo previsão semelhante no texto diploma civil vigente – o que é desnecessário, uma vez que o exercício da autonomia privada basta para fundamentar tal prática na ausência de proibição legal.

Nesse ponto, cabe destacar crítica formulada por Carlos Alberto Dabus MALUF contra esse critério de classificação da inalienabilidade. Defende que a divisão é arbitrária, na medida em que seguidas cláusulas temporárias podem resultar numa limitação perpétua.¹⁴⁴

No tocante à extensão, a inalienabilidade é cindida em *absoluta* ou *total* e *relativa* ou *parcial*. Dentre algumas poucas variações identificadas na doutrina, cabe afirmar que, no primeiro caso, a proibição compreende a alienação de todos os bens deixados para qualquer pessoa e, no segundo, a vedação alcança apenas parcela dos bens recebidos ou a alienação para determinadas pessoas é autorizada.¹⁴⁵

Essa terminologia nunca esteve presente, ao menos de maneira expressa, na legislação brasileira. Nas Ordenações Filipinas, admitia-se a instituição da cláusula somente com a indicação formal de pessoa certa para eventualmente receber o bem em futura alienação (Livro IV, Título XI, §§ 1º e 2º), o que leva, por consequência, à conclusão de que só era permitida a inalienabilidade relativa ou parcial.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 35-36.

¹⁴⁵ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 17 supra), p. 50; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 133 supra), p. 337.

José Ulpiano Pinto DE SOUZA, em sua tradicional obra sobre as cláusulas restritivas no direito brasileiro, afirma que na inalienabilidade *absoluta* se proíbe a alienação a quem quer que seja *ou* de todos os bens, não cumulando, portanto, esses dois requisitos. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 72.

Orlando GOMES e Carlos Alberto Dabus MALUF, por seu turno, entendem que, pelo critério da extensão, a inalienabilidade se divide em *absoluta* e *relativa*, mas só pode ser chamada de *parcial* quando for restrita a certos bens da herança, considerando-se a quota hereditária percebida. Em outros termos, para os dois autores a inalienabilidade *parcial* seria uma subespécie de inalienabilidade *relativa*. Ademais, sustentam que a inalienabilidade não deixa de ser *absoluta* se limitada a um ou alguns bens, o que contradiz a própria ideia de inalienabilidade *relativa* e compromete, por consequência, a divisão. Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 178; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 47.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, ainda com base no critério da extensão, a cláusula de inalienabilidade se divide em *parcial*, *relativa* e *absoluta*. A inalienabilidade *parcial* abrange somente algum ou alguns dos bens deixados. Na *relativa*, a proibição de alienar, de todos ou certos bens, não é extensível a todas as pessoas. Por derradeiro, na inalienabilidade *absoluta*, a vedação de alienar, de todos ou certos bens, alcança todas as pessoas. Cf. *Parte Especial* cit. (nota 139 supra), p. 260.

¹⁴⁶ Nesse sentido, José Ulpiano Pinto de SOUZA leciona que eram exigidos dois requisitos para a validade da cláusula de inalienabilidade: a presença da locução “não pode” escrita no instrumento do negócio, referente ao corte do direito de dispor, e a determinação expressa da pessoa que pode receber o bem. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 60-62.

Entretanto, todas as leis posteriores a respeito da matéria não demandaram mais a designação de uma pessoa determinada para receber o bem gravado, prevalecendo o entendimento de que também é cabível a inalienabilidade absoluta ou total. E, muito embora não mencionada pela legislação vigente, a doutrina aceita tranquilamente a existência dessas duas espécies no direito pátrio como decorrência da autonomia privada.¹⁴⁷

Com base nessa classificação, Álvaro Villaça AZEVEDO reforça a sua ideia de que a inalienabilidade pode ser inserida nos negócios jurídicos onerosos. Usa como exemplo a compra de objeto com a restrição, mas também com a previsão de alienação em favor de determinadas pessoas, nos termos convencionados pelas partes, atendendo, assim, aos seus interesses pessoais.¹⁴⁸

c) Natureza jurídica

José Ulpiano Pinto de SOUZA identifica na doutrina estrangeira, sobretudo francesa, a existência de três principais teorias para explicar a natureza da cláusula de inalienabilidade: incapacidade do proprietário, obrigação de não alienar e indisponibilidade real da coisa.¹⁴⁹ Esse esquema encontra ampla aceitação entre os autores brasileiros, que acabam por seguir, em linhas gerais, inclusive na conclusão, a mesma orientação.¹⁵⁰

A primeira teoria, a da *incapacidade do proprietário*, tem como ponto de partida uma distinção imaginada entre inalienabilidade propriamente dita e proibição de alienar. Aquela fere diretamente o bem e, por consequência, alcança qualquer um que seja seu dono. Essa atinge a própria pessoa do proprietário e, assim, investe exclusivamente contra o indivíduo que recebe o bem onerado.

¹⁴⁷ Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), p. 260.

¹⁴⁸ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 50.

¹⁴⁹ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 34-36 e 142-152.

¹⁵⁰ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 178-179; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), pp. 48-50; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 42-46; L. E. FACHIN, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 125-126; M. H. W. DA C. E S. VIANNA, *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista dos Tribunais* 660 (1990), pp. 72-73; Z. A. DE STEFANO, *Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 62 (1992), pp. 53-54; P. L. DE CARVALHO JÚNIOR, *Das cláusulas restritivas da legítima*, in C. C. DE FARIAS (coord.), *Temas Atuais de Direito e Processo de Família – Primeira Série*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 626.

De acordo com os adeptos dessa corrente, a cláusula volta-se, na realidade, contra a pessoa do proprietário, não contra o bem, o qual conserva virtualmente a possibilidade de ser alienado em outra circunstância futura. Desse modo, surge uma espécie de *incapacidade restrita* do proprietário, que atualmente poder ser considerada, de maneira mais adequada, uma *falta de legitimidade* para a prática de ato determinado.¹⁵¹

Portanto, a teoria da incapacidade supõe que o proprietário de um bem gravado tem propriedade plena, com todos os seus elementos (*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*), mas sofre uma interdição de alienar em decorrência de seu estado mental ou de sua situação social, os quais são incompatíveis com a prática do ato de alienar.¹⁵²

A principal crítica contra essa teoria é que somente a lei pode ser fonte geradora de incapacidade. A vontade particular não cria restrições à capacidade de fato. Não é cabível, no caso da cláusula de proibição de alienar, confundir estado e capacidade com mera posição jurídica de disponibilidade e indisponibilidade patrimonial estabelecida por intermédio de ato de alienação.¹⁵³

A segunda teoria, a da *obrigação de não alienar*, entendida como espécie do gênero obrigação de não fazer, parte de uma divisão entre indisponibilidade real e simples vedação de alienar. O indivíduo que recebe bem com cláusula de inalienabilidade tem, na realidade, conforme os seguidores desse raciocínio, apenas o dever de respeitar uma abstenção prevista em negócio, cumprir uma obrigação de não alienar.¹⁵⁴

Na esteira desse entendimento, o conteúdo do direito e a capacidade do seu titular permanecem intactos. A limitação decorre do compromisso de natureza pessoal assumido pelo proprietário de não alienar.¹⁵⁵

¹⁵¹ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 179.

Sem dúvida, mais adequada a referência à *falta de legitimidade* do que à *incapacidade*. Nesse sentido, Álvaro Villaça AZEVEDO aduz: “não se trata, na espécie cuidada, de incapacidade do proprietário, mas de impedimento legal à prática de determinado ato”. Cf. *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 49.

A ideia de incapacidade de fato restrita a determinados bens normalmente não tem uma boa aceitação. José Ulpiano Pinto de SOUZA, a respeito do assunto, acrescenta: “seria extraordinário que uma pessoa fosse capaz para certos bens, e *incapaz* para outros, porque não há *meia incapacidade*: ou uma pessoa é *capaz* ou *incapaz* para todos os bens”. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 144.

¹⁵² Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 35.

¹⁵³ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 49.

¹⁵⁴ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 179.

¹⁵⁵ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 35.

Tratando-se de obrigação, a violação da proibição resulta na resolução do negócio jurídico. Porém, no rigor dos princípios, enseja só o arbitramento de indenização por perdas e danos, devido à natureza pessoal do compromisso. O remédio pouco enérgico oferecido pelo sistema, nessa hipótese, frustra a finalidade da cláusula de inalienabilidade de efetivar a paralisação patrimonial. Essa é a objeção mais relevante a essa corrente.¹⁵⁶

A terceira e última teoria, a da *indisponibilidade real*, sustenta que a própria coisa é gravada de um ônus real, de modo que o proprietário fica, por algum tempo, sem o direito de dispor. O titular do direito não é incapaz para a prática do ato, tampouco assumiu uma obrigação de não alienar. É a própria coisa que fica bloqueada no seu patrimônio.¹⁵⁷

Dessa forma, segundo os partidários desse entendimento, a cláusula de inalienabilidade adere à coisa, o que possibilita fulminar de nulidade qualquer alienação realizada, por desvio de destinação, assim como ocorre em outras situações. Cabe advertir, no entanto, que não se trata de “ônus real no sentido de direito real sobre coisa alheia, transferido ou retido por terceiro, mas de um corte, de um aniquilamento do direito de dispor”.¹⁵⁸

Havia uma antiga discussão a respeito do *jus abutendi* como atributo imprescindível do direito de propriedade. Aqui residia a principal impugnação a essa teoria, na medida em que não podia existir direito de propriedade com o corte do referido poder. Essa concepção era impregnada pelo individualismo clássico, pautado por uma submissão total do objeto à vontade do seu dono. Todavia, essa visão foi superada com a noção de funcionalização da propriedade, sendo possível o abatimento do direito de dispor.¹⁵⁹ A esse respeito, convém destacar, por exemplo, a inalienabilidade dos bens públicos de uso comum do povo (artigos 99, I, e 100 do Código Civil de 2.002).

Optar por uma das três teorias é importante principalmente para a definição dos efeitos da inalienabilidade, sobretudo a sanção pelo descumprimento da proibição.¹⁶⁰ Na esteira da conclusão de José Ulpiano Pinto de SOUZA, os autores reconhecem, de modo geral, que

¹⁵⁶ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 179.

¹⁵⁷ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 49.

¹⁵⁸ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 179.

¹⁵⁹ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 148.

¹⁶⁰ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 35-36; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 178.

a inalienabilidade no direito brasileiro sempre teve uma feição de indisponibilidade real, que também pode receber o nome de qualidade, limite, gravame ou ônus real.

De acordo com o mencionado autor, as Ordenações Filipinas, em sentido diverso das tradições romanas, que disciplinavam a inalienabilidade como uma obrigação de não fazer, adotaram a teoria da indisponibilidade real. Isso porque previam como sanção a nulidade do ato de alienação não permitido, o que se extrai de dois trechos de seu texto: “fazendo-se a emalheação em outra maneira, será nenhuma e de nenhum efeito” (Livro IV, Título XI, § 2º) e “cumprir-se-ha o que pelo testador fôr mandado” (Livro IV, Título XI, § 1º).¹⁶¹

Essa teoria também foi amparada pelos artigos 3º da Lei Feliciano Penna e 1.723 do Código Civil de 1.916, ambos com redação similar, citando ao final a possibilidade de transmissão do bem onerado por sucessão *ab intestato* “desembaraçados de qualquer ônus”, no sentido de *livre de qualquer condição de inalienabilidade*. Assim, houve expressa menção à natureza de ônus real da cláusula na legislação. Em que pese o Código Civil de 2.002 não repetir essa locução, também não contém disposição em sentido contrário, de maneira que prevalece a orientação consagrada no direito pátrio.¹⁶²

Em linhas gerais, essa é a exposição mais corriqueira na doutrina brasileira a respeito da *natureza* jurídica da inalienabilidade. A par desse exame, José Ulpiano Pinto de SOUZA propõe debate sobre a sua *qualificação* jurídica, na tentativa de definir qual é a figura que representa nos atos em que instituída.

Partindo da hipótese de que se trata de *encargo* ou *condição*, após longa análise, o referido autor conclui, em síntese, que a inalienabilidade pode assumir essas duas vestes, a depender da vontade do testador ou do doador, que pode estabelecer qualquer uma das duas em situação idêntica. Demonstra, porém, preferência pela primeira figura, não só porque normalmente é um encargo e acidentalmente uma condição, mas também porque levanta questões mais importantes, especialmente sobre meios de sanção. Ressalva, ao final, que a inalienabilidade não pode, em nenhum caso, ser condição suspensiva, só resolutiva, e que sobre a porção legítima da herança é sempre encargo.¹⁶³

¹⁶¹ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 63.

¹⁶² Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 152; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 45.

¹⁶³ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 08-34.

Todavia, diferentemente do que se passa com o tema da natureza jurídica, os demais autores nacionais, de modo geral, não reproduzem as lições de José Ulpiano Pinto de SOUZA relativas à qualificação da cláusula de inalienabilidade. Na realidade, não demonstram ter preocupação por uma análise profunda do assunto, mencionando casualmente os vocábulos condição e encargo para se referir à inalienabilidade.

Quem se insurge contra essa dualidade de classificações (natureza e qualificação), ao menos indiretamente, e examina a natureza jurídica da inalienabilidade de forma mais satisfatória é Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. Embora não se trate da exposição para o fenômeno reproduzida com mais frequência pela doutrina brasileira, além de não chegar a uma conclusão totalmente divergente da anterior, é a mais precisa e didática.

Inicia o raciocínio com uma contundente crítica aos juristas por quererem explicar o desconhecido pelo conhecido, ao invés de buscarem descobrir o desconhecido e explicá-lo, como os sábios fazem, para, então, concluir se é possível amoldar o objeto em análise a uma das figuras jurídicas antigas e vulgares.

Segundo o autor, a cláusula de inalienabilidade imposta sobre o próprio bem transmitido não pode ser uma condição suspensiva, pois não haveria a aquisição da propriedade e, por consequência, possibilidade de alienação: “Mas, a forma suspensiva lhe é inapplicavel si o seu objecto cifra-se ao mesmo bem doado: como a prohibição de alienar o bem doado poderia ser a condição suspensiva da doação, si o donatario ainda não tem a sua propriedade e só se pode prohibir de alienar ao proprietario? Com effeito, a condição suspensiva é um acontecimento futuro e incerto, do qual depende a existencia dum direito. Ora, é impossivel instituir-se uma pessoa sob a condição suspensiva de não alienar o bem transmitido, porque a existencia do legado não pode depender da não alienação do bem legado, uma vez que esta condição suspende a abertura do direito ao legado. Pois, é certo que enquanto o legado não se abrir ou o legatário não tornar-se proprietario, a alienação será impossivel, e, por conseguinte, a condição não poderá nem realizar-se, nem falhar, ou antes é certo que ella não poderá jamais falhar, porque o legatario, não sendo proprietario, não poderá de forma alguma alienar. Se, portanto, sabe-se que a condição não falhará, deve ser considerada como cumprida desde a abertura do testamento. De maneira que, a condição suspensiva de não alienar não existe” (pp. 09-10).

A inalienabilidade, além de nunca assumir a figura de condição suspensiva, especificamente no caso em que estabelecida sobre bem da legítima, não pode ser condição resolutiva, porque permite a perda da reserva em afronta à legislação: “Postos estes principios sobre a condição resolutiva, é evidente que a legitima não pode ser declarada inalienavel sob condição resolutiva, ainda que o determine o testador. Porquanto, si o seu effeito é de tornar inefficaz a instituição da herança ou legado, claro é que applicada á legitima, o seu acontecimento determinará para o herdeiro legitimario a perda dos bens que a constituirem. Assim que, deixado um predio ao herdeiro José, com a clausula de inalienabilidade, sob a condição de resolver-se o deu dominio caso aliene esse predio legitimario, importará isto meio facil de ser iludida a disposição do art. 2.º da lei n. 1839 de 1907, que garante aos herdeiros legitimarios a metade dos bens do ascendente. Ora, deante deste direito dos legitimarios, manifesto é que o ascendente não pode privar directa ou indirectamente o herdeiro de sua legitima. Si licito fora ao ascendente condicionar resolutivamente a legitima para garantir a sua inalienabilidade, tambem poderia clausulal-a resolutivamente por qualquer das outras trez facultades, mencionadas no art. 3.º daquela lei n. 1839 de 1907, tirante a conversão. Indubitavelmente o testador teria meio facilimo de iludir francamente a disposição do art. 2.º da cit. lei. De modo que, a inalienabilidade da legitima só pode figurar como encargo ou modo, e nunca como condição. Esta só pode ser apposta em qualquer outro caso, fóra do da legitima” (p. 14).

Em seguida, detecta que as cláusulas restritivas são enquadradas pela doutrina como condições, encargos, incapacidades, obrigações de não fazer e indisponibilidades reais, presumindo no seu estudo uma unificação daquelas duas classificações. Depois de ressaltar que as soluções propostas “assoberbam milhares de páginas de discussão subtil e improficua”, passa a criticar detalhadamente cada uma delas.

A *condição* resolutiva, já que as cláusulas restritivas não têm nenhuma relação com a suspensiva, implicaria a perda do bem em caso de violação da proibição, o que até pode acontecer por determinação do testador, mas não ocorre normalmente. No âmbito dos contratos, haveria resolução do negócio e, no dos direitos reais, propriedade resolúvel, o que não corresponde à realidade. Acrescenta que, na condição, a infração não é ilegal, ou ela se dá ou não se dá, como fato exterior que é, de maneira que ninguém, que tenha seu direito resolúvel pela condição, pode ser obrigado a não deixar que se resolva. Assevera, ainda, que a inalienabilidade é mais do que uma obrigação, pois atinge diretamente o bem.

De outro lado, no *encargo* ou *modo*, o gratificado tem a obrigação de cumpri-lo, sob pena de responsabilização pela infração, o que também não se verifica nas cláusulas restritivas. A estrutura da categoria em questão não explica a possibilidade de reivindicar o bem gravado transferido em inobservância à proibição. Logo, a inalienabilidade não é condição, nem encargo, o que não significa que não possa se combinar com alguma das duas. Diante dessa possibilidade, percebe-se que necessariamente se trata de algo diverso.

Por sua vez, a *incapacidade* é taxada como desespero, na medida em que se recorre a um conceito excepcional de ordem pública para justificar a natureza das consequências de um preceito particular. Não importaria a distinção entre inalienabilidade de carácter real e de carácter pessoal, em ambos os casos existiria incapacidade do proprietário. Como não poderia ser diferente, o ponto mais grave é a possibilidade de criação de incapacidade por convenção ou ato unilateral, o que nunca ocorreu no direito contemporâneo.

A teoria de obrigação de não alienar, espécie da *obrigação de não fazer*, de acordo com o civilista, corresponde à ideia de encargo ou modo. A instituição da cláusula de inalienabilidade sobre o bem é mais do que mera proibição de alienar, produzindo efeitos reais em decorrência de autorização prevista em lei.

Resta, por último, a tese da *indisponibilidade real*, que é perfeitamente correta, pois é uma indução dos casos em que esse efeito se observa, mas não explica nada, porque não é a indução dos casos em que deve ocorrer tal efeito. Cuida-se, portanto, de mera observação, não de explicação do fenômeno como um todo. Não obstante, esse raciocínio ultrapassa o âmbito das cláusulas restritivas, tendo em vista que tal efeito se faz presente em outras circunstâncias, como o direito de um cônjuge de reaver os bens doados pelo outro a concubino e o direito dos credores em caso de fraude.

Conclui Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA que a inalienabilidade não é condição, encargo, obrigação de não fazer ou incapacidade. A teoria da indisponibilidade real, por seu turno, não é uma explicação correta, pois se preocupa com o que dela resulta, não com o que a caracteriza. A cláusula é, na realidade, um corte do *jus abutendi*, um fenômeno autônomo, que traduz uma *limitação de poder*, sem nome técnico, que precisa ser estudada sem alusões inadequadas à condição ou ao encargo, que atrapalham a análise.¹⁶⁴

Em resumo, a doutrina pátria, liderada por José Ulpiano Pinto de SOUZA, expõe com frequência três teorias sobre a natureza jurídica da cláusula de inalienabilidade: incapacidade do proprietário, obrigação de não fazer e indisponibilidade real da coisa. Entende-se que o direito brasileiro sempre prestigiou a última dessas três.

Todavia, a lição de Francisco Cavalcanti de PONTES DE MIRANDA, em especial a insuficiência da tese da indisponibilidade real para explicar o fenômeno, é a mais adequada para a análise do assunto. Portanto, a cláusula de inalienabilidade é uma limitação de poder, sem nome técnico, não se ajustando a outra figura jurídica.

d) Efeitos

A doutrina nacional habitualmente analisa os efeitos da cláusula de inalienabilidade sob duas perspectivas: *extensão* e *sanção*. A primeira classe diz respeito aos atos abrangidos ou não pela vedação de alienar e a segunda, às consequências que acarreta em caso de desrespeito do preceito proibitivo.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Cf. F. C. P. DE MIRANDA, *Tratado dos* cit. (nota 54 supra), pp. 85-90.

¹⁶⁵ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 153; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 179-180; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 56.

No tocante à extensão, o efeito substancial da inalienabilidade é o impedimento da prática de atos de alienação pelo proprietário. Em outras palavras, não pode ser realizado qualquer ato de disposição, a título oneroso ou gratuito, pelo qual o bem gravado passe para patrimônio alheio. Dessa maneira, não são cabíveis atos de alienação *direta*, como a venda, a doação, a permuta, a dação em pagamento e a integralização de capital social mediante a conferência de bens do sócio. Mas não só, entende-se que também ficam vedados os atos de alienação *eventual*, que podem ter como resultado no futuro a transferência do bem para patrimônio de outrem, como o estabelecimento de hipoteca e penhor.¹⁶⁶

Há controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de limitação da propriedade do bem clausulado por meio da instituição dos direitos reais de usufruto, uso e habitação. Orlando GOMES defende a possibilidade, porque tais atos não implicam a alienação do bem, ao passo que José Ulpiano Pinto de SOUZA sustenta que quem não pode alienar também não pode praticar esses atos de “semi-alienação”, que retiram a melhor utilidade da propriedade – afirma, porém, que é possível a constituição de servidões reais, na medida em que deixam intactas as faculdades de usar, fruir e dispor e provocam restrições mínimas ao direito do proprietário. Prepondera o primeiro entendimento, senão ocorreria um significativo esvaziamento do domínio.¹⁶⁷

Os atos de mera administração, por outro lado, não são afetados pela cláusula de inalienabilidade. Assim, o proprietário pode, por exemplo, alugar ou arrendar os bens onerados pelo tempo que bem entender, explorá-lo por si mesmo, receber e gastar livremente as suas rendas, dentre outras possibilidades. Além disso, escapam da restrição os atos que forem explícita ou implicitamente autorizados pelo indivíduo que prevê o gravame.¹⁶⁸

Alguns autores apontavam como efeito da cláusula de inalienabilidade a impossibilidade de aquisição por usucapião, sob o argumento de que seria fácil burlar a proibição de alienar, bastando ao proprietário permitir a posse mansa e pacífica de terceiro normalmente

¹⁶⁶ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 155-156; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 180; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cij.* cit. (nota 133 supra), p. 56; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 49; J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), p. 259.

¹⁶⁷ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 180; J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 156-158.

¹⁶⁸ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 153-154.

em troca de remuneração.¹⁶⁹ Entretanto, essa visão foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça, que consolidou a orientação de que é cabível a usucapião de bem clausulado, uma vez que se trata de forma originária de aquisição de propriedade e, por conseguinte, não implica alienação de bem.¹⁷⁰

Como anteriormente ressaltado, a cláusula de inalienabilidade é a mais genérica das cláusulas restritivas de propriedade, atacando, em regra, todos os atos de alienação. Já as demais, incomunicabilidade e impenhorabilidade, atingem somente alienações específicas. Consequência disso é que essas duas são apontadas como efeitos daquela.

Embora identificada alguma divergência,¹⁷¹ sempre prevaleceu no direito brasileiro, a noção de que inalienabilidade implica impenhorabilidade. Ainda que não seja hipótese de alienação *voluntária*, pois a penhora é um dos atos necessários para a efetivação da expropriação patrimonial, o resultado final é exatamente o mesmo, ocorrendo a transferência do bem gravado para o patrimônio do credor. Desse modo, também ficam proibidos os atos de alienação *forçada*, salvo as exceções abaixo explicadas, caso contrário reinaria a fraude e seria muito simples para o proprietário se livrar do gravame instituído.¹⁷²

Em contrapartida, havia debate mais intenso em torno da incomunicabilidade como desdobramento da cláusula de inalienabilidade. De um lado, em posição minoritária, alguns autores sustentavam, em síntese, que a comunicação dos bens durante o casamento não era propriamente alienação e que a cláusula de incomunicabilidade não se presumia, devendo constar expressamente no instrumento do negócio no qual estabelecida, porque a regra do

¹⁶⁹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos cit.* (nota 59 supra), p. 128; J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas cit.* (nota 115 supra), pp. 154-155; O. GOMES, *Sucessões cit.* (nota 4 supra), p. 180; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif. cit.* (nota 133 supra), p. 57; S. DE S. VENOSA, *Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista do Advogado* 91 (2007), p. 134.

¹⁷⁰ “USUCAPIÃO. Bem com cláusula de inalienabilidade. Testamento. Art. 1676 do CCivil. O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido. Peculiaridade do caso. Recurso não conhecido” (4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 418-945/SP, julgado em 15.8.2002).

“DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POR CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. BEM GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. – Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio” (4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial nº 207.167/RJ, julgado em 21.6.2001).

¹⁷¹ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito cit.* (nota 121 supra), p. 82.

¹⁷² Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos cit.* (nota 59 supra), p. 128; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos cit.* (nota 54 supra), p. 92; J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas cit.* (nota 115 supra), pp. 154-155; A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito cit.* (nota 32 supra), p. 655; O. GOMES, *Sucessões cit.* (nota 4 supra), p. 180; S. RODRIGUES, *Direito Civil cit.* (nota 135 supra), p. 134; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif. cit.* (nota 133 supra), p. 57.

sistema era a comunhão de bens e vigia na época o princípio da imutabilidade do regime de bens.¹⁷³ De outro lado, em posição majoritária, determinados autores defendiam, em resumo, que a comunhão de bens na constância do matrimônio ingressava no conceito genérico de alienação e, portanto, igualmente era abarcada pela inalienabilidade.¹⁷⁴

Essas controvérsias a respeito da matéria foram superadas no direito brasileiro. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal deu importante passo ao pacificar seu entendimento sobre o efeito da incomunicabilidade por meio da edição da Súmula 49: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Em um segundo e definitivo momento, o Código Civil de 2.002 passou a conter previsão expressa no sentido de que a inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade (artigo 1.911). Não é demais anotar que, embora essas duas sejam efeitos presumíveis daquela, é possível que conste expressamente do ato que a cláusula inalienabilidade não importa em incomunicabilidade e/ou impenhorabilidade.

A legislação anterior vedava a alienação do bem gravado por negócio jurídico *inter vivos*, ainda que houvesse autorização judicial nesse sentido, exceto nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e execução por dívidas provenientes de tributos dele oriundos, ocorrendo a sub-rogação do gravame nos bens adquiridos a partir do preço pago pela desapropriação e do saldo restante da execução (artigos 1.676 e 1.677 do Código Civil de 1.916).¹⁷⁵ A doutrina acabou por conferir uma interpretação mais elástica ao instituto da sub-rogação, ao admitir a alienação também em casos de necessidade.

Existia discórdia, no entanto, sobre a análise desse pressuposto. Em síntese, parte da doutrina afirmava que se limitava às hipóteses em que a necessidade decorria da própria coisa, por exemplo, a existência de séria ameaça de ruína combinada com a ausência de recursos do proprietário para arcar com as despesas de conservação. Outra parcela ampliava

¹⁷³ Para ilustrar, J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 88-89; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 180-181; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 24, 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, pp. 89-95.

¹⁷⁴ Para exemplificar, A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 662-663; S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), pp. 134-135; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 57; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 53-58; J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), pp. 262-263.

¹⁷⁵ Reproduzindo as palavras de Sílvio RODRIGUES, a sub-rogação “consiste na transferência do ônus para outros bens que se encontrem no domínio do interessado ou que pretende ele adquirir”. Cf. *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 138. Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA narra que, na tramitação do Código Civil de 1.916, foi rejeitada emenda que vedava a sub-rogação. Cf. *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 664-665.

esse exame também à situação pessoal do proprietário. Essa última orientação preponderava nos tribunais brasileiros, que permitiam a alienação se o interesse do titular do domínio fosse razoável, cabendo ao magistrado coibir eventuais abusos.¹⁷⁶

O Código Civil de 2.002, além de permitir a desapropriação do bem onerado, abriu sobremaneira o leque de possibilidades de concessão de autorização judicial para alienação, acolhendo entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência. Agora, basta que o proprietário apresente “justa causa” para fundamentar seu pedido (artigo 1.848, § 2º)¹⁷⁷ ou demonstre a “conveniência econômica” (artigo 1.911, parágrafo único) do negócio desejado. Desse modo, a mera valorização econômica, por exemplo, pode ser aceita para deferimento de pleito de alienação. Em todas essas situações, a legislação estabelece a necessidade de posterior sub-rogação.

Todavia, à míngua de previsão legal, os tribunais brasileiros têm admitido há algum tempo até mesmo a extinção da cláusula independentemente de sub-rogação no produto ou saldo. No geral, são ocasiões em que o beneficiado necessita de recursos financeiros imediatamente para uma finalidade importante, como pagamento de cirurgia ou de tratamento de saúde, ou ostenta alguma condição pessoal que autoriza a dispensa da proteção almejada pelo gravame, como idade avançada, sucesso profissional, existência de vasto patrimônio, dentre outras circunstâncias.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 182-183; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 78-83.

Apenas para ilustrar o debate, de um lado, Carlos MAXIMILIANO afirmava que a “única hipótese relativamente defensável de sub-rogação autorizada é a de se acharem em ruína os bens, não haver quem os arrende abrindo-se a repará-los, e não ter o herdeiro ou legatário meios para custear as obras necessárias”. Cf. *Direito das Sucessões*, vol. 2, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, p. 164-165.

De outro, Clóvis BEVILÁQUA sustentava que a “sub-rogação pode dar lugar a abusos: mas a sua proibição em absoluto seria injusta por lesiva de legítimos interesses. Muitas vezes o proprietário estará impossibilitado de utilizar o imóvel, por falta de recursos, pela situação do bem, ou por outra razão igualmente valiosa. O direito não pode querer o prejuízo do proprietário e a inutilização do bem, quando os fins da inalienabilidade se podem alcançar com a expediente da sub-rogação”. Cf. *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 129.

A permissão de sub-rogação da inalienabilidade, porém, é alvo de críticas, como a formulada por Sílvio RODRIGUES: “A sub-rogação do vínculo de inalienabilidade por promoção do interessado tem sido sempre fonte de abusos. O proprietário, querendo obter recursos, não raro mediante suborno, consegue avaliação baixa do imóvel de sua propriedade, e avaliação alta do prédio pelo qual quer permutá-lo, recebendo por fora, e com prejuízo, a diferença em dinheiro. Por essa razão, durante a discussão que precedeu a promulgação do Código Civil de 1.916, na Câmara dos Deputados, foi proposta emenda proibitiva da sub-rogação de vínculo. A derrota da emenda e aprovação da regra sem qualquer aditivo conduziram os intérpretes, a meu ver, com razão, a entender que a sub-rogação foi permitida pelo legislador”. Cf. *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 137.

¹⁷⁷ A *justa causa* para alienação do bem gravado (artigo 1.848, §2º), por óbvio, não é a mesma que autoriza o estabelecimento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da porção legítima da herança (artigo 1.848, *caput*).

¹⁷⁸ Apenas para demonstrar alguns dos motivos que embasam essa tendência da jurisprudência:

Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA indaga se é possível a aposição de cláusula que vede a sub-rogação do vínculo. O autor sustenta que tal previsão teria o objetivo precípuo de obstá-la em caso de necessidade. Como a lei, mais especificamente a proibição do artigo 1.676 do Código Civil de 1.916, cedia em virtude do *estado de necessidade*, o autor conclui que a sub-rogação também preponderava sobre a *vontade particular*. A cláusula de não sub-rogar, portanto, deve ser interpretada como mero reforço à vigilância do magistrado em relação ao cumprimento do ato. Conferir força obrigatória à vontade do disponente equivaleria a prestigiar um “querer inconsiderado e insano”, o que resultaria na nulidade da cláusula em questão.¹⁷⁹

Outra questão investigada pela doutrina, no silêncio da lei, é a extensão ou não da cláusula de inalienabilidade aos frutos e rendimentos do bem onerado. Muitas vezes o tema é abordado conjuntamente com o prolongamento dos efeitos da impenhorabilidade, questão mais controversa. Opta-se, no entanto, pela análise separada, em conformidade com a organização do presente capítulo do trabalho.

Com essa ressalva, pode-se afirmar que, de forma geral, a resposta é negativa, ainda que o instrumento do ato contenha previsão explícita nesse sentido.¹⁸⁰ Clóvis BEVILÁQUA lembra que o destino próprio dos frutos e rendimentos é o consumo e a aplicação voltados à satisfação das necessidades do proprietário, ocorrendo crescimento patrimonial em caso de

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. PEDIDO DE CANCELAMENTO. 1 - Pedido de cancelamento de cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel recebido pelo recorrente na condição de herdeiro. 2 - Necessidade de interpretação da regra do art. 1576 do CC/16 com ressalvas, devendo ser admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses. 3 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4 - Recurso especial provido por maioria, vencida a relatora” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Recurso Especial nº 1.422.946/MG, julgado em 25.11.2014).

“Cláusula de inalienabilidade extinção donatários idosos, com parcos rendimentos e que pretendem transferir residência para outra localidade imóvel antigo de dispendiosa manutenção possibilidade de desoneração, sem necessidade de sub-rogação. Apelo provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi, Apelação nº 0133012-38.2008.8.26.0000, julgado em 16.11.2010).

“Alvará judicial - Cancelamento do gravame de inalienabilidade e impenhorabilidade do imóvel - Art. 1.676, do Código Civil de 1916 que deve ser interpretado com temperamento. Cláusula restritiva com nítida intenção de proteger os filhos dos donatários, hoje todos com mais de quarenta anos e com vida estável. Provimento para determinar o cancelamento do gravame” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Enio Zuliani, Apelação nº 0195546-47.2010.8.26.0000, julgado em 09.12.2010).

¹⁷⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos cit.* (nota 54 supra), pp. 96-97. Também revelam contrariedade à cláusula que proíbe a sub-rogação: O. GOMES, *Sucessões cit.* (nota 4 supra), p. 181; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade cit.* (nota 139 supra), pp. 85-87.

¹⁸⁰ Em sentido oposto, Álvaro Villaça AZEVEDO opina pela possibilidade da extensão da cláusula inalienabilidade aos frutos e rendimentos do bem gravado desde que tal hipótese tenha sido objeto de previsão expressa pelo disponente. Cf. *Cláusula cif. cit.* (nota 133 supra), p. 59.

conservação de eventuais sobras. Se houvesse essa ampliação da limitação, os frutos e rendimentos seriam totalmente inúteis ao titular do domínio.¹⁸¹ Ocorreria, assim, um notável esvaziamento do direito de propriedade.

Partidário da mesma opinião, José Luiz Gavião de ALMEIDA acrescenta que a possibilidade de alienação dos frutos e rendimentos do bem gravado encontra amparo na necessidade de proporcionar condições mínimas de sobrevivência ao proprietário. Caso contrário, restaria frustrado o caráter protetivo da cláusula de inalienabilidade, justamente o que explica a existência no sistema de tamanha restrição ao direito de propriedade.¹⁸²

A inalienabilidade passa a ter eficácia no momento em que se consuma a transmissão do bem clausulado. Como um dos seus efeitos é a impenhorabilidade, ninguém pode tornar bem próprio inalienável, com exceção do já citado caso do bem de família voluntário. Tal possibilidade representaria o colapso total do sistema de execução forçada, na medida em que o próprio devedor poderia retirar seu patrimônio totalmente do alcance do credor.¹⁸³

Fora as situações em que a extinção do gravame é obtida mediante decisão judicial, este deixa de ter eficácia com o advento do termo ou implemento da condição (cláusula de inalienabilidade temporária) ou com o falecimento do instituído (inalienabilidade vitalícia), prescindindo de intervenção judicial para o cancelamento, se for o caso, de averbação em registro público.¹⁸⁴

Finalmente, a doutrina brasileira discorre sobre as possíveis sanções em caso infração da vedação. Alguns autores as separam em *convencionais*, determinadas pelo próprio instituidor da inalienabilidade, e *legais*, aplicadas quando as consequências da violação não são estipuladas no ato. Em recorte sucinto, encontra-se no primeiro grupo a *cláusula penal*,¹⁸⁵

¹⁸¹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 178.

¹⁸² Cf. J. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), p. 261.

¹⁸³ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 132. O assunto voltará a ser tratado com mais detalhes no tópico referente à cláusula de impenhorabilidade.

¹⁸⁴ Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 51.

¹⁸⁵ Em que pese a utilização recorrente do termo cláusula penal em matéria testamentária pela doutrina pátria, essa não parece ser a opção mais adequada. Tal instituto, compreendido como uma prefixação de indenização convencional pelo descumprimento de obrigação, supõe o consenso das partes a respeito, o que não é cabível no ato de última vontade, exemplo clássico de negócio jurídico unilateral. Melhor trabalhar, por exemplo, com a noção de disposição testamentária penal.

enquanto no segundo são discutidas a *resolução* do ato em que inserido o ônus e a *anulabilidade* ou *nulidade* do ato não permitido praticado.¹⁸⁶

A respeito do tema, a lição de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA novamente é mais precisa. Segundo o autor, a cláusula penal não exclui a aplicação da sanção legal da inalienabilidade. É, na realidade, um *plus*, algo que pode ser adicionado à limitação de poder para reforçar a proibição. Tanto não é propriamente uma sanção da cláusula de inalienabilidade, que deve estar prevista expressamente no ato em que o ônus é estabelecido.

Além disso, o civilista acrescenta que não é cabível disposição penal por testamento sobre os bens da legítima, porque poderia importar no desrespeito à destinação obrigatória determinada por lei para os herdeiros necessários, funcionando até como uma deserdação indireta.¹⁸⁷ Conclui que a única sanção própria para a transgressão da vedação imposta pela inalienabilidade é a nulidade do ato não autorizado.¹⁸⁸

Examinando as possíveis soluções indicadas como sanções legais na divisão acima evidenciada, a resposta não pode ser diferente. A resolução do ato só é possível se admitida a natureza obrigacional da inalienabilidade, o que não é o caso, conforme abordado anteriormente. Não obstante, essa solução traz outros inconvenientes, como a potencial violação da legítima dos herdeiros necessários, se o gravame pesar sobre tal parcela da herança, e a limitação da legitimidade para impugnar o ato.

Por sua vez, a anulabilidade não forneceria resposta satisfatória, na medida em que admitiria implicitamente a prática do ato vedado, diante da possibilidade de convalidação posterior, e restringiria igualmente o rol de legitimados para ofertar impugnações, o que é

¹⁸⁶ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 165-194; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 181-182.

¹⁸⁷ José Ulpiano Pinto de SOUZA chega a admitir tal possibilidade mediante o estabelecimento de cláusula ou cautela *Socino*, que, nas palavras do autor, “é a mais famosa, a mais practica e a mais segura para sustentar gravames e condições impostas nas legítimas. Consiste em o pai fazer ao filho um legado, de sua meação disponível, com a declaração de que perderá a sua importância como uma pena para a alienação que porventura fizer de sua legítima inalienável”. Lança dúvidas, contudo, sobre a inclusão de disposição penal relativa a bens da legítima sem essa garantia, na medida em que poderia significar uma deserdação indireta. Ainda assim, argumenta que não seria o caso, pois a perda do bem decorre exclusivamente de infração praticada pelo herdeiro, não por ato direto do testador. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 175.

No direito francês, Charles AUBRY e Charles RAU também admitem a instituição da cautela *sociniana*, mas deixam claro que a sanção só pode levar à perda do legado retirado da parte disponível, mantendo o herdeiro necessário sua quota legítima. Cf. *Cours de Droit* cit. (nota 91 supra), p. 13.

¹⁸⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos* cit. (nota 54 supra), pp. 99-102.

ainda mais sensível em disposição por testamento, circunstância em que o maior interessado no seu cumprimento não tem como defender a validade do ato.

Não é demais assinalar que a nulidade como sanção própria ou natural da cláusula de inalienabilidade encontra amplo amparo na doutrina e na jurisprudência brasileiras, em consonância com a orientação acerca da natureza jurídica do instituto.¹⁸⁹

A declaração de nulidade culmina na destruição do ato de alienação proibido e na restituição do bem ao beneficiado, competindo ao adquirente reclamar do alienante a devolução do preço pago. A ação de nulidade pode ser proposta por qualquer interessado e o juiz pode até mesmo reconhecê-la de ofício.¹⁹⁰

Orlando GOMES sustenta que não cabe ao adquirente de bem clausulado a oposição de alegação de boa-fé, por ser injustificável sua falta de diligência. No entanto, tal raciocínio só parece fazer sentido para os bens sujeitos a algum tipo de registro público, caso contrário não haveria como exigir do terceiro o conhecimento do gravame.¹⁹¹

¹⁸⁹ Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos cit.* (nota 59 supra), p. 128; J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas cit.* (nota 115 supra), p. 183; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil cit.* (nota 173 supra), pp. 96-97; O. GOMES, *Sucessões cit.* (nota 4 supra), pp. 181-182; C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito cit.* (nota 101 supra), p. 126; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif. cit.* (nota 133 supra), p. 59; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade cit.* (nota 139 supra), pp. 49-50; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das cit.* (nota 12 supra), p. 337; A. L. M. NEVARES, *As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica civil-constitucional*, in *Revista Trimestral de Direito Civil* 05 (2001), p. 212.

¹⁹⁰ Cf. O. GOMES, *Sucessões cit.* (nota 4 supra), pp. 181-182.

¹⁹¹ Um dos principais problemas em torno da cláusula de inalienabilidade diz respeito à produção de efeitos perante terceiros. Quanto aos bens imóveis, sujeitos a registro público, não há maiores dificuldades. A alienação será registrada (artigo 167, I, da Lei nº 6.015 de 1.973) e o gravame será averbado (artigo 167, II, 11, da Lei nº 6.015 de 1.973) na respectiva matrícula, dando publicidade à limitação. Ainda que não tenha sido levada a registro a transmissão, pode-se argumentar pela falta de diligência do terceiro adquirente pela não exigência do título aquisitivo. A mesma linha de raciocínio pode ser aplicada para bens móveis sujeitos a registro, como os veículos automóveis.

O desafio, na realidade, está nas situações em que imposto ônus sobre móveis que não se sujeitam a algum tipo de registro, como joias, relógios e obras de arte. Nas palavras de Claudio Luiz Bueno de GODOY: “Pense-se, por exemplo, na eficácia que teria, entre as partes e sobremodo diante de terceiros, a imposição de cláusulas em doação verbal de coisa móvel, despida de qualquer inscrição registraria”. Cf. *Dos herdeiros necessários cit.* (nota 14 supra), p. 733.

No mesmo sentido, Pedro Lino de CARVALHO JÚNIOR coloca em evidência esse problema à luz da boa-fé subjetiva: “No que se refere aos móveis, por outro lado, salvo a hipótese da existência de algum registro, ainda que administrativo, que os arrole – como nas repartições de trânsito –, é óbvia a dificuldade prática da operacionalização do gravame. Mesmo que no formal de partilha se defina um rol de bens móveis gravados com aludida cláusula – a exemplo de jóias e objetos de arte –, de boa-fé o adquirente, por motivos óbvios”. Cf. *Das cláusulas restritivas cit.* (nota 150 supra), p. 626.

Essa dificuldade também está presente em outros sistemas. Para ilustrar, na França, Jean CARBONNIER sustenta que a alienação é nula, mesmo que o terceiro esteja de boa-fé, ressaltando que para imóveis a cláusula somente pode ser oposta contra terceiros se devidamente registrada. Cf. *Droit Civil*, vol. 3, Paris, Presses Universitaires France, 1975, p. 139. Por seu turno, Ambroise COLIN e Henri CAPITANT sustentam que, se o

3.3) Cláusula de incomunicabilidade

a) Conceito

Como se admitiu acima a instituição de cláusula de inalienabilidade, que abrange a incomunicabilidade, mediante ato de alienação oneroso, igualmente é cabível a inserção da cláusula de incomunicabilidade nas mesmas circunstâncias. Eventual tentativa de provocar prejuízos a terceiros deve ser resolvida por outros meios legais, como o reconhecimento, se for o caso, de fraude contra credores.¹⁹²

De acordo com Silvio RODRIGUES, cuida-se de uma disposição de caráter protetivo que procura proteger o beneficiado contra as incertezas do futuro. Um exemplo que dá é o do pai, cuja filha não quer se casar pelo regime da separação, com receio de que os bens por ela trazidos sejam partilhados em divórcio ou herdados pelos sucessores do marido pré-morto. Com a imposição da cláusula, esse pai impede a comunicação de tais bens, os quais permanecerão exclusivamente no patrimônio de sua filha.¹⁹³

Por sua vez, Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO, em contraposição a essa concepção mais tradicional da cláusula de incomunicabilidade, no sentido de proteção do indivíduo contra uma má escolha matrimonial, acreditam que, em uma realidade pós-moderna, é melhor sustentar que a incomunicabilidade constitui somente um exercício da autonomia privada oriundo de autorização legal.¹⁹⁴

adquirente estiver de má-fé, não há dúvida a respeito do cabimento da ação de nulidade, mas o de boa-fé dispõe da tutela da posse em relação a bens móveis e dificilmente pode alegar desconhecimento no tocante a bens imóveis. Cf. *Traité de Droit Civil*, tomo I, Paris, Librairie Dalloz 1957, p. 913.

De fato, a resposta mais adequada parece caminhar nesse sentido, considerando o terceiro adquirente de boa-fé e a alienação mercedora de tutela jurídica, em que pese a inobservância da vedação estipulada. Vislumbre-se, assim, uma inegável deficiência à eficácia da cláusula de inalienabilidade.

¹⁹² Os negócios onerosos importam em trocas patrimoniais, o que pode provocar a transferência de bens sem qualquer tipo de restrição para a aquisição de bens clausulados. Pode-se imaginar, por exemplo, negócio dessa natureza no qual é entregue a terceiro um bem comum do casal em troca de bem com incomunicabilidade em favor somente de um dos cônjuges, o que prejudicaria eventuais credores de dívida exclusiva do outro cônjuge. Cabe anotar, porém, que a fraude aqui não está propriamente na cláusula de incomunicabilidade, mas sim no próprio negócio oneroso realizado, o qual pode ser anulado mediante o reconhecimento judicial da ocorrência de fraude contra credores.

¹⁹³ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 185.

¹⁹⁴ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 338.

Percebe-se que a elaboração de um conceito de cláusula de incomunicabilidade não apresenta maiores dificuldades. A noção essencial é que se trata de uma disposição inserida em negócio jurídico que torna os bens incomunicáveis, ou seja, não passam do patrimônio de um cônjuge ou companheiro para o do outro em nenhuma hipótese, independentemente da origem, da data de aquisição ou do regime de bens escolhido.¹⁹⁵

Portanto, a cláusula de incomunicabilidade pode ser definida como a disposição imposta por meio de negócio jurídico, normalmente gratuito, pela qual o alienante impede a comunicação do bem alienado em qualquer circunstância com o cônjuge ou companheiro do adquirente, independentemente do regime de bens.

Sob uma perspectiva diversa, Caio Mário da Silva PEREIRA a expõe como “a cláusula segundo a qual o bem permanece no patrimônio do beneficiado, sem constituir coisa comum ou patrimônio comum, no caso de casar-se sob regime de comunhão de bens”.¹⁹⁶

b) Classificação

Raramente são identificadas referências na doutrina a respeito das classificações da cláusula de incomunicabilidade. Nesse tópico é possível adotar os mesmos critérios usados para dividir a cláusula de inalienabilidade: *tempo de duração e extensão*.

Nesse sentido, Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO advertem que a incomunicabilidade pode ser *temporária* ou *vitalícia*.¹⁹⁷ No primeiro caso, deixa de produzir efeitos com o advento do termo ou implemento da condição prevista no ato em que instituída. No segundo, tem eficácia até a morte do beneficiado. Da mesma forma, não se cogita a ideia de uma incomunicabilidade perpétua, criando eterna restrição ao direito de propriedade.

Também pode ser *absoluta* ou *total*, hipótese em que a proibição alcança todos os bens transmitidos e para qualquer pessoa, e *relativa* ou *parcial*, situação em que a vedação compreende parcela dos bens transferidos ou a comunicação é permitida para um ou alguns indivíduos determinados.

¹⁹⁵ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), pp. 60-61; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 338.

¹⁹⁶ Cf. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito* cit. (nota 121 supra), p. 83.

¹⁹⁷ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 339.

c) *Natureza jurídica*

Aplicam-se, nesse ponto, exatamente as mesmas considerações feitas na análise da natureza da cláusula de inalienabilidade. Examinando as três teorias clássicas que buscam explicar o fenômeno (incapacidade, obrigação de não fazer e indisponibilidade real), a incomunicabilidade é uma *indisponibilidade real*, ou seja, passa a pesar sobre o bem ônus real que impossibilita a comunicação decorrente de regime de bens.

Além disso, nos termos da lição acima exposta de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, a cláusula de incomunicabilidade pode ser compreendida mais adequadamente como uma *limitação de poder* autônoma, sem um nome técnico próprio, que importa em um corte apenas parcial do *jus abutendi* do beneficiado, exclusivamente sobre a possibilidade de alienação por comunicação.

d) *Efeitos*

O efeito substancial da cláusula de incomunicabilidade é impedir a comunicação do bem gravado decorrente de regime matrimonial de bens. Como adverte José Luiz Gavião de ALMEIDA, antigamente essa disposição só se justificava para a hipótese de casamento. No entanto, com o desenvolvimento da união estável no direito brasileiro, essa proibição passou a abranger também a relação patrimonial entre companheiros. Cumpre acrescentar, nesse aspecto, que o artigo 1.725 do Código Civil vigente prevê a possibilidade de autorregramento patrimonial durante união estável mediante contrato escrito.¹⁹⁸

A incomunicabilidade tem o seu âmbito de atuação, por excelência, no regime da comunhão universal de bens, único que estabelece a comunicação de todo o patrimônio, salvo poucas exceções, dos cônjuges ou companheiros. Os demais regimes regulamentados pelo Código Civil de 2.002 excluem a comunicação dos bens adquiridos gratuitamente na constância do casamento ou da união, o que atenua a relevância da cláusula.

Nesse sentido, o uso da cláusula de incomunicabilidade tinha um maior destaque no direito anterior à Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 1.973), cujo artigo 50 introduziu alteração

¹⁹⁸ Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), pp. 261-262.

significativa no artigo 258, *caput*, do Código Civil de 1.916, modificando o regime de bens legal ou supletivo para o da comunhão parcial, no lugar da comunhão universal.

Também tem especial importância para os regimes híbridos criados pelos cônjuges ou companheiros (artigo 1.639, *caput*, e 1.725 do Código de Civil), para a hipótese de mudança de regime de bens (artigo 1.639, § 2º, do Código Civil) e nas doações antenupciais feitas por um cônjuge ao outro no regime da comunhão universal.¹⁹⁹

A cláusula de incomunicabilidade não tem como efeito embaraçar o direito sucessório do cônjuge ou do companheiro, independentemente do regime de bens adotado pelo casal (artigo 1.829, I a III, do Código Civil).²⁰⁰

Todavia, José CRETELLA JÚNIOR comenta julgado do Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência da antiga codificação, no qual foi reconhecida, por maioria, a eficácia sucessória da incomunicabilidade.²⁰¹ Trata-se de orientação equivocada, na medida em que

¹⁹⁹ Cf. M. T. OTERO, *Justa Causa Testamentária – Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 64-65.

²⁰⁰ Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 59.

Nesse aspecto, vale ressaltar que a sucessão do companheiro era disciplinada pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2.002. Todavia, o dispositivo foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que equiparou a sucessão do companheiro sobrevivente à do cônjuge supérstite, determinando a aplicação do estatuto previsto no artigo 1.829 do mesmo diploma para ambos. Vide item 2.1 do Capítulo II.

Apenas para ilustrar esse efeito, em comentário à concorrência sucessória no regime da comunhão universal de bens, esclarece José Fernando SIMÃO que, mesmo nesse regime de bens, existem bens particulares, mencionando como exemplo um bem doado clausulado com incomunicabilidade (artigo 1.668, I, do Código Civil). Pela literalidade da lei, o cônjuge ou o companheiro nada herdariam do outro, ficando com os descendentes a totalidade da herança (“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal...”). Entretanto, a partir de uma interpretação teleológica, o autor conclui com precisão que a intenção do legislador sempre foi permitir a participação sucessória do cônjuge e do companheiro nessas circunstâncias quando não tivessem meação sobre o bem, uma maneira de não deixar desamparado o consorte sobrevivente como acontecia com frequência na vigência do Código Civil de 1.916. Dessa forma, na hipótese em análise, o bem gravado com incomunicabilidade é transmitido aos descendentes e também ao cônjuge ou companheiro. Cf. J. F. SIMÃO, *Concorrência sucessória na comunhão universal e na separação convencional*, disponível in <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>, s.l., 2017 [10-01-2018].

²⁰¹ Cf. J. CRETELLA JÚNIOR, *Cláusula de Incomunicabilidade na Sucessão Testamentária*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região* 78 (2006), pp. 49-56.

Segue a ementa do julgado analisado: “CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. QUINHÃO DE FILHA GRAVADO COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE INCOMUNICABILIDADE. HABILITAÇÃO DE SOBRINHOS E NETOS. DISCUSSÃO SOBRE A SUA EXTINÇÃO EM FACE DA CLÁUSULA, PELO ÓBITO, ANTERIOR, DA HERDEIRA, A BENEFICIAR O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. CC, ARTS. 1676 E 1666. I. A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1666 do Código Civil anterior. II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da *de cuius*. III. Recurso especial conhecido e provido”

o efeito do gravame é impedir a comunicação de bens oriunda do regime de bens adotado pelo casal, transferência que se consome no curso da vida do beneficiado. A transmissão *causa mortis* possui fundamento distinto e se opera em momento posterior, com a abertura da sucessão. A cláusula não tem o condão de afastar direito sucessório reconhecido por lei ou atribuído por ato de última vontade ao herdeiro, ainda que não ostente a condição de herdeiro necessário (como era o caso do cônjuge na época do julgamento em questão).

Há quem sustente que, diferentemente do que se verifica nas cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, a incomunicabilidade pode ser instituída pelo próprio proprietário do bem, por meio de pacto antenupcial, contrato de convivência ou requerimento judicial de alteração de regime de bens.²⁰² Todavia, o raciocínio não é adequado.

Embora os cônjuges ou companheiros possam convencionar a exclusão da comunicação de determinados bens dessas três formas, trata-se de mero compromisso de natureza obrigacional que produz efeitos na constância do matrimônio ou da união. Tanto que, após o término da relação, o bem pode ingressar em comunhão em novo compromisso.

A incomunicabilidade, por seu turno, adere ao bem e não deixa de produzir efeitos reais com a extinção do casamento ou da união estável. Mais do que isso, a cláusula pode ser imposta independentemente da existência do casamento ou da união estável.²⁰³ Dessa maneira, ainda que um beneficiado divorciado, por exemplo, volte a se casar pelo regime da comunhão universal de bens, não ocorrerá a comunicação.

Na realidade, o equívoco desse pensamento é igualar duas situações muito diversas em função da produção de efeitos semelhantes. De fato, cônjuges e companheiros possuem ampla liberdade, ressalvados os casos de regime de bens obrigatório, para delimitar o estatuto patrimonial que regulará o relacionamento familiar. Podem até mesmo excepcionar único bem para não entrar em comunhão. Isso não equivale, contudo, a instituir ônus real sobre bem com a possibilidade de obstar genericamente a comunicação. Conclui-se, assim, que a incomunicabilidade também não pode ser estabelecida pelo próprio dono.

(Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 246.693/SP, julgado em 04.12.2001).

²⁰² Cf. M. T. OTERO, *Justa Causa* cit. (nota 199 supra), pp. 65-66.

²⁰³ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 61.

Como informado anteriormente, havia uma antiga divergência no direito brasileiro a respeito da incomunicabilidade como efeito da inalienabilidade. O artigo 1.911, *caput*, do Código Civil de 2.002 resolveu a questão ao confirmar tal consequência. Indaga-se, porém, se a recíproca é verdadeira. Em outros termos, a inalienabilidade também seria uma decorrência da cláusula de incomunicabilidade? A resposta é negativa.

A comunicação de bens é espécie de alienação. Por tal razão, a inalienabilidade tem como um de seus efeitos a incomunicabilidade. Em contrapartida, não se cogita que uma proibição menor como a incomunicabilidade tenha efeitos mais amplos. Isso representaria um injustificável agravamento do ônus. Não se admite, assim, uma interpretação extensiva do artigo 1.911 do Código Civil vigente. Logo, a cláusula de incomunicabilidade pode ser instituída de maneira isolada, sem resultar na inalienabilidade. O beneficiário do gravame poderá perfeitamente, por exemplo, vender o bem gravado sem violar a proibição.²⁰⁴

Caso ocorra a alienação do bem incomunicável, por força do disposto no parágrafo único do artigo 1.911 do Código Civil vigente, será necessária a sub-rogação do gravame no bem adquirido com o produto. Vale ressaltar que o dispositivo menciona “bens clausulados”, não fazendo distinção entre as três cláusulas restritivas.²⁰⁵

A sanção pela inobservância da proibição, em consonância com a sua natureza, é a nulidade. Assim, eventual partilha de bens realizada por ocasião de separação ou divórcio entre cônjuges, ou de dissolução de união estável entre companheiros, que não respeitar a vedação será considerada nula de pleno direito.

3.4) Cláusula de impenhorabilidade

a) Conceito

Considerando a permissão da aposição de cláusula de inalienabilidade, que engloba a impenhorabilidade, por intermédio de negócio jurídico oneroso, também é possível o

²⁰⁴ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 183; A. V. AZEVEDO, *Cláusula cij.* cit. (nota 133 supra), p. 61; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 56-57; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 340.

²⁰⁵ Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), pp. 262-263.

estabelecimento de cláusula de impenhorabilidade nos mesmos moldes. Reitera-se que eventual tentativa de prejudicar terceiros deve ser coibida por outros mecanismos previstos em lei, como a fraude contra credores.²⁰⁶

Álvaro Villaça AZEVEDO ensina que bens impenhoráveis são os que não podem ser objeto de garantia, seja para sua constituição voluntária, seja para viabilizar uma posterior execução judicial. Assim, a cláusula de impenhorabilidade é o instrumento adequado, por exemplo, para doar um bem e impedir que seja dado em garantia ou que os credores do donatário o executem judicialmente.²⁰⁷

Essa restrição representa uma exceção à regra geral de que o patrimônio do devedor responde pelos seus débitos, uma vez que o bem clausulado perde a qualidade de garantia ao pagamento do débito.²⁰⁸ Nas palavras de Carlos Alberto Dabus MALUF, a “impenhorabilidade consiste em estabelecer que o bem gravado não pode ser objeto de penhora por dívidas contraídas pelo seu titular”.²⁰⁹

Traçadas essas linhas genéricas, a cláusula de impenhorabilidade pode ser definida como a disposição imposta por meio de negócio jurídico, normalmente gratuito, pela qual o alienante impede que o bem transferido seja executado judicialmente pelos credores do adquirente.

b) Classificação

Não é comum que os autores brasileiros trabalhem especificamente sobre as classificações da cláusula de impenhorabilidade. Assim como as duas anteriores, também pode ser cindida de acordo com os critérios do *tempo da duração e extensão*.

²⁰⁶ Como mencionado anteriormente, os negócios onerosos consistem muitas vezes na troca de bens, de modo que o devedor pode transferir patrimônio sem qualquer restrição para terceiro e receber bens clausulados com impenhorabilidade, frustrando o interesse de seus credores. Nessa hipótese, a fraude contra credores é o mecanismo adequado para combater a burla. Cabe assinalar, mais uma vez, que a fraude não reside propriamente na cláusula de impenhorabilidade, mas sim no negócio realizado e que terá a validade impugnada.

Vale registrar que a possibilidade de inserção de cláusula de impenhorabilidade em negócios onerosos não é isenta de críticas, principalmente pela possibilidade de fraudar credores. José Ulpiano Pinto de SOUZA chega a afirmar, com exagero, que o “resultado seria analogo ao da impenhorabilidade estabelecida espontaneamente pelo proprietário mesmo sobre os bens que lhe pertencem”. Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 220-221.

²⁰⁷ Cf. A. V AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 42.

²⁰⁸ Cf. M. T. OTERO, *Justa Causa* cit. (nota 199 supra), p. 60.

²⁰⁹ Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 61.

Muitos admitem, ainda que implicitamente, a divisão da impenhorabilidade em *temporária*, que deixa de ter eficácia com o advento do termo ou da condição estipulada no negócio em que estabelecida, e *vitalícia*, que tem seus efeitos interrompidos pelo falecimento do beneficiado.²¹⁰ Da mesma maneira, não se imagina uma cláusula de impenhorabilidade perpétua, estendendo por período excessivo essa isenção do bem de sofrer constrição judicial em favor dos credores.

A cláusula em exame pode ser separada, ainda, em *absoluta* ou *total e relativa* ou *parcial*. Na primeira hipótese, a vedação compreende todos os bens alienados para qualquer pessoa, ao passo que, na segunda, a proibição alberga somente uma parte dos bens transmitidos ou a execução é autorizada em favor só de alguns indivíduos.

c) Natureza jurídica

Nesse aspecto, também valem para a impenhorabilidade as mesmas lições utilizadas no exame das duas cláusulas restritivas anteriores. Com base nas três teorias consagradas pela doutrina (incapacidade, obrigação de não fazer e indisponibilidade real), cuida-se de uma *indisponibilidade real*, de maneira que um ônus real recai sobre o bem e impede sua expropriação forçada ou voluntária.

Nesse sentido, José Ulpiano Pinto de SOUZA estuda as teorias da obrigação de não fazer e da indisponibilidade real para a cláusula em análise, acabando por rechaçar a primeira.²¹¹ Por seu turno, Orlando GOMES explica que a impenhorabilidade possui a mesma natureza que a inalienabilidade.²¹²

Seguindo o magistério de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, a cláusula de impenhorabilidade é uma *limitação de poder* autônoma, sem um nome técnico próprio, que resulta em corte parcial do *jus abutendi* do beneficiado, particularmente na possibilidade de oferecimento do bem em garantia de dívidas.

d) Efeitos

²¹⁰ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 210; S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 132; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 63; e F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 339.

²¹¹ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 215-218.

²¹² Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 181.

O efeito substancial da cláusula de impenhorabilidade é impedir a expropriação do bem, inclusive com vedação de atos voluntários que possam levar a tal resultado (v.g., dar em hipoteca). O objetivo do gravame é assegurar que ele sirva para a satisfação das necessidades do beneficiado, ao invés de ser destinado diretamente para os seus credores. Sem a presença dessa cláusula, o bem poderia sofrer penhora judicial ou ser dado em garantia e responder por obrigações não adimplidas.²¹³

Essa limitação é oponível contra todos os credores do beneficiado, independentemente da origem do crédito ou da data de seu vencimento. Nesse sentido, o consagrado e repetido magistério de Arthur Vasco ITABAIANA DE OLIVEIRA: “se os credores de herdeiro-devedor são anteriores à herança, não podem julgar-se prejudicados, pois a herança, então mera possibilidade, não fazia ainda parte do patrimônio do seu devedor; e, se eles são posteriores à aquisição da herança por parte do herdeiro, já encontram os frutos e rendimentos dessa herança sujeitos à condição de impenhorabilidade, não podendo, por isso, alegar ignorância desse fato”.²¹⁴

Na impenhorabilidade temporária, com o advento do termo ou implemento da condição, não existe dúvida de que os credores recuperam o direito de proceder contra os bens antes impenhoráveis. Já na impenhorabilidade vitalícia, há quem sustente que os credores jamais possam pleitear a expropriação do bem, mesmo após o óbito do beneficiado, uma vez que a cláusula deixa de ter eficácia no mesmo momento em que se opera a transmissão *causa mortis* em favor dos sucessores (*saisine*), e quem defenda tal possibilidade com a morte do instituído. A última linha de raciocínio é mais coerente, se feita análise comparativa com o destino do gravame temporário, e lógica, levando em conta que o fim da impenhorabilidade vitalícia é proteger o beneficiado dos credores durante sua vida.²¹⁵

²¹³ Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), p. 263.

²¹⁴ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 659-660. No mesmo sentido: J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 218-220; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 181; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 61-62; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 338-339.

²¹⁵ Em sentido contrário, Carlos Alberto Dabus MALUF, que expõe a mencionada controvérsia ao apresentar Francisco MORATO como adepto da primeira explicação e Estevam de ALMEIDA como partidário da segunda, opta por seguir o primeiro entendimento. Cf. *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 63-64.

No tocante aos credores do instituidor do gravame, é cabível o pedido de anulação do negócio que resultou na transferência, em caso de fraude.²¹⁶ A cláusula tem como objetivo tutelar o instituído, não burlar os interesses dos credores do instituidor.

A impenhorabilidade, assim como as demais cláusulas restritivas, não pode ser estabelecida pelo devedor sobre os seus próprios bens, pois seria muito fácil escapar das consequências das obrigações por ele assumidas. Não seria razoável que o devedor pudesse por um ato unilateral de vontade frustrar os interesses de todos os seus credores, retirando seu patrimônio da sujeição à penhora.²¹⁷

Ainda que não se trate de alienação voluntária, mas sim de ato inicial do procedimento de execução judicial que culmina em alienação forçada, a penhora se encontra, como abordado anteriormente, entre os atos vedados pela cláusula de inalienabilidade. Caso contrário, bastaria ao titular de bem inalienável contrair dívidas em seu nome e aguardar a execução judicial para superar a vedação. Reitera-se que o artigo 1.911, *caput*, do Código Civil de 2.002 deixa bastante claro que a cláusula de inalienabilidade compreende também a cláusula de impenhorabilidade.

O raciocínio inverso é correto? A resposta é negativa. Uma disposição menor, como a impenhorabilidade, não pode ter eficácia maior que a perseguida, provocando um agravamento dessa restrição. Não se admite uma interpretação extensiva do artigo 1.911, *caput*, do Código Civil de 2.002. Portanto, é cabível o estabelecimento de cláusula de impenhorabilidade de maneira isolada.²¹⁸

Um debate frequente na doutrina pátria é a extensão ou não da impenhorabilidade aos frutos e rendimentos do bem clausulado com impenhorabilidade isolada ou inalienabilidade. Em resumo, são identificadas três principais orientações. A primeira sustenta que os frutos e rendimentos são penhoráveis, pois a cláusula deve ser interpretada restritivamente e não há lei federal que autorize tal proibição. A segunda, que são impenhoráveis, uma vez que o objetivo é a tutela da família e o acessório deve seguir o principal. A terceira, com

²¹⁶ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif* cit. (nota 133 supra), p. 42.

²¹⁷ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 209.

²¹⁸ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 210; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 180-181; G. M. F. N. HIRONAKA, *Parte Especial* cit. (nota 139 supra), p. 262; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 340.

posição intermediária, que são impenhoráveis só quando houver disposição expressa no ato em que instituído o gravame.²¹⁹

Para a análise dessas três posições, é necessária uma breve incursão nas normas do direito processual brasileiro. O artigo 942, I, do Código de Processo Civil de 1.939 (Decreto-lei nº 1.608) estabelecia a absoluta impenhorabilidade dos bens inalienáveis por força de lei. O artigo 943 do mesmo diploma legal, por sua vez, admitia a penhora, à falta de outros bens, dos frutos e rendimentos de bens inalienáveis, exceto se destinados a alimentos de incapazes ou de mulheres viúvas e solteiras.

O Código de Processo Civil de 1.973 (Lei nº 5.869) praticamente reproduziu esses preceitos. No artigo 649, I, previa a impenhorabilidade absoluta dos bens inalienáveis e dos declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução. À ausência de outros bens, autorizava no artigo 650, I, a penhora de frutos e rendimentos de bens inalienáveis, salvo quando destinados a alimentos de incapaz, mulher solteira ou desquitada e de pessoas idosas. Com uma alteração legislativa em 2.006, o último comando passou para o *caput* do artigo 650 e estendeu a exceção genericamente para a satisfação de pensão alimentícia.

Finalmente, seguindo a mesma linha, o artigo 833, I, do Código de Processo Civil de 2.015 (Lei nº 13.105) elenca igualmente os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução entre os bens impenhoráveis. Em seguida, o artigo 834 permite, à falta de outros bens, a penhora de frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, agora sem qualquer ressalva.

Ora, se a legislação brasileira prevê explicitamente a possibilidade de penhora dos frutos e rendimentos do bem inalienável, a segunda teoria não parece a mais adequada para solucionar a questão. A opção pela primeira ou terceira envolve definir, na realidade, se a norma do artigo 834 do Código de Processo Civil vigente é ou não de ordem pública. Caso afirmativo, os frutos e rendimentos são penhoráveis independentemente de disposição do instituidor do gravame a respeito do tema. Caso negativo, os frutos e rendimentos podem ser declarados impenhoráveis por disposição expressa do instituidor do gravame.

²¹⁹ Cf. A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 655-658; S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 135; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 65-67. Na última obra, a primeira corrente é ilustrada com José Ulpiano Pinto de Souza e Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, a segunda com Pedro Lessa e a terceira com Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda.

Embora o tema seja controverso na doutrina e na jurisprudência, constata-se uma predileção, de modo geral, pela última das três correntes. Dessa maneira, em princípio, os frutos e rendimentos de bem clausulado com impenhorabilidade isolada ou inalienabilidade são penhoráveis, no entanto é cabível a extensão dos efeitos por previsão explícita no ato em que instituído o gravame.²²⁰

Em caso de transferência do bem clausulado com impenhorabilidade, deve ocorrer a sub-rogação do gravame no bem adquirido com o produto da alienação, nos termos do artigo 1.911, parágrafo único, do Código Civil de 2.002. Observa-se, mais uma vez, que o texto legal não cria qualquer distinção entre as três cláusulas, não sendo admissível interpretação restritiva do comando.

A penhora que tiver por objeto bem impenhorável será considerada nula de pleno direito. Esse vício pode ser suscitado por qualquer pessoa e até mesmo declarado de ofício pelo magistrado.²²¹

3.5) Críticas às cláusulas restritivas de propriedade

Conforme analisado nos tópicos precedentes, as cláusulas restritivas de propriedade encerram relevantes restrições ao direito de dispor do titular do domínio. Por esse motivo, constantemente são criticadas pela doutrina jurídica. São antigos os ataques às cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. A cláusula de incomunicabilidade, em contrapartida, é com bastante frequência elogiada e poucas vezes reprovada.

Nos subtópicos seguintes serão apresentadas as principais críticas, divididas cláusula por cláusula, com atenção especial à peculiaridade do direito brasileiro em autorizar a imposição de cláusulas restritivas sobre a porção legítima da herança.

²²⁰ Dentre outros autores, entendem que é possível a extensão dos efeitos aos frutos e rendimentos mediante previsão expressa: C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 178; A. V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de Direito* cit. (nota 32 supra), pp. 655-660; W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil* cit. (nota 6 supra), pp. 215-216; F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 340-342. Para ilustrar, em sentido contrário, defendem que não é cabível a extensão, ainda que haja disposição explícita: S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), pp. 135-136; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 70-71.

²²¹ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), p. 221; O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), p. 181.

a) Críticas à inalienabilidade

Com base na doutrina de José Ulpiano Pinto de SOUZA, é possível sistematizar as objeções à cláusula de inalienabilidade em *práticas, constitucionais e econômicas*. O autor ainda menciona objeções *jurídicas*, as quais estão, de maneira geral, relacionadas direta ou indiretamente com as anteriores, não se justificando essa outra categoria.

No grupo das objeções *práticas*, a primeira impugnação diz respeito a uma alegada arbitrariedade da distinção entre cláusulas temporárias e vitalícias. Além de se questionar o que seria uma vedação temporária e quando passaria a ser considerada perpétua, afirma-se que renovações sucessivas de proibições temporárias acarretariam fatalmente em uma paralisação patrimonial perpétua.

O referido civilista contraria em parte a crítica, ao sustentar que a adoção de um limite temporal prévio poderia não coincidir com a abrangência da proteção perseguida. No entanto, reconhece que o artigo 3º da Lei Feliciano Penna, ao autorizar a livre disposição do bem gravado por ato de última vontade, possibilita a instituição de cláusulas seguidas, retirando o bem de circulação por diversas gerações.²²²

O segundo argumento prático defende que a cláusula de inalienabilidade não possui uma razão de ser. Na realidade, é uma ferramenta inútil, na medida em que os interesses por ela tutelados podem ser mínimos (indaga, *v.g.*, como usufrutuário pode ser lesado com a alienação do bem), satisfeitos por outros processos (menciona, *v.g.*, o estabelecimento de hipoteca em proveito dos herdeiros por testamento no direito francês) ou ilegítimos (cada um deve proteger a si mesmo, de modo que não seria cabível tal restrição para proteger o interesse do instituído).

O mencionado autor também rejeita essa crítica no âmbito do direito brasileiro, pois o legislador pátrio consagrou na legislação que o interesse do beneficiado é digno da maior consideração possível, permitindo até mesmo a aposição de inalienabilidade sobre os bens da porção legítima da herança.

²²² Tal possibilidade também constava do artigo 1.723 do Código Civil de 1.916 e, mesmo sem previsão expressa no Código Civil de 2.002, entende-se que permanece intacta no direito brasileiro. Vide tópico 1.2 do Capítulo I.

Passando ao grupo das objeções *constitucionais*, destaca como primeiro argumento uma suposta violação ao princípio da liberdade de trabalho, do qual a faculdade de alienar seria uma consequência.

A teoria é rechaçada, em síntese, porque não se vislumbra com clareza a relação entre liberdade de trabalhar e direito de dispor. De acordo com o civilista, só faz sentido em situações bastante raras, fora das alienações gratuitas: quando acompanhada de determinação para explorar ou não explorar o bem gravado de determinada forma.

A segunda crítica constitucional – a mais relevante para o estudo – está fundada na natureza da legítima. No direito brasileiro, os herdeiros necessários têm uma expectativa de direito à legítima, o que restringe a prática de atos *inter vivos* e *causa mortis*, com a finalidade de garantir o recebimento da herança no momento da abertura da sucessão. Com a morte do sucedido, tal expectativa se converte em pleno direito.

Considerando que ninguém pode impor inalienabilidade sobre bem próprio e ocorrendo a transmissão *mortis causa* no exato momento da morte, a legítima deveria passar para os herdeiros necessários, que sucedem ao *de cuius* em todos os direitos, nas mesmas condições em que se encontrava. Assim, a possibilidade de imposição do gravame de não alienar sobre a legítima no direito pátrio afrontaria o direito de propriedade dos herdeiros necessários. Porém, sustentando que essa peculiaridade mudou a doutrina sobre a legítima no país, o autor prefere afastar a alegação de inconstitucionalidade.

A terceira impugnação de ordem constitucional faz alusão aos princípios da igualdade e da liberdade. Em síntese, a proibição de alienar só poderia ter força obrigatória se não contrária a esses dois valores, manifestados na hipótese como livre circulação de bens. Nessa linha, seria aceitável apenas a inalienabilidade temporária, que não influi na vida de uma nação, como ocorre com a inalienabilidade vitalícia ou perpétua.

A quarta e última censura de natureza constitucional está relacionada à organização da propriedade. A livre disposição conforme a vontade do titular do domínio seria um dos pilares do direito de propriedade. Ao atribuir tamanha importância ao *jus abutendi*, o direito civil absorveria uma lei fundamental da política econômica: a livre circulação de bens é uma das condições de sua utilização econômica. Em outras palavras, o bem deve passar de mão em mão até encontrar o indivíduo com maior aptidão para gerar riquezas. A inalienabilidade

interrompe essa cadeia, comprometendo o interesse geral da sociedade. Na esteira desse discurso, não seria admissível sequer a cláusula temporária.

José Ulpiano PINTO de SOUZA refuta essa ideia. A livre circulação de bens é, na verdade, um ideal da econômica política, não uma regra específica de direito positivo. Caso contrário, não se admitiria qualquer restrição ao direito de propriedade, o que de longe não corresponde à realidade do sistema jurídico. Ademais, não é correto colocar o *jus abutendi* como atributo fundamental do direito de propriedade, apesar de sua grande relevância. Sua nota essencial não é o caráter absoluto, mas sim exclusivo.

As objeções *econômicas*, por sua vez, são simples desdobramentos do princípio da livre circulação de riquezas. Dentre as principais, pode-se ressaltar, em primeiro lugar, que a inalienabilidade reduziria a arrecadação do Estado mediante tributos sobre transmissões. O argumento é considerado exagerado, pois ainda permaneceria a possibilidade de cobrar impostos por transferências *causa mortis* e seria possível a criação de um tributo específico sobre a instituição da cláusula de inalienabilidade, isso se realmente o uso do instrumento fosse tão recorrente a ponto de provocar tamanho desfalque aos cofres públicos.

Em segundo lugar, a inalienabilidade comprometeria interesses sociais, ao impedir a livre circulação. A tese pressupõe que os bens são transmitidos até chegaram às mãos das pessoas mais capacitadas para explorá-los, o que é vantajoso para a coletividade. Critica-se também que, ainda que um bem gravado pertença a proprietário capaz e zeloso, o efeito da impenhorabilidade dificultaria a obtenção de crédito no mercado para efetivar sua exploração econômica. No entanto, o doutrinador supramencionado rejeita essa teoria, ao recordar que a propriedade não tem função única de produzir riquezas. Tais problemas são apenas uma inconveniência passageira de certo estado da propriedade.

Em terceiro lugar, a reprovação – na realidade, ligada à impenhorabilidade – é que a cláusula poderia ser uma fonte de fraudes, na medida em que o devedor escondesse do credor a situação de seus bens. Comenta o autor que seria mais fácil exigir a transcrição do gravame em registro público para ser oponível a terceiros. Todavia, reconhecendo a existência de

causas implícitas de resolução da propriedade, acrescenta que esse infortúnio não é suficiente para afastar a proibição de alienar.²²³

Exposto esse esquema, praticamente todas as críticas feitas pela doutrina, conforme acima advertido, relacionam-se direta ou indiretamente com os argumentos apresentados. Sílvio RODRIGUES, por exemplo, sustenta que a inalienabilidade introduz um elemento de insegurança nas relações jurídicas, precisamente pela possibilidade de causar prejuízos a credores, contrariando a boa-fé subjetiva. Do mesmo modo, reprova a cláusula por contrariar interesses sociais e retirar um bem do comércio por longo período, impedindo a livre circulação de bens. Uma objeção diferente das anteriores é a de que a cláusula alimenta a vaidade do seu instituidor, que acredita ser mais capaz do que o beneficiário de prever um futuro distante, do qual até mesmo poderá não fazer parte.²²⁴

Orlando GOMES também consigna que a vedação de alienar ofende a circulação de riquezas, um dos pilares sobre o qual se assenta o ordenamento, comprometendo interesses sociais, e os princípios que orientam a propriedade, uma vez que o direito de dispor é seu atributo essencial. Ainda nas mesmas linhas, o autor assevera que, se não é uma aberração sob uma perspectiva geral, é insustentável que a proibição recaia sobre os bens da legítima, pois essa parcela patrimonial pertence de pleno direito aos herdeiros necessários e a eles deve ser transmitida nas mesmas condições em que se encontrava no poder do testador. Trata-se de uma reserva inalterável, que não pode sofrer restrições atentatórias da legítima expectativa convertida em direito adquirido. No mais, lembra igualmente que essa proteção pode ser alcançada por outros meios e não é raro que se torne um estorvo ao herdeiro.²²⁵

Na mesa esteira, Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA acrescenta que a rejeição acerca do tema é mais intensa no tocante à imposição de cláusula de inalienabilidade sobre a porção legítima dos herdeiros necessários. De acordo com a autora, há uma aparente incongruência em combinar as noções de inalterabilidade da reserva e de estabelecimento

²²³ Cf. J. U. P. DE SOUZA, *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 117-141. Seguindo a mesma linha, C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 35-41; T. B. BORGES, *Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade)*, in *Revista de Direito Imobiliário* 73 (2012), pp. 250-251.

²²⁴ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 133.

²²⁵ Cf. O. GOMES, *Sucessões* cit. (nota 4 supra), pp. 176-177.

de cláusulas restritivas de propriedade sobre os direitos transmitidos por sucessão *causa mortis*.²²⁶

Percebe-se, assim, maior repulsa doutrinária ao estabelecimento das cláusulas, em especial a inalienabilidade, sobre a quota indisponível. Há quem vislumbre inconstitucionalidade na possibilidade específica de clausular a legítima, por violação aos direitos de herança (artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1.988) e de propriedade (artigo 5º, XXII), entendimento do qual se discorda, uma vez que os gravames resultam na limitação, não na abolição, desses direitos.²²⁷

À luz das normas constitucionais, Ana Luiza Maia NEVARES formula contundentes críticas à inalienabilidade em geral. Inicia o raciocínio colocando em evidência a inviolabilidade do direito de propriedade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1.988), a sua garantia (artigo 5º, XXII) e a necessidade de atender a sua função social (artigo 5º, XXIII). Destaca também que a propriedade privada e a função social são princípios gerais da ordem econômica (artigo 170, II e III).

Prossegue identificando uma antinomia de contrariedade – quando coexistem uma norma permissiva e outra proibitiva – entre os dispositivos legais que autorizam a imposição da inalienabilidade e a inviolabilidade constitucional do direito de propriedade. Porém, a propriedade só pode sofrer restrições legais com fundamento na Constituição Federal ou no poder de polícia, circunstâncias que não se ajustam à cláusula restritiva. Nota, ainda, uma afronta aos limites impostos pela Carta Magna, ameaçando a unidade do sistema com a previsão de uma limitação sem amparo constitucional.

Ademais, vislumbra na inalienabilidade uma disposição antieconômica, pois retira um bem do comércio por longo período, enquanto a atividade econômica é dinâmica e mutante. Tutela-se o interesse individual em detrimento do coletivo. Além disso, o ônus ataca o aspecto estrutural do direito de propriedade, ao suprimir o poder de dispor de seu titular, e

²²⁶ Cf. G. M. F. N. HIRONAKA, *Parte Especial* cit. (nota 139 supra), p. 259.

²²⁷ Pela inconstitucionalidade da cláusula sobre a legítima: C. C. DE FARIAS, *Disposições testamentárias e clausulação da legítima*, in G. M. F. N. HIRONAKA – R. DA C. PEREIRA, *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 247-248; G. BANDEIRA, *A Inconstitucionalidade da Cláusula de Inalienabilidade e da Declaração de sua Justa Causa, Prevista no Novo Código Civil para os Testamentos Lavrados na Égide do Código de 1916*, in *Revista da EMERJ* 24 (2003), 2003, pp. 200-204. Em sentido oposto, reporta-se ao seguinte raciocínio: A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), pp. 536-545.

o aspecto funcional, impedindo a exploração ou a utilização de um bem pelo qual o proprietário não tem interesse, casos em que a propriedade deixa de ser uma ferramenta para cumprir valores fundamentais e, por consequência, não atende a sua função social.

Segundo a mencionada civilista, essa antinomia deve ser resolvida pelo critério da hierarquia, com prevalência das normas constitucionais. Adiciona que, com as mudanças sofridas pela família, o gravame atualmente não atende aos interesses da família, uma vez que não possibilita o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, embaraça a destinação do patrimônio, estimula a ociosidade e pode provocar sérios prejuízos. Assim, a inalienabilidade teria como único objetivo a conservação da propriedade, em desajuste com a função social preconizada pela Carta Magna.

Por último, recorda que o direito à herança é assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, XXX), de maneira que a legítima não pode ser cerceada pelo testador. Os bens que a integram devem ser transmitidos nos mesmos moldes que se encontravam em poder do autor do ato de última vontade. Mais uma vez, essa antinomia deve ser solucionada pelo critério hierárquico, com a primazia da norma superior.²²⁸

Muito embora diversos autores se posicionem contrariamente à cláusula, é verdade que outros tantos demonstram simpatia, pautados no argumento da proteção da família, até mesmo defendendo a possibilidade de instituição a proibição de alienar sobre a legítima dos herdeiros necessários.²²⁹

b) Críticas à incomunicabilidade

Diversamente do que acontece com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, a incomunicabilidade não é alvo de contundentes críticas pela doutrina brasileira. Pelo contrário, muitas vezes é elogiada por ser um mecanismo eficaz para evitar os infortúnios oriundos de uma má escolha de cônjuge ou companheiro.

²²⁸ Cf. A. L. M. NEVARES, *As cláusulas* cit. (nota 189 supra), pp. 229-240.

²²⁹ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), p. 58; J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), pp. 257-258; C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 10-13; M. H. W. DA C. E S. VIANNA, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), pp. 70-71 e 80; Z. A. DE STEFANO, *Cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), pp. 47-49; P. L. DE CARVALHO, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), p. 620; A. FIORANELLI, *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade – Impenhorabilidade – Incomunicabilidade – Sub-rogação. Aspectos práticos – Doutrina – Jurisprudência*, in *Revista de Direito Imobiliário* 19/20 (1987), p. 38.

Nesse sentido, Sílvio RODRIGUES sublinha a cláusula de incomunicabilidade como uma ferramenta eficiente de tutela do beneficiado que não compromete qualquer interesse geral. O autor assevera que não há problemas em relação à titularidade dos bens enquanto prevalece a convivência harmoniosa do casal, o patrimônio de ambos serve à família como um todo. No entanto, com o surgimento de desavenças, a disposição reforça a posição da mulher no momento da separação e facilita a partilha de bens.

Por esses motivos, faz elogios ao Anteprojeto de Código Civil de autoria de Orlando GOMES, apresentado ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores no dia 31 de março de 1.963, no qual era vedada a instituição das demais cláusulas previstas no artigo 1.723 do Código Civil de 1.916 sobre os bens da legítima, porém se autorizava a livre imposição da incomunicabilidade sobre essa parcela patrimonial.²³⁰

Com essas breves observações, percebe-se que dois dos maiores detratores da inalienabilidade e da impenhorabilidade admitiam com certa tranquilidade o estabelecimento da cláusula de incomunicabilidade isolada, mesmo sobre a reserva dos herdeiros necessários, o que é um claro sinal de sua ampla aceitação pelos autores nacionais. Entende-se que esse gravame não põe em risco interesses sociais relevantes, provoca prejuízos aos herdeiros ou desfalca a reserva,²³¹ atuando essencialmente no campo da autonomia privada.

Nesse ponto, é importante anotar que a cláusula de incomunicabilidade possui uma grande diferença em relação às de inalienabilidade e impenhorabilidade. Não é raro que estas se tornem um estorvo para o herdeiro ou legatário, impedindo, por exemplo, que o bem seja dado em garantia para a celebração de outro negócio. Em contrapartida, apesar de também importar em redução do poder de dispor, aquela dificilmente o prejudica. Tal observação é relevante para o desenvolvimento do trabalho e deve ser considerada para a interpretação da justa causa testamentária, na medida em que o herdeiro necessário pouco é afetado.

²³⁰ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), pp. 186-187; O. GOMES, *Anteprojeto de Código Civil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1962, p. 95. Eis a redação do artigo 791 do Anteprojeto:

“Art. 791. A legítima não pode ser clausula de inalienabilidade, ou sujeita a quaisquer encargos ou condições restritivas, inclusive a conversão em outras espécies dos bens que a constituam.”

“Parágrafo único. Ao autor da herança é facultado, entretanto, impor a incomunicabilidade dos bens que constituem a legítima do herdeiro.”

²³¹ Cf. Z. VELOSO – R. B. T. DA SILVA (coord.), *Código Civil Comentado*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 2035.

Para reforçar essas conclusões, percebe-se que a redação original do Anteprojeto que deu origem ao Código Civil vigente, como destacado em capítulo anterior, não exigia a exposição de justa causa em testamento para a incomunicabilidade. Não se tratava de mero esquecimento. A cláusula em análise só foi incluída no dispositivo durante a tramitação legislativa, mais precisamente por emenda proposta e aceita no Senado Federal em 1.997, como detalhado no capítulo seguinte.

Mesmo com a aprovação da codificação com essa previsão, nota-se movimentação para retirá-la, transparecendo a simpatia nacional pelo gravame. Nessa esteira, cabe destacar o Projeto de Lei nº 6.960 de 2.002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, pelo qual se pretendia adicionar mais um parágrafo ao artigo 1.848 com o seguinte teor: “Ao testador é facultado, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade”. Tal proposição atualmente consta do Projeto de Lei nº 299 de 2.011, de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sé, com o qual se pretende a modificação de diversas disposições do Código Civil vigente.

Apesar da alta receptividade, ainda é possível encontrar objeções à incomunicabilidade no direito pátrio. E uma das raras vozes dissonantes é a de Ana Luiza Maia NEVARES. Segundo a autora, embora tal previsão não colida com o espírito constitucional (artigo 5º, *caput*, XXII e XXIII), representa um instituto antieconômico, ao exigir procedimento de sub-rogação de vínculo para a concretização de qualquer alienação, e quase sem utilidade prática nos dias atuais, na medida em que a vasta maioria dos casamentos é celebrada pelo regime supletivo de comunhão parcial de bens.²³²

c) Críticas à impenhorabilidade

A cláusula de impenhorabilidade constitui exceção à regra de que os bens do devedor respondem por suas dívidas (artigo 391 do Código Civil). Como mencionado anteriormente, os credores não podem executar o bem gravado durante o período de vigência da cláusula (temporária ou vitalícia). Não obstante, é uma disposição estabelecida por ato de vontade – de terceiro, é verdade – que prevalece sobre o interesse geral da garantia do crédito. Nesse cenário, constata-se uma reprovação genérica a essa retirada de bens do devedor do alcance do credor mediante ato voluntário.

²³² Cf. A. L. M. NEVARES, *As cláusulas* cit. (nota 189 supra), p. 243.

A rejeição, no entanto, não encontra fundamento. Se o débito é anterior à aquisição do bem impenhorável por negócio gratuito, o credor não pode se julgar prejudicado, visto que o bem *acrescido* ao patrimônio do devedor não constava do seu patrimônio na época. Se o débito é anterior à aquisição do bem impenhorável por negócio oneroso, o credor conta com o mecanismo de anulação por fraude. Se o débito é posterior à aquisição, o credor tem o conhecimento da restrição por intermédio de registros públicos ou conta com a proteção do terceiro de boa-fé em caso de ocultação por parte do devedor.

É pertinente nesse ponto observar que a cláusula de impenhorabilidade perdeu, ao menos em parte, sua razão de ser. Isso em decorrência do desenvolvimento do bem de família, no âmbito do direito brasileiro, como instituto que assegura por lei o mínimo existencial ao indivíduo. Só tem utilidade se for para conferir uma proteção ainda mais ampla ao beneficiado, em detrimento dos interesses sociais.

4 – AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS E A JUSTA CAUSA DO ARTIGO 1.848, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL

4.1) Aspectos legislativos históricos e natureza jurídica

Como bem ressaltado por Miguel REALE, coordenador da comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto que deu origem à codificação civil vigente, a possibilidade de instituição por meio de testamento de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade sobre os bens que integram a legítima é uma peculiaridade do direito pátrio, não verificada na ordem jurídica de outras nações.²³³ Essa especificidade da legislação nacional acerca da matéria também é destacada por Silvio RODRIGUES, que afirma não encontrar em outros sistemas legislativos a mesma solução.²³⁴

A doutrina brasileira já colocava em evidência esse caráter na vigência do diploma civilista revogado. Orosimbo NONATO DA SILVA, por exemplo, sustentava que a possibilidade de imposição dos gravames sobre os bens da legítima, particularidade da lei nacional, era um instrumento colocado à disposição da autoridade paterna para reduzir as rebeldias e desvirtudes dos seus filhos, especificamente com o objetivo de prevenir a inabilidade do herdeiro ou evitar-lhe a ruína.²³⁵

Diante dessa singularidade do direito nacional, é necessário investigar a sua origem. As Ordenações Filipinas não conferiam ao autor do testamento poder dessa natureza com relação aos bens da porção legítima, que correspondia a dois terços da herança na época (Livro IV, Título LXXXII), conforme analisado em capítulo antecedente.

Foi o Decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907 (Lei Feliciano Penna) que inovou na ordem jurídica brasileira ao autorizar a gravação da legítima com as cláusulas de conversão dos bens que a integram em outros de espécie diversa, inalienabilidade, incommunicabilidade e livre administração em favor da mulher herdeira. Nesse sentido, dispunha em seu artigo 3º: “O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o

²³³ Cf. M. REALE, *Vínculo – Da cláusula de inalienabilidade*, in R. DIP – S. JACOMINO (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Registral*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 837-838.

²³⁴ Cf. S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit. (nota 135 supra), p. 183.

²³⁵ Cf. O. NONATO DA SILVA, *Estudos sobre* cit. (nota 53 supra), p. 363.

testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus”.

Convém acrescentar que esse diploma legislativo introduziu outras importantes modificações no sistema sucessório brasileiro, como mencionado anteriormente, com destaque para a alteração da fração da legítima de dois terços para metade do patrimônio do falecido, em conformidade com o disposto no seu artigo 2º. Orosimbo Nonato da SILVA narra que o Anteprojeto de Código Civil de Clóvis BEVILÁQUA, anterior ao Decreto nº 1.839 de 1.907, mantinha a tradição consagrada nas Ordenações Filipinas, ao estipular a legítima em dois terços da herança. No entanto, no Código Civil de 1.916 aprovado prevaleceu a emenda apresentada para elevar a parte disponível da herança para metade do espólio, com a consequente redução de legítima para a mesma quota.²³⁶

No que diz respeito à permissão para a gravação da legítima, o Código Civil de 1.916 seguiu exatamente a mesma orientação contida na Lei Feliciano Penna, prevendo no seu artigo 1.723: “A legítima dos herdeiros, fixada pelo art. 1.721, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que a constituam, lhes prescreva a incommunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária, e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus”.

Com pouco tempo de vigência, por força do Decreto nº 3.725 de 15 de janeiro de 1.919, o referido dispositivo passou a ter a seguinte redação: “Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incommunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará, à livre

²³⁶ Cf. O. NONATO DA SILVA, *Estudos sobre* cit. (nota 53 supra), pp. 342-343. A respeito da tramitação do tema durante o trâmite legislativo do Código Civil de 1.916, vide nota 63 supra.

disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos”.

A partir de então, a matéria não sofreu mais qualquer alteração pelo legislador por quase um século. Logo, a possibilidade legal de instituição de cláusulas restritivas de propriedade por intermédio de testamento sobre os bens que compõem a legítima, uma particularidade do direito nacional não encontrada sequer em outros sistemas de matriz romano-germânica, nasceu com a Lei Feliciano Penna em 1.907. Tal previsão foi incorporada nos mesmos moldes pelo Código Civil de 1.916. Somente com o advento do Código Civil de 2.002 ocorreu expressiva mudança nesse panorama.

O assunto passou a ser disciplinado essencialmente pelo artigo 1.848 da codificação vigente. O *caput* do dispositivo possui o seguinte teor: “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”. Embora a aposição de cláusula autônoma de impenhorabilidade por ato de última vontade sobre os bens da legítima já fosse admitida anteriormente com tranquilidade pela doutrina e pela jurisprudência, o texto legal a incluiu expressamente dentre as possíveis restrições. No entanto, a modificação mais significativa foi a exigência de apresentação de *justa causa* pelo testador para a imposição dos gravames indicados, tema central do presente estudo.

O aludido artigo ainda é composto por mais dois parágrafos. O primeiro deles veda a conversão dos bens da legítima em outros de espécie distinta: “Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa”. Tal limitação podia ser criada pelo autor do testamento durante a vigência da Lei Feliciano Penna e do Código Civil de 1.916, conforme afirmado acima. José Luiz Gavião de ALMEIDA leciona que mediante cláusula dessa natureza o testador determinava a transformação dos bens da legítima em outros da mesma espécie ou estabelecia sua substituição por outros de melhor ou mais fácil administração, tudo com a finalidade de assegurar uma maior igualdade entre os herdeiros. Para o referido autor, a forte pressão exercida pela doutrina contra qualquer possibilidade de vinculação dos bens integrantes da parcela legítima inspirou o legislador a proibir taxativamente a cláusula de conversão de bens.

Apesar de não constar explicitamente da atual legislação vedação à estipulação de cláusula de livre administração da mulher herdeira, entende-se que essa disposição também

não é mais permitida pelo direito brasileiro. Explica o mesmo autor que ela tinha razão de ser quando a mulher, com o matrimônio, tornava-se relativamente incapaz e a administração de seus bens ficava a cargo de seu marido. Com a equiparação entre os cônjuges, não faz mais sentido confiar a administração dos bens à mulher herdeira ou retirar do marido a gestão dos bens herdados por sua esposa.²³⁷ A mulher exerce a chefia da família em igualdade de condições ao homem, por força do artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1.988.

Por sua vez, o segundo parágrafo do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002 permite a alienação dos bens clausulados em algumas circunstâncias especiais, com a sub-rogação do produto nos ônus estabelecidos, desde que presentes alguns requisitos, como estudado no capítulo antecedente. Eis a redação do dispositivo: “Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”. Além de exigir a intervenção do Poder Judiciário, o legislador usa mais uma vez a locução “justa causa” como um dos requisitos.

Ainda sobre esse assunto, o artigo 1.911, parágrafo único, do Código Civil vigente também prevê a sub-rogação do produto do bem gravado desapropriado ou alienado. Mas, na segunda hipótese, ao invés de uma justa causa, demanda a “conveniência econômica” do donatário com o negócio: “No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros”.

Convém recordar, nesse ponto, que o Código Civil de 1.916 não aprovava a alienação dos bens onerados com inalienabilidade, nem mesmo por decisão judicial, exceto nos casos de expropriação por necessidade ou utilidade pública e de execução de dívidas decorrentes de impostos referentes ao próprio bem imóvel. Nesse sentido, previa o artigo 1.676 do antigo código: “A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade”.

²³⁷ Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), p. 263.

O Código Civil de 2.002 contém mais um comando legal importante relacionado às cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade que deve ser realçado nessa oportunidade. Solucionando uma antiga controvérsia presente no direito brasileiro, especialmente na doutrina, como explanado no capítulo pregresso, o artigo 1.911, *caput*, determina: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”. O raciocínio inverso não é correto e as duas últimas podem ser instituídas de maneira isolada.

Em resumo, esse é o panorama geral da legislação nacional no tempo a respeito das cláusulas restritivas. O requisito da justa causa previsto no *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002 representa a modificação recente de maior relevância. A inovação é destacada como uma das mais importantes não apenas no campo da sucessão *causa mortis*, mas em todo o corpo da codificação vigente.

Embora tenha sido aprovado no início do atual século, o referido diploma passou a ser concebido no ano de 1.969, quando o Ministro de Justiça Luis Antonio da Gama e Silva, no governo do Presidente da República Artur da Costa e Silva, convidou Miguel Reale para redigir o Anteprojeto de Novo Código Civil. Ao aceitar a tarefa, o jurista decidiu que essa missão devia ser dividida por uma comissão, na qual ele exerceria o papel de coordenador ou supervisor. No dia 23 de maio daquele ano, designou mais cinco juristas para o serviço. A Parte Geral ficou a cargo de José Carlos Moreira Alves e a Parte Especial foi segmentada por Agostinho de Arruda Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividades Negociais ou Direito de Empresa), Erbert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Depois de definir algumas diretrizes gerais, as quais deviam orientar o trabalho de todos os membros da comissão nas suas áreas, cada um dos nomeados recebeu a incumbência de apresentar ao coordenador a parcela do Anteprojeto que lhe fora confiada.

Em obra que narra a história da atual codificação civil, Miguel REALE descreve um pouco de suas funções como coordenador do Anteprojeto. Ao receber os trabalhos preparados pelos demais membros da comissão, teve a árdua e complexa missão de reunir sistematicamente os textos parciais, eliminando conflitos entre seus dispositivos e divergências de natureza formal em relação à linguagem utilizada. Além disso, exerceu o que chamava de poder-dever ao oferecer propostas substitutivas ou aditivas aos outros juristas da comissão,

com o intuito de preparar o texto final do Anteprojeto para encaminhamento à Câmara dos Deputados. Dentre suas principais contribuições, o coordenador destaca que, no âmbito do direito das sucessões, a maior preocupação foi quanto à exigência de justa causa para que o testador clausulasse os bens da herança.²³⁸

Depois de algumas publicações do Anteprojeto de Código Civil em diário oficial, com o objetivo de fomentar a discussão acerca de necessárias alterações, especialmente na comunidade jurídica, o texto foi enviado para a Câmara dos Deputados, sendo convertido em Projeto de Código Civil e encaminhado para o Senado Federal no ano de 1.984. Nessa fase da tramitação, o então artigo 1.875 possuía a seguinte redação: “Salvo se houver justa causa devidamente expressa no testamento, não pode o testador estabelecer cláusulas de inalienabilidade ou impenhorabilidade quanto à legítima, nem a conversão dos bens, que a constituem, em outros de espécie diversa”. Um aspecto que mereceu atenção no capítulo precedente é a ausência da cláusula de incomunicabilidade na redação original do dispositivo, que é colocado em evidência por Miguel REALE como verdadeira prova das novas diretrizes de natureza moral da nova codificação.²³⁹

Em 1.997, o Senado Federal concluiu suas alterações e devolveu o Projeto de Código Civil para a Câmara dos Deputados. Como revela o Parecer Final do Relator Geral no Senado Federal, Josaphat Marinho, a cláusula de incomunicabilidade foi acrescentada ao comando legal em virtude de emenda ofertada nessa etapa. Ademais, houve um abrandamento do rigor para a alienação de bens gravados.²⁴⁰

Nesse sentido, em consulta aos registros da Comissão Especial do Senado Federal, nota-se que o Senador Alexandre Costa apresentou ao então artigo 1.875 a emenda nº 360, pela qual pretendia incluir o § 2º referente à possibilidade de alienação do bem clausulado. Houve a oferta de um parecer a essa emenda que, além de sugerir a modificação da redação desse § 2º, incluía a incomunicabilidade ao *caput*. O Senador Josaphat Marinho narra, em seu Parecer Final, que “Conforme salientamos no parecer, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, se em casos protegem o patrimônio, noutros geram dificuldades, por vezes extremamente prejudiciais aos beneficiários do testamento. Torná-

²³⁸ Cf. M. REALE – J. MARTINS-COSTA (coord.), *História do Novo Código Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pp. 19-22.

²³⁹ Cf. M. REALE – J. MARTINS-COSTA (coord.), *História* cit. (nota 238 supra), pp. 31-32.

²⁴⁰ Cf. M. REALE – J. MARTINS-COSTA (coord.), *História* cit. (nota 238 supra), pp. 146-155.

las menos inflexíveis, com a vigilância devida, como se propõe, não ofende a vontade do testador e assegura a destinação econômica dos bens”. Como apontado no capítulo antecedente, embora limite especificamente o poder de dispor em relação à comunhão, a cláusula de incomunicabilidade dificilmente causa algum prejuízo ao herdeiro ou legatário, faltando precisão ao argumento apresentado para embasar o seu acréscimo ao dispositivo legal, especialmente a partir de uma comparação com a inalienabilidade e a impenhorabilidade.

No último estágio da longa tramitação, a Câmara dos Deputados, em conjunto com o Senado Federal, a partir da aprovação da Resolução do Congresso Nacional 01 de 2.001, realizou uma meticulosa análise do Projeto de Código Civil, sobretudo com a intenção de harmonizar o texto à Constituição Federal de 1.988. Depois de novas mudanças, o texto foi aprovado e sancionado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, como Lei nº 10.406 de 10 de janeiro 2.002, entrando em vigor um ano mais tarde.

A partir desse quadro geral a respeito da elaboração do Código Civil vigente, pode-se observar que a ideia de exigir do testador justa causa para a imposição de gravames sobre os bens componentes da legítima foi concebida no Anteprojeto de Código Civil, sendo tal novidade atribuída ao coordenador da comissão de juristas. Durante toda a tramitação nas Casas do Congresso Nacional, embora com algumas modificações no respectivo dispositivo, como a inclusão da cláusula incomunicabilidade e de dois parágrafos, o certo é que o requisito em apreço sempre foi mantido. Destacado como uma das alterações mais relevantes na atual codificação civil por um de seus idealizadores, é preciso examinar como ela se insere nas diretrizes que orientam o referido diploma.

Miguel REALE aponta três princípios fundamentais que revelam o espírito do Código Civil de 2.002. O primeiro deles é o da *socialidade*, atribuindo aos institutos do direito privado um sentido mais social, em detrimento do exacerbado individualismo que orientava o Código Civil de 1.916. Descreve o jurista que, apesar da derrota do socialismo, houve o triunfo da socialidade no século passado, com a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem olvidar o valor fundante da pessoa humana. O novo texto guarda maior pertinência com a realidade contemporânea, principalmente pela revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o

contratante, o empresário, o pai de família e o testador.²⁴¹ Adverte-se que, com relação à última figura, é evidente que a exigência de justa causa tem o condão de restringir sua liberdade de dispor quanto à imposição de cláusulas restritivas sobre os bens da herança, privilegiando os interesses do núcleo familiar mais próximo, representado pelos herdeiros necessários, que recebem os bens da legítima livres de ônus.

O segundo princípio é o da *eticidade*. Nesse aspecto, o coordenador do Anteprojeto critica duramente o Código Civil de 1.916 por pecar “por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos”. Miguel REALE não acreditava na plenitude geral da norma jurídica positiva, preferindo, em certas situações, estabelecer o recurso a critérios ético-jurídicos capazes de chegar ao que chama de “concreção jurídica”, conferindo ao magistrado um maior poder para encontrar uma solução mais justa ou equitativa. Dessa maneira, o Código Civil de 2.002 não fornece ao juiz somente o poder de preencher lacunas, mas também o de resolver, nas hipóteses cabíveis, como naquelas em que verificada a deficiência da regra jurídica à especificidade do caso concreto, em conformidade com valores éticos.

Tanto assim que recorda que, ao elaborar o Anteprojeto de Código Civil, não houve a preocupação em prever tudo detalhada e obrigatoriamente, como se a experiência jurídica também fosse orientada pela causalidade própria das ciências naturais. Segundo o autor, o mais importante em uma codificação é o seu espírito, o conjunto de ideias essenciais a partir das quais as suas normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam. O Código Civil de 2.002 admite uma dimensão ética do ordenamento.²⁴² Nesse particular, o jurista faz uma expressa menção à justa causa como locução que concretiza o princípio da eticidade. Não resta dúvida a respeito de seu perfeito enquadramento a essa diretriz, trazendo ao tema em questão essa perspectiva ética.

O terceiro e derradeiro princípio basilar é o da *operabilidade*. Miguel REALE, com fundamento nas lições de Rudolf VON JHERING, aduz que o Direito é feito para ser executado, realizado, operado. É imprescindível que a norma jurídica seja dotada de operabilidade, com o escopo de impedir uma série de equívocos e dificuldades aos seus operadores. Por outro

²⁴¹ Cf. M. REALE, *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, disponível in <http://www.miguelreale.com.br>, s.l., s.d. [10-01-2018].

²⁴² Cf. M. REALE, *Visão* cit. (nota 241 supra).

lado, esse princípio também impõe a necessidade de edição de normas abertas, não cerradas, permitindo que a atividade social, na sua evolução, possa modificar o conteúdo por intermédio do que o referido jurista chama de “estrutura hermenêutica”, complemento natural da “estrutura normativa”. Nesse aspecto, a doutrina assume papel essencial, pois é um modelo teórico que define o que os demais modelos jurídicos significam.²⁴³

A exigência de justa causa do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 traduz a ideia de abertura da norma jurídica, autorizando sua constante alteração com a evolução social. É a própria dinâmica da vida que exige essa mutabilidade para garantir a aplicação do princípio da operabilidade ao dispositivo. Um motivo considerado justo para a restrição nos dias de hoje pode perder totalmente o sentido décadas depois. Convém acrescentar que a questão temporal adquire maior importância ainda quanto ao testamento, negócio jurídico cuja eficácia se inicia somente com a morte do testador, o que pode levar muitos anos. Esse problema será enfrentado com mais detalhes mais adiante.

Dessa forma, o Código Civil vigente foi concebido sob três diretrizes fundamentais: a socialidade, a eticidade e a operabilidade. É possível vislumbrar a incidência dessas três dimensões com clareza na exigência de justa causa para a instituição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens que integram a porção legítima da herança. Tal constatação enriquece sobremaneira a relevância dessa novidade, justamente por transparecer as diretivas da atual codificação.

Ainda no contexto do diploma civilista em vigor, é preciso discorrer acerca da natureza jurídica da justa causa estabelecida pelo *caput* do seu artigo 1.848. Para tanto, a linguagem empregada no texto normativo deve ser analisada, o que envolve algumas considerações a respeito da projeção da norma jurídica para o futuro, uma preocupação diretamente relacionada com o mencionado princípio da operabilidade.

Judith MARTINS-COSTA e Gerson BRANCO salientam como um dos pontos altos da codificação vigente a alteração linguística decorrente da visão culturalista de Miguel REALE. O Código Civil de 1.916, idealizado como um modelo fechado, na medida em que os juristas deviam se limitar à exegese dos dispositivos legais, é reconhecidamente elogiado pela sua impecável gramática, mas criticado por “erros crassos em matéria de técnica jurídica”, como

²⁴³ Cf. M. REALE, *Visão cit.* (nota 241 supra).

a confusão entre prescrição e decadência, tratadas de maneira idêntica, e o uso indiscriminado das palavras rescisão, resolução e extinção sem referências ao conteúdo jurídico respectivo. O Código Civil de 2.002, concebido, em contrapartida, como um sistema aberto para que a comunidade jurídica participasse ativamente na definição do sentido das normas jurídicas, aliou a boa redação com uma maior precisão técnica, traduzindo o citado prisma culturalista da linguagem ao conciliar forma e conteúdo.

De acordo com os autores, a principal mudança na linguagem do Código Civil em vigor foi justamente a possibilidade de projeção para o futuro, consubstanciada pela edição de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados espalhados estrategicamente pelo diploma legal nas matérias mais gerais e relevantes. Asseveram que essas categorias abertas influenciaram substancialmente uma modificação de linguagem na nova codificação em comparação com a antiga, mas não eram tratadas distintamente por Miguel REALE em relação aos demais dispositivos do corpo do diploma. Segundo o coordenador da comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código, esses modelos jurídicos significam uma nova linguagem expressiva do conteúdo normativo das fontes de direito. Genericamente, os modelos nada mais são do que estruturas pensadas com vistas aos fins que devem ser concretizados e, por tal razão, cada dispositivo do corpo normativo assume um papel semelhante ao conferido para essas novas figuras.

Os modelos jurídicos abertos, como as cláusulas gerais, se desassociaam da pessoa do legislador, bem como de suas razões originais, para que possam atender a fatos e valores supervenientes capazes de serem erigidos no campo de validade das regras vigentes por intermédio de nova atividade interpretativa. A ideia de que *a lei é mais sábia do que o legislador* bem simboliza esse entendimento.

Desse modo, Miguel REALE idealizou um projeto informado por um normativismo jurídico concreto, em substituição ao antigo sistema pautado em um normativismo jurídico lógico-formal, por meio da “utilização de modelos jurídicos que compreendem em cada um de seus dispositivos normativos um papel significativo para a hermenêutica jurídica, dirigida para a concreção”, ressaltando que o modelo não deriva apenas de formas prospectivas, mas também de sua própria situação dentro do sistema jurídico, unitário e coerente. Nessa

guinada do sistema, a mentalidade dos operadores do direito deve estar aberta para essas novas figuras e ter consciência de seu papel na construção da normatividade.²⁴⁴

Por ora, indaga-se se a justa causa exigida para a imposição de cláusulas inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade por meio de testamento sobre os bens da legítima se ajusta a algum desses modelos abertos empregados pelo Código Civil de 2.002 em determinadas matérias. A vagueza da locução aponta para a resposta afirmativa, mas é preciso indicar com precisão a qual categoria se amolda. Essa investigação começa com a apresentação de algumas notas sobre os *conceitos jurídicos indeterminados*.

Karl ENGISCH leciona que os conceitos indeterminados devem ser entendidos como conceitos cujo conteúdo e extensão são “em larga medida” incertos. De acordo com o autor, são muito raros no Direito os conceitos absolutamente determinados. É o caso dos conceitos numéricos (v.g., prazo de vinte e quatro horas) e de medidas (v.g., cinquenta quilômetros). Em sua maioria, os conceitos jurídicos são indeterminados pelo menos em parte.

Com fundamento na doutrina de Philipp HECK, sustenta que é possível encontrar nos conceitos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual.²⁴⁵ O campo no qual se tem uma noção clara de conteúdo e extensão de um conceito é o seu núcleo, ao passo que o halo corresponde à zona indefinida de comunicação, que tem início onde as dúvidas começam a surgir.²⁴⁶

António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, por seu turno, acrescenta que os conceitos jurídicos indeterminados ocorrem quando não se permitem comunicações claras em relação ao seu conteúdo devido a cinco fenômenos: polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento.

Segundo o jurista, a *polissemia* está presente quando o conceito assume vários sentidos; a *vaguidade*, quando apresenta uma informação de grande amplitude, mas de pouca compreensão; a *ambiguidade*, quando permite referência a mais de um dos elementos

²⁴⁴ Cf. J. MARTINS-COSTA – G. BRANCO, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 52-57.

²⁴⁵ António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO prefere falar em *núcleo* e *periferia*: “Torna-se oportuno recordar a contraposição heckiana entre núcleo e periferia dos conceitos, consoante o problema a encarar seja enquadrável na área comunicativa clara do conceito considerado ou, pelo contrário, aponte para a zona indefinida do mesmo”. Cf. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 1180.

²⁴⁶ Cf. K. ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, 1983, trad. port. de J. M. MACHADO, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 208-209.

integrados de proposição onde o conceito se insere; a *porosidade*, quando uma evolução semântica indica o sentido em que o termo deve se encontrar; o *esvaziamento*, quando não apresenta qualquer sentido útil.

Após mencionar diversos exemplos, o autor adverte que os casos de indeterminação ocorrem quando não é possível encontrar uma solução à face da hermenêutica textual, o que não significa que não existam *saídas demonstráveis* a partir de outros instrumentos fornecidos pela ciência do direito. A aplicação dos conceitos indeterminados demanda uma prévia ponderação das várias possibilidades que sua comunicação autoriza. Uma dessas possibilidades deve ser eleita para justificar a saída encontrada. Assim, os conceitos indeterminados passam a ser juridicamente atuantes por meio de sua complementação com valores e, a partir desse percurso, chega-se à regra do caso.

Embora a valoração seja necessária para a aplicação dos conceitos indeterminados, isso não implica sua utilização arbitrária. Existe uma série de indícios que apontam as variáveis possíveis que devem ser levadas em consideração e o peso relativo de cada uma delas. A partir dos elementos dados ao intérprete para a realização da concretização, podem-se notar graus distintos de indeterminação. Dessa maneira, observa que, em teoria, a imprecisão será menor na polissemia, ambiguidade ou porosidade do que na vaguidade, alcançando o grau máximo no esvaziamento.

A retórica adquire especial relevância no processo de concretização dos conceitos indeterminados, visto que apenas a decisão do intérprete-aplicador pode levá-la a cabo. Será a argumentação, influenciada pelo conhecimento jurídico, que permitirá o controle efetivo das decisões. É evidente que a possibilidade de dirigir o preenchimento de conceitos indeterminados com referências objetivas, suscetíveis de controle, sempre encontra limites *estruturais e circunstanciais*.

São estruturais porque a segurança na valoração e o controle posterior da decisão jamais alcançam o mesmo nível de precisão presente nos conceitos determinados ou mesmo nos núcleos conceituais dos conceitos indeterminados. E circunstanciais na medida em que as circunstâncias materiais para a tomada de uma decisão podem diminuir de um caso para outro, com isso abrindo uma margem variável ao arbítrio do intérprete-aplicador, a chamada margem de discricionariedade.

A concretização discricionária não possui caráter absoluto, sendo restringida pelos próprios limites dogmáticos do conceito a ser preenchido. Ela deve se orientar por alguns vetores (v.g., a finalidade que levou o ordenamento a prever a indeterminação) que a restringem, ficando a decisão do intérprete-aplicador sujeita a eventuais mecanismos de controle subsequente, como a teoria do vício do poder na doutrina publicista.²⁴⁷

Nesse sentido, os conceitos indeterminados são matéria de expressiva pesquisa no direito administrativo, em virtude da constante inquietação com o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública. No direito privado, é mais recente a preocupação com esses modelos abertos – particularmente no caso brasileiro, depois do advento da codificação em vigor pelas razões acima expostas. Nada impede, contudo, que algumas das lições de estudiosos de outro ramo do direito sejam aproveitadas aqui, até porque se trata de assunto afeto à Teoria Geral do Direito.²⁴⁸

No tocante ao direito pátrio, convém ressaltar controvérsia teórica entre dois juristas com trabalhos de destaque em áreas do direito público. Eros Roberto GRAU nega a própria existência do termo *conceitos indeterminados*, afirmando que respeitáveis autores cometem esse erro ao confundir *conceito* e *termo* (expressão do conceito) e ignorar a distinção entre *conceito* e *noção*. A respeito do tema, as lições do jurista são as seguintes:

“(i) a cada conceito corresponde um termo; este – o termo – é o signo linguístico do conceito; assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto); o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um objeto;

(ii) os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações; não são conceitos essencialistas;

(iii) o conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma suma de idéias:

²⁴⁷ Cf. A. M. DA R. E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit. (nota 245 supra), pp. 1176-1181.

²⁴⁸ Cf. P. L. DE CARVALHO JÚNIOR, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), pp. 621-622.

(iv) o conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o primeiro signo do objeto;

(v) o conceito jurídico, expressado, é o segundo signo de um primeiro signo: a significação da coisa (coisa, estado ou situação); está no lugar não da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível – ou não atribuível – à coisa (coisa, estado ou situação);

(vi) assim, os conceitos jurídicos são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisa, estados ou situações.”

A partir desses pressupostos, busca o autor demonstrar a falácia dos conceitos indeterminados, concluindo que a indeterminação não se encontra propriamente nos conceitos jurídicos (ideias universais), mas nas suas expressões (termos).

Para Eros Roberto GRAU, os conceitos indeterminados não existem. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja considerada um conceito, é que seja determinada. Se não for uma suma de ideia determinada, não chega a ser um conceito. Por tais razões, prefere a locução *termos indeterminados de conceitos* ao invés de *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*.²⁴⁹

Do outro lado, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO sustenta que a indeterminação reside no próprio conceito e não na palavra que o rotula. Critica a orientação em sentido contrário, pois as palavras que recobrem os conceitos designam com exatidão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a imprecisão estivesse na palavra, para o autor bastaria trocá-la por outra ou cunhar uma nova para que a imprecisão sumisse. A substituição da palavra significaria a alteração do próprio conceito original. O que se permite é a substituição de um conceito indeterminado por outro conceito determinado, ou seja, um novo conceito, que se expressaria por meio de palavras.²⁵⁰

Em resposta às objeções que recebeu, com menção expressa aos comentários acima apresentados, Eros Roberto GRAU ratifica seu posicionamento de que a indeterminação não está no conceito. Acrescenta que a modificação da palavra ou das palavras que formam o

²⁴⁹ Cf. E. R. GRAU, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 195-197.

²⁵⁰ Cf. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 20-21.

termo não mudam o conceito, além de nada impedir que alguém se dedique a reescrever os termos de conceitos como *urgência e interesse público*, embora seja atividade de enorme dificuldade devido ao tempo que seria necessário para tal intento.²⁵¹

Conforme exposto acima, além de questionar a confusão entre *conceito e termo*, o mencionado autor sustenta que alguns autores ignoram a distinção entre *conceito e noção*. A doutrina, sobretudo a brasileira, insiste em chamar de conceito indeterminado o que vem a ser noção jurídica, compreendida como “ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois homogênea ao desenvolvimento das coisas”, de modo que é passível de interpretação.²⁵²

Apesar da riqueza dessa discussão de cunho essencialmente teórico, que coloca em xeque a própria expressão *conceito indeterminado*, a localização da indeterminação, seja no conceito, seja no termo, em nada modifica a existência dessas expressões, *cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos*, nos textos legais, tampouco impede seu crescente uso pelo legislador nos tempos atuais. A sua presença no Código Civil brasileiro vigente é destacada com assiduidade pela doutrina jurídica e traduz algumas das diretrizes que inspiraram o referido diploma, essencial para a construção de um sistema aberto e mutável. Por uma questão terminológica, no entanto, convém esclarecer que essa figura será abordada no presente trabalho como *conceito indeterminado*, locução bastante tradicional e amplamente admitida no direito pátrio.

Outra categoria com presença bastante marcante no Código Civil de 2.002, à luz dos seus princípios orientadores, é a da *cláusula geral*. Para Judith MARTINS-COSTA, as cláusulas gerais constituem técnica legislativa típica da segunda metade do Século XX, período em que o método de legislar casuisticamente, uma das bases do movimento de codificação do Século XIX, sofreu transformações intensas, de modo que a lei passou a assumir características de concretude e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. A lei deixou de ser um quadro abstrato de certas ações para fornecer respostas aos problemas específicos da vida cotidiana.

Nesse diapasão, a jurista destaca que, em matéria de linguagem legislativa, surgem normas diretivas que buscam resultados que atendam ao bem comum e à utilidade social,

²⁵¹ Cf. E. R. GRAU, *O Direito Posto* cit. (nota 249 supra), pp. 197-198.

²⁵² Cf. E. R. GRAU, *O Direito Posto* cit. (nota 249 supra), p. 202.

recorrendo, também, a terminologias científicas, econômicas e sociais, incomuns ao modo tradicional de legislar. Códigos civis e leis especiais recentes fogem do quadro clássico da descrição pormenorizada de pressupostos e correlatas consequências. Os novos tipos normativos procuram formular a hipótese legal por intermédio do uso de conceitos cujos termos possuem significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, o enunciado da cláusula geral, às vezes, ao invés de definir com precisão hipótese e consequência, traça uma moldura pouca clara, permitindo a incidência de princípios, diretrizes e máximas de conduta que originalmente são estranhas ao corpo codificado. Disso resultam, a partir da atividade de concreção de princípios, diretrizes e máximas de conduta e a constante formulação de novas normas.²⁵³

Percebe-se nesse ponto, portanto, a existência de uma relação direta entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Cabe indagar, nesse ponto, se haveria uma correspondência entre essas duas figuras, ou seja, se a presença de uma cláusula geral implica a de um conceito indeterminado e vice-versa.

Debruçando-se sobre essa questão, Karl ENGISCH nega categoricamente a existência dessa relação de equivalência. Em primeiro lugar, o autor busca distinguir cláusula geral de conceito indeterminado. A primeira é dotada de um caráter de generalidade que normalmente não está presente no segundo.

Em segundo lugar, reflete-se as cláusulas gerais formariam um grupo especial, com essa nota de generalidade, dentro do círculo constituído pelos conceitos indeterminados. Sua conclusão caminha no sentido de que nem toda cláusula geral é, ao mesmo tempo, um conceito indeterminado, sendo possível pensar na existência de uma cláusula geral determinada em certa medida, o que afastaria a própria noção de conceito indeterminado anteriormente apresentada. Cita o seguinte exemplo de cláusula geral determinada: “Aquele que voluntariamente põe em perigo a vida de uma pessoa”. Todavia, o autor reconhece que a esmagadora maioria das cláusulas gerais existentes é indeterminada.

Em terceiro e último lugar, procura identificar a característica central da categoria em apreço. Após observar que as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, uma estrutura própria, além de não exigir processos de pensamento diferentes

²⁵³ Cf. J. MARTINS-COSTA, *O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Informação Legislativa* 139 (1998), p. 07.

daqueles requeridos por outras figuras, como os conceitos indeterminados, aduz que o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no campo da técnica legislativa. Devido ao seu nível de generalidade, elas permitem que um vasto grupo de situações concretas se sujeite a uma consequência jurídica, ao contrário do casuísmo, que sempre corre o risco de não contemplar todas as hipóteses fáticas.²⁵⁴

No mesmo sentido, António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO discorre que “Fritz Werner, ao factor diferenciativo posto por Engisch, acrescenta como modo de distinguir as cláusulas gerais dos conceitos indeterminados, o esgotarem elas, contra os segundos, a previsão legal e o corresponderem a uma remissão ético-jurídica”.²⁵⁵ Dessa maneira, o enunciado de uma cláusula geral pode se valer de um conceito jurídico indeterminado, mas não se trata de uma correspondência necessária. São figuras distintas.

Ainda sobre as cláusulas gerais, Judith MARTINS-COSTA afirma que estas possuem um perfil de múltiplas faces, motivo pelo qual a doutrina não consegue prever um conceito unívoco, resultando as tentativas em enumeração de suas características. Dessa maneira, a autora prefere trabalhar com os traços principais das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa oposta à casuística.

De um lado, a técnica da casuística, também chamada técnica da regulamentação por *fattispecie*, é aquela empregada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. O legislador prevê da forma mais completa possível os critérios para aplicar certa qualificação aos fatos narrados. Ao promover a tipificação das condutas, o intérprete não terá maiores dúvidas quanto ao sentido e alcance da norma, bastando aplicar esta por meio do processo mental de *subsunção*. Esse caráter de *tipicidade* da casuística é o principal fator de *rigidez* dos códigos civis antigos. Esse caráter de imutabilidade é também uma decorrência da pretensão de completude presente no movimento de codificação.

De outro lado, a imprecisão dos termos intencional, presente nas cláusulas gerais, traz como vantagem a mobilidade. O grau de tipicidade é mínimo. Não existem respostas prévias para todos os problemas da realidade, nem mesmo é a intenção, a ideia é que sejam construídas progressivamente respostas pela jurisprudência. O objetivo nas cláusulas gerais

²⁵⁴ Cf. K. ENGISCH, *Einführung* cit. (nota 246 supra), pp. 232-234.

²⁵⁵ Cf. A. M. DA R. E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit. (nota 245 supra), p. 1182.

é que o juiz seja enviado para critérios aplicativos determináveis em outros pontos do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, usos e costumes vigorantes. Com isso, essa técnica possibilita que uma mesma hipótese capte uma série de situações diferentes escolhidas pela via jurisprudencial, não legal. A partir desses traços, Judith MARTINS-COSTA sintetiza noção de cláusula geral sob a perspectiva da técnica legislativa:

“Constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico”.

Uma última ressalva é que, em contrapartida, a cláusula geral apresenta como desvantagem, até a consolidação da jurisprudência, a possibilidade de criar um cenário de incerteza sobre seus efetivos contornos. Por esse motivo, inclusive, um código não pode ser formado exclusivamente por cláusulas gerais, pois o grau de certeza jurídica ser mínimo. Isso dá origem à combinação, em diferentes níveis, das técnicas de regramento por casuística e por cláusulas gerais.²⁵⁶

Também sobre pontos negativos das cláusulas gerais, António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO faz breve análise quando são associadas a conceitos indeterminados. A primeira crítica é que conferem ao intérprete-aplicador um poder considerável, abalando a repartição de poderes entre os poderes legislativo e judiciário. A segunda é por representar um fator suplementar de insegurança no sistema. Contudo, o autor não deixa de elogiar a possibilidade de aplicação mais cuidada do direito, com limites expressos pelo julgador e

²⁵⁶ Cf. J. MARTINS-COSTA, *O Direito Privado* cit. (nota 253 supra), pp. 07-09.

que deve seguir o nível da cultura jurídica dominante em determinado local, o que facilita a própria atividade legislativa.²⁵⁷

Exposto esse panorama geral acerca de alguns dos principais modelos legislativos abertos encontrados no direito civil brasileiro,²⁵⁸ cumpre indagar a qual dessas figuras se amolda a *justa causa* prevista no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. De início, ao examinar as palavras que compõem a locução em questão, não restam dúvidas a respeito do sentido que assumem para o intérprete. *Causa* aqui só pode se referir a motivo ou razão,²⁵⁹ enquanto a exigência de que seja *justa* diz respeito ao traço de justiça que deve conter para ser aceita. O problema reside nesse último ponto, diante da dificuldade de definir o que seria motivo justo ou injusto, sem a existência de qualquer parâmetro previsto em lei.

Delimitado o problema hermenêutico da expressão, é evidente que se está a tratar de um conceito em *larga medida incerto*. Havendo certeza a respeito do sentido das palavras que o integram, a imprecisão não resulta de *polissemia* ou *ambiguidade*. É perceptível para qualquer um que o legislador passou a demandar do testador a apresentação de um motivo

²⁵⁷ Cf. A. M. DA R. E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit. (nota 245 supra), p. 1184.

²⁵⁸ Outra figura com bastante destaque em sistemas abertos é o princípio. Porém, é evidente que a *justa causa* a ela não se ajusta, razão pela qual não serão feitas maiores considerações a respeito.

²⁵⁹ A palavra *causa* pode assumir significados diversos. No âmbito da filosofia, ARISTÓTELES, no Livro I de sua *Metafísica*, identifica exclusivamente quatro sentidos: *causa material* (relativa à matéria do que as coisas são feitas), *causa eficiente* (relativa aos movimentos que dão origem às coisas), *causa formal* (relativa à forma das coisas) e *causa final* (relativa à finalidade da existência das coisas). Cf. *Metà ta physikà*, trad. port. V. COCEO, *Metafísica*, São Paulo, Abril S. A. Cultural, 1984, pp. 16-18 e 35.

No domínio do direito civil, mais especificamente, há a causa do negócio jurídico, em sentido técnico, que pode ser abstrata, representativa da função social e econômica genérica imputada a uma determinada categoria negocial, e concreta ou real, consistente na função individual de um negócio específico. Nesse aspecto, é relevante ressaltar que a teoria causalista não foi adotada expressamente pelos códigos civis brasileiros. Pode dizer respeito também ao título pelo qual ocorre uma atribuição patrimonial, como se verifica no Capítulo IV do Título VII do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2.002, atinente à disciplina do enriquecimento sem causa. E pode significar, ainda, o motivo pelo qual determinado ato é praticado, como faz a lei nacional no artigo 57 do mesmo diploma ao exigir “*justa causa*” para a exclusão de um associado.

A *justa causa* exigida para o estabelecimento por testamento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima não se refere ao título de aquisição patrimonial, muito menos à teoria da causa abstrata ou concreta do negócio de jurídico. Evidentemente se está a tratar do motivo ou razão que leva o testador a instituir tais gravames nessas circunstâncias, conforme confirma Claudio Luiz Bueno de GODOY. Cf. *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 738.

Para reforçar essa conclusão, cabe mencionar a lição Miguel REALE, coordenador da comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto que deu origem à codificação civil vigente, no sentido de que o testador “deve explicitar o motivo que o leva a estabelecer a cláusula limitadora do exercício de direitos pelo seu herdeiro, podendo o juiz, em certas circunstâncias, apreciar a matéria para verificar se procede a *justa causa* invocada”. Cf. *Visão Geral* cit. (nota 241 supra).

A expressão *justa causa*, aliás, é utilizada em outras passagens do Código Civil de 2.002 e mesmo por leis que regulamentam matérias de outros ramos do direito, como direito do trabalho (v.g., artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho) e direito processual penal (v.g., artigo 395, III, do Código de Processo Penal), de modo que está associada, no geral, a motivo ou razão.

justo para que as cláusulas restritivas de propriedade sejam estabelecidas sobre os bens da legítima. Também não parece ser fruto de *porosidade*, pois não será uma evolução semântica do termo por si que irá esclarecer a aplicação desse requisito.

A imprecisão, na realidade, possui um grau mais elevado e decorre de *vaguidade*. A locução *justa causa* é uma informação de amplitude elevada, mas de pouca compreensão no atual contexto do direito nacional, não encontrando seus limites bem definidos por razões diversas já expostas. Por isso, inclusive, corre o sério risco de ver sua utilidade se perder com o tempo, flertando com o *esvaziamento*. Com essas considerações, é possível concluir que a *justa causa* se ajusta perfeitamente à noção de *conceito indeterminado*.

De outro lado, foi demonstrado que o enunciado de uma cláusula geral pode utilizar intencionalmente conceitos indeterminados. Essa constatação, no entanto, não implica uma correspondência absoluta entre essas duas categorias. Nem toda cláusula geral faz referência a conceito indeterminado, assim como este nem sempre deriva necessariamente daquela. A *justa causa* para a oposição das cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima não se reveste de um caráter de *generalidade*. O seu âmbito de aplicação é bastante próprio e, por consequência, muito mais restrito do que o de uma cláusula geral.

Nota-se que a doutrina brasileira converge nesse sentido. Para ilustrar, José Carlos Teixeira GIORGIS defende se tratar de um conceito vago ou indeterminado, embora prefira usar a expressão conceito legal indeterminado a conceito jurídico indeterminado, na medida em que sustenta que a indeterminação está contida na própria norma, não no fato. Coloca em evidência no seu raciocínio a vagueza desses conceitos e recorda a necessidade, como ocorre também nas cláusulas gerais, do reenvio a *standards* fora do sistema jurídico, que podem se referir a valores ou realidades fáticas.

De acordo com o citado autor, o aplicador nessas situações assume a tarefa de analisar quais são as conotações éticas efetivamente vigentes para encontrar a norma adequada ao caso concreto. Compete ao juiz, no momento de realizar a subsunção do fato à norma, preencher os fatos com base em valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, de maneira que a solução estaria preestabelecida na própria norma. Em outras palavras, a sua atividade aqui não seria de criação do direito, mas de mera interpretação e subsunção, em contraposição ao que se vislumbra na aplicação das cláusulas gerais, as quais exigem do julgador uma operação intelectual mais complexa. Destaca, por fim, que o uso continuado

de um conceito jurídico indeterminado, por longo período, tende a diminuir o seu grau de indeterminação no sistema.²⁶⁰

No mesmo sentido, Cláudia Maria Resende Neves GUIMARÃES e Alexandre Laizo CLÁPIS também vislumbram na justa causa testamentária um conceito indeterminado, a ser preenchida pelo magistrado caso a caso, ou seja, não deve ser definida *a priori*. Com base nas lições de Judith MARTINS-COSTA, ambos reforçam que a atividade do magistrado nesse campo não é de criação do direito. O julgador se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) apontado na *fasttispécie*, devendo delimitar as extremidades da hipótese abstratamente posta, ao passo que os efeitos foram predeterminados em lei pelo legislador.²⁶¹

Pedro Lino de CARVALHO JÚNIOR, na mesma esteira, ressalta que é necessário um processo de valoração do suporte fático, especialmente para que seja apurado o que vem a ser a justeza do motivo declinado.²⁶²

Maria Berenice DIAS, por sua vez, aponta que o legislador utilizou a moderna técnica de abertura de normas ao acrescentar um conceito indeterminado para o problema relativo à oposição de cláusulas restritivas do direito de propriedade sobre a legítima por intermédio de ato de última vontade.²⁶³

Sílvio de Salvo VENOSA também assevera que se trata de conceito indeterminado, cabendo a definição do que é justa causa na hipótese concreta e levando em consideração a orientação da jurisprudência.²⁶⁴

A partir de exposição da evolução legislativa da matéria, foi possível constatar que a justa causa testamentária é uma novidade legislativa introduzida pelo Código Civil de 2.002 ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao investigar a elaboração do aludido diploma, nota-se que a alteração reproduz as ideias presentes nos três princípios que orientaram o trabalho da comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto, o que demonstra sua grande importância.

²⁶⁰ Cf. J. C. T. GIORGIS, *A justa causa no novo testamento*, in M. L. DELGADO – J. F. ALVES (coord.), *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, vol. 2, São Paulo, Método, 2004, pp. 158-161.

²⁶¹ Cf. C. M. R. N. GUIMARÃES, *A renúncia à herança gravada com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista da ESMape* 35 (2012), pp. 66-67; A. L. CLÁPIS, *Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil*, in *Revista de Direito Imobiliário* 57 (2004), p. 18.

²⁶² Cf. P. L. DE CARVALHO JÚNIOR, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), p. 624.

²⁶³ Cf. M. B. DIAS, *Manual das Sucessões*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 287.

²⁶⁴ Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 7, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 179.

Não obstante, tratando-se de conceito indeterminado, insere-se na tentativa de construir um sistema legislativo mais aberto e flexível para os aplicadores do direito.

O trabalho deve prosseguir com a análise da doutrina sobre o assunto e da aplicação da exigência legal pelos tribunais brasileiros, na tentativa de identificar moldura mais clara e definir o que pode configurar motivo justo para a instituição por ato de última vontade de cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima. Antes disso, porém, faz-se necessário discorrer a respeito da recepção negativa do novo requisito por parcela relevante dos autores, dando origem a mais um ponto de discórdia nesse controverso tema.

4.2) Objeções ao requisito da justa causa

Apesar das severas críticas formuladas por parcela da doutrina contra a instituição por ato de última vontade de cláusulas restritivas sobre os bens da legítima, prevista no artigo 1.723 do Código Civil de 1.916, o legislador resolveu não abolir tal prerrogativa do sistema brasileiro. Procurou, no entanto, limitar essa situação, estabelecendo novo requisito para que o autor do testamento imponha os gravames: a apresentação de justa causa, em conformidade com o disposto no *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002.

Diante da profunda divergência entre os defensores e os detratores das cláusulas – notadamente inalienabilidade e impenhorabilidade –, como exposto em capítulo anterior,²⁶⁵ parece que o legislador buscou conciliar essas duas correntes opostas, mantendo a possibilidade de se instituir as restrições sobre os bens da reserva, reduzindo, em contrapartida, sua aplicação com uma nova exigência legal. Em que pese a boa intenção da mudança legislativa, a solução adotada trouxe mais um elemento perturbador para essa celeuma, passando a ser alvo de críticas por adeptos de ambas as posições.

Mencionado por outros diversos autores, Zeno VELOSO é um dos líderes das críticas contra esse novo requisito. Ressalva que a extinção do sistema da autorização legal para a clausulação da legítima, como proposto por Orlando GOMES em seu Anteprojeto de Código Civil, salvo a cláusula de incomunicabilidade, seria um melhor caminho. Questiona qual seria a razão de impor o constrangimento ao testador, justamente no ato de disposição *mortis*

²⁶⁵ Vide item 3.5 do Capítulo III.

causa, de explicar que estabelece inalienabilidade porque seu filho é um gastador, um perdulário que provavelmente arruinará os bens de sua herança; ou impenhorabilidade em decorrência do seu vício em jogos ou bebidas, que certamente dará origem a dívidas; ou incommunicabilidade para protegê-lo do aventureiro com quem se casou, que possui o objetivo de enriquecer às custas do patrimônio que receberá. Não obstante, critica o adjetivo *justa*, porque essa questão será debatida somente depois da morte do testador, dando início a uma discussão interminável, que exige prova diabólica dos envolvidos diante da subjetividade do problema.²⁶⁶

Se o último revela sua preferência pela abolição da clausulação da legítima, Carlos Alberto Dabus MALUF, um dos simpatizantes das cláusulas restritivas em defesa dos interesses dos herdeiros, também critica a modificação. Isso porque o testador, no momento da elaboração do ato de disposição de última vontade, não consegue prever o que irá acontecer no futuro, podendo não possuir um justo motivo para declarar. É o exemplo do pai que só tem filhos solteiros ou menores. Desse modo, o autor da herança vê frustrada a sua preocupação em manter o patrimônio em seio familiar, uma vez que os filhos de mesmo pai e mãe podem ser muito diferentes, alguns bastante responsáveis de suas obrigações, outros mais despreocupados com a vida, sem a necessária capacidade para administrar os bens recebidos por sucessão, o que fatalmente culminará na sua ruína.²⁶⁷

Também demonstrando grande preocupação com a eficácia do gravame instituído, Álvaro Villaça AZEVEDO reprova a generalidade da expressão “salvo se houver justa causa”, na medida em que provoca o risco de denegação futura da cláusula pelo magistrado, caso não aceite a motivação apresentada em testamento. Para o jurista, essa insegurança criada pelo texto legal é inaceitável.²⁶⁸

Seguindo esse mesmo raciocínio, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva VIANNA opina que a justa causa deixa ao arbítrio do julgador a aceitação da justificativa dada pelo testador, podendo denegar a cláusula restritiva instituída, o que parece inadmissível, pois

²⁶⁶ Cf. Z. VELOSO – R. B. T. DA SILVA (coord.), *Código Civil* cit. (nota 231 supra), p. 2034.

²⁶⁷ Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), pp. 120-121.

²⁶⁸ Cf. A. V. AZEVEDO, *Cláusula cif.* cit. (nota 133 supra), pp. 58-59.

inconveniente que o ato de um juiz se sobreponha à vontade do autor da herança, que busca exclusivamente a tutela do patrimônio familiar.²⁶⁹

Mais um crítico da carga subjetiva presente na expressão *justa causa* é Eduardo de Oliveira LEITE, para quem tal questão deve ser decidida pelo Poder Judiciário, alargando-se novo ponto de controvérsia no inventário, embora reconheça a necessidade de limitação do arbítrio do testador, que durante a vigência do Código Civil de 1.916 possuía um poder de natureza discricionária. Para o autor, não houve a esperada evolução da matéria no Código Civil de 2.002, com a supressão definitiva das cláusulas sobre a reserva.²⁷⁰

Vale relembrar, demais disso, que Cristiano Chaves de FARIAS e Gustavo BANDEIRA sustentam a inconstitucionalidade do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002, não pela exigência da *justa causa* em si, mas pela violação de normas constitucionais com a instituição de gravames sobre a legítima.²⁷¹

Com base nessas lições, é possível sintetizar as críticas em quatro pontos principais. O primeiro é a preocupação com o constrangimento a que o testador é exposto pela exigência legal. O segundo é o desconforto com a possibilidade de o magistrado, com grande margem de discricionariedade nesses casos, declarar a ineficácia do gravame em substituição à vontade do autor da herança. O terceiro é a abertura de nova discussão no âmbito do inventário – não no próprio processo de inventário, mas em ação distribuída por dependência (artigo 612 do Código de Processo Civil). O quarto e último, tópico praticamente unânime entre todos os críticos, é a vagueza, a abstração, a imprecisão, a indeterminação e a subjetividade da expressão *justa causa*, o que causa inúmeras dificuldades na delimitação de seu conteúdo, além de criar grande insegurança para todos os envolvidos.

As críticas feitas são, em boa parte, procedentes, principalmente as relativas à abstração da expressão *justa causa*, gerando um cenário de incertezas. O testador não tem convicção se atende à determinação legal e se a cláusula instituída prevalecerá. O herdeiro necessário não sabe se o gravame imposto respeita a sua legítima. O advogado não tem segurança de que a orientação fornecida ao seu cliente na elaboração do testamento será suficiente para a manutenção do vínculo após a morte. O julgador se depara diante de mais um

²⁶⁹ Cf. M. H. W. DA C. E S. VIANNA, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), pp. 783-784.

²⁷⁰ Cf. E. DE O. LEITE, *Do Direito das Sucessões* cit. (nota 51 supra), p. 273.

²⁷¹ Vide item 3.5, a, do Capítulo III.

conflito no âmbito do inventário e não tem uma resposta clara no sistema para solucionar a questão, uma vez que o legislador não expôs expressamente nenhum parâmetro claro para a aplicação respectivo dispositivo legal.

Entretanto, as objeções feitas não têm o condão de afastar a modificação trazida pelo *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2002. A supressão da exigência eliminaria esse novo elemento de uma discussão antiga e acirrada. No entanto, trata-se de mero argumento de *lege ferenda*. A legislação vigente prevê esse requisito e o aplicador da norma deve procurar a interpretação mais adequada e harmônica para o sistema, superando os problemas identificados, especialmente o cenário de insegurança.

Nesse contexto, é trabalho da doutrina o estudo do conceito da justa causa, delimitando o seu conteúdo e buscando a melhor interpretação existente para o dispositivo. Além disso, a definição dos contornos da justa causa também depende da jurisprudência, elegendo quais são os parâmetros utilizados nas decisões judiciais e as situações analisadas que autorizam a rejeição do motivo exposto e o conseqüente cancelamento do gravame. A atividade interpretativa, tendo em vista a necessidade de tomada de posição valorativa no contexto do direito sucessório, revela-se essencial para a superação da celeuma.

4.3) Argumentos por uma leitura restritiva da justa causa

Ao utilizar um conceito indeterminado como requisito para restringir a instituição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima, o legislador passou a demandar do aplicador da norma um processo hermenêutico complexo. Para delimitar ou direcionar o papel do intérprete na concretização de um conceito indeterminado, pode empregar diferentes técnicas legislativas.

A locução justa causa não está presente exclusivamente no *caput* do artigo 1.848 e, em um cenário de modificação de paradigma para um sistema mais aberto e flexível, como mencionado no tópico antecedente, espalha-se sobre outros variados dispositivos do Código Civil de 2.002. Não obstante, também é usada em leis que disciplinam matérias pertinentes a outras áreas do direito.

Na esfera trabalhista, por exemplo, o contrato de trabalho pode ser *rescindido* com ou sem justa causa pelo empregador, circunstância fundamental para definir quais serão as consequências legais. Na averiguação do que configura ou não motivo justo para tanto, o legislador limita a atividade do intérprete ao enumerar em um rol taxativo as situações que justificam o término da relação contratual, nos moldes previstos no artigo 482 do Decreto-lei nº 5.452 de 1.943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Sem dúvida, essa é uma opção bastante segura para balizar a atuação do intérprete, mas tem como desvantagem um natural engessamento da norma, impedindo que novas hipóteses sejam admitidas.

Pode-se cogitar da viabilidade dessa solução para circunscrever o estabelecimento das cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima, à semelhança do que acontece com a indignidade (artigo 1.814 do Código Civil) e a deserção (artigos 1.962 e 1.963), comparando outros mecanismos que resultam na diminuição da quota indisponível. Essa não foi, porém, a escolha do legislador, que sequer se preocupou em expor um rol exemplificativo para orientar a atividade do aplicador da norma. Assim, percebe-se que sua intenção foi conceder ao intérprete um poder maior para moldar o conteúdo da justa causa e abarcar uma vasta gama de situações, além de preservar o comando legal no tempo sem a necessidade de seguidas alterações formais para atualizar o conteúdo da norma.

Outra possibilidade seria fornecer algum parâmetro para conduzir a atividade interpretativa, o que poderia ser feito com expressa referência a regras, princípios ou valores do sistema, o que é natural ante a necessidade de preencher o conteúdo do conceito indeterminado. O legislador também preferiu não fazer qualquer menção nesse sentido no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil vigente.²⁷² Por isso é correto afirmar que a justa causa não apresenta qualquer diretriz clara, o que não significa que tal requisito não possa ser exigido. Nesse sentido, por exemplo, no âmbito do processo penal, exige-se justa causa para o exercício da ação penal, à luz do disposto no artigo 395, III, do Decreto-lei nº 3.689 de 1.941 (Código de Processo Penal), não havendo baliza clara no texto de lei, o que não impediu o desenvolvimento do tema a partir do trabalho doutrinário.

²⁷² Nesse sentido: “Note que o Código Civil não apresenta parâmetros para a análise da justiça da causa das cláusulas restritivas apostas à legítima pelo testador. Esta ausência de critérios para a interpretação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais é traço característico do Código Civil, como apontado por Gustavo Tepedino. Adverte o autor que cláusulas gerais desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”. Cf. A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), p. 525.

Conforme analisado no tópico anterior, nos conceitos indeterminados não é possível encontrar uma solução exclusivamente a partir da hermenêutica textual, sendo necessário recorrer a outros elementos para encontrar uma *saída demonstrável*. A concretização dos conceitos indeterminados depende de sua complementação com *valores*, o que possibilita identificar a regra aplicável ao caso concreto. Dessa forma, apesar de o comando legal não conter um parâmetro claro, alguns autores buscam no sistema jurídico um valor para pautar a compreensão da justa causa testamentária.

Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO, por exemplo, defendem que a análise desse requisito deve ser realizada à luz do caso concreto, sempre em atenção ao princípio da *função social da propriedade*,²⁷³ uma possibilidade bastante interessante, sobretudo por considerar algumas das principais críticas contra as cláusulas restritivas de propriedade referentes às longas paralisações que provocam nos bens.

Ana Luiza Maia NEVARES, por sua vez, invoca o texto constitucional para encontrar critérios interpretativos de aplicação da justa causa. Tendo em vista que a inalienabilidade importa em limitações a direitos fundamentais, como o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição Federal de 1.988), informado pela função social (artigo 5º, XXXIII), o direito de herança (artigo 5º, XXX) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), aduz a autora que a restrição somente pode encontrar respaldo na Carta Magna. Com base nesse raciocínio, sustenta que a justificativa apresentada pelo testador deve estar ligada à ideia de proteção de um *patrimônio mínimo* da pessoa, relacionada à noção do *mínimo existencial* da doutrina publicista.²⁷⁴ Essa é mais uma solução engenhosa, que coloca em evidência a

²⁷³ F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 344.

²⁷⁴ Cf. A. L. M. NEVARES, *A Função Promocional* cit. (nota 45 supra), pp. 244-247; A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), pp. 527-532.

No mesmo sentido, colocando em evidência a preocupação com a existência da pessoa, em contraposição à noção de conservação patrimonial no seio familiar: V. DE S. ABÍLIO, *Cláusula de inalienabilidade e motivação*, in *Revista Eletrônica de Direito Civil* 04 (2013), disponível in <http://civilistica.com/clausula-de-inalienabilidade-e-motivacao/> [10-01-2017].

A respeito da noção de patrimônio mínimo, um dos principais especialistas do tema no direito brasileiro, Luiz Edson FACHIN, ainda na vigência da codificação anterior, chamava atenção para a necessidade de conferir uma maior importância aos *valores existenciais* na interpretação da cláusula de inalienabilidade, instituto com forte viés patrimonialista no direito pátrio, possibilitando novos horizontes para sua análise. Nesse sentido, assevera que é “importante analisar a que interesses atende a imposição de cláusula de inalienabilidade imposta pelo alienante. Em visto disso, cabe distinguir a inalienabilidade determinada como proteção ao bem daquela estipulada em razão da pessoa. A primeira é estabelecida mais propriamente para que o bem, adquirido com muito esforço ou de muito valor sentimental para o testador, não saia do patrimônio da família ou do legatário devido a motivos desprovidos de qualquer preocupação em relação à pessoa do adquirente ou de outrem. Já a segunda é imposta mais enfaticamente em razão da preocupação do alienante de que o adquirente possa manter um patrimônio mínimo ou uma eventual fonte de rendas para sua subsistência, no caso de lhe advir ruína e de perder seus demais bens. Há um valor maior a ser protegido, quer seja, a dignidade da pessoa humana, devendo,

preocupação com a pessoa humana como centro do sistema de direito privado, no contexto das mudanças ocorridas no último século.²⁷⁵

Paulo NADER traz, ainda, outra proposta acerca do tema. Após afirmar que a justa causa é um conceito aberto e que sua constatação é responsabilidade do juiz caso a caso, argumenta que o julgador deve projetar sua experiência de vida e decidir por *equidade*.²⁷⁶ Além de não encontrar fundamento em texto legal, essa sugestão é bastante genérica e dá ao magistrado elevada margem de discricionariedade, flertando com a arbitrariedade, o que não é desejável para elucidar minimamente o conteúdo do conceito indeterminado em questão e pouco contribui para resolver o cenário de insegurança existente.

Como mencionado, a aplicação dos conceitos determinados exige uma ponderação prévia das possibilidades que sua comunicação permite, devendo uma delas ser escolhida para motivar a saída encontrada. O que não significa que esse processo de valoração possa ser arbitrário, cabendo ao intérprete identificar no sistema jurídico os sinais que indicam as saídas possíveis e o peso de cada uma delas.

Particularmente no caso da justa causa para a instituição por ato de última vontade de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima, as possibilidades interpretativas são inúmeras. Além de não existir uma diretriz no texto do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil vigente, é preciso recordar que a matéria está situada no epicentro do embate entre liberdade de testar e legítima, ambas representativas de valores opostos presentes na estrutura do direito das sucessões, nos moldes expostos nos primeiros capítulos desse trabalho.

Diante da necessidade de preenchimento do conteúdo do conceito indeterminado em apreço, a alternativa mais lógica ao intérprete é recorrer aos próprios valores do direito das sucessões para apoiar seu ponto de vista. Assim, pode-se optar por prestigiar a autonomia privada, ampliando o leque de hipóteses que admitam a instituição de gravames – em uma interpretação *ampliativa* da justa causa –, ou a proteção da família por meio da reserva, até

portanto, nessa condição ser aceita a julgada válida a cláusula”. Cf. *Estatuto Jurídico* cit. (nota 150 supra), pp. 124-128.

²⁷⁵ Vide nota 45 supra.

²⁷⁶ Cf. P. NADER, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 180.

mesmo como uma limitação de ordem pública, restringindo as situações autorizadas de tal prática – em uma *interpretação* restritiva do novo requisito legal.

Sob essa perspectiva, constata-se que a solução do problema passa por uma tomada de postura no tocante a esse embate central no âmbito da sucessão *causa mortis*. A depender da posição adotada, a resposta para o problema pode ser muito distinta. É possível cogitar, por exemplo, de uma leitura ampliada que se assente na existência de uma necessidade meramente formal de motivação, isto é, bastaria ao testador declinar qualquer motivo em testamento para impor as cláusulas sobre a legítima, assim como uma orientação restritiva que admita as cláusulas somente em algumas situações específicas.

Convém reforçar, porém, que esse processo valorativo não é arbitrário. Acredita-se que o aplicador da norma não pode simplesmente demonstrar uma maior afinidade por um desses vetores para chegar a uma determinada conclusão. Cabe ao intérprete identificar no sistema os indícios que apontam para a variável mais adequada. E, no caso de justa causa prevista no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002, entende-se que existe uma clara inclinação no direito nacional por uma interpretação restritiva.

A começar, a evolução legislativa em matéria sucessória no direito brasileiro revela que as últimas grandes mudanças visando ao fortalecimento da liberdade de testar ocorreram no início do século passado, com o advento da Lei Feliciano Penna em 1.907, cujo conteúdo foi transposto para o Código Civil de 1.916. Nesse sentido, vale recordar que a parte disponível da herança passou de um terço para metade da herança – e a reserva, por conseguinte, foi reduzida de dois terços para metade – e que foi introduzida a possibilidade de gravação da legítima com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, além de livre administração e conversão dos bens da legítima. Nessa época, apenas eram herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

Desde então, as modificações legais observadas na esfera da sucessão *causa mortis* apontam, de maneira geral, para um robustecimento da legítima. Embora a proporção entre as quotas disponível e indisponível permaneça a mesma até os dias atuais, é certo que o rol de herdeiros necessários aumentou. O Código Civil de 2.002 conferiu expressamente essa condição ao cônjuge, nos termos do artigo 1.845. O Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do mesmo diploma no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721/RS e 878.694/MG, incluiu o companheiro nessa lista ao equiparar

o seu regime sucessório ao do cônjuge.²⁷⁷ Dessa forma, caso o *de cuius* morra sem deixar ascendentes e descendentes, ainda assim não terá plena liberdade para dispor do seu patrimônio, devendo respeitar a legítima do cônjuge ou do companheiro.

Não obstante, o poder do testador de clausular a reserva – que nunca foi bem visto por boa parcela dos autores brasileiros – tem uma história marcada por tentativas de relativização. Pouco depois da entrada em vigor da Lei Feliciano Penna, havia quem defendesse a necessidade de justificação da cláusula de inalienabilidade, embora tal entendimento não tenha prevalecido.²⁷⁸ Apesar da vedação contida no artigo 1.676 do Código Civil de 1.916, ainda assim o Poder Judiciário passou a dispensar as cláusulas restritivas, inclusive sem a sub-rogação em outros bens.²⁷⁹ E, finalmente, o Código Civil de 2.002 delimitou essa situação no direito brasileiro com a introdução da justa causa no *caput* do artigo 1.848, além de ter proibido a conversão dos bens da legítima no § 1º do mesmo artigo de lei.

Ao procurar preencher o conteúdo do conceito indeterminado em questão, não pode o intérprete ser indiferente ao atual estágio do direito sucessório no Brasil. A evolução da legislação no último século demonstra que o legislador, em um cenário maior de valorização da pessoa humana como centro do sistema,²⁸⁰ restringiu a autonomia privada patrimonial

²⁷⁷ Vide item 2.1 do Capítulo II.

²⁷⁸ José Ulpiano Pinto de SOUZA, em obra clássica no direito brasileiro sobre as cláusulas restritivas de propriedade, lançada pouco tempo após o advento da Lei Feliciano Penna em 1.907 – o próprio autor revela no início do trabalho que, na realidade, é um comentário ao seu artigo 3º –, sustentava que já havia a exigência de motivação da inalienabilidade, o que não se aplicava às demais cláusulas ali previstas. De acordo com o autor, o referido dispositivo legal, ao autorizar que o testador estabelecesse “as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia”, demandava a apresentação de uma motivação pelo autor do testamento, na medida em que o vocábulo *condição* assumia o significado de motivo, razão ou causa. Cf. *Das Clausulas Restrictivas* cit. (nota 115 supra), pp. 89-99.

Clóvis BEVILÁQUA, em sentido contrário, explicava que o Código Civil de 1.916, “como a lei de 31 de Dezembro de 1907, que elle assimilou, usa de modos diversos da expressão, ao declarar as providencias que o testador pode tomar quanto á legitima: *determinar* a conversão dos bens em outras especies; *confial-os* á livre administração da mulher herdeira, *prescrever-lhes* a incommunicabilidade; e *estabelecer-lhes condições* de inalienabilidade temporaria e vitalicia. Essa variedade de expressões não traduz, porém, gradação de poderes attribuidos ao testador. Em particular, a locução – *estabelecer-lhes condições* –, não significa, de modo algum, que o testador seja obrigado a declarar os motivos de sua determinação; ou que torne a sua efficacia dependente de algum acontecimento futuro e incerto. O vocabulo *condições* é aqui empregado no sentido correspondente a modos de ser, situações jurídicas. É commum dizer-se a condição do escravo, do estrangeiro, do filho natural. O Codigo, semelhantemente, disse condições de inalienabilidade temporaria e vitalicia, para significar a situação jurídica imposta aos bens. E não se explicaria porque o testador, dispensado de dar as razões pelas quaes torna os bens da legitima incommunicaveis, fosse obrigado a explicar-se quanto à inalienabilidade, ou sómente a pudesse estabelecer condicionalmente”. Cf. C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos* cit. (nota 59 supra), p. 177.

Até o advento do Código Civil de 2.002, prevaleceu a segunda orientação no direito pátrio. Cf. C. A. D. MALUF, *Cláusulas de inalienabilidade* cit. (nota 139 supra), p. 34; A. FIORANELLI, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 229 supra), p. 39; A. L. CLÁPIS, *Clausulação da legítima* cit. (nota 261 supra), pp. 15-16.

²⁷⁹ Vide item 3.2, d, do Capítulo III.

²⁸⁰ Vide nota 45 supra.

nesse ramo do direito e prestigiou a solidariedade familiar por intermédio da proteção proporcionada pela legítima. Defender uma leitura ampliativa, com o intuito de preservar a vontade do autor do testamento e manter as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima não condiz com o avanço da matéria e representa uma guinada repentina de postura.

Embora o legislador tenha o poder de alterar drasticamente o panorama da sucessão pátria do dia para a noite mediante a edição de lei ordinária, não parece que o aplicador da norma, em busca de um significado para um conceito indeterminado desprovido de balizas hermenêuticas claras, possa simplesmente ignorar esse dado essencial. Tal razão, por si só, indica que uma orientação ampliativa não é a melhor saída para essa celeuma. O intérprete deve concentrar seus esforços em elucidar o requisito de maneira a efetivamente mitigar a ocorrência dessa situação no sistema.

Além disso, se antes era franqueada a livre instituição das cláusulas restritivas de propriedade sobre a quota indisponível, a criação de uma condição para tal prática tem o evidente objetivo de diminuir essa possibilidade conferida ao testador. Como mencionado acima, António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO cita como exemplo de vetor para a interpretação de um conceito indeterminado a finalidade que levou o ordenamento a prever a indeterminação. Esse é mais um elemento que não pode ser ignorado para compreender o conteúdo da justa causa testamentária. Afirmar, por exemplo, que basta a indicação formal de um motivo qualquer em ato de última vontade corresponderia praticamente a manter a lógica da legislação revogada. Nesses termos, uma leitura restritiva parece ser mais fiel e adequada ao propósito da mudança promovida pelo sistema pátrio.

A própria redação do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 comprova que uma orientação restritiva é a mais correta. De acordo com o texto do dispositivo, o autor do testamento, no geral, não tem o poder de instituir as cláusulas sobre a reserva ("... não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima"). Essa prática, portanto, está vedada. A regra geral apenas é afastada na presença de motivo justo ("Salvo se houver justa causa, declarada no testamento..."), o que aponta para um caráter de *excepcionalidade*. Um entendimento amplo pode subverter com facilidade esse raciocínio.

Pelas razões acima expostas, acredita-se que, no atual estágio do direito sucessório brasileiro e em vista da finalidade perseguida pelo sistema com essa mudança, a solução mais adequada é a adoção de uma interpretação restritiva da justa causa testamentária, ou seja, o aplicador da norma deve buscar uma orientação que fortaleça a intangibilidade da legítima, prestigiando a solidariedade familiar, e admita apenas em situações excepcionais a imposição de cláusulas restritivas de propriedade sobre a quota indisponível, reduzindo a liberdade do testador sobre essa fração hereditária.

Partindo desse pressuposto, que significa uma tomada de postura valorativa e serve como uma primeira aproximação para delimitar a atividade interpretativa atinente ao problema central do trabalho, no tópico subsequente serão apresentadas outras posições acerca do tema, com a proposta de uma leitura mais detalhada desse requisito introduzido no direito nacional pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002.

4.4) A definição de justa causa

As cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade atuam de maneira diversa sobre os bens onerados, como analisado nesse estudo em capítulo anterior. A incomunicabilidade age de modo bastante específico, obstando a comunicação oriunda do regime matrimonial de bens. A impenhorabilidade impede a expropriação do bem gravado por parte dos credores do adquirente e a entrega de bens em garantia. A inalienabilidade é a mais abrangente de todas, vedando a realização de qualquer tipo de alienação. Tanto que a última engloba o conteúdo das duas primeiras, mas a recíproca não é verdadeira, sendo possível a imposição daquelas de maneira isolada em relação a essa.

Todas as cláusulas possuem tradicionalmente um caráter protetivo do patrimônio. A incomunicabilidade tem como finalidade tutelar o herdeiro ou legatário de cônjuge ou companheiro aproveitador, evitando os dissabores materiais decorrentes de uma má escolha. A impenhorabilidade busca frustrar a entrega de bens em garantia e a atuação de credores. A inalienabilidade, mais extensa que as duas anteriores, procura embarçar todas as hipóteses de transferência patrimonial, promovendo uma proteção ampla contra investidas de terceiros e ações dele próprio.

De certa forma, essas são as intenções *implícitas* por trás das cláusulas restritivas de propriedade. Com base nisso, Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA observa que a motivação exposta pelo autor do ato de última vontade deve guardar relação com o escopo do ordenamento ao autorizar, ainda que *excepcionalmente*, a instituição dessas cláusulas. Assim, a autora entende que a incomunicabilidade deve estar ligada “às dificuldades e divergências do casal naquilo que se refere à administração dos bens comuns”, citando como exemplo situação em que um cônjuge frequentemente propõe a venda de bens, enquanto o outro discorda e nega outorga necessária. Por seu turno, as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade precisam estar associadas a eventual prodigalidade, insolvência, falência em atividade comercial, dentre outras razões.²⁸¹

A observação da civilista é pertinente e serve como ponto de partida para elaborar uma leitura restritiva da justa causa do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. Em atenção à excepcionalidade da instituição das cláusulas sobre a reserva, assim como à ideia de funcionalidade do sistema, só merecem ser aceitos os motivos que estejam atrelados a esse viés protetivo. Não são dignas de acolhimento as justificativas que não representam uma real utilidade aos herdeiros necessários, recordando as limitações impostas pelos mencionados gravames ao pleno exercício do direito de propriedade sobre os bens que compõem a quota indisponível.

Nesse ponto, cumpre indagar se o testador pode estabelecer as cláusulas restritivas movido por interesses de outra natureza. O senso comum aponta para a resposta afirmativa. Pode-se cogitar como propósito, por exemplo, a manutenção no seio familiar de certo bem transmitido por gerações. Não é difícil imaginar até mesmo intenções menos nobres, como provocar prejuízo ao sucessor forçado. A prática forense brasileira demonstra que um pai pode perfeitamente clausular a legítima de um filho com o qual não mantinha boa relação almejando sua punição. Convém lembrar que a deserdação somente é aplicável nos casos expressamente previstos em lei, abrindo a possibilidade de uso das cláusulas – notadamente a inalienabilidade e a impenhorabilidade, já que a incomunicabilidade dificilmente prejudica o herdeiro necessário – como um mecanismo de sanção.

²⁸¹ Cf. G. M. F. N. HIRONAKA, *Parte Especial* cit. (nota 139 supra), p. 263.

Não à toa, conforme já mencionado em capítulo anterior,²⁸² Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO afirmam que a incomunicabilidade tradicionalmente é vista como forma de tutelar o sucessor que não escolhe bem seu consorte, mas preferem em uma realidade pós-moderna vislumbrar somente o exercício da *autonomia privada* nos limites autorizados por lei. Os autores, em passagem posterior na mesma obra, defendem que a introdução da justa causa tem como objetivo diminuir os poderes do morto sobre a quota indisponível, nunca vistos com “bons olhos”, pois “denotam certo egoísmo do morto e trazem, na maior parte das vezes, sérios prejuízos aos herdeiros”.²⁸³

Ante a concreta possibilidade de o autor do ato de última vontade agir por vaidade, o que não era raro na sistemática anterior, Eduardo de Oliveira Leite denunciava, de forma mais contundente, que a “inalienabilidade, com todas suas formas e efeitos, só pode ser encarada como expressão do arbítrio e prepotência do testador”.²⁸⁴ Durante a vigência da Lei Feliciano Penna e do Código Civil de 1.916 não existia propriamente um mecanismo de controle²⁸⁵ e, apesar das críticas, a justa causa do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 veio para combater esse comportamento.

²⁸² Vide item 3.3, a, do Capítulo III.

²⁸³ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 133 supra), p. 344.

²⁸⁴ Cf. E. DE O. LEITE, *Do Direito das Sucessões* cit. (nota 51 supra), p. 275.

²⁸⁵ Sílvio RODRIGUES, em parecer elaborado na sua prática forense como advogado, para pleitear a nulidade de cláusula de inalienabilidade extensível aos frutos utilizou como argumento o abuso do direito do testador: “Há um fato que precisa ser realçado desde logo. O art. 1.723, acima transcrito, da mesma maneira que o art. 3º da Lei Feliciano Penna, visa proteger e não prejudicar o herdeiro necessário. Por conseguinte, quando ficar evidenciado que o testador, ao determinar a incidência de alguma dessas cláusulas, agiu por mero espírito de emulação, almejando apenas prejudicar o herdeiro necessário, a cláusula não pode prevalecer, isso porque tal procedimento caracterizará o abuso do direito, vedado pelo artigo 160, I, 2ª parte, do Código Civil. A respeito da primeira parte da minha asserção, no sentido de que a cláusula de inalienabilidade tem por escopo *proteger* o herdeiro e não prejudicá-lo, não preciso recorrer a nenhum jurista porque todos os escritores brasileiros são de igual sentir. Quanto à segunda parte de minha assertiva, a respeito da ilicitude das cláusulas editadas para prejudicar o interesse do herdeiro necessário, parece-me fora de dúvida ser abusivo o exercício do direito do testador, quando em seu testamento, movido por um espírito emulativo, vinga-se do seu sucessor menor amado, criando-lhe embaraços para desfrutar sua legítima. O art. 160, I, do Código Civil declara não constituir ato ilícito ‘os praticados no exercício regular de um direito reconhecido’. O que vale dizer que constitui ato ilícito o ato praticado no exercício irregular ou abusivo de um direito. Ora, no caso da consulta há um fato gritante. A cláusula vinculatória dos bens, em vez de ter por escopo proteger os herdeiros necessários, visa prejudicá-los, feri-los, representando a vingança do ascendente contra seus descendentes menos queridos. (...) É inculcável o germen de rancor e ódio que passou a viver no coração do testador, às vésperas de sua morte”. Cf. *Direito Civil Aplicado*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 233-234.

Em que pese a doutrina sustentar há muito tempo que as cláusulas restritivas de propriedade deviam visar a proteção dos herdeiros necessários, isso não bastava para impedir que o testador as instituisse com o intuito punitivo, principalmente porque era muito difícil comprovar o que motivava sua inserção em ato de última vontade. Assim, não há elementos para afirmar que a teoria do abuso de direito encontrou ampla adesão e era suficiente para obstar esse comportamento vingativo na sistemática anterior.

Evidentemente não se está a sustentar que a justa causa testamentária impossibilita o espírito sancionador do falecido, que pode declinar em ato *causa mortis* razões diversas das que o motivam internamente a gravar a legítima. De certo modo, seria inocência pensar que essa situação nunca mais poderia ocorrer. Contudo, a presença desse requisito significa uma dificuldade extra para o indivíduo que pretende agir dessa maneira, além de permitir o controle posterior, uma vez que a causa é declarada e pode ser impugnada.

Nesse sentido, José Luiz Gavião de ALMEIDA destaca que “eventual intenção distorcida” que podia estar disfarçada foi impossibilitada pela codificação vigente, devendo constar expressamente do testamento a finalidade de tutelar o herdeiro necessário. Anota, porém, que o autor do ato de última vontade tem o dever apenas de expor o motivo, não de comprová-lo, caso contrário seu direito seria reduzido a nada, na medida em que ninguém estaria interessado em demonstrar a justeza da causa.²⁸⁶

Levando em consideração essa antiga preocupação com sentimentos pouco nobres do morto, como vaidade, egoísmo, arbítrio e vingança, alguns autores informam que a justificativa da instituição das cláusulas restritivas sobre a reserva não pode estar relacionada a nenhum deles. A esse respeito, Arnaldo RIZZARDO assevera que não configura justa causa o “mero capricho, sem qualquer razão plausível”.²⁸⁷ Esse também é o entendimento de Cláudia Maria Resende Neves GUIMARÃES.²⁸⁸

Nos moldes acima mencionados, existem fins *implícitos* nas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Sabe-se que a legislação em vigor demanda declaração expressa em ato *causa mortis* das razões que levaram o testador a gravar a quota indisponível. Dessa forma, é preciso examinar se a mera transcrição de um escopo genérico seria suficiente para atender satisfatoriamente à exigência contida no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002.

Por exemplo, se o autor do ato de última vontade impõe inalienabilidade para impedir os infortúnios de um fracasso em atividade comercial ou – ainda mais abstrato – as incertezas

²⁸⁶ O autor opina que não se pode presumir a má-fé do testador. Caso pretendesse realmente prejudicar seus herdeiros necessários, poderia usufruir de todo patrimônio e não deixar nada. Deve-se assumir a existência de uma preocupação com o futuro dos sucessores forçados, pessoas próximas com quem tem fortes laços afetivos. Cf. J. L. G. DE ALMEIDA, *Direito das Sucessões* cit. (nota 142 supra), pp. 257-258.

²⁸⁷ Cf. A. RIZZARDO, *Direito das Sucessões*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 400.

²⁸⁸ Cf. C. M. R. N. GUIMARÃES, *A justa causa prevista no art. 1.848 do Código Civil Brasileiro para cláusula da legítima*, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* 09 (2013), p. 9588.

da vida, estaria preenchido o requisito? E no caso de impenhorabilidade instituída para frustrar a ação de eventuais credores que pretendam no futuro executar o patrimônio do herdeiro necessário? E na hipótese de incomunicabilidade para evitar os inconvenientes decorrentes de uma má escolha conjugal?

Claudio Luiz Bueno de GODOY enfrenta esse problema. Além de indicar que o motivo deve ser justo, isto é, consoante com a ideia de que na base do gravame está a intenção de tutelar o beneficiário e, no caso da legítima, a própria família, eliminando a ameaça de miséria pela inexperiência ou imprevidência do sucessor, o autor observa que é insuficiente uma referência genérica à finalidade de preservação, que se encontra na própria essência das cláusulas restritivas de propriedade.²⁸⁹

De fato, não podem ser aceitas justificativas atreladas aos próprios fins presumidos das cláusulas restritivas de propriedade. Isso corresponderia a transformar a justa causa em um requisito meramente formal, franqueando amplo espaço para o predomínio da vontade do testador sobre a intangibilidade da legítima, o que certamente não era o objetivo do legislador ao introduzir essa mudança no direito brasileiro, em conformidade com a análise realizada no tópico antecedente.

Ainda que as intenções do testador sejam as melhores possíveis, não é razoável que uma preocupação futura implique tamanha limitação aos direitos dos herdeiros necessários. A prática demonstra que esse exercício de futurologia diversas vezes acaba por prejudicar o sucessor, que é obrigado a manter em seu patrimônio e arcar com os gastos de um bem que não deseja. No fundo, esse comportamento revela até mesmo uma prepotência por parte do falecido, que se julga em melhores condições de decidir sobre o destino de um bem do qual não será mais proprietário. Não é demais assinalar que a imposição das cláusulas restritivas de propriedade sobre a parte disponível continua livre e prescinde de qualquer explicação.

Não obstante, uma motivação genérica seria conveniente para quem pretendesse esconder o real propósito – que pode ser vaidoso, egoísta, arbitrário ou vingativo – por trás dos gravames impostos sobre a quota indisponível. A justa causa testamentária surgiu também para combater essa prática, na medida em que obriga o testador a externar as razões que o levaram a limitar os quinhões dos herdeiros necessários, possibilitando controle posterior e

²⁸⁹ Cf. C. L. B. DE GODOY, *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 738.

eventual impugnação do instituído. Como isso poderia ser feito se o autor do testamento só indicasse preocupação abstrata e futura com as condições patrimoniais de seu sucessor? A exigência viraria uma formalidade sem um propósito claro.

No tocante à possibilidade de discussão judicial do tema, há mais uma questão relevante para a delimitação do conteúdo da justa causa. A explicação fornecida pelo *de cujus* pode ser carregada de subjetividade? Em outras palavras, pode gravar a legítima com base em opinião pessoal que tem do herdeiro necessário? Admitir uma justificativa que exprima um ponto de vista representa uma dificuldade adicional nesse conflito, principalmente para definir o que seria ou não justo.

Ana Luiza Maia NEVARES responde categoricamente que não. Segundo a autora, a concepção que o testador tem do sucessor forçado, eivada de subjetividade, não é passível da análise no caso concreto. Indaga, nesse sentido, como seria feita a instrução probatória de um processo que busca comprovar que o cônjuge é um mau administrador ou uma má influência na condução de negócios. Também interpela como é possível acatar a motivação de que o herdeiro é um perdulário.²⁹⁰

Mauro ANTONINI e Cláudia Maria Resende Neves GUIMARÃES compartilham dessa mesma orientação. Além de entenderem descabida uma motivação genérica, não servindo a cláusula imposta mediante simples afirmação de que almeja a tutela do sucessor, anotam que não pode ser puramente subjetiva, obstando apreciação posterior. Exemplificam com o estabelecimento de incomunicabilidade sob o argumento de que o cônjuge do sucessor não é pessoa confiável, sem indicar qualquer aspecto que permita investigação objetiva.²⁹¹

Esse realmente é o melhor posicionamento. Afinal, como propor discussão em juízo acerca de um julgamento individual? Mais do que isso, como definir se a causa é ou não justa? O herdeiro teria grande dificuldade em impugnar o gravame imposto, diante da natureza subjetiva da matéria. Além disso, não seria possível o exercício de controle efetivo. O exame passaria a envolver, na prática, pontos de vista pessoais distintos, preponderando ao final o do magistrado do processo.

²⁹⁰ Cf. A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), p. 527.

²⁹¹ Cf. M. ANTONINI, *Código Civil Comentado*, in PELUSO, Cezar (coord.), *Código Civil Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Manole, 2008, p. 2008; C. M. R. N. GUIMARÃES, *A justa causa prevista* cit. (nota 288 supra), pp. 9590-9591.

Cabe observar novamente que o autor do ato de última vontade poderia ocultar com facilidade a real razão por trás da limitação imposta. Haveria, ainda, uma séria ameaça à preconizada excepcionalidade da medida pensada pela legislação. A apreciação da matéria seria de poucas clareza e eficiência, o que apenas reforçaria o argumento de quem vislumbra um inaceitável cenário de insegurança. Nesse contexto, a solução mais adequada para o aplicador da norma é a procura por parâmetros objetivos.

Verifica-se que alguns autores propõem caminho bastante interessante para superar essa celeuma. Sustentam, em síntese, que a justa causa exigida pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002 deve estar aliada a *atos*, isto é, cabe ao testador indicar no ato de última vontade acontecimentos que evidenciem a necessidade da proteção promovida pelas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Por óbvio, os fatos descritos devem estar relacionados à intenção implícita de cada uma delas.

Sílvio de Salvo VENOSA, por exemplo, afirma que a motivação deve ser suficientemente clara, não sendo aceitos fatos genéricos ou superficiais. Segundo o autor, não basta assinalar que o sucessor é um “perdulário ou estroina” e pode dilapidar seu patrimônio. O autor do testamento deve informar de maneira expressa acontecimentos concretos que possam ser defendidos em posterior ação judicial, como a condenação pela prática de crime contra o patrimônio por parte do cônjuge do herdeiro, o que pode vir a influenciar na disposição irrefletida de bens do casal.²⁹² Essa lição encontra clara adesão por parte de José Carlos Teixeira GIORGIS e Toni Bazarelli BORGES.²⁹³

Na mesma esteira, Pedro Lino de CARVALHO JÚNIOR aduz que a justa causa tem de possuir uma ligação com comportamentos e atos específicos do sucessor, citando como exemplo de disposição testamentária que preenche o requisito: “gravo a legítima de meu filho Caio com as cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, gravame este que estendo aos frutos e rendimentos de referidos bens, uma vez que, em vista de sua precária situação econômica, pouco lhe restaria de seu quinhão, por conta dos inúmeros processos executivos movidos em seu desfavor”.

²⁹² Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil* cit. (nota 264 supra), p. 179.

²⁹³ Cf. J. C. T. GIORGIS, *A justa causa no* cit. (nota 260 supra), p. 161; T. B. BORGES, *Cláusulas restritivas da* cit. (nota 223 supra), pp. 257-258.

Em sentido oposto, o mesmo autor aponta que preocupações genéricas com o futuro do herdeiro, sua incapacidade administrativa ou até estado de prodigalidade não são suficientes para a configuração de uma causa justa. É necessária a alusão a fatos determinados, caso contrário bastaria a inclusão de uma cláusula modelo para todos os casos em que se pretendesse clausular a quota indisponível, tal como: “gravo a legítima dos meus herdeiros com a cláusula de inalienabilidade, para que estes fiquem garantidos quanto aos sobressaltos e imprevistos da vida”. Acrescenta o autor que basta a indicação da motivação, não a sua comprovação, e que orientação em sentido diverso significaria tornar letra morta o artigo 1.848 do Código Civil vigente, na medida em que o testador poderia contornar com facilidade a exigência e restaria aos herdeiros necessários um pesado ônus probatório.²⁹⁴

Mauro ANTONINI, a quem já se referiu por rejeitar justificativas genéricas, pondera que cabe ao autor do ato *causa mortis* em cláusula de incomunicabilidade, por exemplo, ressaltar quais são os “fatos concretos” que embasam sua opinião pessoal no sentido de que o cônjuge do sucessor forçado seria um “aproveitador”, o que não deixa de representar um claro constrangimento.²⁹⁵

Por seu turno, Maria Berenice DIAS, acrescenta que a fundamentação necessita ter tal importância que supere a garantia conferida aos herdeiros necessários com a legítima, da mesma maneira que ocorre com a indignidade e a deserção, embora as causas sejam distintas. Nessa linha de raciocínio, anota que é indispensável a descrição de fatos concretos para a instituição das cláusulas restritivas de propriedade sobre a reserva.²⁹⁶

A interpretação acima proposta fornece uma solução adequada para o problema, ao auxiliar na delimitação do conteúdo do conceito indeterminado, encerrar uma leitura restritiva da justa causa – nos termos pretendidos pela legislação –, autorizar controle posterior da motivação apresentada e possibilitar discussão mais objetiva em ação judicial.

Caberá ao herdeiro necessário instituído impugnar em juízo a ocorrência do acontecimento citado ou propor debate acerca da justeza da causa. A análise da pertinência entre

²⁹⁴ Cf. P. L. DE CARVALHO JÚNIOR, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), pp. 637-638.

²⁹⁵ Cf. M. ANTONINI, *Código Civil* cit. (nota 291 supra), p. 2008.

²⁹⁶ Cf. M. B. DIAS, *Manual das* cit. (nota 263 supra), p. 288.

os fatos citados e a finalidade protetiva almejada com a imposição do gravame, por certo, fica sob responsabilidade do magistrado competente para o julgamento do caso.

Pode-se argumentar que o inventário, muitas vezes moroso por incontáveis razões, ganha mais uma controvérsia – reitera-se que não propriamente no processo de inventário, mas em ação distribuída por dependência ao mesmo juízo (artigo 612 do Código de Processo Civil) –, prejudicando seu regular andamento. A objeção tem seu fundo de verdade, mas se entende que o legislador calculou e aceitou esse novo ponto de litígio perante o juízo sucessório,²⁹⁷ assim como ocorre, por exemplo, com a indignidade e a deserção, também limitadoras da quota indisponível.

Cumprе ressaltar que, como é natural nos conceitos indeterminados, não é possível enumerar *a priori* todos os acontecimentos que justificam o estabelecimento das cláusulas restritivas de propriedade. O exame da relação de pertinência entre o fato concreto e a intenção perseguida com o gravame constitui a margem interpretativa conferida ao aplicador da norma caso a caso, de forma que a jurisprudência passa a ter importância para definir com o tempo algumas dessas situações. Não obstante, a técnica legislativa empregada tem como vantagem permitir atualizações sem a necessidade de alteração formal.

Feitas essas considerações acerca da justa causa exigida pelo artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002, é possível traçar suas principais diretrizes interpretativas. Em síntese, a motivação apresentada, em regra, (i) deve guardar relação com a finalidade de proteção implícita da respectiva cláusula, (ii) não pode ter ligação com sentimentos poucos nobres do autor do testamento, como vaidade, egoísmo, arbitrariedade ou vingança, (iii) não pode conter explicação genérica referente à intenção implícita por trás do gravame, (iv) não pode traduzir uma opinião pessoal do testador em relação ao sucessor e (v) deve se basear em fatos concretos que demonstrem a necessidade de tutela.

Todavia, é preciso acrescentar mais dois elementos a esse quadro geral. O primeiro é que a indevida inclusão da incomunicabilidade ao lado da inalienabilidade e da impenhorabilidade no *caput* do artigo 1.848, conforme abordado em outras passagens do trabalho, provoca uma situação estranha, visto que passou a ser exigida a motivação para a instituição

²⁹⁷ Nesse sentido: “É evidente que uma ação para declarar a ineficácia da cláusula restritiva poderá levar muito tempo, impedindo que se conclua o inventário. Esse risco foi certamente calculado pelo legislador”. Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil* cit. (nota 264 supra), p. 179.

de uma cláusula que é difícil de imaginar que possa causar prejuízo ao herdeiro necessário, ao contrário do que o ocorre com as demais. Nesse sentido, era recomendável a adoção da redação original do Anteprojeto, mas não foi o que aconteceu. Logo, ante previsão expressa em texto de lei, o requisito também deve ser exigido para o gravame em questão. Eventual tentativa de exclusão representa argumento de *lege ferenda*, recordando a existência do Projeto de Lei nº 299 de 2.011 na Câmara dos Deputados com tal finalidade.

O segundo fator relevante é a proteção dos incapazes. Tradicionalmente o gravame é imposto para a tutela, por exemplo, de filhos herdeiro menores. Uma leitura restritiva – e mais intervencionista – da justa causa deve levar em consideração essa questão, não sendo razoável exigir do testador a exposição de fatos concretos para a manutenção das cláusulas restritivas, podendo deixar o incapaz desamparado. Nessas circunstâncias, a incapacidade e a mera preocupação com o futuro devem bastar como razões suficientes. Desse modo, se o herdeiro necessário for incapaz, entende-se que a regra traçada deve ser mitigada.

A partir dessa moldura, torna-se possível esboçar um conceito de justa causa como *os motivos expostos pelo testador em ato de última vontade, respaldados, em regra, em fatos concretos indicados expressamente no respectivo instrumento, relacionados ao escopo protetivo patrimonial promovido pelas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade e reveladores da necessidade de tutela do herdeiro necessário.*

Antes de avançar para o próximo tópico, atinente à análise da aplicação da justa causa testamentária pelos tribunais brasileiros, é oportuna mais uma ressalva relevante feita pela doutrina: é necessária a persistência dos motivos que ensejaram a imposição dos gravames sobre a legítima para sua manutenção. Não permanecendo a razão descrita em testamento, pode o sucessor requerer o levantamento da cláusula.²⁹⁸

Ora, a motivação é apresentada em testamento, negócio jurídico que apenas passa a produzir efeitos com a morte de seu autor, o que pode ocorrer após a passagem de décadas. Não é difícil imaginar que a justificativa apresentada não guarde mais qualquer relação com a realidade. Um exemplo é o ato de última vontade feito com cláusula de inalienabilidade em favor de sucessor com inúmeros débitos em seu nome inscritos em órgãos de proteção

²⁹⁸ Cf. A. L. M. NEVARES, *A Função Promocional* cit. (nota 45 supra), p. 249.

do crédito ou cobrados judicialmente. Passados anos, o herdeiro necessário pode perfeitamente ter quitado todas as suas dívidas, não havendo o porquê de manter o gravame.

Cumprido destacar que, mesmo se aberto o testamento e mantida a cláusula restritiva em um primeiro momento, pode acontecer o desaparecimento dessa causa no futuro, o que autoriza o levantamento do gravame, em conformidade com o disposto nos artigos 1.848, § 2º, e 1.911, *caput*, ambos do Código Civil vigente.²⁹⁹

4.5) A aplicação da justa causa pelos tribunais brasileiros

Por mais que as ações judiciais envolvendo testamento sejam escassas, em função do hábito do brasileiro de falecer intestado e da eficiente regulação da sucessão legítima, a aparição de disputas envolvendo essa matéria, com o passar do tempo, tende a estabelecer certas linhas gerais em torno da justa causa testamentária, além de identificar situações que permitam a instituição das cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima. Cabe investigar, nesse ponto, se já é possível encontrar na jurisprudência dos tribunais brasileiros algumas das diretrizes apontadas no tópico antecedente.

No julgamento do recurso de Apelação Cível nº 1073335-2, em 12 de fevereiro de 2014, a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que a mera declaração em testamento da existência de motivo, sem a clara anunciação expressa no respectivo instrumento, não bastava para justificar o estabelecimento de cláusula de inalienabilidade sobre a legítima.³⁰⁰ O julgado é um interessante ponto de partida para

²⁹⁹ Nesse sentido, transcreve-se lição de Cristiano Chaves de FARIAS: “Neste particular surge outra palpitante controvérsia. Se a cláusula teve o seu motivo confirmado judicialmente, percebendo o juiz a procedência da causa indicada pelo autor da herança, seria possível, posteriormente, propor ação para levantamento da mesma? A resposta é afirmativa, afinal de contas, se o herdeiro, em determinado momento, apresentou-se incapaz de gerir seu patrimônio, não significa que estará incapacitado para sempre. Ou seja, a justa causa pode ter existido (justificando a imposição das cláusulas restritivas) e desaparecido, permitindo a atuação judicial, levantando-a ou determinando sua sub-rogação”. Cf. *Disposições testamentárias* cit. (nota 227 supra), p. 246.

Ainda, Mauro ANTONINI, para quem é possível o levantamento sem sub-rogação em outros bens: “Conforme observação de Francisco Eduardo Loureiro, co-autor desta obra, em palestra proferida sobre o tema, é possível, ainda, que, passados vários anos do testamento, a causa, que à época era justa, não seja mais, o que também poderá autorizar o afastamento de sua incidência. Também parece possível solicitar o levantamento da cláusula, sem sub-rogação do vínculo, quando a causa, que era justa ao tempo da abertura da sucessão, deixe de existir posteriormente”. Cf. *Código Civil* cit. (nota 291 supra), p. 2008.

³⁰⁰ De acordo com o que consta do acórdão, eis o teor da disposição testamentária: “[...] que todo a parte que couber aos seus filhos em pagamento de suas legítimas deverão ser gravadas com a cláusula de inalienabilidade enquanto viver sua esposa Jorgina Cristiani ou se ainda viva, com consentimento dela; que o outorgante testador tem motivos para determinar essa condição, motivos que não gostaria de decliná-los, mas roga seja

afastar qualquer ideia no sentido de que a exigência legal seria uma mera formalidade. O autor do testamento tem o dever de externar quais são as suas razões.

Outro aspecto mais relevante encontrado em alguns julgados, que pode demonstrar o início da formação de uma orientação jurisprudencial, é o entendimento de que o motivo declarado não pode ser genérico. Seguindo esse raciocínio, não poderia o autor do ato de última vontade, por exemplo, fundamentar os gravames de inalienabilidade e impenhorabilidade com base nas incertezas do mercado e da economia, ou a cláusula de incomunicabilidade com receio de um futuro cônjuge ou companheiro aproveitador.

Essa foi a orientação adotada, por exemplo, pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0007594-75.2014.8.19.0000, em 21 de maio de 2.014, ao asseverar que “a simples intenção de proteger os beneficiários do testamento, no caso dos autos os netos da testadora, não é suficiente para caracterizar a justa causa exigida pelo art. 1848, *caput*, do Cód. Civil (...)”.

Também foi entendimento exposto pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2050572-38.2014.8.26.0000, em 28 de maio de 2.014, com base no argumento de que “a motivação genérica apontada na cláusula testamentária não constitui justa causa para manutenção dos gravames sobre os bens da legítima”.

Na mesma esteira, a 4ª Câmara de Direito Privado da mesma Corte, no julgamento dos Embargos de Declaração nº 0063464-64.2011.8.26.0114-50000, em 11 de dezembro de 2.012, decidiu que a justa causa testamentária “deve consistir em elementos concretos, não se sustentando, porque absolutamente genérica a indicação, o simples intuito de salvaguardar o futuro do filho”, afastando a restrição.

Menciona-se, ainda, a 21ª Câmara de Direito Privado da Corte paulista, que ao julgar o Agravo de Instrumento nº 991.09.097732-8, em 02 de dezembro de 2.009, entendeu que a justa causa não pode se circunscrever a termos genéricos, como a proteção do herdeiro, vez

respeitada...”. O voto da relatora, Desembargadora Ângela Maria Machado Costa, menciona: “Ao deixar de declinar a justa causa, ainda que possa ter afirmado que a mesma existe, o testador infringiu a norma do art. 1.848, do Código Civil Brasileiro. A rigor, o requisito de validade dessa cláusula apenas seria preenchido se o testador tivesse declarado expressamente as motivações que o levaram a instituir a citada cláusula – vale dizer, tivesse declinado seus motivos – em testamento, não se admitindo a mera afirmação de que há justa causa”.

que essa é exatamente a finalidade das cláusulas mencionadas (cf. ob. cit., pág. 1837). Ao contrário, a justa causa deve ter tal objetividade que possa ser examinada sua justiça. No caso, invocou-se, no testamento, além de proteção familiar, necessidade de preservação do patrimônio da família diante da incerteza do mundo dos negócios (cf. fls. 34). Isso, ‘data venia’, é nada dizer”.

Ao exigir que a motivação para o estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima não seja genérica, os julgados encontrados na pesquisa revelam uma inclinação da jurisprudência brasileira para uma leitura restritiva da justa causa demandada pelo *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2002. O posicionamento vem para confirmar as conclusões anteriores do presente estudo, sobretudo de que a finalidade do legislador foi tornar essa situação excepcional no direito pátrio. Com isso, prestigia-se a intangibilidade da legítima e, por consequência, a solidariedade familiar no âmbito do direito sucessório.

5 – OUTRAS QUESTÕES RELATIVAS À JUSTA CAUSA

No capítulo anterior, houve uma análise detalhada da introdução da justa causa na legislação brasileira. Reconhecida sua natureza de conceito indeterminado, foram traçadas algumas diretrizes para possibilitar uma leitura restritiva da nova exigência legal. Assim, pretendeu-se contribuir com a tarefa do aplicador da norma de verificar, no caso concreto, o que constitui ou não esse justo motivo para o estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre a legítima por ato de última vontade. Em outras palavras, o intuito foi definir uma moldura mais clara para extrair o conteúdo do requisito. Cabe observar, porém, que esse não é o único problema referente à aplicação da justa causa testamentária, existindo outras dificuldades a sua volta.

A primeira delas é a regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.042 do Código Civil vigente, que dispõe especificamente sobre a exigência de justa causa para as sucessões abertas após a entrada em vigor do referido diploma legal com testamentos elaborados ainda na vigência da legislação revogada. Há questionamento acerca de constitucionalidade dessa norma e são encontradas na doutrina pelo menos duas correntes a respeito de sua aplicação. A segunda diz respeito ao plano do ato jurídico afetado com a violação da exigência, pois se observa na doutrina nacional uma imprecisão, ora com menção à invalidade, ora à ineficácia do respectivo gravame. A terceira cuida da possibilidade de extensão desse requisito para doações em antecipação da legítima, à míngua de previsão legal específica. Cada uma dessas questões será tratada em separado nos tópicos a seguir.

5.1) Direito intertemporal e a regra do artigo 2.042 do Código Civil

Com relação à exigência de justa causa para a instituição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre os bens da quota indisponível, prevista pelo *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002, dispõe o artigo 2.042 do mesmo diploma legal que: “Aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador

não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição”.

Algumas vezes se levantam contra a constitucionalidade dessa regra transitória, sob o argumento de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, proteção assegurada pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1.988. José Carlos Teixeira GIORGIS, por exemplo, coloca em dúvida a conformidade dessa disposição à garantia constitucional, uma vez que a exigência posterior de justa causa afetaria um negócio jurídico formado.³⁰¹ Na mesma linha de raciocínio, Sílvio de Salvo VENOSA também a coloca em cheque.³⁰²

Mais contundente é Gustavo BANDEIRA, para quem não resta dúvida sobre a inconstitucionalidade da norma, na medida em que o testamento produzido sob a égide do Código Civil de 1.916 é negócio jurídico perfeito e acabado, estando presentes todos seus elementos formativos no momento da manifestação de vontade – só a eficácia fica pendente do evento futuro e certo morte –, de modo que uma lei posterior não pode interferir nas “condições de validade” do ato *causa mortis*.³⁰³

Essa visão, porém, não deve prevalecer. Isso porque, como ensina Zeno VELOSO, o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum* se aplica exclusivamente à *forma* do testamento, o que demanda obediência aos requisitos estabelecidos por lei no momento em que elaborado. Como a justa causa para a instituição de cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima diz respeito à *matéria* da disposição testamentária, deve ser respeitada a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.³⁰⁴ Convém pontuar que não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Superada a tese da inconstitucionalidade do artigo 2.042 do Código Civil vigente, é preciso interpretar o conteúdo da respectiva regra. Flávio TARTUCE e José Fernando SIMÃO ensinam que a disposição acima transcrita pode ser interpretada de duas maneiras. O

³⁰¹ Cf. J. C. T. GIORGIS, *A justa causa no cit.* (nota 260 supra), pp. 164-165.

³⁰² Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil* cit. (nota 264 supra), p. 180.

³⁰³ Cf. G. BANDEIRA, *A Inconstitucionalidade* cit. (nota 227 supra), pp. 197-198.

³⁰⁴ Cf. Z. VELOSO – R. B. T. DA SILVA (coord.), *Código Civil* cit. (nota 231 supra), p. 2220.

Rodrigo Santos NEVES também rejeita a tese da inconstitucionalidade, mas apresenta explicação um pouco distinta, no sentido de que se aplica a lei vigente ao tempo da elaboração do ato de última vontade somente em relação aos requisitos formais. A justa causa seria um efeito da disposição testamentária e, considerando que o negócio só passa a ter eficácia com a morte do autor do ato, seria aplicável a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. Cf. NEVES, Rodrigo Santos, *A Inalienabilidade, a Incomunicabilidade, a Impenhorabilidade e o Direito das Sucessões*, in *Revista IOB de Direito de Família* 59 (2010), pp. 58-59.

primeiro caminho é entender pela necessidade de justificação das cláusulas dentro do período de um ano da entrada em vigor do Código Civil de 2.002, sob pena do gravame imposto não subsistir. Em outros termos, se aberta a sucessão dentro do prazo de um ano e o testamento feito na vigência do Código Civil de 1.916 não tiver sido aditado, a cláusula restritiva não será descartada.

A segunda possibilidade também tem como ponto de partida o prazo de um ano que o autor do ato de última vontade dispõe para apresentar a justa causa dos gravames que estabeleceu, mas as cláusulas deixam de subsistir somente depois do decurso do período sem a realização do aditamento. Ou seja, na situação acima descrita, as cláusulas estariam preservadas. Seriam afastadas apenas se não houvesse o aditamento no prazo indicado, com a sucessão aberta após esse intervalo.

A dupla de civilistas revela sua preferência pela última opção. Isso porque a norma consta das disposições finais e transitórias do Código Civil de 2.002, tratando-se de regra própria de direito intertemporal. Caso adotada a outra interpretação, o comando legal seria inútil, pois bastaria aplicar imediatamente o *caput* do artigo 1.848 do diploma tanto para as sucessões abertas no prazo do primeiro ano quanto para as que se abrirem depois desse período. Para conferir aplicação ao artigo 2.042, deve-se compreender que o citado dispositivo suspende os efeitos do *caput* do artigo 1.848 por um ano.³⁰⁵ Essa orientação, por sinal, é a prevalecente da doutrina.³⁰⁶

De fato, essa parece ser a melhor interpretação do comando legal. Para reforçar esse entendimento, indaga-se se haveria apenas o prazo de um ano para o testador justificar as cláusulas restritivas impostas em ato produzido na vigência da legislação anterior. Não faria sentido retirar do testador essa possibilidade de posterior aditamento. Este pode ser realizado a qualquer tempo antes da morte do autor do ato de última vontade, por óbvio, mas as cláusulas restritivas de propriedade só produziriam efeitos, independentemente de justa causa, se o falecimento ocorreu dentro desse interregno. Em outras palavras, entende-se que esse

³⁰⁵ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), pp. 345-347.

³⁰⁶ Pode-se mencionar: A. L. M. NEVARES, *O princípio da intangibilidade* cit. (nota 16 supra), pp. 532-533; C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, vol. 7, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 212; R. S. NEVES, *A Inalienabilidade* cit. (nota 304 supra), pp. 58-59; C. M. R. N. GUIMARÃES, *A justa causa prevista* cit. (nota 288 supra), pp. 9603-9607.

prazo de um ano previsto pelo legislador definitivamente afasta a exigência de justa causa para as sucessões abertas nesse período.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela unificação da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pelos tribunais brasileiros, teve a oportunidade de decidir a questão. No julgamento do Recurso Especial nº 1.049.354, em 18 de agosto de 2.009, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, adotou-se de maneira correta a segunda orientação, com a manutenção dos gravames estabelecidos por testamento, em que pese não tenha sido feito o aditamento.

Em síntese, tratava-se de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no qual se entendeu que a testadora, falecida em 22 de setembro de 2.003, não tinha a intenção de aditar o ato de última vontade, pois não o fez passados nove meses de vigência da atual codificação, excluindo-se as restrições previstas em testamento. A aludida decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça porque a autora da sucessão ainda tinha mais três meses para realizar o aditamento, não sendo possível presumir sua vontade. Preservou-se, assim, a manifestação de vontade presente no testamento, com a preservação integral das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade mesmo sem a apresentação de justa causa.³⁰⁷

³⁰⁷ “Direito civil e processual civil. Sucessões. Recurso especial. Arrolamento de bens. Testamento feito sob a vigência do CC/16. Cláusulas restritivas apostas à legítima. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02 para declarar a justa causa da restrição imposta. Abertura da sucessão antes de findo o prazo. Subsistência do gravame. Questão processual. Fundamento do acórdão não impugnado. - Conforme dicção do art. 2.042 c/c o caput do art. 1.848 do CC/02, deve o testador declarar no testamento a justa causa da cláusula restritiva aposta à legítima, no prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02; na hipótese de o testamento ter sido feito sob a vigência do CC/16 e aberta a sucessão no referido prazo, e não tendo até então o testador justificado, não subsistirá a restrição. - Ao testador são asseguradas medidas conservativas para salvaguardar a legítima dos herdeiros necessários, sendo que na interpretação das cláusulas testamentárias deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato, àquela que o reduz à insubsistência; por isso, deve-se interpretar o testamento, de preferência, em toda a sua plenitude, desvendando a vontade do testador, libertando-o da prisão das palavras, para atender sempre a sua real intenção. - Contudo, a presente lide não cobra juízo interpretativo para desvendar a intenção da testadora; o julgamento é objetivo, seja concernente à época em que dispôs da sua herança, seja relativo ao momento em que deveria aditar o testamento, isto porque veio à óbito ainda dentro do prazo legal para cumprir a determinação legal do art. 2.042 do CC/02, o que não ocorreu, e, por isso, não há como esquadrinhar a sua intenção nos 3 meses que remanesciam para cumprir a dicção legal. - Não houve descompasso, tampouco descumprimento, por parte da testadora, com o art. 2.042 do CC/02, conjugado com o art. 1.848 do mesmo Código, isto porque foi colhida por fato jurídico – morte – que lhe impediu de cumprir imposição legal, que só a ela cabia, em prazo que ainda não se findara. - O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano. - A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado, quando suficiente para a manutenção de suas conclusões em questão processual, impede a apreciação do recurso especial no particular. Recurso especial provido.” (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 1.049.354/SP, julgado em 18.09.2009).

Portanto, é possível vislumbrar quatro situações: (i) não é exigida justa causa para o testamento elaborado sob a vigência do Código Civil de 1.916 e com a abertura da sucessão ocorrida também sob a vigência do mesmo diploma legal; (ii) não é exigida justa causa para o testamento elaborado sob a vigência do Código Civil de 1.916 e com a abertura de sucessão ocorrida entre os dias 11 de janeiro de 2.003 e 11 de janeiro de 2.004; (iii) é exigida justa causa para o testamento elaborado sob a vigência do Código Civil de 1.916 e com a abertura da sucessão ocorrida após o dia 11 de janeiro de 2.004; (iv) é exigida justa causa para todo testamento elaborado sob a vigência do Código Civil de 2.002.³⁰⁸

Antes de passar para o próximo problema, convém destacar uma última observação a respeito do dispositivo legal em análise. Esse aditamento exigido deve ser feito necessariamente por meio de novo testamento.³⁰⁹

5.2) Consequência pelo não cumprimento da exigência legal

Caso o testador não justifique as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade estabelecidas em ato de última vontade sobre a quota indisponível, afinal, qual será a consequência dentro dos planos dos atos jurídicos? A doutrina pátria não examina satisfatoriamente o problema e parece oscilar um pouco a respeito da matéria, sustentando ora a *invalidade*, ora a *ineficácia* das deixas testamentárias.

De um lado, alguns autores afetam essa inadequação ao plano da validade. Marcelo Truzzi OTERO, por exemplo, sem enfrentar especificamente o tema, aduz que a apresentação de justa causa “é imprescindível para a *validade* da disposição testamentária”.³¹⁰ Na mesma esteira, Gustavo BANDEIRA, ao tratar da regra transitória do artigo 2.042 do Código Civil de 2.002, conforme mencionado no tópico antecedente, assevera que “não pode lei posterior ao aperfeiçoamento do ato (testamento) condicionar a sua *validade* a outras condições não previstas na lei vigente à época de sua realização”.³¹¹

³⁰⁸ Cf. F. TARTUCE – J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Direito das* cit. (nota 12 supra), p. 347.

³⁰⁹ Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil* cit. (nota 264 supra), p. 180; P. L. DE CARVALHO JÚNIOR, *Das cláusulas restritivas* cit. (nota 150 supra), p. 644.

³¹⁰ Cf. M. T. OTERO, *Justa Causa* cit. (nota 199 supra), p. 96.

³¹¹ Cf. G. BANDEIRA, *A Inconstitucionalidade* cit. (nota 227 supra), p. 197.

De outro lado, alguns estudiosos vislumbram a incompatibilidade somente no plano da eficácia. Maria Helena DINIZ comenta que as cláusulas restritivas “não condicionam, nem subordinam a termo ou a encargo os bens legitimários, pois apenas os atingem na *eficácia*”.³¹² Sílvio de Salvo VENOSA descreve que “será *ineficaz*, no atual sistema, a imposição pura e simples dessas cláusulas, sem sua motivação declarada no testamento”.³¹³ Assevera Carlos Roberto GONÇALVES, para encerrar os exemplos, que “não terá *eficácia*, no sistema inaugurada em janeiro de 2013, a imposição pura e simples dessas cláusulas, sem sua motivação declarada no testamento”.³¹⁴

Constata-se, assim, que esse aspecto não é devidamente analisado pela doutrina, seja por uma indecisão entre os planos da validade e da eficácia, seja pela ausência de aprofundamento do assunto. Em princípio, a solução mais adequada aponta para o plano da eficácia. A falta de justa causa não afeta a validade do gravame, vez que a disposição pode preencher todos os requisitos exigidos no momento em que instituído em testamento. Na realidade, a apreciação da justa causa define a eficácia das cláusulas restritiva ao tempo da abertura da sucessão. Antes disso, sequer é possível delimitar quais são as quotas disponível e indisponível, o que impossibilita, a depender da redação da deixa testamentária, a análise de uma eventual violação ao requisito do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. Cabe mais uma vez advertir que a oposição dos gravames sobre a parte disponível da herança dispensa qualquer tipo de explicação mesmo na atual sistemática.

Recorrendo a um exemplo, imagine que o testador tenha um patrimônio composto por duas casas de igual valor e deva respeitar a legítima de seu único herdeiro necessário. Ao elaborar seu testamento, deixa em legado um dos imóveis para esse sucessor, prevendo cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, sem qualquer motivação. No momento da elaboração do ato de última vontade, observa-se que não havia exigência de apresentação de justa causa, pois o bem clausulado fazia parte da disponível da herança. Os gravames definitivamente são válidos. Contudo, antes de sua morte, o testador vende sua outra casa, aquela que não foi objeto de disposição testamentária, reduzindo seu patrimônio para somente um imóvel. No momento da morte do testador, a partir do qual as restrições devem passar a produzir efeitos, o herdeiro pode impugnar as cláusulas restritivas

³¹² Cf. M. H. DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 6, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 279.

³¹³ Cf. S. DE S. VENOSA, *Direito Civil* cit. (nota 264 supra), p. 166.

³¹⁴ Cf. C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro* cit. (nota 306 supra), pp. 356-357.

sobre a legítima, correspondente à metade do imóvel não vendido, diante da falta de justa causa. Essa hipótese não deixa dúvida de que a consequência da transgressão é um problema atinente ao plano da eficácia, não ao da validade.

A possibilidade de posterior aditamento do testamento com a apresentação de justa causa, estatuída pela regra intertemporal do artigo 2.042 do Código Civil, conforme acima explicado, ratifica essa tese. A faculdade de aditar o ato *causa mortis*, na realidade, não se restringe somente àqueles elaborados sob a vigência da legislação pretérita, pois é da própria essência dessa categoria negocial a possibilidade de futura complementação, desde que as formalidades legais sejam respeitadas. No caso de cláusulas restritivas de propriedade inseridas em ato de última vontade elaborado ainda na vigência do Código Civil de 1.916, não restam dúvidas a respeito da validade dos gravames, pois sequer havia a exigência de justa causa no sistema naquela época. Decorrido o intervalo de um ano concedido pelo legislador sem o aditamento, na abertura da sucessão as cláusulas restritivas de propriedade não terão aptidão para a produção de seus efeitos. Confirma-se que o defeito em apreço está ligado ao plano da eficácia.

Nem poderia ser diferente. O *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002 exige a apresentação de justa causa somente para as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade estabelecidas sobre os bens que compõem a porção legítima. A *contrario sensu*, tem o testador plena liberdade para a instituição dos gravames sobre todos os bens da parte disponível. O grande problema é que não é possível definir a extensão da legítima e da porção disponível da herança no momento da elaboração do ato de última vontade, quando os requisitos de validade devem estar presentes. Tal exame apenas é realizado com a morte do testador, na abertura da sucessão, quando é possível delimitar a extensão das duas partes da herança. Respeita-se, assim, a própria dinâmica do testamento como negócio jurídico subordinado a termo por excelência, no qual a produção de efeitos das disposições fica subordinada à ocorrência do evento futuro e certo morte.

Para afastar qualquer dúvida sobre o assunto, basta pensar em uma situação oposta ao exemplo citado anteriormente, na qual se verifica o acréscimo patrimonial do testador, ao invés de sua redução. O autor do ato última vontade tem só uma casa em seu patrimônio e a deixa em legado para seu único herdeiro necessário, estabelecendo, sem declarar nenhuma razão, cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Se analisado

o momento da elaboração do negócio jurídico, é evidente o descumprimento da exigência prevista no artigo 1.848, *caput*, do Código Civil vigente. Isso importa necessariamente na invalidade das cláusulas restritivas? A resposta é negativa. Após a elaboração do negócio *causa mortis*, pode o testador adquirir uma nova casa de valor idêntico. Supondo que os dois imóveis estejam no seu patrimônio no momento da abertura da sucessão, os três gravames serão válidos e eficazes. Se o imóvel adquirido posteriormente for alienado para terceiro, as cláusulas serão válidas, porém ineficazes.

Em resumo, a exigência de justa causa deve ser considerada como *fator de eficácia* para as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade instituídas por testamento. No momento preparo do ato de última vontade e da instituição dos gravames sequer é possível examinar eventual violação ao artigo 1.848, *caput*, do Código Civil, não se tratando, portanto, de vício no plano da validade. Somente no momento da abertura da sucessão do testador, quando as referidas cláusulas devem passar a produzir efeitos, assim como as demais disposições testamentárias, deve-se apurar a extensão da porção legítima e verificar a presença da justa causa. Ausente esta, caberá ao magistrado declarar a ineficácia da restrição. Dessa forma, é possível concluir que a exigência de justa causa é uma questão própria do plano da eficácia.

5.3) Justa causa nas doações em antecipação da legítima

Outro ponto controvertido acerca do *caput* do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002 diz respeito à exigência de justa causa também para as doações realizadas em antecipação da legítima. Por força do disposto no artigo 544 do mesmo diploma legal, a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, implica adiantamento da legítima a ser recebida pelo herdeiro necessário no momento da abertura da sucessão.

Com base no artigo 2.002 da codificação vigente, cabe ao descendente donatário, após aberta a sucessão do ascendente doador, trazer à colação o bem recebido em doação para igualar as legítimas dos herdeiros necessários, sob pena de sonegação. No entanto, o artigo 2.005 autoriza o doador a dispensar o donatário da colação, declarando expressamente que o bem doado é retirado da parte disponível da herança.

Diante da possibilidade legal de adiantamento da legítima aos herdeiros necessários em vida por intermédio de doações, parte da doutrina passou a questionar se a justa causa também seria exigida para doações em antecipação de legítima nas quais fossem previstas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e/ou impenhorabilidade.

Como é sabido, a redação do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil vigente é clara no sentido de que a exigência se limita aos testamentos (“Salvo se houver justa causa, declarada no testamento...”). Não obstante, esse dispositivo está localizado no Livro V, o qual disciplina o direito das sucessões, ao passo que a doação está regulada essencialmente no Livro I, referente ao direito das obrigações.

À míngua de previsão legal específica, quanto à motivação nas doações em antecipação de legítima, a dúvida foi levantada por autores que vislumbram nessa prática a possibilidade de burla ao comando legal constante do artigo 1.848, *caput*, do Código Civil de 2.002. Seguindo esse raciocínio, Mauro ANTONINI, por exemplo, afirma que é mais adequada a extensão da exigência também para esses casos, com o intuito de evitar qualquer prática fraudulenta.³¹⁵ Também é a orientação preconizada por Alexandre Laizo CLÁPIS.³¹⁶

Existem fundadas suspeitas se essa é realmente a melhor solução para o problema. Ao comparar o testamento com a doação, nota-se importante diferença na formação desses negócios, na medida em que o primeiro é unilateral, ou seja, está formado exclusivamente a partir da declaração de vontade do testador, enquanto o segundo é bilateral e depende da concordância das partes. Se o donatário aceita a doação, aceita receber o bem na forma estabelecidas pelo doador, sem a necessidade de apresentação de justificativa. À luz da boa-fé objetiva, não parece correto que o donatário que adquire um bem gravado com inalienabilidade, sem qualquer motivação, possa futuramente impugnar a cláusula sob o argumento de ausência de justa causa.³¹⁷

Embora a questão seja complexa, é fato que o Poder Judiciário demonstra uma certa inclinação por aceitar essa tese. Tanto que em recente encontro promovido pelos magistrados

³¹⁵ Cf. M. ANTONINI, *Código Civil* cit. (nota 291 supra), p. 2009.

³¹⁶ Cf. A. L. CLÁPIS, *Clausulação da legítima* cit. (nota 261 supra), pp. 22-25.

³¹⁷ Claudio Luiz Bueno de GODOY, porém, apresenta elemento a ser levado em consideração nesse raciocínio, ao recordar que nem todas as doações necessitam da concordância expressa de ambas as partes, nos termos do artigo 544 do Código Civil de 2.002: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Cf. *Dos herdeiros necessários* cit. (nota 14 supra), p. 739.

do Estado de São Paulo, em 10 de novembro de 2017, houve a aprovação de um enunciado com o seguinte teor: “35. A exigência de justa causa para gravar a legítima por testamento, com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (Código Civil, art. 1.848) se aplica igualmente à imposição dessas cláusulas por doação, sobre o adiantamento da legítima, para manutenção da coerência do sistema e para evitar que, por doações, o autor da herança possa burlar a limitação legal”.

CONCLUSÃO

O direito das sucessões, ramo do direito civil que disciplina o fenômeno da sucessão *causa mortis*, contém na sua própria estrutura valores diversos. Verificou-se, ao longo do trabalho, que a convivência entre alguns deles não é pacífica, com destaque para o embate entre a liberdade de testar – reflexo da autonomia privada – e a solidariedade familiar – ou, em uma visão mais tradicional, as limitações de ordem pública.

Nos sistemas de matriz romano-germânica, como é o caso do brasileiro, isso encontra explicação principalmente pela influência histórica de povos com concepções opostas do tema. O direito sucessório nesses países tem forte raiz no direito romano – clássico e pós-clássico –, de natureza individualista, e no direito germânico, marcado por um caráter comunitário, além do direito canônico, de espírito mais conciliador entre essas duas vertentes. Na lição de Antônio Junqueira de AZEVEDO, nesses sistemas o direito das sucessões não é nada além de um complexo compromisso entre valores e princípios opostos, ao que dá o nome de *solução de compromisso*.

A legislação nacional, desde a Lei Feliciano Penna (Decreto nº 1.839 de 1.907), autoriza o estabelecimento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por testamento sobre a porção legítima da herança, peculiaridade do direito pátrio não encontrada em outras nações. Embora as cláusulas atuem de maneira distinta, boa parte da doutrina critica – com razão, em relação às cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade – essa possibilidade, visto que as restrições impostas podem provocar a paralisação do patrimônio e impedir o exercício pleno da propriedade pelos herdeiros necessários sobre os bens da reserva, violando o princípio da intangibilidade – raciocínio que não se estende para a incomunicabilidade, que não prejudica o sucessor.

Para evitar a prática de abusos, o Código Civil vigente (Lei nº 10.406 de 2.002) inovou na matéria ao demandar do autor do ato de última vontade a apresentação de justa causa para a instituição dos gravames nessas condições. O avanço da matéria foi tímido, já que deixou de suprimir essa particularidade do direito pátrio, e insatisfatória, porque criou um novo ponto de controvérsia: a necessidade de definir o que configura essa justa causa.

O novo requisito legal se encontra no centro do conflito acima mencionado, uma vez que busca restringir a liberdade do testador e garantir a inviolabilidade da quota indisponível. Por isso mesmo, a proposta do trabalho foi a análise da justa causa, conceito indeterminado sem parâmetro claro em lei para sua aplicação, à luz da *solução de compromisso* de Antonio Junqueira de AZEVEDO, o que demanda do intérprete uma tomada de postura para que um valor seja prestigiado em detrimento do outro.

Ao contrário do que ocorre em outros países, o Brasil procura conciliar de maneira equilibrada essas duas forças – solução elogiada no trabalho –, o que se constata da análise de seus institutos de direito sucessório (v.g., redução das disposições testamentárias, rompimento do testamento, redução da doação inoficiosa, colação, indignidade e deserdação). No entanto, a conciliação de valores contraditórios nunca é simples, uma vez que um lado deve exigir, ao menos em parte, um sacrifício do outro. Por tal motivo, esse ponto de equilíbrio sofre constantes modificações por variadas pressões sociais ao longo do tempo, ora pendendo para um lado, ora para outro.

Nesses termos, levando em consideração as alterações ocorridas após o advento do Código Civil de 1.916 (Lei nº 3.071) – também apontadas na dissertação –, identifica-se que o atual direito sucessório brasileiro tem se inclinado para o fator germânico em detrimento do romano, no sentido de limitar a autonomia privada nessa área do direito civil e favorecer maior intervenção sobre a vontade em prol da família. Essa tendência, na falta de um parâmetro claro na redação do artigo 1.848 do Código Civil de 2.002, foi utilizada como suporte para sustentar uma leitura restritiva da justa causa, admitindo em poucas hipóteses o preenchimento do requisito legal e a manutenção dos gravames sobre a reserva para que seja transmitida sem qualquer tipo de restrição.

Analisando posições doutrinárias acerca da matéria, foram identificadas balizas para a aplicação de justa causa testamentária. A motivação apresentada (i) deve guardar relação com a finalidade de proteção implícita da respectiva cláusula, (ii) não pode ter ligação com sentimentos poucos nobres do autor do testamento, como vaidade, egoísmo, arbitrariedade ou vingança, (iii) não pode conter explicação genérica referente à intenção implícita por trás do gravame, (iv) não pode traduzir uma opinião pessoal do testador em relação ao sucessor e (v) deve se basear em fatos concretos que demonstrem a necessidade de tutela.

Em atenção a esse posicionamento mais intervencionista, criticou-se a inclusão da cláusula de incomunicabilidade no dispositivo legal, uma vez que não prejudica o herdeiro necessário, posicionando-se por mudança legislativa a respeito do tema. Entende-se que tal gravame, mesmo sobre a legítima, é benéfico, não sendo necessário restringir a vontade do testador nesse aspecto. Ainda, destacou-se a possibilidade de apresentação de justificativa mais genérica para sucessores incapazes, ante a necessidade da promoção de proteção mais intensa nessas situações.

Traçadas essas linhas, acredita-se que é possível estabelecer uma moldura mais clara para a aplicação da justa causa do artigo 1.848 do Código Civil.

BIBLIOGRAFIA

ABÍLIO, Viviane de Silveira, *Cláusula de inalienabilidade e motivação*, in *Revista Eletrônica de Direito Civil* 04 (2013), disponível in <http://civilistica.com/clausula-de-inalienabilidade-e-motivacao/> [10-01-2018].

ALMEIDA, José Luiz Gavião de, *Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima – Artigos 1.784 a 1.856*, in AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. 23, São Paulo, Atlas, 2003.

ANTONINI, Mauro, *Código Civil Comentado*, in PELUSO, Cezar (coord.), *Código Civil Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Manole, 2008, pp. 2005-2011.

ANTONINI, Mauro, *Sucessão Necessária*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

ARISTOTELES, *Metà ta physikà*, trad. port. COCEO, Vincenzo, *Metafísica*, São Paulo, Abril S. A. Cultural, 1984.

AUBRY, Charles – RAU, Charles, *Cours de Droit Civil Français*, tomo 11, 5ª ed., Paris, Marchal et Godde, 1919.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Cláusula cif. – Coimbra (cursos jurídicos)*, in FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, São Paulo, Saraiva, 1977.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário*, in *Revista da Faculdade de Direito* 95 (2000), pp. 273-281.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

BANDEIRA, Gustavo, *A Inconstitucionalidade da Cláusula de Inalienabilidade e da Declaração de sua Justa Causa, Prevista no Novo Código Civil para os Testamentos Lavrados na Égide do Código de 1916*, in *Revista da EMERJ* 24 (2003), 2003, pp. 191-204.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 6, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1919.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, vol. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Sucessões*, Campinas, Red Livros, 2000.

BORGES, Toni Bazarelli, *Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade)*, in *Revista de Direito Imobiliário* 73 (2012), pp. 233-272.

BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: contratti, successioni, diritti di famiglia*, Padova, Cedam, 1971.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, vol. 3, Paris, Presses Universitaires France, 1975.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de, *Das cláusulas restritivas da legítima*, in FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.), *Temas Atuais de Direito e Processo de Família – Primeira Série*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 615-646.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 24, 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963.

CLÁPIS, Alexandre Laizo, *Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil*, in *Revista de Direito Imobiliário* 57 (2004), pp. 09-26.

COLIN, Ambroise – CAPITANT, Henri, *Traité de Droit Civil*, tomo I, Paris, Librairie Dalloz 1957.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2013.

COSTA, Mario Júlio de Almeida, *A Liberdade de Testar e a Quota Legitimária no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Cláusula de Incomunicabilidade na Sucessão Testamentária*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região* 78 (2006), pp. 49-56.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, tomo II, vol. 19, Paris, Imprimerie Général, 1876.

DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, vol. 6, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das Juristische Denken*, 1983, trad. port. de MACHADO, João Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de, *Disposições testamentárias e clausulação da legítima*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 229-250.

FIORANELLI, Ademar, *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade – Impenhorabilidade – Incomunicabilidade – Sub-rogação. Aspectos práticos – Doutrina – Jurisprudência*, in *Revista de Direito Imobiliário* 19/20 (1987), pp. 37-59.

GIORGIS, José Carlos Teixeira, *A justa causa no novo testamento*, in DELGADO, Mário Luiz – ALVES, Jones Figueiredo (coord.), *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, vol. 2, São Paulo, Método, 2004, pp. 145-166.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil*, in NANNI, Giovanni Ettore (coord.), *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 718-748.

GOMES, Orlando, *Anteprojeto de Código Civil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1962.

GOMES, Orlando, *Sucessões*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*, vol. 5, São Paulo, Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, vol. 7, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves, *A justa causa prevista no art. 1.848 do Código Civil Brasileiro para clausulação da legítima*, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* 09 (2013), pp. 9583-9625.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves, *A renúncia à herança gravada com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista da ESMape* 35 (2012), pp. 55-83.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Parte Especial – Do Direito das Sucessões – Da Sucessão em Geral; Da Sucessão Legítima (Arts. 1.784 a 1.856)*, in AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, São Paulo, Saraiva, 2003.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 1 e 2, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952.

JOSSERRAND, Louis, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 3, 2ª ed., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Do Direito das Sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. 21, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith – BRANCO, Gerson, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith, *O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Informação Legislativa* 139 (1998), pp. 05-22.

MAZEAUD, Henri – MAZEAUD, Jean – MAZEAUD, Léon – JUGLART, Michel de, *Leçons de Droit Civil*, tomo IV, vol. 2, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, vol. 3, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica civil-constitucional*, in *Revista Trimestral de Direito Civil* 05 (2001), pp. 211-247.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *O princípio da intangibilidade da legítima*, in MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 495-545.

NEVES, Rodrigo Santos, *A Inalienabilidade, a Incomunicabilidade, a Impenhorabilidade e o Direito das Sucessões*, in *Revista IOB de Direito de Família* 59 (2010), pp. 43-62.

NONATO DA SILVA, Orosimbo, *Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1957.

OTERO, Marcelo Truzzi, *Justa Causa Testamentária – Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. 1, 2 e 3, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Direitos Reais*, vol. 4, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, vol. 1, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil, Brasília, Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposição testamentárias em geral. Herança e legados*, tomo LVI, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direitos das Sucessões: Sucessões em Geral. Sucessão Legítima*, tomo LV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado dos Testamentos*, vol. 4, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1935.

RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilophie*, trad. port. de HOLZHAUSEN, Marlene, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel – MARTINS-COSTA, Judith (coord.), *História do Novo Código Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

REALE, Miguel, *Vínculo – Da cláusula de inalienabilidade*, in DIP, Ricardo – JACOMINO, Sérgio (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Registral*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 837-838.

REALE, Miguel, *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, disponível in <http://www.miguelreale.com.br>, s.l., s.d. [18-11-2018].

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Sucessões*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil – Direito das Coisas*, vol. 5, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 7, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil Aplicado*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1994.

SIMÃO, José Fernando, *Concorrência sucessória na comunhão universal e na separação convencional*, disponível in <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>, s.l., 2017 [10-01-2018].

SOUZA, José Ulpiano Pinto de, *Das clausulas restrictivas da propriedade: inalienabilidade, impenhorabilidade, incommunicabilidade, conversão e administração*, São Paulo, Salesianas, 1910.

STEFANO, Zulema Anacleto de, *Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incommunicabilidade e de impenhorabilidade*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 62 (1992), pp. 47-67.

TARTUCE, Flávio – SIMÃO, José Fernando, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 6, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2012.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1980.

VELOSO, Zeno, *Código Civil Comentado*, in FIUZA, Ricardo – SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.), *Código Civil Comentado*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, vol. 7, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade*, in *Revista do Advogado* 91 (2007), pp. 130-136.

VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva, *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista dos Tribunais* 660 (1990), pp. 70-82.

WALD, Arnoldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, vol. 5, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

Projecto do Código Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, vol. 2, 3 e 6, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.