

(In)exigibilidade da justa causa para aposição de cláusulas restritivas às doações entre ascendente e descendente sem dispensa à colação

André Luiz Arnt RAMOS*

RESUMO: A pesquisa tem por problema a exigibilidade da justa causa testamentária quando da aposição de cláusulas restritivas às doações entre ascendente e descendente sem dispensa à colação. Sua hipótese é de que a extensão às doações entre ascendente e descendente (artigo 544 do Código Civil) da exigência da justa causa cara à aposição de cláusulas restritivas do domínio nas disposições testamentárias compreensivas da parte indisponível do patrimônio do testador (artigo 1.848 do Código Civil) é incoerente com o Direito Civil brasileiro contemporâneo. Seus objetivos são: (i) mapear a interpretação-aplicação, pela literatura especializada e pelos Tribunais, do artigo 1.848 do Código Civil Brasileiro às doações entre ascendentes e descendentes; (ii) analisar criticamente o estado da questão na literatura e no acervo de decisões das Cortes, com ênfase à orientação do Superior Tribunal de Justiça; (iii) sistematizar a problemática da exigibilidade da justa causa testamentária nas doações entre ascendentes e descendentes a partir de leitura coerentista; e (iv) formular crítica à concepção dominante na comunidade jurídica brasileira acerca da exigibilidade da justa causa testamentária nas doações entre ascendentes e descendentes. A metodologia utilizada obedece aos procedimentos bibliográfico e documental, empregados em consonância com a vocação exploratória da pesquisa. O método, por sua vez, é hipotético-dedutivo. Ao cabo das investigações empreendidas, a hipótese inicial do trabalho é confirmada por cinco ordens de razão: (i) a natureza restritiva do texto legal dirigido especificamente ao testamento e ao testador, sem correspondente na disciplina da doação, a demandar interpretação estrita; (ii) a qualidade gratuita do contrato de doação, da qual decorre a imposição de interpretação estrita de seu instrumento e dos textos normativos aplicáveis; (iii) a diferença estrutural entre as categorias negociais do testamento e da doação, com repercussão nos planos da existência e da validade; (iv) a exigência, pelo Código Civil, de justo motivo para intervenção na reserva sucessória pelo testador em outras hipóteses, como a da deserdação; e (v) a orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto à suficiência da vontade concorrente do beneficiário de ato *inter vivos* para excepcionar normativas advindas do Direito Sucessório.

PALAVRAS-CHAVE: Doação; cláusulas restritivas; reserva sucessória; coerência normativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A caixa de Pandora das cláusulas restritivas e as discórdias do mundo do Direito Civil; – 3. A justa causa testamentária segundo o Código Civil de 2002: um falso anúncio do dom da esperança; – 4. A (in)exigibilidade em causa nas liberalidades *inter vivos*; – 5. A (não) decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema; – 6. A justa causa em face das categorias negociais do testamento e da doação. Ou: sobre maçãs e laranjas; – 7. Conclusão; – Referências.

TÍTULO: *(In)exigibilidad de justo motivo para adición de cláusulas restrictivas en donaciones entre ascendentes y descendentes sin dispensa de colación*

* Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com experiência pós-doutoral concluída na mesma instituição e experiência pós-doutoral em andamento na Universidade LaSalle, com bolsa CAPES. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná e ao Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Co-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Professor universitário e advogado. Contato: andre@arntramos.adv.br.

RESUMEN: Este manuscrito tiene por problema la exigibilidad de justo motivo para la adición de cláusulas restrictivas en donaciones entre ascendentes y descendentes sin dispensa de colación. Su hipótesis es que la extensión de la exigencia del artículo 1.848 del Código Civil Brasileiro a tales donaciones, regladas por el artículo 544 del mismo Código, es incoherente con el Derecho Civil brasileiro contemporáneo. Sus objetivos san: (i) mapear la interpretación-aplicación, por la literatura especializada y por los Tribunales, del artículo 1.848 del Código Civil Brasileiro a las donaciones entre ascendentes y descendentes; (ii) analizar críticamente el estado de la cuestión en la literatura y en el acervo de decisiones de los Tribunales, con especial énfasis a la posición del Superior Tribunal de Justicia Brasileiro; (iii) sistematizar la temática de la exigibilidad de justo motivo en las donaciones entre ascendentes y descendentes desde lectura coherentista; y (iv) formular crítica a la concepción dominante en la comunidad jurídica brasileira acerca de la exigibilidad de justo motivo en las donaciones de ascendente para descendente. La metodología empleada sigue los procedimientos bibliográfico y documental, utilizados en consonancia con la vocación exploratoria del manuscrito. El método, de su turno, es hipotético-deductivo. Al término de las investigaciones emprendidas, la hipótesis inicial del estudio es confirmada por cinco razones: (i) la naturaleza restrictiva del texto legal dirigido al testamento y al testador, sin correspondiente en el reglamento de la donación, el cual requiere interpretación estricta; (ii) la calidad gratuita del contrato de donación, de la cual adviene la necesidad de interpretación estricta de su instrumento y de los textos normativos aplicables; (iii) la diferencia estructural entre las categorías negociales del testamento y de la donación, con repercusión en los planos de la existencia y de la validez; (iv) la exigencia por el Código Civil Brasileiro de justo motivo para el testador intervenir en la reserva sucesoria en otras hipótesis, como la de la desheredación; y (v) la comprensión del Superior Tribunal de Justicia acerca de la suficiencia de la voluntad concurrente del beneficiario de acto inter vivos para excepcionar normativas oriundas del Derecho Sucesorio.

PALABRAS-CLAVE: Donación; cláusulas restrictivas; herencia forzosa; coherencia normativa.

SUMARIO: 1. Introducción; – 2. La caja de Pandora de las cláusulas restrictivas y las discordias del mundo del Derecho Civil; – 3. La justa causa testamentaria de acuerdo con el Código Civil de 2002: un falso anuncio de la dádiva de la esperanza; – 4. La (in)exigibilidad en causa en las liberalidades inter vivos; – 5. La (no) decisión del Superior Tribunal de Justicia sobre el tema; – 6. la justa causa ante las categorías negociales del testamento y de la donación; – 7. Conclusión; – Referencias.

TITLE: Restrictive Clauses in Donations from Ascendants to Descendants Dismissed from Collation under Brazilian Law: Must the Donor Declare a Legitimate Interest?

ABSTRACT: The following article approaches the need or dispensability of explicit justification on grounds of legitimate interests for ascendants to impose restrictive clauses to donations to their descendants when also dismissing them from collation. Its hypothesis is that the controversial extension of the requirement of sufficient justification to impose such clauses in wills (as determined by article 1.848 of the Brazilian Civil Code) to donations between ascendants and descendants (which is considered an inheritance anticipation under article 544 of said legislation) does not cohere with contemporary Brazilian Private Law. The research objectives are: (i) to describe how different sectors of legal scholarship and the Judiciary interpret and enforce (or not) article 1.848 of the Brazilian Civil Code to donations between ascendants and descendants; (ii) analyse and criticize the state of the question in legal scholarship and case law, while emphasizing decisions issued by the Supreme Court of Justice; (iii) systematize the problem of need or dispensability of explicit justification on grounds of legitimate interests for ascendants to impose inalienability clauses to donations to their descendants when also dismissing them from collation in accordance with a coherentist approach; and (iv) call into

question the prevalent conception among Brazilian legal community regarding the need for justification in donations between ascendants and descendants. The applied methodology is presided by bibliographic and documental procedures, employed second to the exploratory vocation of the outlined inquiry. The method, on the other hand, is hypothetical and deductive. At last, the initial hypothesis is confirmed on five grounds: (i) the restrictive nature of the legal text that prescribes the indispensability of sufficient justification only to testators, with no correspondent in the legal discipline of donations; (ii) the graciousness of donation, which imposes a strict interpretation of its instruments and regent law; (iii) the structural differences between wills and donations, with significant repercussions in existence and validity; (iv) the imposition, by the Brazilian Civil Code, of justified reasons to every other testator intervention upon heirs forced estate share, as disinheritance; and (v) the Superior Court of Justice's understanding on the sufficiency the convergent will of the beneficiary of gracious inter vivos transactions to repeal limitations stemming from the Law of Successions.

KEYWORDS: Donation; restrictive clauses; forced inheritance; normative coherence.

SUMMARY: 1. Introduction; – 2. The Pandora Box of restrictive clauses and the discords of Civil Law; – 3. Sufficient justification in accordance with the Brazilian Civil Code: a false enunciation of the gift of hope; – 4. The dispensability of sufficient justification in gracious inter vivos transactions; – 5. The Superior Court of Justice decision on the subject (or not); – 6. Sufficient justification in wills vis-à-vis donations; – 7. Conclusion.

1. Introdução

O Direito Civil é o Direito da coexistencialidade ou das relações entre particulares.¹ É, também e sobretudo, um Direito de liberdade(s),² pois vocacionado à garantia de acesso³ a condições que dão suporte a vida digna. Justamente por isso, contempla também numerosíssimas restrições a liberdades, usualmente embasadas – embora nem sempre com a clareza desejável – na promoção de outras, por um imperativo de segurança jurídica, entendida como exigência de coerência normativa.⁴

Este trabalho se dedica à exploração da interface entre a liberdade de testar e a liberdade contratual (duas espécies do gênero liberdade de disposição patrimonial). Particularmente no tocante a uma restrição que lhes é comum: o caráter indisponível da porção patrimonial do sujeito reservada a seus herdeiros necessários. Ou, na dicção infeliz consagrada no Código Civil brasileiro, a *legítima*, que àqueles pertence de pleno direito.

¹ A propósito: SESSAREGO, C. F. El Derecho en tiempos de transición entre dos eras. *Revista Derecho*. El Salvador, a. IV, n. 15, jul.-dez. 1999, *passim*.

² V. PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, *passim*.

³ V. LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 86 e ss.

⁴ Sobre o tema, seja facultado remeter a ARNT RAMOS, A. L. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada*: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2021.

Mais especificamente, problematiza a coerência da dita restrição com o Direito Civil brasileiro contemporâneo desde o fio condutor da *justa causa* exigida pelo artigo 1.848 do Código Civil⁵ para a aposição, pelo *testador*, de cláusulas restritivas a bens integrantes da reserva dos herdeiros necessários – a qual, segundo *ementa* de decisão de órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça, seria extensível à doação sem dispensa da colação, em virtude do disposto pelo artigo 544 do mesmo diploma normativo.⁶

A discussão proposta se desenrola a partir de pesquisa exploratória, presidida pelo método hipotético-dedutivo e entremeada pelos procedimentos bibliográfico e documental. Mais especificamente: propõe-se a construir e testar a hipótese de que a *justa causa* testamentária é *inexigível* nos contratos de doação entre ascendente e descendente sem dispensa à colação, a despeito da interpretação que dita *ementa* de decisão do Superior Tribunal de Justiça parece conferir ao tema. Isso por intermédio de ampla revisão bibliográfica da produção nacional concernente ao tópico eleito, bem assim no acervo de decisões judiciais a seu respeito, acopladas ao marco teórico da *segurança jurídica como coerência*, desenvolvida pelo autor em sua tese de doutoramento.⁷

Para tanto, o trabalho se divide em cinco partes. A primeira delimita o contexto da investigação proposta, mediante esquadramento das vetustas discórdias que circundam as cláusulas restritivas. A segunda mapeia a problemática da *justa causa* para gravação da reserva dos herdeiros necessários no terreno da sucessão testamentária. A terceira parametriza os argumentos favoráveis e contrários a sua extensão às doações entre parentes sucessíveis sem dispensa à colação, tanto na literatura especializada quanto no acervo decisório dos Tribunais brasileiros, explorado na dimensão do exemplo. A quarta questiona e problematiza a tomada de posição do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. A quinta, de seu turno, arrosta o tema desde o prisma da *segurança como coerência*, com o objetivo de testar o acerto ou desacerto dos posicionamentos até então delimitados, bem como de oferecer contribuição original e inédita a seu respeito. Por fim, as conclusões alcançadas são apresentadas objetivamente.

⁵ Art. 1.848. 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.

⁶ Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

⁷ ARNT RAMOS, A. L. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada...*, *passim*.

2. A caixa de Pandora das cláusulas restritivas e as discórdias do mundo do direito civil

A temática das cláusulas restritivas – inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – é congenitamente controversa.⁸ Malgrado presente no Direito brasileiro ao menos desde as Ordenações do Reino,⁹ acalorados e intermináveis debates que lhes dizem respeito persistem, em maior ou menor medida, até os dias atuais.

Três aspectos seus são particularmente discutidos: sua natureza jurídica, sua pertinência ao ordenamento jurídico brasileiro e seu alcance, especialmente no que toca aos frutos da coisa gravada.

Em relação à natureza jurídica das restrições, existe uma plêiade de opiniões divergentes. Os manuais noticiam teses estrangeiras que cogitam das cláusulas restritivas como causas de incapacidade ou de falta de legitimidade do proprietário. O argumento, segundo os comentadores brasileiros, seria exposto no primeiro volume do Tratado Elementar de Direito Civil de Planiol. A obra, todavia, expressamente alude à cláusula de inalienabilidade como uma *limitação à faculdade de dispor*. Isso a despeito de uma nota de rodapé em que Planiol registra:

Mas deve-se sempre dizer que a defesa da Lei afeta diretamente a pessoa que é o proprietário e nada além dele, porque não é o bem que tem, de certa forma, o poder virtual e passivo de sofrer alienação: é sempre e necessariamente na pessoa do proprietário que a faculdade de alienação reside; é, portanto, uma pessoa que é afetada pela proibição, e não uma coisa, que não faria sentido.¹⁰

O autor francês, em outra sede, efetivamente fala em uma espécie peculiar de incapacidade – não geral e compreensiva de todo o patrimônio do incapaz, mas restrita,

⁸ V. DABUS MALUF, C. A. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª Ed., ampliada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 1.

⁹ É o que se colhe do constante dos parágrafos primeiro e segundo do Título XI do Livro IV das Ordenações Filipinas: “1. Porém, se o testador em seu testamento deixar sua herança, ou legado a alguma pessoa, mandado que o não possa vender, nem emalhear, se não a algum seu irmão, ou parente mais chegado, cumprir-se-ha o que pelo testador fôr mandado. 2. E bem assi, se algum deu, ou vendeu alguma cousa sua a outrem, com condição que não a possa vender, nem alhear, senão a seu irmão, ou a outra certa pessoa, fazendo-lhe a em alheação em outra maneira, será nenhuma e de nenhum efeito”.

¹⁰ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil*. v. 1. 8ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1920, p. 724. Tradução livre. No original: “*Mais on doit toujours se dire que la défense de la loi atteint directement la personne qui est propriétaire et rien qu'elle, car ce n'est pas le bien qui a, en quelque sorte, la puissance virtuelle et passive de subir une aliénation: c'est toujours et nécessairement en la personne du propriétaire que réside la faculté d'aliéner; c'est donc une personne qui est atteinte par la prohibition, et non une chose, ce qui n'aurait pas de sens*”.

que não protege mais que uma parte daquele e que nada fará além de restringir a aptidão de alinear. Daí se poderia inferir característica análoga à da ilegitimidade. Mas sua conclusão inequivocamente aponta para a qualidade de *restrição à faculdade de disposição*.¹¹

Embora não em Planiol, a civilística francesa de final do Século XIX e início do Século XX encontra sinais do argumento de que as restrições voluntárias impostas pelo testador restringiriam a capacidade do beneficiário. É o caso de Demolombe, para quem “a condição de não alienar necessariamente resulta em tornar a propriedade inalienável ou tornar a pessoa do donatário ou de legatário incapaz de aliená-la”.¹² Hoje, todavia e mesmo na França, não há dúvida de que esse viés explanatório é insustentável por razões de ordem teórica e normativa.¹³

A despeito da envergadura e da importância histórica do argumento segundo a literatura brasileira, a tomada das cláusulas restritivas como problema de validade negocial não sobrevive ao crivo Teoria do Fato Jurídico. Ademais, ressalvada a menção pela generalidade dos manuais, não encontra achego na civilística pátria. O mesmo se pode dizer a respeito das teses, também antigas, de que as cláusulas restritivas consistiriam em modalidade de prestação de não fazer ou mesmo em *elementos acidentais do negócio jurídico*.

O primeiro argumento, arvorado no caráter obrigacional das cláusulas restritivas – particularmente, da inalienabilidade –, é bastante singelo: tratar-se-ia de uma prestação negativa; de um *não-fazer* imposto no bojo de um negócio jurídico. Malgrado elegante, essa conjectura esbarra na distinção entre a consequência estritamente eficaz do inadimplemento – responsabilidade patrimonial do devedor inadimplente¹⁴ – e o desdobramento da inobservância às restrições convencionais impostas em testamento ou doação, as quais se confinam no plano da *validade*.

¹¹ “Os bens não têm em si uma espécie de poder próprio que obsta sua transmissão. É sempre na pessoa de seu proprietário que reside o poder de agir sobre eles. E é essa faculdade pessoal que a cláusula de inalienabilidade vem a remover”. Tradução livre. No original: “*Les biens n’ont pas en eux-mêmes une sorte de puissance propre qui s’oppose à leur transmission, c’est toujours en la personne de leur propriétaire que reside le pouvoir d’agir sur eux, et c’est cette faculté personnelle que la clause d’inaliénabilité vient supprimer*” – PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil...*, p. 724.

¹² DEMOLOMBE, J. C. F. *Cours de Code Napoleon*. V. XVIII, p. 321, *apud* PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restritivas da propriedade: inalienabilidade, impenhorabilidade, incommunicabilidade, conversão e administração*. São Paulo: Salesianas, 1910, p. 142. Tradução livre. No original: “*la condition de ne pas aliéner a nécessairement pour résultat, soit de rendre le bien inalienable, soit de rendre la personne du donataire ou du légataire incapable de l’aliéner*”.

¹³ V. MILLEVILLE, S. *Les restrictions au droit de disposer*. Tese de doutoramento. Université Panthéon-Assas (Paris II), 2008, p. 49-50.

¹⁴ GOMES, O. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 197.

O segundo, historicamente defendido por José Ulpiano Pinto de Souza, argumenta serem as cláusulas (particularmente, a de inalienabilidade) normalmente um encargo e acidentalmente uma condição.¹⁵ Apesar dessa dualidade, o autor enfatiza que “*para o efeito ou resultado practico que nos interessa aqui, é indifferente o qualificativo ou caracteristico da cláusula de inalienabilidade: encargo ou condição potestativa negativa*”.¹⁶ É certa, todavia, sua defesa da tese de que se trata de um elemento acidental do negócio jurídico.

Apesar da eloquência da proposição, ela hoje encontra menos aceitação que a leitura que Pontes de Miranda, amparado no sentido que a civilística germânica empresta ao tema. Segundo o autor alagoano, o entendimento de que a natureza das cláusulas restritivas seria de *condição* ou de *encargo* comportaria o mais veemente rechaço. Nesse diapasão:

Deante das clausulas restrictivas, como a de inalienabilidade, de incomunicabilidade, e tantas outras, os juristas – no seu pendor de querer explicar o desconhecido pelo conhecido, em vez de procurar, como é próprio dos sábios, descobrir o desconhecido e explica-lo, sabendo depois se deve ou não entrar numa das categorias antigas e vulgares, - quiseram, uns reduzi-las a *condições*, outros a *encargo ou modus*, e outros, finalmente, em desespero, a *incapacidades*. Teremos de miudear os males de tal vício, que já apontámos e censurámos, noutros e neste assumpto; e ver-se-á que o acerto estava com REGELSHERGER nas três linhas em que deu *nome* ao fenómeno, novo que era e merecia denominação autonoma: “limitações de poder”.

(...)

Trata-se de fenómeno autónomo, á altura da condição como do *modus*, que precisa (...) ser estudado, sem as exóticas referencias ao *modus* e á condição. Se fosse condição, seria condição que não suspende, nem resolve: uma condição que não é condição. O *modus* obriga, mas o não cumprimento só autoriza o pedido de perdas e danos. Isto não é o efeito das cláusulas. Se fosse *modus*, seria um *modus* que é *mais* do que o *modus*, que não seria *modus*. O juiz pôde mandar *gravar*, contra a vontade do beneficiado; se este não aceitou o bem legado, não é obrigado ao *modus*, e – no caso dos quinhões necessários – a cláusula de inalienabilidade *actúa*, ainda contra taes herdeiros *necessários*, e nenhum *modus* se pôde appôr ás quotas necessárias. Digamos: há condições, *modus* e *limitações de poder*.¹⁷

¹⁵ PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade*: inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade, conversão e administração. São Paulo: Salesianas, 1910, p. 34.

¹⁶ PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*, p. 33.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado dos Testamentos*. Volume IV. Rio de Janeiro: Pimenta de Melo, 1930, p. 90.

Essa é a leitura acatada pela comunidade especializada no Brasil hoje,¹⁸ a importar “a paralisação de um bem em determinado patrimônio”.¹⁹ Considera-se, pois, que as cláusulas restritivas consistem em limitações voluntárias à propriedade.²⁰ Restrições que, apesar do afirmado em *obiter dictum* de decisão colegiada da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, não caracterizam *ônus real*.²¹ A um, pela distinção levada a efeito pelo texto do artigo 184 do Código Tributário Nacional,²² que enfatiza a distinção mediante emprego da disjuntiva “ou”. A dois, pela concepção jurídica de *ônus real* como “figura jurídica composta, conglobando uma obrigação ‘*propter rem*’ e uma garantia imobiliária”;²³ uma verdadeira *figura de fronteira*, donde advém a impropriedade conceitual de seu emprego para qualificar simples restrições ou limitações impostas sobre o titular de certo direito real.²⁴

De outra banda, as cláusulas restritivas têm sua pertinência ao ordenamento jurídico brasileiro questionada por setores da literatura. As críticas afinadas neste diapasão se dividem em duas frentes: uma articulada à Economia, que questiona a coerência entre a restrição à disponibilidade de determinados bens e a vocação do contrato ao exercício de liberdades, bem como à criação e circulação de riquezas; outra, de matriz constitucional, cogita de incompatibilidade entre a admissão das cláusulas restritivas e a afirmação do direito à *legítima*, não raro confundido com o direito fundamental à *herança* (artigo 5º, XXX, da Constituição Federal).

A crítica à (im)pertinência das cláusulas com o ordenamento nacional esbarra na maturidade do tema e da discussão na tradição jurídica brasileira. José Ulpiano Pinto de Souza, ainda no início do Século XX, relata e problematiza amplo histórico de objeções

¹⁸ A propósito: NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 242.

¹⁹ GAVIÃO DE ALMEIDA, J. L. *Código Civil Comentado*. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 259.

²⁰ V. TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN, S. e POMJÉ, C. As cláusulas restritivas da propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos Tribunais. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e MAIA NEVARES, A. L. (Coords.). *Direito das Sucessões: problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 341.

²¹ “A cláusula de inalienabilidade implica num ônus real que limita o direito de propriedade, impedindo temporariamente o exercício do direito de dispor da coisa. Na hipótese da doação, essa indisponibilidade parcial pode ser revogada mediante mútuo consenso das partes envolvidas na liberalidade, livrando o bem do gravame” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 856.699/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2009. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023).

²² Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os *gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade*, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

²³ MESQUITA, M. H. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 455.

²⁴ V. MESQUITA, M. H. *Obrigações reais e ônus reais...*, p. 458.

de setores da literatura ao estabelecimento e à validade das cláusulas restritivas.²⁵

O debate se projetou para o ambiente legislativo, quando das discussões atinentes ao então Projeto de Código Civil. Nelas, sobejou o entendimento pelo caráter salutar da disciplina da matéria pelo texto projetado, que “atendendo exatamente ao fato de que não podemos mais preservar uma legislação de caráter individualista, permite que se faça a vinculação da legítima, mas exige que o testador declare a justa causa que legitime seu ato”.²⁶ Isso a despeito de dissidências significativas, como a do próprio Miguel Reale, defensor da supressão total das cláusulas em homenagem ao *princípio*²⁷ da mobilidade do patrimônio.²⁸

Disso tudo se pode inferir que a disciplina jurídica das cláusulas restritivas pelo Código Civil foi mais que formalmente legitimada pelo processo legislativo. Ele refletiu, nesse ponto, a viva e vetusta controvérsia acerca da desejabilidade das cláusulas restritivas, além de diversas questões correlatas. E restabeleceu aspectos inerentes à tradição do Direito brasileiro, como enaltecido pelo relato constante da memória legislativa do Código Civil:

havia necessidade de superar-se o individualismo que norteia a legislação vigente em matéria de *direito de testar*, excluindo-se a possibilidade de ser livremente imposta a cláusula de inalienabilidade à legítima. É, todavia, permitida essa cláusula se houver justa causa devidamente expressa no testamento. Aliás, a exigência de justa causa, em tais casos, era da tradição do Direito pátrio, antes do sistema do Código vigente.²⁹

Muito para além do argumento de continuidade de uma tradição que se perdera e da riqueza do debate legislativo a seu respeito, é seguro afirmar que as cláusulas se estribam

²⁵ V. PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*, p. 114-141.

²⁶ MENCK, J. T. M. *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*. V. 1: Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 66.

²⁷ Com o máximo respeito, não é de princípio que se trata. Ao menos não segundo acepção técnica de enunciado normativo deliberadamente indeterminado que se presta a justificar outras normas jurídicas (v. LUZZATTI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios: la genericidad del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 49).

²⁸ “Eu era pela supressão total das cláusulas. Considero que as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade, que ainda se conservam no Projeto, deviam ser suprimidas. (...) A experiência das cláusulas de inalienabilidade, que são privativas do Direito luso-brasileiro, tem sido má. É contra o princípio da mobilidade do patrimônio. Na minha experiência de advogado, as cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade têm sido ruinosas” (MENCK, J. T. M. *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar...*, p. 115-116).

²⁹ PASSOS, E. e OLIVEIRA LIMA, J. A. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 116.

em razões juridicamente plausíveis à luz do Direito contemporâneo.³⁰ Isso será retomado e desenvolvido adiante.

A crítica em análise também peca por assumir a restrição voluntária como absoluta e inflexível, embora ela seja passível de modulações em concreto. Tal suscetibilidade a relativizações e elastecimentos é ilustrada pelo acórdão com que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andriahi, julgou o Recurso Especial 1.158.679/MG.

Na ocasião, discutia-se a possibilidade de cancelamento de cláusulas restritivas que gravavam bem objeto de disposição testamentária, ante a graves necessidades financeiras da herdeira beneficiária. Ao desprover recurso interposto em face de acórdão que atendia ao pleito de cancelamento das cláusulas, a Corte assinalou:

a supressão ao direito de livremente dispor dos bens – ainda que eficazmente instituída por meio de testamento válido – não pode ser considerada de modo absoluto, devendo ser delimitada por preceitos de ordem constitucional, como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana. Não parece razoável admitir que a sobrevivência e o bem-estar da recorrida sejam prejudicados, em prol da obediência irrestrita às cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.³¹

Dessarte, as limitações à propriedade decorrentes da aposição de cláusula de inalienabilidade – por arrastamento, também das demais restritivas – pode ser obtemperada desde considerações de ordem funcional. E essas comportam explicações e construções coerentes desde o prisma da função como liberdade(s),³² pois a comensuração da liberdade positiva do testador se justifica na medida da promoção da liberdade substantiva do herdeiro.

O mesmo argumento derruba a impugnação às restritivas pela afirmação de sua aparente contrariedade com a vocação econômica do contrato. E a razão para tanto é singela. A instituição de limitação dominial ao herdeiro ou legatário pelo exercício da vontade do testador é (ou deve ser) sujeita a controle quanto à proteção ou promoção da liberdade

³⁰ V. TRUZZI OTERO, M. *Justa causa testamentária...*, p. 71.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.158.679/MG. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Terceira Turma. *Revista eletrônica da jurisprudência*. Brasília, 2022. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

³² PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)...*, *passim*.

do beneficiário.³³ Este controle em concreto, muito mais que a afirmação de faculdades ou de proibições abstratas, permite tratar de cada caso com respeito e consideração às suas particularidades. Permite, por outras palavras, proteger e promover a(s) liberdade(s) do instituidor da cláusula restritiva e do(s) sujeito(s) afetado(s) com maior assertividade e controlabilidade à luz do Direito brasileiro. Com maior segurança, portanto.

Finalmente, a afirmação de que as cláusulas restritivas que recaírem sobre a reserva dos herdeiros necessários contrariariam o direito fundamental à herança parte de premissa equivocada. O artigo 5º, XXX, da Constituição da República, a despeito de distintas vozes em sentido contrário³⁴, não assegura a reserva aos herdeiros necessários, mas a herança àqueles vocacionados a suceder em face de investidas externas. É o que sustenta Débora Gozzo:

Ao ter estabelecido o direito de herança como um direito fundamental, essencial para a pessoa, o legislador constituinte passa a proteger o cidadão de qualquer ato que o Estado ou particulares possam praticar, e que tenha por fim a violação desse direito. Em outras palavras, trata-se aqui de uma garantia do cidadão contra o Estado (eficácia vertical) e contra os demais particulares (eficácia horizontal). Só uma nova Constituição poderia alterar esta previsão constitucional, de acordo com o art. 60, § 4º, IV, posto ser o inciso XXX do art. 5º do [sic] Constituição, direito fundamental e portanto, cláusula pétrea.³⁵

Roxana Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas seguem a mesma trilha, ao afirmar que “o direito à herança no ordenamento jurídico brasileiro é direito fundamental (...). Mas sua fundamentalidade não significa a indispensabilidade da reserva legitimária”.³⁶ O entender de Gustavo Henrique Baptista de Andrade, de que “a norma tratou de garantir o instituto jurídico da herança”,³⁷ tampouco foge dessa raia.

Trata-se, portanto e em rigor, daquilo que se convencionou designar de direito de defesa, embora contenha uma indisfarçável dimensão positiva (prestacional) como todo e

³³ Embora por vias um pouco diversas, é o argumento de Ana Luiza Maia Naves (*A função promocional do testamento...*, p. 242): “pode-se dizer que há uma violação à dignidade da pessoa humana (CFRB/88, art. 1º, III), todas as vezes que a justificativa do gravame recai em supostas prodigalidades do sucessor, na medida em que, desta forma, o gravame gera para o herdeiro onerado uma incapacidade criada pelo testador e não pelo ordenamento jurídico, com base na idade ou saúde da pessoa”.

³⁴ Por todos, v. LÔBO, P. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

³⁵ GOZZO, D. A busca pela igualdade no direito fundamental de herança: herdeiros reservatários e a colação. Porto Alegre. *Direitos fundamentais e Justiça*, a. 9, n. 33, p. 101-122, out.-dez. 2015, p. 103.

³⁶ BRASILEIRO BORGES, R. C. e DANTAS, R. M. L. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan.-mar./2017, p. 86.

³⁷ ANDRADE, G. B. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 52.

qualquer direito.³⁸

Nesse prisma, a reserva – ou “*legítima*” – é uma abordagem infraconstitucional voltada à disciplina do direito fundamental à herança³⁹ conforme opções legislativas condizentes com certo momento histórico – o qual difere muito do presente.⁴⁰ O argumento de Ana Luiza Maia Nevares, oposto à abolição da reserva dos herdeiros necessários, explicita bem a dissociação entre este instituto e o direito fundamental de herança: “não há na Constituição garantia à legítima dos herdeiros necessários. Não obstante tal fato, a reserva está em consonância com o ordenamento jurídico (...), sendo um instituto que fortalece a unidade familiar”.⁴¹

Ou seja: suprimir a indisponibilidade que recai sobre 50% do patrimônio do testador não é negar ou prejudicar o direito fundamental à herança, mas alterar seu regime no plano infraconstitucional. Isso é admitido mesmo pelos defensores da reserva, ao pontuarem que sua eliminação do Direito brasileiro seria antissocial, mas não inconstitucional,⁴² e por alguns de seus defensores, ao argumentarem, em atenção ao enorme contingente de desamparados deixado pela Pandemia de COVID-19, por sua preservação.⁴³

Logo, é no mínimo prematura a conclusão de que as cláusulas restritivas, de *per se*, conflitem com o direito fundamental de herança.

Por fim, as cláusulas restritivas inspiram discórdia quanto à extensão de seus efeitos aos frutos das coisas que gravam, bem assim a certos modos de aquisição da propriedade. Em síntese, a comunidade especializada por muito tempo discutiu se a disposição impositiva do gravame alcançaria também os frutos – i.e.: as vantagens econômicas que se possam extrair de determinado bem sem prejuízo a sua existência e utilidade – mesmo no silêncio do autor da liberalidade, e se a inalienabilidade blindaria o bem contra a expropriação e a usucapião.

Diferente das contendas anteriores, nas quais a diversidade de entendimentos é mais

³⁸ GALDINO, F. O custo dos direitos. In: LOBO TORRES, R. Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201 e ss.

³⁹ ANDRADE, G. B. *O direito de herança e a liberdade de testar...*, p. 54.

⁴⁰ É a posição de João Aguirre e Giselda Hironaka – v. *Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários*. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e LIMA RODRIGUES, R. (Coords.). *Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 265.

⁴¹ NEVARES, A. L. M. A crise da legítima no Direito Brasileiro. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e RODRIGUES, E. L. (Coords.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 337.

⁴² NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento...*, p. 169.

⁴³ V. TARTUCE, F. A necessidade de revisão da legítima no Direito Sucessório brasileiro. *RDCC*. São Paulo, a. 9, v. 31, p. 219-264, abr./jun. 2022.

pronunciada, o conjunto ora recortado é enfrentado pela civilística com ares consensuais.

A um, a comunidade especializada, atenta aos cânones interpretativos do testamento, tem que cabe cogitar de alcance aos frutos da coisa testadas apenas se assim extraível da vontade do testador.⁴⁴ Essa posição foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal ao final da década de 1940, quando o do julgamento, por sua Primeira Turma, do Recurso Extraordinário 12.478.⁴⁵

A dois, o Código Civil de 1916, em dispositivo sem correspondência integral no Código de 2002, expressamente excluía do alcance da inalienabilidade convencional a expropriação por necessidade ou utilidade pública, bem como a execução de dívidas provenientes de impostos relativos aos bens gravados.⁴⁶ Ainda que o enunciado não tenha par na codificação hoje vigente, sua *ratio* segue a reverberar nos Tribunais, que ampliam seu alcance para a generalidade das obrigações *propter rem*.⁴⁷

A três, por fim, o Superior Tribunal de Justiça há muito entende que a usucapião, por ser modo *originário* de aquisição da propriedade, transcende o alcance das cláusulas restritivas. É o que se extrai do acórdão pelo qual sua Quarta Turma julgou o Recurso Especial 418.945/SP, ainda no crepúsculo da vigência do Código Civil de 1916: “A cláusula de inalienabilidade não veda que o bem seja adquirido por usucapião, pois a restrição diz respeito às formas de aquisição derivada expostas, e não à aquisição

⁴⁴ V., por todos, ITABAIANA DE OLIVEIRA, A. V. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4^a Ed., revista e atualizada com a colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 658.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 12.478/SP. Relator: Ministro Barros Barreto. Tribunal Pleno. *DJ*. Brasília, 1950. [online]. Disponível na Internet via: <https://redir.stf.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

⁴⁶ Trata-se do do artigo 1.676 do Código Civil de 1916, do qual se lia: “Art. 1.676. 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”.

⁴⁷ Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a respeito da inoponibilidade de cláusula de impenhorabilidade em face de medida de tutela de crédito condominial: “Por serem as despesas condominiais consideradas dívidas *propter rem*, a cláusula de impenhorabilidade gravada na matrícula do imóvel, e oriunda de contratos celebrados com terceiros, não pode ser oposta à execução das tacas condominiais. Como foi fito, a dívida que deu ensejo ao pedido de penhora é proveniente do próprio imóvel, de forma que é possível a penhora da unidade autônoma devedora” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AI 1.0024.10.252686-0/001. Relator: Desembargador Tiago Pinto. Décima Quinta Câmara Cível. *DJ*. Belo Horizonte, 2018. [online]. Disponível na Internet via: <https://www5.tjmg.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023); e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quanto à inoponibilidade de cláusulas restritivas em face de medidas de tutela de créditos fiscais: “verifica-se que se trata de execução fiscal, razão pela qual, em consonância com o disposto no art. 30 da Lei nº 6.830/80 e 184 do Código Tributário Nacional, tem-se por penhoráveis os bens gravados com as cláusulas, independentemente de anterioridade de sua constituição, à exceção daqueles bens absolutamente impenhoráveis” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI 70076902295. Relatora: Desembargadora Laura Louzata Jaccottet. Segunda Câmara Cível. *DJe*. 2018. [online]. Disponível na Internet via: <https://www.tjrs.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023).

originária como é a usucapião”.⁴⁸

As velhas celeumas pertinentes ao tema estão, portanto, superadas. Mas isso não significa que inexistam desafios novos, a suscitar uma cuidadosa consideração do tema desde a perspectiva do Direito Civil contemporâneo. Isso, sobretudo, no tocante à problemática da *justa causa* para oposição das restrições a bens integrantes da reserva dos herdeiros necessários – a qual não é bem *nova*, mas foi reavivada com o advento do Código Civil de 2002.

3. A justa causa testamentária segundo o Código Civil de 2002: um falso anúncio do dom da esperança

As Ordenações Filipinas, que celebram o longo compromisso do Direito brasileiro com a proteção ao herdeiro necessário,⁴⁹ especificavam em seu Livro IV, Título XI, que:

1. Porém, se o testador em seu testamento deixar sua herança, ou legado a alguma pessoa, mandado que o não possa vender, nem emalhear, se não a algum seu irmão, ou parente mais chegado, cumprir-se-ha o que pelo testador fôr mandado.
2. E bem assim, se algum deu, ou vendeu alguma cousa sua a outrem, com condição que não a possa vender, nem alhear, senão a seu irmão, ou a outra certa pessoa, fazendo-lhe a em alheação em outra maneira, será nenhuma e de nenhum efeito.

Posteriormente e mesmo antes do advento da codificação, o Decreto 1.893 de 1907, dedicado a regulação da sucessão *ab intestato*, delimitava a reserva dos herdeiros necessários e tratava da oposição, nela, de cláusulas restritivas. Dispunha, portanto, acerca do tema desta pesquisa, embora sem a desejável clareza quanto a exigibilidade (ou não) da justa causa:

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legitima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 418.945/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Quarta Turma. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. 2002. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

⁴⁹ TRUZZI OTERO, M. *Justa causa testamentária...*, p. 13.

ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer onus.

Essa normativa, que inspirou a importante e já referida reflexão dogmática de José Ulpiano Pinto de Souza,⁵⁰ veio a ser reiterada pelo Código Civil de 1916, de cujos artigos 1.721 e 1.723 se lê:

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Art. 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 incomunicabilidade, 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.

Conquanto o texto legal de 1916 não fosse novidadeiro, seu teor dividiu opiniões na literatura jurídica especializada. O cisma é assim descrito por Truzzi Otero: “gerou-se uma acesa controvérsia entre aqueles que defendiam a cláusula, a exemplo de Carlos Maximiliano, e aqueles que se posicionavam contrários a ela, como Orozimbo Nonato, pois entendiam que o permissivo legal afrontava a legítima dos herdeiros necessários”.⁵¹

Os embates que orbitam em torno das cláusulas restritivas em geral e da justa causa em particular foram extensamente documentados e aprofundados no bojo do processo legislativo que originou o Código Civil de 2002. Como visto, havia franco dissenso entre os juristas investidos no projeto, bem assim uma posição bastante resoluta de Miguel Reale pela eliminação completa das ditas cláusulas.

A extensão da controvérsia pode ser inferida das várias emendas parlamentares oferecida ao dispositivo do projeto que instituíam a exigência de justa causa para gravação de bens integrantes da reservatória: (i) Emenda 1.027, da lavra do Deputado Marco Maciel, (ii) Emenda 1.028, firmada pelo Deputado Fernando Coelho, (iii) Emenda 1.029, de autoria do Deputado Henrique Eduardo Alves, (iv) Emenda 1.030, proposta pelo Deputado Daso Coimbra, além das (v) Emendas 1.031 e 1.032, assinadas pelo Deputado Tancredo Neves.

⁵⁰ E.g.: PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*

⁵¹ TRUZZI OTERO, M. *Justa causa testamentária...*, p. 13.

Como pontuado pelo relator, “o número de emendas apresentadas em torno da matéria, propondo soluções divergentes e contraditórias, mostra o interesse que o assunto desperta”.⁵² Ele, após ponderar os argumentos dos parlamentares e a orientação de variados juristas, opinou pela rejeição de todas as emendas, com manutenção do texto que veio a se sedimentar no artigo 1.848 do Código de 2002. A propósito:

Somos do parecer de que ao testador é lícito estabelecer ônus e condições, não em caráter absoluto ou vitalício, mas subordinados aos interesses do próprio sucessor. Se este, após a abertura da sucessão e da administração dos bens próprios, demonstrar que não procedem as razões latentes na disposição restritiva, poderá pleitear sua revogação, demonstrando o prejuízo que a cláusula acarreta.⁵³

Ao termo do extenso processo legislativo de que resultou o Código Civil de 2002 e de sua também longa *vacatio legis*, exsurgiu nova alteração na disciplina jurídica do tema. A mudança então levada a efeito compreende a eleição de uma espécie de caminho intermediário entre o repúdio à clausulação de bens da reserva dos herdeiros necessários e sua franca admissão. Isso se fez pela exigência de *justa causa* para o estabelecimento, pelo *testador*, de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade em *testamento*:

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.848. 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.

Essa mudança no regramento da clausulação da reserva dos herdeiros necessários pelo testador deu novos ares à temática das restritivas, para além dos vetustos debates referidos. Isso por quatro razões.

A um, a festejada “restrição das restritivas”,⁵⁴ com a clara exigência legal de que o testador, ao apor as ditas cláusulas sobre bens da parte indisponível de seu patrimônio, apresente *justa causa*, eliminou a dúvida sobre a projeção de sua liberdade patrimonial sobre aquilo que se reserva *de pleno direito* aos herdeiros necessários.

⁵² MENCK, J. T. M. *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar...*, p. 1.729.

⁵³ MENCK, J. T. M. *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar...*, p. 1.730-1.731.

⁵⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, D. C. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum 2019, p. 318.

Quer dizer: o artigo 1.848 do Código Civil de 2002 esvaziou a querela de outrora e tornou despidendo o esforço hermenêutico empenhado por autores como José Ulpiano Pinto de Souza,⁵⁵ que argumentava pela exigibilidade da *justa causa* a partir de extenuante reflexão acerca do texto do artigo 3º do Decreto 1.839/1907. Também importou o desarme da tese oposta, que, ancorada nos comentários de Clóvis Beviláqua, referendava a dispensabilidade da justa causa nas oposições de cláusulas restritivas a despeito da reiteração do conteúdo daquele decreto já mencionados artigos 1.721 e 1.723 do Código Civil de 1916.

Pode-se dizer, portanto, que o Código Civil de 2002 introduziu a expressa consagração legislativa da excepcional possibilidade de clausulação de bens da reserva dos herdeiros necessários via *testamento*, bem como aclarou seu alcance e suas condicionantes. *Ceteris paribus*, Eroulths Cortiano Junior explica que “não se trata de um jogo de palavras: o legislador não autoriza as cláusulas, exigindo *justa causa*; ele as proíbe na herança necessária, salvo se houver *justa causa*”.⁵⁶

A dois, por uma inevitável questão de direito intertemporal, já que o artigo 2.042 do então Novo Código – cuja constitucionalidade foi contestada por setores da literatura⁵⁷ – assim prescreve:

Art. 2.042. 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 (...); se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa da cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.

Isso gerou demandas sensíveis que chegaram aos escaninhos dos Tribunais e foram postas a termo mediante exercícios de judicatura atentos às diretrizes do direito intertemporal.⁵⁸ Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça cravou: (i) que a omissão do testador em aditar o testamento no primeiro ano de vigência do Código para indicar

⁵⁵ Dizia o autor: “O inverso estabeleceu o art. 3º da lei n. 1839 de 1907, mandando que o testador *expresse a causa* pela qual estabelece a inalienabilidade. Si elle não *expressar*, no testamento, tal *causa*, está feita prova *intrínseca* de que o seu acto não tem *causa*, porque a inalienabilidade é um *modo*, um *encargo*, que precisa ser *verdadeiro* ou *justo* para ser attendido. E como não era lícito indagar da sua *causa*, si esta não fosse *expressa* por aquella regra da matéria testamentaria, o legislador determinou que o testador dê os motivos, a *causa* da inalienabilidade” (PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*, p. 96).

⁵⁶ CORTIANO JUNIOR, E. Sucessão e cláusulas restritivas..., p. 319.

⁵⁷ V. BANDEIRA, G. A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa, prevista no Novo Código Civil para os testamentos lavrados sob a égide do Código de 1916. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 191-204, 2003, p. 196 e ss.

⁵⁸ V. NORONHA, F. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 94, v. 837, p. 55-78, jul. 2005, *passim*.

a justa causa que sustenta a restrição imposta aos herdeiros testamentários resulta na invalidade da cláusula;⁵⁹ e (ii) que a morte do testador antes do escoamento total do prazo anual para cumprimento da determinação constante do artigo 2.042 do Código Civil não impacta na validade das cláusulas restritivas por ele impostas sobre bens integrantes da reserva dos herdeiros necessários.⁶⁰

A três, pelo sentido que se deve atribuir a *justa causa* – enunciado deliberadamente indeterminado⁶¹ que representa campo fértil para práticas decisionistas⁶² as quais põem na berlinda a segurança jurídica e a democraticidade do Direito brasileiro. À parte essa preocupação de fundo inspirada pelo mau hábito de empregar enunciados indeterminados como atalho argumentativo, adorno retórico ou varinha de condão,⁶³ tanto na teoria quanto na prática do Direito, é certo que a literatura, atenta à realidade prática das Sucessões, oferece critérios para valoração de motivações para clausulação da reserva⁶⁴ dos herdeiros necessários. A propósito, Eroulths Cortiano Junior sintetiza, sem olvidar da interpretação estrita demandado pelo caráter restritivo da exigência legal:⁶⁵

A conceituação de sua justiça (ou justeza) é extremamente subjetiva, e isso deve ser apreendido por três ângulos. Em primeiro lugar, o motivo determinante dela deve ser correlato à realidade dos fatos. Em segundo lugar, a cláusula deve ser medida salutar aos interesses do herdeiro (eventualmente, da família), e não do testador (é o interesse do herdeiro que justifica a clausulação). Em terceiro lugar, deve haver uma correlação entre a modalidade de cláusula e a necessidade antevista pelo testador (num caso que só se justifique a impenhorabilidade, a inalienabilidade será cláusula exagerada e

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.207.103/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. 2014. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.049.354/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. 2009. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

⁶¹ A propósito: TRUZZI OTERO, M. *Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

⁶² Sobre o tema, v. GRAU, E. R. *Por que eu tenho medo dos juízes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª Ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁶³ V. SCHMIDT, J. P. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil: licht und schatten bei der anwendung des grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, b. 2. Hanover, 2014, *passim*.

⁶⁴ Opta-se por não empregar a expressão “legítima”, constante do texto do Código Civil, pela visceral conexão existente entre ela e a hoje inaceitável circunscrição da proteção jurídica conferida às relações familiares que se encaixem na *família legítima*. A propósito: PIANOVSKI RUZYK, C. E. e PINHEIRO, R. F. O Direito de Família na Constituição de 1988 e suas repercussões no Direito das Sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: CONRADO, M. e PINHEIRO, R. F. *Direito Privado e Constituição: Ensaio para uma recompreensão valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 435.

⁶⁵ LÓBO, P. L. N. *Direito Civil: Sucessões...*, p. 252.

injusta).⁶⁶

Mesmo sob o artigo 3º da Lei 1.839/1907, aliás, havia zelo quanto à precisão do sentido de *justa causa*, embora de modo diverso e condizente com o estilo da época. Isso se vê em José Ulpiano Pinto de Souza, o qual frisa ser defeso ao testador se valer de motivos fúteis – em suas palavras, à simples vontade ou à fantasia do disponente⁶⁷ – para justificar a restrição. Ao revés: apenas os “*interesses sérios, legítimos, moraes, aprováveis, racionais* ou de natureza tal que não possam ser protegidos ou realizados senão por meio da inalienabilidade”⁶⁸ é que bastariam a embasar a restritiva.

Malgrado etéreas as qualificações elencadas, o antigo catedrático da Universidade de São Paulo elenca numerosos exemplos práticos de motivos justos, cartografados entre os interesses do disponente, os do beneficiário e os de terceiros. E, com velas insufladas pelos ventos do Direito Civil Contemporâneo, Simone Tassinari Cardoso e Caroline Pomjé explicam que “a mera liberalidade do testador ou mesmo razões genéricas não vêm sendo reconhecidas como justa causa suficiente para permanecer a limitação instituída sobre o bem”.⁶⁹ Ao revés, “é somente no interesse do herdeiro que a cláusula pode ser justificada”.⁷⁰

A *ratio* do argumento é presente também no Direito Projetado acerca do tópico em discussão, de que é exemplo o Projeto de Lei 3.799/2019, originário do gabinete da Deputada Soraya Thronicke, que propõe (i) redução do alcance da cláusula de inalienabilidade, a qual se justificará apenas se servir à proteção do patrimônio mínimo do herdeiro; e (ii) expressa dispensa à justificação do porquê das cláusulas de incomunicabilidade e de impenhorabilidade.

A quatro, enfim, por uma questão que não parece ter sido antevista pelo legislador: a ausência de previsão expressa acerca da exigibilidade da justa causa para clausulação da reserva sucessória em contratos de doação entre ascendentes e descendentes, os quais, a teor do artigo 544 do Código, “*consideram-se antecipação de herança*”, salvo se

⁶⁶ CORTIANO JUNIOR, E. Sucessão e cláusulas restritivas..., p. 320.

⁶⁷ PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*, p. 99.

⁶⁸ PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade...*, p. 100.

⁶⁹ TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN, S. e POMJÉ, C. As cláusulas restritivas da propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos Tribunais..., p. 359.

⁷⁰ TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN, S. e POMJÉ, C. As cláusulas restritivas da propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos Tribunais..., p. 359.

expressamente dispensadas da colação.⁷¹ É precisamente disso que tratam as seções seguintes.

4. A (in)exibibilidade em causa nas liberalidades *inter vivos*: o Estado da questão na literatura e nos tribunais

O artigo 1.848 do Código Civil brasileiro se situa no livro das Sucessões e, em seu texto, alude expressamente ao *testamento* e ao *testador*. O mesmo diploma legal, em seu artigo 1.789,⁷² especifica que a existência de herdeiros necessários – aos quais a reserva hereditária é assegurada *de pleno direito* – limita a liberdade testamentária à metade do patrimônio *do testador*. Apesar disso, a comunidade jurídica especializada não hesita em extrair, desde uma leitura que se pretende sistemática, a possibilidade de o testador dispor de bens integrantes da reserva com o propósito de *ordenar* sua boa distribuição. A isso se dá o nome de *liberdade testamentária qualitativa*.⁷³

Tal expressão da liberdade de disposição patrimonial do testador se coaduna com a função dos institutos fundamentais do Direito Civil. Em simetria ao argumento de Bobbio pela função promocional do Direito,⁷⁴ fala-se em *função promocional* do testamento⁷⁵ – e da liberdade testamentária – não apenas para encorajar a disposição pelo testador, como também para enaltecer a responsabilidade que acompanha todo exercício de liberdade.

A liberdade testamentária qualitativa, no entanto, encontra limitadores derivados da reserva dos herdeiros necessários. É dizer: o testador não pode amesquinhar o quinhão de um ou mais herdeiros necessários,⁷⁶ tampouco conferir-lhe(s) determinadas atribuições patrimoniais com restrição às faculdades dominiais. Daí a exigência legal da justa causa para aposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou

⁷¹ A colação hereditária, que também tem conexão visceral com a reserva dos herdeiros necessários, consiste em tema tão problemático quanto ao ora eleito. Para exame de *alguns* de seus principais aspectos, v. ARNT RAMOS, A. L. e ALTHEIM, R. Colação hereditária e legislação irresponsável: descaminhos da segurança jurídica no âmbito sucessório. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 6, n. 1, p. 33-46, mai. 2018; FACHIN, L. E. e PIANOVSKI RUZYK, C. E. Uma contribuição crítica que se traz à colação. In: DELGADO, M. e ALVES, J. F. *Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2006; e VILLELA, J. B. *Contribuição à teoria do valor dos bens na colação hereditária*. Tese de habilitação à docência-livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte: Edição do autor, 1964.

⁷² Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

⁷³ NEVARES, A. L. M. O testamento e sua instrumentalidade no planejamento sucessório: limites e potencialidades. In: TEIXEIRA, D. C. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. T. II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 452 e ss.

⁷⁴ V. BOBBIO, N. *Da estrutura à função*: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007, *passim*.

⁷⁵ NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento...*, 2009

⁷⁶ A propósito: VILLELA, J. B. *Contribuição à teoria do valor dos bens na colação hereditária...*, 1964, p. 4.

incomunicabilidade a bens integrantes da parte indisponível do patrimônio do testador (ou, pelo outro lado, da reservatória), constante do artigo 1.848 do Código Civil.

A *ratio* do texto normativo é toda atrelada à do testamento e ao exercício da chamada liberdade testamentária qualitativa. Sua literalidade e sua situação topográfica no Código apontam na mesma direção. É que o comando legal, como mencionado, se encontra no livro das Sucessões, no capítulo da Sucessão Legítima, e alude ao *testador* e ao *testamento*, sem qualquer referência a outro sujeito ou categoria negocial.

O legislador não distinguiu. Logo, segundo os vetustos cânones interpretativos que ecoam pela teoria e pela prática do Direito brasileiro contemporâneo, ao intérprete não competiria distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Demais disso, o enunciado em análise institui uma clara *restrição* ao exercício da liberdade testamentária – expressão da autonomia privada na seara sucessória⁷⁷ – no bojo de um negócio jurídico gratuito. Isso atrai a aplicabilidade de outro velho critério hermenêutico, de que *as restrições a direito se interpretam estritamente*, bem assim do contido pelo artigo 114 do Código Civil Brasileiro: os negócios jurídicos gratuitos (e as disposições normativas a eles referentes) se interpretam *restritivamente*, ainda que obtemperado pelo artigo 1.899 do mesmo diploma legal.⁷⁸ Assim, os vários caminhos tradicionais da interpretação de preceitos normativos e do próprio Direito Civil conduzem à conclusão de que a justa causa *testamentária* alcançaria apenas o testamento.

Essa opinião é compartilhada por diversos autores especializados. É o caso de Flávio Tartuce, para quem:

o art. 1.848 do Código Civil em vigor é norma restritiva da autonomia privada e, como tal, não admite interpretação extensiva ou analogia para outras hipóteses ou tipos não previstos. Em suma, seu campo de incidência é apenas o testamento, e não a doação.⁷⁹

⁷⁷ “A autonomia privada manifesta-se e realiza-se no campo das relações jurídicas patrimoniais, que é o setor por excelência da esfera de soberania individual, compreendendo as relações jurídicas obrigacionais e as reais. Seu instrumento é o negócio jurídico, fonte por excelência das obrigações, incluindo os contratos, as declarações unilaterais de vontade e, no campo das sucessões, o testamento” (AMARAL NETO, F. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília, a. 26, n. 102, p. 207-230, abr.-jun./1999, p. 223).

⁷⁸ Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

⁷⁹ TARTUCE, F. *Direito Civil*. v. 6: Direito das Sucessões. 14^a Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 522.

Também Mário Roberto Carvalho de Farias a sustenta, argumentando que “sendo as cláusulas impostas por doação, não haverá necessidade de o doador justificar os gravames eis que o legislador restringiu sua declaração somente em caso de testamento e sobre a legítima dos herdeiros”.⁸⁰ Por consequência, no dizer do autor, “os gravames impostos por doação não se sujeitarão a apreciação judicial”.⁸¹

Mas se engana quem intui, a partir daí, que não haja discórdia também em torno da justa causa para clausulação da reserva dos herdeiros necessários. Há. E não apenas na literatura. O dissenso gira em torno da extensão ou não da exigência legal da justa causa do artigo 1.848 do Código Civil às doações que caracterizem *antecipação de herança*, nos termos do artigo 544 do mesmo diploma normativo.

O pano de fundo do argumento em prol da extensão repousa sobre dois pilares. De um lado, o da inevitabilidade da conversão do objeto da doação em herança e, a depender da existência de dispensa da colação, em herança integrante da reserva dos herdeiros necessários. De outro, o da inexistência de permissivo legal para a aposição de restritivas na disciplina do contrato de doação. A tese é sustentada por Alexandre Laizo Clápis, em cujo parecer

Nos negócios jurídicos de doação feita de ascendente para descendentes ou cônjuge, a qual configura antecipação do que lhes caberá na herança (legítima + disponível), com imposição de cláusulas restritivas de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, é necessário que o doador declare expressamente se o quanto doado é destacado da parte legítima ou da disponível de seu patrimônio. Se o doador considerar que tal destaque é feito da parte legítima de sua herança, imprescindível que se declare a justa causa para imposição das referidas cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e de impenhorabilidade, em atenção ao que determina o art. 1.848 do CC/2002, que serve de supedâneo aos negócios jurídicos de doação, não só por se tratar de liberalidades, como ocorre nos testamentos, mas por não haver nas regras relativas ao contrato de doação (art. 538 do CC/2002 e seguintes) previsão legal que autorize tais cláusulas nesta espécie de contrato. Se declarado expressamente que é da disponível, dispensável constar a justa causa.⁸²

⁸⁰ CARVALHO DE FARIAS, M. R. *Direito das Sucessões*: teoria e prática. 9ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 238.

⁸¹ CARVALHO DE FARIAS, M. R. *Direito das Sucessões*..., p. 238.

⁸² CLÁPIS, A. L. Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, v. 57, p. 9-26, jul./dez. 2004.

A meio-caminho entre as duas posições aventadas, insere-se uma terceira linha argumentativa, para a qual a exposição do justo motivo é dispensável na escritura pública de doação, mas deve constar de ulterior testamento a ser lavrado pelo doador. Marcelo Truzzi Otero partilha desse entendimento. Ele defende, em sua tese de doutoramento, que

O artigo 1.848 do Código Civil deve, portanto, ser interpretado de modo a harmonizar os interesses da família com os interesses do herdeiro necessário, a quem a lei assegura a intangibilidade da legítima, e o único modo de fazê-lo coerentemente é assegurar ao autor da herança a prerrogativa de justificar, em testamento, as cláusulas impostas sobre a legítima do herdeiro necessário, sejam aquelas declaradas no próprio testamento, sejam aquelas apontadas em instrumento de doação que não foram justificadas na oportunidade.

O argumento foi reiterado pelo autor cerca de dez anos após a publicação comercial da dita tese, em capítulo do segundo tomo da obra coletiva *Arquitetura do Planejamento Sucessório*.⁸³ E é reforçado pela autoridade de juristas como Luiz Paulo Vieira de Carvalho, que pontua ser “indispensável a oposição de justa causa no próprio título da liberalidade *inter vivos* (...) que representem adiantamento da legítima, ou a posteriori, através de testamento, quando nelas se contiver qualquer das cláusulas restritivas”.⁸⁴

A divergência existente na literatura encontra simetria no parco acervo de decisões judiciais colegiadas disponíveis a respeito do tema. Ao longo dos anos, os Tribunais intermediários firmaram orientações divergentes, nos esquadros do panorama traçado pela civilística brasileira.

Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez coro à posição de Flávio Tartuce e Mário Roberto Carvalho de Farias ao julgar o apelo 67.536/07, por sua 14^a Câmara Cível, sob relatoria do Desembargador Nascimento Póvoas, em 01 de agosto de 2007. Da decisão se lê:

estabelece o Código Civil em seu art. 1.848 ao testador o impedimento de impor cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens componentes da legítima, salvo se houver justa causa declarada no próprio testamento, o que constitui

⁸³ V. TRUZZI OTERO, M. As cláusulas restritivas de propriedade como instrumento de planejamento sucessório. In: CHAVES TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. T. II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 597 e ss.

⁸⁴ VIEIRA DE CARVALHO, L. P. *Direito das Sucessões*. 3^a Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017, p. 525.

disposição de direito a tal situação, o que não se observa no caso em análise, em que foi imposta a restrição em apreço, oriunda de dispositivo contratual *inter vivos*, devendo, pois aqui preponderar a vontade do doador.

Diferentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reverberou o entendimento contrário, ao julgar o apelo 0000354-53.2012.8.26.0083, por sua 10ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do Desembargador Elcio Trujillo, em 16 de setembro de 2014. Consta, a propósito, do acórdão: “à luz do Código Civil de 2002, se no instrumento público de doação não foi expressa a justificativa para a incomunicabilidade, tal cláusula não merece subsistir”.

Diante desse confuso quadro, o Colégio Notarial Brasileiro aprovou enunciado indicativo de que “nas escrituras de doação não é necessário justificar a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima. A necessidade de indicação de justa causa (CC art. 1.848) limita-se ao testamento, não se estendendo às doações”.⁸⁵ A baliza parece segura e afinada no diapasão dos critérios interpretativos consagrados pela civilística e que sustentam os pungentes argumentos de Flávio Tartuce e Mário Roberto de Carvalho Farias. Contudo, há ainda outros aspectos a considerar.

5. A (não) decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

Até a data de fechamento deste texto, pesquisa à base de dados do Superior Tribunal de Justiça por decisões concernentes ao tema aqui recortado mediante a chave “(CC-02 MESMO 010406 MESMO (ART ADJ "01848")).REF.”⁸⁶ resulta na localização de cinco acórdãos, abaixo relacionados e ladeados pelas respectivas referências legislativas que norteiam a indexação de resultados no motor de buscas da Corte:

Classe	Numeração	Órgão julgador	Relator(a)	Referência legislativa
REsp	1.631.278/PR	T3	Min. Paulo de Tarso Sanseverino	LEG:FED LEI:010406 ANO:2002 ***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002 ART:01848

⁸⁵ CNB/CF divulga enunciados jurídicos aprovados no XIX Congresso Notarial Brasileiro. Disponível em <https://www.cnbsp.org.br>. Divulgado em 22/07/2014. Última consulta em 27/01/2021.

⁸⁶ Os operadores são definidos automaticamente pela ferramenta “pesquisa avançada” do site do Superior Tribunal de Justiça, em resposta à seleção do comando “Código Civil de 2002 – CC-02” na caixa “Norma” situada no campo “Legislação”, cumulada com o preenchimento do numeral “1848” na caixa “ART”, localizada no mesmo campo.

REsp	1.207.103/SP	T3	Min. Marco Aurélio Bellizze	<p>LEG:FED LEI:010406 ANO:2002 ***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002 ART:01848 ART:01987 ART:01989 ART:02042</p> <p>LEG:FED LEI:005869 ANO:1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 ART:01138 PAR:00001 ART:01140</p>
REsp	1.422.946/MG	T3	Min. Nancy Andrighi	<p>LEG:FED LEI:003071 ANO:1916 ***** CC-16 CÓDIGO CIVIL DE 1916 ART:01676</p> <p>LEG:FED LEI:010406 ANO:2002 ***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002 ART:01848 PAR:00002 ART:01911 PAR:ÚNICO</p>
REsp	1.111.095/RJ	T4	Min. Fernando Gonçalves	<p>LEG:FED LEI:010406 ANO:2002 ***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002 ART:01639 ART:01687 ART:01787 ART:01806 ART:01829 INC:00001 ART:01845 ART:01848 ART:02039 ART:02041</p> <p>LEG:FED LEI:003071 ANO:1916 ***** CC-16 CÓDIGO CIVIL DE 1916 ART:00276 ART:01577 ART:01603</p> <p>LEG:FED DEL:004657 ANO:1942 ***** LICC-42 LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL ART:00002 ART:00006 PAR:00001 PAR:00002</p>

REsp	1.049.354/SP	T3	Min. Nancy Andrichi	LEG:FED LEI:010406 ANO:2002 ***** CC-02 CÓDIGO CIVIL DE 2002 ART:01848 ART:02042 LEG:FED SUM:***** ***** SUM(STF) SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUM:000283
------	--------------	----	---------------------	--

Deles, apenas um diz respeito a cláusula restritiva imposta por intermédio de instrumento de doação. Trata-se do acórdão pelo qual o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 1.631.278/PR, por sua Terceira Turma, sob relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em março de 2019.

Na ocasião, o órgão fracionário foi instado a se pronunciar acerca do *cancelamento* de cláusula de inalienabilidade em decorrência da “ausência de justo motivo para manutenção da manifesta restrição ao direito de propriedade dos autores 16 anos após a doação e quase 10 anos após o falecimento da doadora e 7 anos após o falecimento do doador”,⁸⁷ bem como de um etéreo argumento dos litigantes em prol da função social da propriedade.

O voto condutor enfrentou o *busilis* mediante resgate da disciplina das cláusulas restritivas pelo Código Civil de 1916, afirmação das consequências não raro indesejáveis dos ditos gravame e assinalação de que a inalienabilidade imposta pelo doador guardaria coerência com a reserva de usufruto havida quando da liberalidade *inter vivos*. Concluiu, então:

Enquanto existia a causa, no caso, o usufruto, já que não se tem notícia de risco de prodigalidade ou de dilapidação patrimonial na espécie, razoável entender-se pela manutenção das restrições (incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade), pois poderia mesmo comprometer o uso tranquilo por parte dos usufrutuários do bem, imiscuindo-se terceiros na relação com os usufrutuários/doadores.

Após a extinção do usufruto e a morte dos pais e doadores do imóvel, e, ainda, sem razão suficiente a fazer constricto o direito de propriedade

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.631.278/PR. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. 2019. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

dos autores, entendo que os proprietários devem voltar ao plenipotenciário exercício de direitos sobre a sua propriedade, não se extraindo do CCB orientação diversa.⁸⁸

A *ratio* da decisão, como se vê, repousa sobre a existência de justo motivo para o cancelamento da cláusula. É isso que está em julgamento. E é nessa direção que se encaminhou a deliberação no excerto transcrito – como, aliás, ocorre em parcela significativa dos feitos processuais concernentes a cláusulas restritivas, como documentado por Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e Caroline Pomjé.⁸⁹

Sucedo, contudo, que a decisão foi além. Em trecho que pode ser qualificado como *obiter dictum*, anotou que o artigo 1.848 do Código Civil em vigor “passou a exigir que o instituidor da liberalidade, nos casos de testamento, indique expressamente uma justa causa para a restrição imposta” – evidentemente, embora não dito pelo acórdão, apenas nos casos em que o gravame recair sobre a reserva sucessória. A partir daí, o voto condutor dedica *dois parágrafos* especificamente à problemática da (in)exigibilidade da justa causa testamentária nos contratos de doação que importem antecipação de herança. São eles:

Há de se exigir que o doador manifeste razoável justificativa para a imobilização de determinado bem em determinado patrimônio, sob pena de privilegiarem-se excessos de proteção ou caprichos desarrazoados.

(...)

Perceba-se que o ato *intervivos* de transferência de bem do patrimônio dos pais aos filhos configura adiantamento de legítima e, com a morte dos doadores, passa a ser legítima propriamente dita, revelando-se, na verdade, importante o quanto prescreve o art. 1.848 do CCB para a solução da presente controvérsia.

Na sequência, a Corte registrou que “não havendo justo motivo *para que se mantenha congelado o bem sob a propriedade dos donatários (...)* há de se cancelar as cláusulas que o restringem”. Dessarte, a *norma* que se extrai da decisão só pode ser a de que *cláusulas restritivas podem ser desconstituídas em juízo mediante demonstração de justo motivo por parte dos negativamente afetados por elas*.

Apesar disso, a ementa do julgado registra que:

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.631.278/PR...

⁸⁹ TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN, S. e POMJÉ, C. As cláusulas restritivas da propriedade e a justa causa testamentária..., p. 352.

a doação do genitor para os filhos e a instituição de cláusula de inalienabilidade, por representar adiantamento de legítima, deve ser interpretada na linha do que prescreve o art. 1.848 do CCB, exigindo-se justa causa notadamente para a instituição da restrição ao direito de propriedade.

A ementa é incongruente com o inteiro teor do acórdão. Isso representa imenso risco para a unidade e a coerência do Direito federal infraconstitucional legislado, a contrariar, pois, a atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça.

Demais disso, se a Terceira Turma efetivamente tivesse decidido acerca da exigibilidade da justa causa testamentária para aposição das restritivas em contratos de doação, certamente inspiraria crítica da comunidade jurídica especializada. Em especial, pelo dissenso noticiado na seção precedente, que orbita em torno da finalidade da restrição às restritivas, da possível caracterização da doação entre parentes sucessíveis como antecipação *de herança* (não de legítima, como dizia o revogado Código Civil de 1916)⁹⁰ e de alguns dos mais vetustos critérios de interpretação do Direito posto.

Mas não só por isso; também por outro recorte que se pode fazer à guisa de uma investigação coerentista: o da análise dos porquês da (in)exigibilidade da justa causa testamentária nas liberalidades *inter vivos* à luz das categorias negociais do testamento e da doação.

Tudo sem prejuízo da averiguação do porquê da própria reserva sucessória,⁹¹ que é a pedra angular do preceito contido pelo artigo 1.848 do Código Civil Brasileiro, realizada

⁹⁰ Ao contrário da opção do Código Civil de 1916, pela qualificação da doação entre parentes sucessíveis como antecipação de legítima, o de 2002 opta pela via da antecipação de herança. Por consequência, “se distancia da discussão sobre herdeiros necessários a quem se confere legítima, ampliando seu escopo para a geração em si recebida por descendentes e cônjuge” (CUNHA, L. R. Sucessões, colação e sonegados. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 10).

⁹¹ O tema tem despertado o interesse da comunidade especializada, como revelam, ilustrativamente: TARTUCE, F. Fundamentos do Direito das Sucessões em outros sistemas e no Brasil. *RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020; SAMPAIO SOUZA, V. R. C. e ALMEIDA JUNIOR, V. A. Legítima e liberdade testamentária no Direito Civil contemporâneo: entre autonomia e solidariedade. *Pensar*. Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021; e BORGES RIBEIRO, Raphael Rego. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*, a. 11, n. 1, 2022.

alhures⁹² e transcendente ao escopo deste trabalho. É que a restrição normativa fundada na reserva sucessória merece, por arrastamento, as críticas dirigidas àquela. A reserva, todavia e mesmo disfuncional, integra o ordenamento. E exige coerência de decisões e preceitos normativos. Assim, deve-se buscar uma interpretação consentânea com o ordenamento por ela integrado.

6. A justa causa em face das categorias negociais do testamento e da doação. Ou: sobre maçãs e laranjas

Maçãs e laranjas são indubitavelmente diferentes. Embora próximos sob diversos aspectos – *e.g.* são alimentos de origem vegetal –, são inconfundíveis – *v.g.* a maçã é um pseudofruto, enquanto a laranja é um fruto simples. Na ambiência do Direito Comparado, é comum que se empregue a expressão popular “*comparing apples and oranges*” para desqualificar tentativas vãs de comparar o incomparável – ainda que certos elementos comuns possam ser estabelecidos. Como se vê das mediações calcorreadas até aqui, o mesmo racional pode ser trasladado para o tema desta pesquisa: a discórdia que circunda a (in)exigibilidade da justa causa para aposição de cláusula restritiva em doação sem dispensa à colação é atribuível a uma errônea comparação (*rectius*: quase equiparação) entre testamento e doação. Entre maçãs e laranjas.

Assim como maçãs e laranjas, testamento e doação podem ser aproximados à vista de traços comuns. Ambos são negócios jurídicos benéficos. Talvez por isso muitas das normativas atinentes a um possam ser estendidas ao outro, como, ilustrativamente, o emprego do mecanismo da redução das disposições testamentárias (artigo 1.967 do Código Civil⁹³) aos excessos que caracterizem doação inoficiosa (artigo 2.007, § 2º, do

⁹² Seja facultado remeter, ilustrativamente, a: ARNT RAMOS, A. L. Invalidez da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o art. 2.028 do Código Civil. In: CHAVES TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2ª Ed., revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2019; ARNT RAMOS, A. L. Compra e venda de ascendente para descendente: reflexões acerca do art. 496 do Código Civil Brasileiro. In: CATALAN, M.; BAROCELLI, S. *Derecho privado y solidaridad en Sudamérica: VIII Agendas de Derecho Civil Constitucional*. Buenos Aires: Editores Argentina, 2020; ARNT RAMOS, André Luiz e CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de Direito Sucessório? *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019; e CORTIANO JUNIOR, E. e ARNT RAMOS, A. L. Diálogos: o Direito das Sucessões e os institutos fundamentais de Direito Civil. In: EHRHARDT JUNIOR, M. e CORTIANO JUNIOR, E. (Coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁹³ Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

mesmo diploma legal⁹⁴), visando à conservação do negócio jurídico. Mas não parece ser lícito partir de traços acidentalmente comuns para inferir a aplicação da regra do artigo 1.848 do Código Civil às doações entre parentes sucessíveis sem dispensa à colação. A razão disso está no próprio *quid* da doação e do testamento.

A doação é “o contrato que transfere bens ou vantagens do patrimônio de um sujeito para o de outro, sem correspectivo”.⁹⁵ Em sua estrutura, apresenta-se como um negócio jurídico bilateral, *inter vivos*, revogável apenas por hipóteses legais (ingratidão do donatário e inexecução de encargo, conforme artigo 555 e 557 do Código Civil⁹⁶), não sinalagmático, real,⁹⁷ além de formal e solene, para cuja conformação a aceitação do donatário é indispensável.⁹⁸ Ou seja: salvo a pontual exceção do artigo 543 do Código Civil Brasileiro,⁹⁹ a doação somente será existente e válida se o donatário aceitar a transmissão gratuita de bem ou vantagem patrimonial realizada pelo doador. Simão, por todos, atesta que “a doação, como todo e qualquer contrato, é negócio jurídico bilateral, ou seja, nasce de um acordo de vontades, logo, no plano da existência do negócio jurídico, não há contrato se não houver aceitação da outra parte”.¹⁰⁰ Isso ainda que a exigência seja obtemperada pela presunção constante do artigo 539 do Código Civil.¹⁰¹

⁹⁴ Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. § 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade. § 2º A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias. § 3º Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível. § 4º Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.

⁹⁵ NERY JUNIOR, N. e PENTEADO, L. C. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. *Revista de Direito Privado*, v. 25, p. 7-58, jan.-mar. 2006.

⁹⁶ Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo; e art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

⁹⁷ A qualidade real ou consensual do contrato de doação é controversa na literatura especializada. De um lado, autores como Pablo Stolze Gagliano e Maria Helena Diniz sustentam tratar-se de contrato *consensual* (v. GAGLIANO, P. S. *Contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 40; DINIZ, M. H. *Tratado teórico e prático dos contratos*. V. 5. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107). De outro, estudiosos como Luciano Camargo Penteado e Paulo Luiz Netto Lôbo, têm que se trata de contrato *real* (v. PENTEADO, L. C. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 211; e LÔBO, P. L. N. *Direito Civil: Contratos*. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281). Com máximo respeito à primeira corrente, este trabalho se alinha à segunda.

⁹⁸ ALVIM, A. Da doação. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 40.

⁹⁹ Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

¹⁰⁰ SIMÃO, J. F. Natureza jurídica do dízimo e da doação: aparente semelhança, mas grandes e insuperáveis diferenças. *RIDB*, a. 2, n. 9, p. 10.357-10.386, 2013, p. 10.358.

¹⁰¹ Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

O testamento, de seu turno, é o “ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos”.¹⁰² Desde o prisma estrutural, afigura-se como um negócio jurídico unilateral (portanto não contratual), *mortis causa*, revogável *ad nutum*, formal e solene. Vale dizer, no que interessa para o momento: existe e é válido independentemente de qualquer manifestação de vontade além da do testador,¹⁰³ embora a aceitação pelo beneficiário seja necessária para o desbloqueio de sua eficácia típica. E mediante manifestação de vontade compreensiva da herança como um todo, como se extrai *a contrario sensu* do artigo 1.808 do Código Civil.¹⁰⁴

A exigência legal de justa causa para a oposição de restritiva a bem integrante da reserva do herdeiro necessário por disposição testamentária *faz sentido* porque a restrição decorre unicamente da vontade do testador. Seu simples querer sujeita o beneficiário a restrição dominial relativamente ao bem testado, independentemente de prévio consentimento. Logo, exatamente como na deserdação (*ex vi* dos artigos 1.961 a 1.964 do Código Civil de 2002¹⁰⁵), a ingerência do testador no direito de herança do herdeiro reservatário impescinde de justificação robusta.

O mesmo não se pode afirmar relativamente à doação, pois, como se sabe, a aceitação do donatário é indispensável ao aperfeiçoamento mesmo da categoria negocial em questão. Sem ela, doação não há. E, se houvesse, não seria válida. Dessarte, se o donatário aceita – e a aceitação é constitutiva – a doação, pode-se admitir que também aceito estará o gravame, em prestígio à liberdade positiva do beneficiário. Isso é, em si e por si, uma causa justa e bastante.

A suficiência da vontade concorrente do beneficiário de ato *inter vivos* para excepcionar normativas advindas do Direito Sucessório é referendada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobretudo diante da *distinção* entre doação e negócios jurídicos sucessórios. É

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Volume LVI, 2012, p. 109.

¹⁰³ GONDIM, R. B. *Invalidez do testamento*. Rio de Janeiro: Juruá, 2001, p. 7.

¹⁰⁴ Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo. § 1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los. § 2º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.

¹⁰⁵ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

o que se depreende, quando menos, da orientação do Tribunal da Cidadania acerca da dispensa do inventário e da colação diante da partilha feita em vida.

Nomeadamente: a Corte tem que a aceitação dos herdeiros, somada à intenção de dividir patrimônio em vez de praticar liberalidade, importa a dispensa de inventário e de colação na partilha em vida. Outra não é a *ratio* do acórdão pelo qual julgou o Recurso Especial 6.528/RJ, no qual se discutia a (des)necessidade de colação de excessos aos quinhões dos herdeiros necessários ocasionados por partilha em vida, autorizada pelo artigo 1.776 do Código Civil de 1916, então vigente:

Portanto e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que estas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário.¹⁰⁶

Diante disso – e da atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça, de dizer o sentido do Direito infraconstitucional federal legislado¹⁰⁷ –, é pertinente indagar: se a aceitação, por ser necessária à existência e à validade da partilha em vida, basta para dispensar inventário e colação, por que não bastaria também para dispensar a justa causa testamentária nas doações entre parentes sucessíveis sem dispensa à colação? Ao que parece, *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*.

Por consequência, a exigibilidade de justa causa declarada para aposição de cláusula restritiva em contrato de doação entre ascendente e descendente sem dispensa da colação *não coere* com o Direito brasileiro.

7. Conclusão

A análise empreendida por este estudo permite apreciar o tema da (in)exigibilidade de justa causa para aposição de cláusula restritiva em doação de ascendente para descendente de modo dogmático e crítico.

Desde a demarcação das discórdias que moldam o conjunto temático na comunidade jurídica brasileira até a discussão das decisões do Superior Tribunal de Justiça a seu

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 6.258/RJ. Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. 1991. [online]. Disponível na Internet via: <https://scon.stj.jus.br/>. Última consulta em 04/01/2023.

¹⁰⁷ MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 79.

respeito, a abordagem proposta permite a contemplação de preocupações funcionais, avessas a sedutoras, mas perigosas, soluções conceituais ou proclamadas em abstrato. É dizer: conduz à resolução do problema eleito em adequação à totalidade do sistema¹⁰⁸, desvendando a complexidade imanente a ele e explorando caminhos decisórios compromissados antes com a controlabilidade de razões que com a pré-determinação de hipóteses e conseqüências normativas.

Assim, a perscrutação empenhada conduziu a resposta negativa à pergunta acerca da exigibilidade da justa causa testamentária às doações de ascendente para descendente sem dispensa da colação. Dito por outras palavras: confirmou a hipótese inicial, de que a prescrição do artigo 1.848 do Código Civil Brasileiro não alcança liberalidades *inter vivos*. Isso, por pelo menos cinco ordens de razão.

A um, desde o ponto de vista interpretativo, o texto legal (*a*) contém regra restritiva de direito, pelo que deve ser interpretado estritamente, e (*b*) se dirige especificamente ao testamento e ao testador, sem qualquer correspondente na disciplina jurídica da doação, promovendo uma distinção deliberada por iniciativa do legislador.

A dois, o contrato de doação se caracteriza como uma liberalidade – aliás, trata-se da liberalidade *inter vivos* por excelência –, pelo que seu instrumento e os textos normativos que lhe disciplinam comportam interpretação também estrita. Via de conseqüência, o preceito dedicado à aposição de cláusula restritiva a bem integrante da reserva sucessória pelo *testador* não pode se estender ao *doador*.

A três, testamento e doação são categorias negociais distintas, apesar de acidentalmente similares quanto a determinados aspectos. E as distinções entre si existentes – especialmente as atinentes ao caráter *bilateral* da primeira contra o *unilateral* do segundo e à indispensabilidade da aceitação do beneficiário para a existência e validade da liberalidade entre vivos *versus* a sua prescindibilidade para a correspondente *mortis causa* – importam contrastes em seus respectivos regimes jurídicos.

A quatro, o Código Civil Brasileiro exige justo motivo para intervenção na reserva sucessória pelo testador, justamente em virtude da unilateralidade do testamento. Nomeadamente, ao tratar da deserdação, para a qual há um rol de motivos reputados justos, e ao disciplinar a clausulação da reserva, em relação à qual o legislador optou pelo emprego de enunciado deliberadamente indeterminado. Nenhuma exigência

¹⁰⁸ V. FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.7.

semelhante se faz para a doação, pois a imprescindível aceitação do donatário caracteriza causa justa e suficiente para embasar sua sujeição ao gravame.

A cinco, o Superior Tribunal de Justiça, que até o fechamento deste texto jamais havia se manifestado especificamente sobre o tema, reputa suficiente a vontade concorrente do beneficiário de ato *inter vivos* para excepcionar normativas advindas do Direito Sucessório. E o faz, de modo muito particular, à vista da *distinção* entre doação e negócios jurídicos sucessórios.

Esses cinco porquês explicitam as várias camadas da incoerência da exigência de justa causa para clausulação de bem integrante da reservatória em doação que caracterize antecipação de herança. Sua reunião e tratamento à luz dos aportes que delimitam o presente trabalho oferecem contribuição original e inédita ao entendimento do tema na teoria e na prática do Direito Civil.

Referências

AGUIRRE, J. R. B. e HIRONAKA, G. M. F. N. *Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários*. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e LIMA RODRIGUES, R. (Coords.). *Contatos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

ALVIM, A. Da doação. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL NETO, F. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília, a. 26, n. 102, p. 207-230, abr.-jun./1999.

ANDRADE, G. B. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARNT RAMOS, A. L. Compra e venda de ascendente para descendente: reflexões acerca do art. 496 do Código Civil Brasileiro. In: CATALAN, M.; BAROCELLI, S. *Derecho privado y solidaridad en Sudamérica: VIII Agendas de Derecho Civil Constitucional*. Buenos Aires: Editores Argentina, 2020.

ARNT RAMOS, A. L. e ALTHEIM, R. Colação hereditária e legislação irresponsável: descaminhos da segurança jurídica no âmbito sucessório. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 6, n. 1, p. 33-46, mai. 2018.

ARNT RAMOS, A. L. e CATALAN, M. J. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de Direito Sucessório? *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

ARNT RAMOS, A. L. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o art. 2.028 do Código Civil. In: CHAVES TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2ª Ed., revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARNT RAMOS, A. L. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2021.

ARONNE, R. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia – titularidades e Direito Reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2ª Ed., atualizada por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BANDEIRA, G. A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa, prevista no Novo Código Civil para os testamentos lavrados sob a égide do Código de 1916. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 191-204, 2003.

- BOBBIO, N. *Da estrutura à função*: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BORGES RIBEIRO, Raphael Rego. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*, a. 11, n. 1, 2022.
- BRASILEIRO BORGES, R. C. e DANTAS, R. M. L. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan.-mar./2017.
- CARVALHO DE FARIAS, M. R. *Direito das Sucessões*: teoria e prática. 9ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CLÁPIS, A. L. Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, v. 57, p. 9-26, jul./dez. 2004.
- CNB/CF divulga enunciados jurídicos aprovados no XIX Congresso Notarial Brasileiro. Disponível em <https://www.cnbsp.org.br/>. Divulgado em 22/07/2014.
- CORTIANO JUNIOR, E. e ARNT RAMOS, A. L. Diálogos: o Direito das Sucessões e os institutos fundamentais de Direito Civil. In: EHRHARDT JUNIOR, M. e CORTIANO JUNIOR, E. (Coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CORTIANO JUNIOR, E. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, D. C. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CUNHA, L. R. *Sucessões, colação e sonegados*. Indaiatuba: Foco, 2022.
- DABUS MALUF, C. A. Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. 3ª Ed., ampliada. São Paulo: Saraiva, 1986.
- DINIZ, M. H. *Tratado teórico e prático dos contratos*. V. 5. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FACHIN, L. E. *Direito Civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, L. E. e PIANOVSKI RUZYK, C. E. Uma contribuição crítica que se traz à colação. In: DELGADO, M. e ALVES, J. F. *Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. v. 3. São Paulo: Método, 2006.
- GAGLIANO, P. S. *Contrato de doação*: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- GALDINO, F. O custo dos direitos. In: LOBO TORRES, R. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GAVIÃO DE ALMEIDA, J. L. *Código Civil Comentado*. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.
- GOMES, O. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- GOZZO, D. A busca pela igualdade no direito fundamental de herança: herdeiros reservatários e a colação. Porto Alegre. *Direitos fundamentais e Justiça*, a. 9, n. 33, p. 101-122, out.-dez. 2015.
- GRAU, E. R. *Por que eu tenho medo dos juízes?* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª Ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, A. V. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª Ed., revista e atualizada com a colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- LÔBO, P. L. N. *Direito Civil*: Contratos. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÔBO, P. L. N. *Direito Civil*: Sucessões. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.
- LUZZATTI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*: la genericidad del derecho. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- MENCK, J. T. M. *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. V. 1: Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

- MESQUITA, M. H. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MILLEVILLE, S. Les restrictions au droit de disposer. Tese de doutoramento. Université Panthéon-Assas (Paris II), 2008.
- MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.
- NERY JUNIOR, N. e PENTEADO, L. C. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. *Revista de Direito Privado*, v. 25, p. 7-58, jan.-mar. 2006.
- NEVARES, A. L. M. A crise da legítima no Direito Brasileiro. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e RODRIGUES, E. L. (Coords.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco, 2021.
- NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NEVARES, A. L. M. O testamento e sua instrumentalidade no planejamento sucessório: limites e potencialidades. In: TEIXEIRA, D. C. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. T. II. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- NORONHA, F. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 94, v. 837, p. 55-78, jul. 2005.
- PASSOS, E. e OLIVEIRA LIMA, J. A. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012.
- PENTEADO, L. C. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2013.
- PIANOVSKI RUZYK, C. E. e PINHEIRO, R. F. O Direito de Família na Constituição de 1988 e suas repercussões no Direito das Sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: CONRADO, M. e PINHEIRO, R. F. *Direito Privado e Constituição: Ensaio para uma recompreensão valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- PINTO DE SOUZA, J. U. *Das cláusulas restrictivas da propriedade: inalienabilidade, impenhorabilidade, incommunicabilidade, conversão e administração*. São Paulo: Salesianas, 1910.
- PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil*. v. 1. 8ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1920.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Volume LVI, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado dos Testamentos*. Volume IV. Rio de Janeiro: Pimenta de Melo, 1930.
- SAMPAIO SOUZA, V. R. C. e ALMEIDA JUNIOR, V. A. Legítima e liberdade testamentária no Direito Civil contemporâneo: entre autonomia e solidariedade. *Pensar*. Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021.
- SCHMIDT, J. P. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil: licht und schatten bei der anwendung des grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, b. 2. Hanover, 2014.
- SESSAREGO, C. F. El Derecho en tiempos de transición entre dos eras. *Revista Derecho*. El Salvador, a. IV, n. 15, jul.-dez. 1999.
- SIMÃO, J. F. Natureza jurídica do dízimo e da doação: aparente semelhança, mas grandes e insuperáveis diferenças. *RIDB*, a. 2, n. 9, p. 10.357-10.386, 2013.
- TARTUCE, F. A necessidade de revisão da legítima no Direito Sucessório brasileiro. *RDCC*. São Paulo, a. 9, v. 31, p. 219-264, abr./jun. 2022.
- TARTUCE, F. *Direito Civil*. v. 6: Direito das Sucessões. 14ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, F. Fundamentos do Direito das Sucessões em outros sistemas e no Brasil. *RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020.

TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN, S. e POMJÉ, C. As cláusulas restritivas da propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos Tribunais. In: BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e MAIA NEVARES, A. L. (Coords.). *Direito das Sucessões: problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022.

TRUZZI OTERO, M. As cláusulas restritivas de propriedade como instrumento de planejamento sucessório. In: CHAVES TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. T. II. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TRUZZI OTERO, M. *Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA DE CARVALHO, L. P. *Direito das Sucessões*. 3ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLELA, J. B. *Contribuição à teoria do valor dos bens na colação hereditária*. Tese de habilitação à docência-livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte: Edição do autor, 1964.

Como citar:

RAMOS, André Luiz Arnt. (In)exigibilidade da justa causa para aposição de cláusulas restritivas às doações entre ascendente e descendente sem dispensa à colação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/inexigibilidade-de-justa-causa/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
16.6.2023

Aprovado em:
1.9.2023