

A Inconstitucionalidade da Cláusula de Inalienabilidade e da Declaração de sua Justa Causa, Prevista no Novo Código Civil para os Testamentos Lavrados na Égide do Código de 1916

GUSTAVO BANDEIRA

Juiz do TJ/RJ. Titular da 1ª Vara Empresarial da Capital. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá-Campus Menezes Cortes. Professor de Direito Civil e Direito de Informática.

I. INTRODUÇÃO

O gravame de inalienabilidade incidente sobre a legítima dos herdeiros é tema que, não é de hoje, suscita controvérsias na doutrina e jurisprudência. Muito se tem discutido sobre os inconvenientes da restrição imposta aos herdeiros legítimos, que ficam no todo privados de um dos poderes, quiçá de maior relevância, inerente à propriedade, que é o poder de dispor da coisa. Além disso, retira-se do comércio o bem clausado, contrariando o interesse social da circulação da riqueza, que fica subjugado pelo interesse particular do testador. Discute-se, por outro lado, da possibilidade da sub-rogação do gravame, vedada pelo art. 1.676 do atual CC, salvo nos casos de expropriação ou execução fiscal. Temperamentos doutrinários e jurisprudenciais acarretaram a flexibilização da regra, permitindo a sub-rogação, por decisão judicial, excepcionalmente, quando devidamente comprovada a necessidade premente do onerado e indispensável para um melhor aproveitamento da propriedade, substituindo-se o bem imóvel gravado por outro de valor equivalente (art. 1.677 do CC).

Outras questões, como a insegurança jurídica decorrente da fraude eventualmente perpetrada pelos onerados e a desnecessidade de justificação do ônus imposto pelo testador, também são motivos de críticas por parte da doutrina que, em sua quase unanimidade, condena a adoção do gravame por parte do direito pátrio, único a aceitar tal limitação, de forma absoluta¹⁸⁹, à

189 Orlando Gomes noticia que a civilística francesa sempre foi aversa ao gravame, admitindo-o apenas quando temporário e baseado em interesse sério. Sucessões. Rio de

legítima dos herdeiros.¹⁹⁰

A entrada em vigor do Novo Código Civil deve reacender a discussão em torno do direito do testador gravar a legítima dos herdeiros com a cláusula de inalienabilidade. Isso porque, dentre as diversas inovações ocorridas no campo do direito sucessório, como a elevação do cônjuge a herdeiro necessário (art. 1.845) e a impossibilidade do testador determinar a conversão dos bens da legítima em outros (1.848, §1º), destaca-se a mudança de tratamento conferida ao poder do testador gravar a legítima dos herdeiros com cláusula de inalienabilidade. Exige-se, a partir do Novo Código, que o testador declare a “justa causa” que o levou a prática do ato, sob pena de nulidade. Trata-se, portanto, de condição de validade da referida cláusula.

Independentemente da controvérsia que o conceito de “justa causa” faz surgir, já que indeterminado, a exigência em questão suscita relevante discussão acerca da constitucionalidade da regra de transição prevista pelo Novo Código Civil, no art. 2.042 das Disposições Finais e Transitórias. Segundo a referida norma, a declaração de justa causa também se aplica aos testamentos lavrados na vigência do código de 1916, devendo os testadores, no prazo assinalado, aditarem o ato para declarar o justo motivo da cláusula aposta à legítima, sob pena de não subsistir a restrição (art. 2.042).

Frente a este quadro, pretendemos dirigir nosso trabalho para a análise de duas questões relevantes que envolvem o gravame da inalienabilidade à legítima dos herdeiros.

A primeira diz respeito à constitucionalidade da referida regra de transição, que exige do testador o aditamento do testamento, para declarar a justa causa da cláusula oposta à legítima do herdeiro, sob pena de não subsistir a restrição. A análise da questão terá por embasamento o princípio constitucional que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, o qual está imune às inovações ocorridas no plano infraconstitucional, assim como o princípio regente dos negócios jurídicos, ***tempus regit actum***.

No outro pólo, pretendemos abordar questão certamente mais polêmica e ainda não suscitada no meio acadêmico, relativa à própria constitucionalidade da cláusula de inalienabilidade incidir sobre a legítima dos herdeiros. Tal abordagem teve origem no fato de a doutrina nacional, em sua quase unanimidade, criticar severamente a clausulação da legítima dos herdeiros, ao argumento de que a mesma “*devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário*”.¹⁹¹ Orlando Gomes é

Janeiro: Forense, 1999, p. 158.

190 Rodrigues, Silvio. **Direito Civil**, V. VII. São Paulo: Saraiva, 1999, p.183.

191 Rodrigues, Silvio. *Ob. Cit.*, p.187.

enfático e assevera que “*necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausar os bens com a inalienabilidade, ao menos os da legítima*”¹⁹².

Ocorre que, o inconformismo da doutrina pátria, neste ponto, é passivo, na medida em que, apesar de repelir veementemente o instituto em exame, fica no aguardo de que o legislador venha a atender ao seu anseio, retirando a possibilidade de oneração da legítima de nosso ordenamento jurídico. Não obstante, até que isso aconteça, curva-se ao disposto em lei e se aceita o gravame.

Mas será mesmo necessária a modificação do Código Civil para impedir que a legítima dos herdeiros sofra tamanha restrição, equivalente quase ao esvaziamento do conteúdo econômico do bem herdado ou, segundo Orlando Gomes¹⁹³, na completa inutilidade da herança?

Nossa proposta, portanto, é analisar o dispositivo legal que garante ao testador o direito de restringir a herança dos herdeiros necessários, impondo o gravame da inalienabilidade à sua legítima (art. 1.676), à luz do direito constitucional, em especial à luz do direito individual à herança, constitucionalmente assegurado, sem qualquer restrição, pelo art. 5, inciso XXX da CF.

II. GENERALIDADES SOBRE A INALIENABILIDADE

II. 1. ORIGENS E FINALIDADE

Até 31 de dezembro do ano de 1907, quando entrou em vigor o Dec.1.839/07, denominado Lei Feliciano Pena, a cláusula de inalienabilidade absoluta era defesa em nosso ordenamento jurídico, no pressuposto de que encerrava condição ou encargo impossível e ilícito. Admitia-se, apenas, a inalienabilidade relativa (Ordenações, Livro 4º, Título 11), ou seja, com a declaração de uma **causa vestita**.¹⁹⁴

A legítima, até então, era uma quota da herança, reservada pela lei aos herdeiros necessários, em propriedade plena e sem quaisquer restrições.¹⁹⁵ Segundo José Ulpiano, “a legítima não podia ser fraudada por condições, encargos e legados, e muito menos pela eleição de certos bens para ela, ou para a terça”.¹⁹⁶

Com o advento da Lei Feliciano Pena, passou-se a admitir que a legítima dos herdeiros fosse gravada com as cláusulas de inalienabilidade, incomuni-

192 Gomes, Orlando. **Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.159.

193 *Ibidem*.

194 Gomes, Orlando. *Ob. Cit.*, p. 158.

195 Rodrigues, Silvio. *Ob. Cit.*, p. 184.

196 Apud Rodrigues, Silvio, *Ibid.*, p. 184.

cabilidade, impenhorabilidade, assim como se facultou ao testador converter os bens da legítima em bens de outras espécies.

Feliciano Pena, ao justificar a norma, ponderou que se tratava de providência que os testadores recorreriam nos casos em que, dado o conhecimento profundo que tinham das condições dos seus herdeiros, se fizesse necessária ou conveniente a adoção de tais restrições¹⁹⁷.

No direito romano, era conferida ampla liberdade de testar ao **pater familias**, o qual podia dispor de seus bens livremente. A cláusula de inalienabilidade, portanto, não lhe era estranha e sua prática justificava-se pela defesa da família. Segundo informa Henri Rongier, a cláusula de inalienabilidade no direito romano e no antigo direito, “funcionava exclusivamente no interesse do gratificado ou da família, embora se tenha alargado seu domínio de aplicação até a proteção, mesmo, de interesse de terceiros”.¹⁹⁸

O caráter protetivo da restrição é destacado por José Ulpiano, que declara que “a proibição de alienar, imposta por um testamento, teve por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um dos seus membros, para o efeito de conservar os bens do patrimônio familiar”.¹¹

Ainda hoje, apesar de todas as críticas, a justificativa do gravame da inalienabilidade continua sendo a proteção da família, ou seja, evitar que herdeiros pródigos ou com pouco senso de responsabilidade findem dilapidando todo o patrimônio familiar, em prejuízo próprio e de seus familiares.

Mas será que a inalienabilidade é a solução?

Sustenta o mestre Silvio Rodrigues que, apesar deste escopo protetivo, “a experiência tem mostrado que a inserção dessas cláusulas, ao invés de ajudar o herdeiro, o prejudica”.¹⁹⁹

Orlando Gomes, por sua vez, sustenta que “a preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídicos que não o sacrificam... A proteção visada pelo ascendente cauteloso se transforma, não raro, num estorvo, antes prejudicando do que beneficiando, ou numa inutilidade”.²⁰⁰

II. 2. ESPÉCIES DE INALIENABILIDADE

197 Fioranelli, Ademar. **Direito Registral Imobiliário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p. 155.

198 *Idem*, p. 156.

199 *Apud* Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 132.

200 *Ob. cit.*, p. 187.

A cláusula de inalienabilidade pode ser classificada em total e parcial, absoluta e relativa ou vitalícia e temporária.

A inalienabilidade é total ou parcial, conforme abranja ou não todos os bens que compõem a legítima. Será absoluta quando a cláusula imposta vede a alienação do bem, a qualquer título e a quem quer que seja, o que significa dizer que, quando vedada a alienação à pessoa determinada ou determinadas, ou quando proibida a alienação por certa forma, será relativa.

A inalienabilidade vitalícia é aquela que grava o bem durante toda a vida do herdeiro, de forma que, somente com a sua morte o ônus é levantado, passando os bens aos seus herdeiros, livres e desembaraçados. Observe-se, entretanto, que pode o herdeiro onerado estabelecer, em seu testamento, o mesmo ônus aos seus herdeiros, a teor da parte final do art. 1.723 do CC. Já a inalienabilidade temporária se dá quando o testador estabelece um termo final ou condição para a cessação do gravame. Neste caso, persiste o óbice à alienação, até que findo o termo ou ocorrida a condição.

III. INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

III. 1. A JUSTA CAUSA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE

Como já dito, o novo Código Civil trouxe relevantes inovações no campo do direito sucessório. No que diz respeito às restrições à legítima imposta pelo testador, destaca-se a vedação da cláusula de conversão dos bens dos herdeiros necessários em bens de outras espécies.

De fato, a cláusula de conversão era prevista expressamente pelo art.1723 do CC de 1916 e também foi objeto de severas críticas por parte da doutrina, que via a mesma como possível instrumento para perseguições e até de vingança, já que estabelecida imotivadamente pelo testador.²⁰¹ Para Silvio Rodrigues, a cláusula de conversão, quando estabelecida com o intuito de prejudicar o herdeiro necessário, ou por mero espírito de emulação, seria insubsistente, por caracterizar abuso de direito, vedado pelo art.160, I, 2ª parte, do CC de 1916.²⁰²

Com o advento do novo Código Civil, o anseio doutrinário foi atendido e a cláusula de conversão banida do direito sucessório, conforme dispõe o §1º do art.1848.

Quanto à cláusula de inalienabilidade, trouxe o novo código mais uma importante inovação, qual seja, a de se exigir que o testador, ao impor o gravame da inalienabilidade sobre bens da legítima, declare a *justa causa* que motivou a imposição do ônus, a teor do artigo 1.848 do Código.

201 Venosa, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol.VI. São Paulo: Atlas, 2001, p. 159.

202 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 185.

Mais uma vez, atendeu-se, em parte, ao reclame da doutrina, que vê de forma negativa a restrição imposta à legítima dos herdeiros, conforme destacamos inicialmente. Melhor seria, segundo Silvio Rodrigues, que a restrição da inalienabilidade, assim como a cláusula de conversão, fosse mesmo vedada pelo direito civil, tal como propôs Orlando Gomes em seu Anteprojeto de Código, o qual proibia em seu art.791, parágrafo único, tanto a cláusula de conversão como a de inalienabilidade, permitindo apenas a de incomunicabilidade.²⁰³

O novo Código, entretanto, não foi tão longe, preferindo acolher como condição de validade da cláusula de inalienabilidade, apenas a justificativa do testador para impor a constrição sobre a legítima do herdeiro.

Outrora, quando da Lei Feliciano Pena, em 1907, discutiu-se quanto á referida exigência, sendo que Ulpiano, à época, já entendia necessária a justificativa para imposição do gravame da inalienabilidade. Assim, a seu ver, a validade e eficácia da cláusula dependiam da declaração do testador quanto à causa e condições que motivaram o ato, conforme noticia Ademar Fioranelli.²⁰⁴ Tal entendimento, entretanto, jamais encontrou eco, até agora, com o advento do novo código.

III. 2. A REGRA DE TRANSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO E O EXAME DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Estabelece o artigo 2.042 do novo Código Civil importante regra de transição, relativa ao gravame de inalienabilidade e a obrigação do testador justificar a causa da sua imposição à legítima, *ainda que o ato (testamento) tenha sido realizado na vigência do atual Código Civil*, sob pena de ineficácia da referida cláusula.

Dispõe o preceito, *in verbis*:

“Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do art.1848, quando aberta a sucessão no prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição”.(grifamos)

A análise do dispositivo citado impõe questionar a constitucionalidade da referida regra de transição, considerando a natureza jurídica do testamento e os princípios constitucionais pertinentes.

O art. 1.626 do atual CC define o testamento, seguindo o modelo fran-

203 *Idem*, p.187.

204 *Ob. cit.*, p.157.

cês, nos seguintes termos:

“Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”.

Em que pesem as críticas ao dispositivo, seja porque omite a circunstância de se tratar de ato pessoal, solene, unilateral e gratuito, seja porque o conceito limita-se a disposição de cunho patrimonial, quando o testamento comporta também disposições não patrimoniais, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor, o perdão do indigno, não há divergência quanto à natureza jurídica do testamento; trata-se de negócio jurídico.

Como negócio jurídico que é, segundo Orlando Gomes, “torna-se perfeito e acabado, no momento em que o testador declara sua vontade pela forma autorizada na lei”.²⁰⁵ Apenas seus efeitos ficam postergados para o momento do óbito, daí se tratar de negócio jurídico **causa mortis**.

Cumpra, portanto, não confundir a validade do negócio jurídico, que se aperfeiçoa no momento do ato de manifestação de vontade, com a sua eficácia, que surge com o evento morte. Conforme ressalva Orlando Gomes,

*“como negócio **mortis causa**, que é, destina-se o testamento a produzir os seus efeitos após a morte do testador, seja qual tenha sido o tempo de sua feitura. Antes do óbito é ato válido, mas **ineficaz**, nenhum efeito patrimonial ou não, se produzindo no intervalo”.*

Em síntese, o testamento traduz-se em negócio jurídico perfeito, cuja validade, a teor do art. 1.626 do CC, é reputada no momento da manifestação de vontade, ficando seus efeitos suspensos até o advento morte.

Em se tratando de negócio jurídico perfeito, submete-se o ato tanto ao princípio geral de direito civil, **tempus regit actum**, como ao princípio constitucional que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88).

Conseqüentemente, não pode lei posterior ao aperfeiçoamento do ato (testamento), condicionar a sua validade a outras condições não previstas pela lei vigente à época de sua realização, sob pena se macular o ato jurídico perfeito.

A lição de Celso Bastos²⁰⁶, neste ponto, é elucidativa:

“é ato jurídico perfeito aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha... Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito

205 *Ob. cit.*, p. 91.

206 Bastos, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato.”

Assim, no caso dos testamentos em que há cláusula de inalienabilidade, imposta segundo a lei do tempo em que praticado o ato, ou seja, nos termos do art. 1.723 do CC de 1916, sem qualquer menção às causas que induziram o testador ao gravame em questão, seria constitucional a exigência prevista em lei futura, agora condicionando a validade da referida cláusula à declaração de justa causa antes inexistente?

Pensamos que não. Neste ponto, a regra de transição prevista pelo art. 2.042 do novo Código Civil colide frontalmente com o princípio constitucional esculpido no art. 5, inciso XXXVI da CF.

De fato, se o testamento é negócio jurídico perfeito e acabado, já que presentes no momento da manifestação de vontade todos os elementos para a sua formação, sendo certo que somente a sua eficácia encontra-se subordinada a evento futuro, qual seja, morte do testador, não há como norma futura modificar as condições de validade deste negócio, sem que se viole o ato jurídico perfeito, constitucionalmente assegurado.

San Tiago Dantas, em seu **Programa de Direito Civil**, quanto ao princípio da irretroatividade das leis, à época de suas lições suprimido da Constituição de 1937²⁰⁷, lecionava que quando uma lei nova alterava as *condições* de produção dos efeitos previstos pela lei antiga, *tal norma jamais retroagia*. Somente quando alterados os *efeitos* jurídicos da lei antiga é que a nova norma teria aplicabilidade retroativa.

Nesses termos, apresentava o mestre os seguintes critérios:

Primeiro, os casos de *retroatividade da norma*: “Há casos em que a lei nova visa os efeitos jurídicos instantaneamente produzidos pela lei antiga e pela nova. O que o legislador quer é alterar tais efeitos jurídicos, porque os mesmos se revelaram, suponha-se, contrários ao bem comum. Havia uma lei; essa lei produziu efeitos; esses efeitos se prolongaram; o legislador se certifica que tais efeitos são contrários ao interesse comum e então faz uma lei nova, visando à modificação desses efeitos (...) Quando o legislador visa alterar os efeitos jurídicos, a lei atinge a todos os fatos anteriores”²⁰⁸.

Segundo, os casos de irretroatividade: “Não são os efeitos que molestam o legislador. O que ele acha é que eles estão sendo produzidos por causas inadequadas à sua produção, ou ele acha que se estão exigindo con-

207 Salienta San Tiago Dantas que, embora antes da CF de 1937 fosse constitucional o princípio da irretroatividade das leis, sempre se admitiu que havia casos em que era possível a retroatividade da lei, dependendo da sua natureza, se de direito público ou privado. *In Programa de Direito Civil*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 112.

208 *Ob. cit.*, p. 126/127.

dições demasiadas, ou acha que se estão exigindo condições de menos, mas o certo é que acha que, *a partir de certo momento, deve-se subordinar a produção daqueles efeitos a outras causas ou condições...* Aqui não são os efeitos produzidos; é o modo de produção dos efeitos e então ele diz: esse modo de produção de efeitos não convém, tiremos isto ou acrescentemos aquilo (...) *Nesse caso a lei não retroage*".²⁰⁹

Este último caso é justamente a hipótese prevista pelo art. 1.848 do novo Código Civil, na medida em que o legislador passou a exigir, como *condição* de validade ou de produção de efeito jurídico do ato, a inclusão no testamento da declaração de justa causa para o gravame de inalienabilidade sobre a legítima dos herdeiros, condição esta antes inexistente.

Logo, ao exigir nova condição de validade para o ato, não podia o legislador determinar a sua incidência retroativa, para condicionar também os efeitos jurídicos dos testamentos lavrados antes da lei nova, em evidente prejuízo ao *ato jurídico perfeito*, como fez com o art. 2.042 do Novo Código.

Por outro lado, não procede o argumento de que, se o ato encontra-se sujeito a fato futuro, no caso, o evento morte, ele não se aperfeiçoou, podendo lei posterior dispor sobre suas condições de validade.

Tal raciocínio confunde o *ato jurídico perfeito* com o *ato consumado*, o que deve ser evitado. O ato consumado é aquele já exaurido, ou nos dizeres de Celso Bastos, "o direito já foi gerado e exercido. Não há mais direito a ser feito valer no futuro. Já do ato se extraiu tudo o que podia dar em termos jurídicos".²¹⁰

Já o ato jurídico perfeito "é aquele que, se bem que acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante ainda, ao menos virtual ou potencial, de vir a produzir efeito futuro."²¹¹

O testamento é, inequivocamente, o exemplo que se enquadra perfeitamente no conceito acima, já que, apesar de acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda um instante, ainda, para que possa gerar efeito, a morte.

Vale ressaltar que as cláusulas restritivas à legítima, impostas pelo testador, *integram o próprio testamento*, podendo existir em conjunto com outras disposições ou até mesmo isoladamente, já que o testador pode se limitar a declarar, em testamento, que os bens que couberem ao herdeiro tal ficam gravados com cláusula de inalienabilidade, caso em que o testamento se constitui, exclusivamente, pela cláusula de inalienabilidade.

209 *Ibidem*.

210 Bastos, Celso. *Ob. cit.*, p. 220.

211 *Ibidem*.

Constata-se, portanto, que a exigência constante do art. 2.042 do Novo Código Civil, no que se refere à exigência de declaração de justa causa para a validade das cláusulas de inalienabilidade impostas nos testamentos realizados na égide do Código Civil de 1916, contraria o art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, razão pela qual não merece aplicabilidade.

IV. A Inconstitucionalidade das Cláusulas de Inalienabilidade Incidentes sobre as Legítimas

IV. 1. VISÃO CRÍTICA OU (IN)CONFORMISMO DA DOCTRINA QUANTO AO GRAVAME DE INALIENABILIDADE SOBRE A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS

Conforme já mencionado no início deste trabalho, a cláusula de inalienabilidade, apesar de remontar a já longínqua Lei Feliciano Pena, de 1907, jamais foi bem aceita pela doutrina pátria. Orlando Gomes talvez seja o maior crítico deste gravame, quando incidente sobre a legítima dos herdeiros, o qual em seu Projeto de Código Civil foi excluído, assim como a cláusula de conversão dos bens, esta última agora abolida pelo Novo Código Civil.²¹²

Crítica Orlando Gomes a cláusula de inalienabilidade, afirmando ser insustentável a incidência da proibição sobre os bens da legítima. Sustenta o renomado civilista que a legítima

*“pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em conseqüência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido. Não se justifica, realmente, a permissão de clausar a legítima. A preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídicos que não a sacrificam”.*²¹³ (grifamos)

Arremata Orlando Gomes sua visão crítica afirmando que “necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausar os bens com a inalienabilidade, ao menos os da *legítima*”.²¹⁴

No mesmo sentido é a doutrina de Silvio Rodrigues, para quem “a cláusula de inalienabilidade... é sempre má, por retirar bens do comércio, ainda

212 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p. 185.

213 *Ob. cit.*, p. 158/159.

214 *Ibidem*.

que transitoriamente. *Devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário*”²¹⁵.

Ferreira Alves também está entre os defensores deste entendimento. Afirmar ele: “A inalienabilidade está em oposição com uma lei fundamental da economia política, a que exige a livre circulação dos bens, lei esta que interessa em mais alto grau a riqueza pública, e portanto, toda condição que derroga essa lei é contrária ao interesse geral, e assim ilícita. A cláusula de não alienar estipulada atende ao interesse privado; ora, o interesse dos indivíduos deve ser subordinado ao interesse geral...”²¹⁶

Apesar das críticas tecidas pela doutrina à cláusula de inalienabilidade, na prática, ninguém nega sua aplicação. Como diz Silvio Rodrigues, “se... no campo teórico, a supressão da cláusula de inalienabilidade é conveniente, na prática o problema não se propõe, porque a lei a admite”²¹⁷.

A doutrina, portanto, apesar da repulsa que tem pelo gravame em questão, curva-se diante da norma legal que confere ao testador o poder de gravar a legítima dos herdeiros necessários com a cláusula de inalienabilidade.

Ocorre que, a nosso ver, a tradição de quase 1 século de aplicação incondicionada da cláusula de inalienabilidade, aliado ao fato de que o direito à sucessão sempre foi matéria objeto de norma infraconstitucional, até o advento da Carta de 1988, fez com que a doutrina passasse a aceitá-la, passivamente, limitando-se a esboçar um inconformismo puramente teórico, porém, sem negar-lhe a eficácia, muito menos constitucionalidade.

Identificamos, neste ponto, um fenômeno de acomodação doutrinária do qual resulta a aceitação incondicionada da cláusula da legítima, sem qualquer questionamento acerca da sua constitucionalidade.

De fato, não raro são as normas constitucionais esquecidas ou ignoradas, seja porque seus preceitos são por demais genéricos, seja porque não regulamentam, de maneira objetiva, determinada situação jurídica. Em contrapartida, a norma infraconstitucional é específica, regulamenta situação concreta, e portanto, na maior das vezes, é aplicada incondicionalmente, com maior facilidade e independente das diretrizes constitucionais, como bem observa André Andrade.²¹⁸

Referido fenômeno é reconhecido pela doutrina constitucionalista, em es-

215 Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p.187.

216 Apud Rodrigues, Silvio. *Ob. cit.*, p.133.

217 *Ob. cit.*, p.133.

218 Andrade, André Gustavo C. Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição. In **A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

pecial por Canotilho, como “interpretação da constituição conforme a lei”.²¹⁹ Há em tais casos verdadeira inversão, já que a norma constitucional passa a ser “*interpretada conforme a lei*”, na contramão do que era de se esperar, ou seja, a interpretação da lei é que deveria se dar conforme a Constituição.

Tal situação é freqüente em nosso meio jurídico e decorre do que Lenio Streck denomina “baixa constitucionalidade” ou “crise de constitucionalidade”, que consiste na pouca relevância conferida às normas constitucionais pelo aplicador do direito, na medida em que as normas constitucionais são reputadas de “fraca densidade normativa”, eis que consideradas por demais genéricas para permitir sua aplicabilidade direta, diferentemente da norma infra-legal, de fácil aplicação ao caso concreto, dada a sua maior especificidade.²²⁰

Acreditamos que, no que se refere às cláusulas de inalienabilidade, o que ocorre é justamente esta inversão interpretativa, na medida em que se interpreta e aplica o dispositivo legal em foco, independentemente da norma constitucional que garante o direito à herança, ou seja, se interpreta o direito constitucional de acordo com a lei infraconstitucional.

Tal fenômeno, no campo do direito sucessório, é explicável, considerando que a norma legal que permite a clausulação da legítima, como vimos, remonta ao ano de 1907, antes mesmo do Código Civil, o que faz do referido direito verdadeira tradição jurídica, já aplicada por quase um século. Certamente, por isso, jamais se questionou a constitucionalidade do referido preceito, mormente quando a Constituição, no caso, sequer atingiu a maioria.

IV. 2. O GRAVAME DA INALIENABILIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA

Somente a partir da Carta de 1988 é que o direito à herança foi erigido à categoria de direito individual, a teor do seu artigo 5º, inciso XXX, sendo certo que, até então, a matéria sucessória foi sempre objeto exclusivo de normas infraconstitucionais, em especial o Código Civil de 1916.

Por isso que, acreditamos, até hoje, jamais se questionou a recepção do artigo 1723 do CC de 1916 (que prevê a clausulação da legítima) pela Constituição de 1988, assim como, talvez, não se questione a constitucionalidade do art. 1848 do novo Código Civil.

Não obstante, se analisarmos o direito à herança a partir do preceito

219 Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p.1158.

220 Streck, Lenio Luiz. “Os Meios de Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição”. In **Revista da Esmape**. Recife. V. 6, nº 13, p. 260.

constitucional que o alçou a categoria de direito e garantia individual, assim como se considerarmos que a norma constitucional em exame não prevê qualquer espécie de restrição ao direito dos herdeiros, poderemos chegar à conclusão de que a constitucionalidade do dispositivo em exame não é tão evidente, ou ao menos questionável.

De fato, a análise da matéria sempre se deu à luz exclusivamente das normas infraconstitucionais, até porque, repita-se, somente em 1988 é que a matéria relativa ao direito à herança ganhou relevo constitucional. Porém, qual o efeito que se pode extrair da constitucionalização do direito à herança, previsto pela Carta de 1988? Seria apenas o efeito de, em se tratando de direito e garantia fundamental, portanto cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF/88), vedar qualquer emenda constitucional tendente a aboli-lo? O que representa o “direito à herança?”.

Acreditamos que a inserção do direito à herança dentre os direitos e garantias individuais demonstra, a toda evidência, a intenção de se proteger, em todos os sentidos, tal direito. Com efeito, ao contrário de outros direitos constitucionais individuais, o direito à herança é previsto sem qualquer ressalva ou exceção, como aquelas que remetem ao legislador infra-constitucional a possibilidade de regulamentação ou de estabelecer restrições, “na forma da lei”.

Seria possível, portanto, que o direito à herança, apesar de se tratar de direito individual, fosse restringido por ato fundado em norma infra-constitucional? Parece-nos que não. Ora, se o direito à herança não pode ser objeto sequer de emenda constitucional tendente a aboli-lo, já que se traduz em cláusula pétrea, não se afigura razoável que norma infra-constitucional possa *restringi-lo* (o que é similar a aboli-lo em parte), mormente inexistindo comando constitucional autorizando o legislador infra a atuar neste sentido.

Por isso, entendemos que o direito à herança previsto no artigo 5º, inciso XXX da CF/88, tem por sentido garantir ao herdeiro legítimo a herança, sem qualquer restrição, tal como a cláusula de inalienabilidade, cuja imposição importa em verdadeira limitação ao direito de propriedade, na medida em que o herdeiro fica tolido do direito de dispor do bem herdado, o que em muitos casos resulta na completa inutilidade da herança.

De fato, a inalienabilidade imposta à legítima, segundo Venosa, importa, dependendo da amplitude que se dê à disposição, na sua total “inutilidade”, por toda a vida do herdeiro.²²¹ Para Silvio Rodrigues, a cláusula de inalienabilidade constitui “enorme restrição aos poderes do titular do domínio”.²²²

O direito à herança, e em especial, o direito à legítima, significa, portanto,

221 Venosa, Silvio de Salvo. *Ob. cit.*, p.159.

222 Rodrigues, Sívio. *Ob., cit.*, p.184.

que o herdeiro necessário deve receber a herança tal como se encontrava quando em poder do *de cujos*, sem qualquer restrição. Nesse sentido, a doutrina de Orlando Gomes é, mais uma vez, elucidativa, ***in verbis***:

*“Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transferir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em conseqüência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido”*²²³.

Com efeito, apesar do referido jurista não aludir à inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade, o mesmo reconhece que o direito à legítima importa em que o patrimônio do falecido seja transferido ao herdeiro necessário, nas mesmas condições em que se encontrava quando em poder do autor da herança, *sem qualquer restrição que seja*.

Sendo assim, considerando que o direito à herança foi elevado, a partir de 1988, a patamar constitucional, na categoria de direito individual, e tendo em vista que o referido preceito constitucional não autoriza ao legislador infraconstitucional restringir, de nenhuma forma, o aludido direito, conclui-se que a norma prevista no art. 1.723 do Código Civil de 1916, que permitia a incidência do gravame de inalienabilidade sobre a legítima dos herdeiros, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, assim como a norma inserta no art. 1.848 do novo Código Civil, que continua a permitir a restrição à legítima dos herdeiros, também é incompatível com a Constituição, a teor do seu artigo 5º, inciso XXX. ♦

223 Gomes, Orlando. *Ob. cit.*, p.159.