

NOTAS TAQUIGRÁFICAS INÉDITAS DA COMISSÃO ESPECIAL
DESTINADA A DAR PARECER AO PROJETO DE LEI 634, DE 1975,
DO PODER EXECUTIVO, QUE DISPÕE SOBRE O CÓDIGO CIVIL
(9ª REUNIÃO): CONFERÊNCIA DO PROFESSOR TORQUATO CASTRO

*ORIGINAL SHORTHAND NOTES BASED ON THE SPECIAL COMMITTEE CREATED TO
ISSUE AN OPINION REGARDING THE PROPOSED BILL 634 OF 1975, DRAFTED
BY THE EXECUTIVE BRANCH, REGARDING THE BRAZILIAN CIVIL CODE (9TH.
MEETING): CONFERENCE DELIVERED BY PROFESSOR TORQUATO CASTRO*

TORQUATO CASTRO

ÁREA DO DIREITO: Civil

14 de agosto de 1975

O SR. PRESIDENTE (Deputado Tancredo Neves) – Atendendo gentilmente ao convite desta Comissão, comparece a este plenário para dar-nos os subsídios do seu saber, da sua cultura e da sua experiência ao magno trabalho de que estamos incumbidos – examinar o projeto do Código Civil – o Prof. Torquato Castro. S.Sa. é um dos mais eminentes mestres de Direito no Brasil. Professor da Faculdade de Direito de Recife, onde mantém a magistratura intelectual pelo saber e sobretudo pela exemplar probidade com que se aprestou para o exercício não só do magistério, mas da profissão de advogado. Jurisconsulto emérito, acatado e respeitado por todos quantos no Brasil se dedicam ao estudo do Direito, é uma dessas expressões que se projetam em todos os setores da ciência jurídica no Brasil. Dou a palavra a S.Sa.¹

O SR. TORQUATO CASTRO – Sr. Presidente, desconheço-me nas palavras que V.Exa. acaba de proferir. Nunca supus fosse tanto. Sou Professor da Faculdade de

-
1. Reprodução de notas taquigráficas inéditas da Comissão Especial Destinada a Dar Parecer ao Projeto de Lei 634, de 1975, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Código Civil. Fonte: Arquivo da Câmara dos Deputados. Pesquisa realizada por Venceslau Tavares Costa Filho (Professor de Direito Civil da Universidade do Estado de Pernambuco e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco).

CASTRO, Torquato. Notas taquigráficas inéditas da Comissão Especial destinada a dar parecer ao Projeto de Lei 634, de 1975, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Código Civil (9ª Reunião). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 14. ano 5. p. 433-442. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018.

Direito e realmente tenho zelado por esse magistério, bem como sou advogado com 46 anos de profissão. Fui convocado para compor a Comissão Revisora do Código Civil brasileiro. E a parte que me coube foi a do Direito das Sucessões. Para mim é uma honra estar presente nesta Casa, perante esta Comissão, que tanto tem feito para o aprimoramento das leis do País e principalmente tanto tem trabalhado para a feitura definitiva do Código Civil brasileiro. Realmente, esta é a primeira oportunidade em que assumo as vestes de legislador ou de projetista de lei. Tive uma ou outra oportunidade como esta, mas nunca me investi formalmente, como agora me acho nesta posição de legislar. Então, sofri aquela mudança já comentada entre os psicólogos.

Wertheimer, por exemplo, o fundador da Psicologia da Forma, salientou a mudança que sofrem as pessoas quando mudam de função ou de posição – o político da oposição que passa a governo; o advogado que passa a juiz; o advogado e professor que passa a legislador. Este impacto eu sofri, realmente. E o mais importante em tudo isso é que as teses que eu defendia anteriormente, achando-as muito justas, com a posição de legislador comecei a repensar e a passá-las pelo crivo de um ponto de vista objetivo e de justiça.

Não tenho a pretensão de que meu esboço apresentado inicialmente para este Código Civil tenha sido aprovado de ponta a ponta. Mas em substância, em linhas fundamentais, o esboço foi aproveitável. Aqui e ali, uma derivação, um desvio. E como se trata de opinião pessoal como a minha diante de uma Comissão, achei por bem ceder. O Direito das Sucessões é profundamente técnico, profundamente criado pela norma, é um direito construído. A lei não quer que fiquem a déspotas ou sem dono os direitos e as obrigações da pessoa depois de morta. Então, de qualquer forma, esses direitos e essas obrigações têm de passar a outros, seja o Estado, seja parente.

Naturalmente as legislações dos países regulam isso de uma maneira ou de outra, limitam esse Direito, como na Rússia Soviética. A Rússia Soviética limita o Direito de Sucessões, e até ao ponto em que o aproveita, destina-o à família como uma célula econômica própria. Ele se destina a proteger a família como grupo econômico, mesmo quando não há parentes dentro dela, mesmo quando um grupo familiar pode compor-se de filhos tomados a outras pessoas, de pessoas criadas ou educadas por aquela família. O Direito soviético tem a preocupação de preservar o grupo familiar economicamente no tempo e no espaço. Outros grupos, porém, não fazem assim. Ainda estamos ligados àqueles velhos processos europeus das sucessões por estirpe genealógica, que está desaparecendo aos poucos. Esses resquícios recebemos do Brasil-Colônia, mas naturalmente não temos muita coisa que ver com isso.

Então há necessariamente no Brasil maior liberdade para regular nesse aspecto. O Direito das Sucessões ou a Sucessão é problema de legitimação. Trata-se de substituir sujeitos de direito e de obrigação, sujeito ativo e passivo de direito por

outro sujeito ativo e passivo. Então, trata-se de fenômeno inteiramente de legitimação, de legitimação de sujeito de direito. É um direito inteiramente normal, inteiramente criado pela norma. Mesmo na parte do Direito de Sucessões, quando ele possibilita a autonomia individual, o testamento, ainda assim, é circundado por leis cogentes, leis imperiosas. O meu primeiro trabalho foi o de explicitar aquilo que o Código quis dizer e foi avaro nos seus dispositivos em explicitar-lhes o pensamento integral.

Isso se vê constantemente no Direito das Obrigações. E havia um acúmulo de praxes anteriores, de modo que talvez o legislador se dispensasse de ser claro e repousasse sobre essa praxe. Esse foi o primeiro trabalho: exemplificar o pensamento do Código, torná-lo mais nítido. O segundo trabalho foi o de trazer inovações para o Código.

Em primeiro lugar, criei uma parte geral em meu esboço, que foi aproveitada no Projeto. Verifiquei que havia uma pequena parte geral de obrigações no Direito de Sucessões dentro do Código Civil, mas composta de artigos deslocados, artigos que pertenceriam mais a outra parte que àquela. Então, estruturei uma parte geral, tornando claro o tipo da *saisine* no Direito brasileiro.

Saisine é o modo geral por que o herdeiro apreende a herança. Outros juristas preferem traduzir o nome para *saisina*, como Pontes de Miranda. O processo da *saisine* brasileira tem 200 anos, desde dois alvarás seguidos. Um deles, de 1796, consistia em que o herdeiro deve receber a herança na hora mesmo da morte. O momento da aquisição da herança é o mesmo da morte. Não era assim no Direito Romano. Copiamos isso, ou isso nos chegou através de alvarás, porque era uso do Direito português colonial.

O tipo de *saisine* portuguesa era visigótica, era germânica. O Direito Romano não estabelecia assim, a sucessão se dava no momento aceitação, da *avitio*. Então, havia um momento em que havia *vacatio* – os bens vacantes entre a morte até o momento de o herdeiro declarar tê-los recebido.

Mantive esse tipo da *saisine* visigótica. Apesar de o Código Português novo não o ter mantido. Ele aproximou-se do Código italiano, voltando ao *avitio*. Quer dizer: a transmissão da herança se dava no momento da aceitação, com efeito retroativo ao momento da morte. Entre nós a transmissão da herança se dá, realmente, no momento da morte. Não procurei inovar neste ponto.

Trata-se de um povo novo, que está criando caráter no seu direito e não pode sujeitar-se a mudanças bruscas. Além disso, já é um sistema, uma praxe, conhecida de todo o escrivão, de todo partidador. Então, não vamos mudar. E não me convenceram as opiniões contrárias; a do italiano Baracci, por exemplo, condenando como ficção a transmissão visigótica da herança. Porque se aqui há ficção, ficção também há lá na Itália, quando se faz retroagir o momento da sucessão. Esta retroatividade

é uma ficção como outra qualquer. Então, achei conveniente manter a *saisine*. E o art. 1.572 do velho Código Civil foi mantido como o primeiro, com as mesmas letras, pelo nosso projeto.

O art. 1.572, discutimos muito sua redação. A minha redação inicial era diferente, mas ficou como a do Código: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários”. Essa forma de *saisine*, de sucessão visigótica é do Direito alemão, é do Direito francês, e portanto estamos em boa companhia. Achei que não devia mudar. Em segundo lugar, o Código, nessa parte geral, tornou obrigatório o inventário judicial. Já se pensou até em abolir o inventário judicial, etc., etc. Já houve quem pensasse nisso. Mas no Direito brasileiro não é possível deixar de pensar-se no inventário judicial, porque aqui entre nós ninguém sucede em dívidas. O herdeiro só responde até a força da herança. Se é verificado que há um *deficit*, o herdeiro não assume a dívida. Sucede-se em bens e não dívidas. Para se saber se há bens ou se há dívidas, é preciso inventário judicial. Não temos aquele célebre benefício de inventário, que existe no Direito italiano, no Direito francês, etc. É preciso o inventário para estabelecer, para fixar se há ou não crédito, se há ou não herança. Havendo só dívidas não há sucessão.

Por outro lado, o inventário obrigatório tem a seguinte vantagem: ele torna pública a herança através do formal da herança ou do formal da partilha. Esses títulos não são constitutivos da herança, porque o que constitui a herança é a morte, o fato gerador da herança é a morte. Mas são títulos declaratórios necessários, sujeitos até a registro e a inscrição.

Na parte geral ainda tratei da posição do herdeiro *nondum conceptus*. O princípio é que só as pessoas vivas sucedem. No momento da abertura da sucessão, sucedem. Mas a sucessão testamentária abre exceções. Pela primeira dessas exceções é permitido ao testador deixar para um herdeiro ainda não concebido – “primeiro filho de fulano de Tal”, “meu afilhado”, ou “meu sobrinho”, ou “do meu irmão fulano de Tal”. Então, trata-se de sucessão realmente a um *nondum*, ainda não, *conceptus*, isto é, ainda não concebido. Essa sucessão estava no Código Civil, mas de maneira tão oculta e tão pouco explicitada que muitos juristas brasileiros entendiam que só era possível instituir o herdeiro *nondum conceptus* através do fideicomisso. Não era esse o princípio real do Direito brasileiro. Ficou claro que podemos instituir um herdeiro *nondum conceptus* desde que ele seja concebido dentro de 10 anos, porque não é possível esperar indefinidamente. Trata-se de legitimação direta desse herdeiro através de testamento, e não de fideicomisso, ainda que pelo fideicomisso se possa lograr o mesmo resultado. Então, essa dúvida está dissipada.

Falamos ainda também nessa parte da legitimação da fundação. Havia uma dúvida séria. O testador separa bens do testamento, declara que aquela fundação está instituída e que aqueles bens se destinam a esse fim, ao fim da fundação. Entendia-se que não era possível que a fundação herdasse, porque ela só ia constituir-se

posteriormente à morte do testador. O registro é que dá vida à personalidade jurídica de qualquer fundação ou de qualquer sociedade. E então o testador tinha que usar de subterfúgios. Fazia o Estado ou fazia um amigo o legatário daqueles bens, como no caso da Fundação Armando Álvares Penteado, de São Paulo. O amigo ou o Estado vinha constituir a fundação. Então, o instituidor da fundação não era o testador, mas o legatário que recebeu aqueles bens. Para evitar isso, o Código estabeleceu que a fundação é considerada herdeira. Bastando o testador separar os bens, a Fundação mesma é considerada herdeira desses bens. Isso não entra em choque com o nosso sistema, porque o art. 24 do Código Civil já previa que a fundação pudesse ser instituída por testamento. E como instituída por testamento, senão separando o momento da declaração unilateral de vontade que a institui do momento posterior dos atos executórios que instituem a fundação como ente jurídico, como a pessoa jurídica? Se o Código já prevê a instituição pela declaração da vontade da separação dos bens como ato separado dos atos executórios, que seriam o registro, a organização da administração, etc., então devemos, aproveitando a oportunidade da reforma do Código, fazer realmente a fundação diretamente herdeira dos bens designados pelo testador. Os atos que vêm *a posteriori* são considerados, na apreciação de Pontes de Miranda, como meros atos executórios da declaração unilateral de vontade que instituiu por ela mesma a fundação.

Criamos uma parte no Código relativa à ação de petição de herança. O Código anterior não tinha uma palavra sobre a ação de petição de herança. Essa petição de herança agora aparece e é estruturada na parte geral, nos arts. 1.871 a 1.875. Dá-se à ação de petição de herança um contorno que ela tem tido na legislação de todos os povos cultos. Naturalmente esses dispositivos são fundamentais em matéria de ação de petição de herança, mas criou-se aí uma coisa sob a minha sugestão. Na ação de petição de herança, o herdeiro alegando a sua condição de herdeiro, ao vínculo sucessório, vai obter na mão de quem quer que se encontre os bens da herança, esses bens no todo ou em parte. Essa é que é a ação mas que tem um fundamento na própria sucessão. Acontece que muitas vezes a pessoa está diante de um herdeiro que é tido, considerado e havido como o verdadeiro herdeiro. O público assim o considera. E uma pessoa do público compra-lhe bens da herança, firmada nessa presunção. Tempos depois, através da anulação do testamento ou através de uma ação de investigação de paternidade, aquilo se desfaz. E a pessoa que comprou aqueles bens de boa-fé vai ter às vezes com um prejuízo tremendo. Este é um risco para o público em geral. Todos os Códigos das nações cultas criaram a teoria do herdeiro aparente. Aquele que adquire bens de herdeiro aparente – porque não é herdeiro, mas é tido e havido na qualidade de herdeiro – não perde o que comprou, de modo nenhum. E o herdeiro verdadeiro tem, não mais a ação de petição de herança, que é a reivindicatória desses bens, e que ia atingir esses bens na mão de terceiros de boa-fé, mas tem a ação de ressarcimento contra o herdeiro aparente.

Ora, ela tem uma finalidade imensa: primeiro, proteger o comércio livre, proteger as pessoas do público; em segundo, evitar que se perpetuem essas demandas sobre herança e tudo o mais. Esta novidade, que não estava no Código Civil brasileiro mas que está em todos os códigos – no francês, no italiano, no português e no alemão – foi admitida no parágrafo único do art. 1.874 que diz: “O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo das responsabilidades do possuidor originário pelo valor dos bens alienados”. Parágrafo único: “São eficazes as alienações feitas a título oneroso pelo herdeiro aparente a terceiros de boa-fé.” Então abre-se aqui lugar para uma legitimação que é aparente. Este problema de legitimação aparente tem sido estudado por todos os juristas. O que há é que a lei criou um direito que não existia, na pessoa do adquirente. E este direito criou para o titular uma legitimação como outra qualquer, legitimação que exclui a legitimação do herdeiro verdadeiro e limita esta ação do herdeiro verdadeiro, porque não é mais uma petição de herança, mas, sim, uma ação de ressarcimento contra o herdeiro aparente, com ou sem culpa.

Outro problema muito difícil e em que eu me empenhei profundamente é o que diz respeito à colação e à redução das liberalidades feitas pelos pais em vida. O Código Civil deixou tudo bem embrulhado. Não sabemos o que é colação, se se trata de trazer um bem, se se trata de trazer um valor, ou se se trata de reduzir. O Código não distinguiu a redução da colação. Mas hoje é pacífico que redução é uma coisa – próprio sistema do Código – e colação é outra. O sistema do Código Civil brasileiro, art. 1.176, anula a doação na parte que exceder aquilo que o doador poderia testar. Foi criação de Clóvis. Em Direito nenhum houve isso. Nos outros Direitos, no italiano, no francês e no próprio alemão, o que havia era o seguinte: a doação era válida. Mas quando morresse o doador, ia-se ver se os bens conferiam, se davam. E então, naquele momento, se anulava tudo, depois da sucessão. O donatário, então, ficava numa situação de insegurança. Estava com aqueles bens e não sabia se ia dar ou não para cobrir a quota dos herdeiros necessários.

Então, Clóvis acabou com isso com o art. 1.176. Ele disse: “A nulidade da doação é inata na hora da doação”. A nulidade só pode ser na hora do ato, porque não há nulidade *a posteriori*. O Código Civil criou um caso de nulidade atual da doação, por ter excedido aquilo que o doador poderia doar. Então, isto é que se chama redução. A nulidade traz uma redução, porque muitas vezes a doação não é toda anulada, mas somente em parte; reduz a parte que excedeu o que o doador podia dar.

Outra coisa completamente diferente de redução, que é nulidade e consequência de nulidade, é a colação. A colação visa a igualar a legítima dos descendentes. Não tem nada com a nulidade do art. 1.176. Ela quer que os descendentes, herdeiros necessários, a recebam com igualdade. Então a colação só preside aquelas dádivas, aquelas doações feitas em adiantamento da legítima. Como uma doação é feita em adiantamento da legítima, já vai clausulada, sabendo-se que ela vai para ser conferida com as outras, para igualar as legítimas.

Então, enquanto lá é uma nulidade absoluta, aqui não. Aqui se trata de doar com a condição de se conferir depois, para ver-se se está tudo igual, para não haver o desequilíbrio. Não se trata de uma nulidade. A conferência tem que ser em valor. No momento da liberalidade eu recebo 10, o meu irmão recebe 5, o outro recebe 4. Aí vamos ver se há bens para compor. Se não houver bens na herança, então compõe-se a diferença. Os outros recebem, e eu não recebo. Então, por isso é que tem de ser em valor. Num caso especial, pelo projeto está prevista a entrada do bem em espécie, quando por ventura se verificar que não há bens em herança para compor a quota de todos, e, se o herdeiro descendente tem o bem ainda em seu poder, entra com o bem. Se não tem mais o bem, ele entra com dinheiro. Não o dinheiro do momento da sucessão, mas sim dinheiro pelo valor do ato no momento da liberalidade. Ficaram esses dois institutos bem distintos dentro do Projeto do Código Civil por esforço meu e também por colaboração dos meus prezados companheiros de Comissão.

Vamos passar para outro ponto ainda dentro desse mesmo tema. O Código Civil brasileiro distinguiu entre valor ao tempo da liberalidade e valor ao tempo da sucessão. E diz, para as colações, que o valor era ao tempo da liberalidade, e não ao tempo da sucessão. Quando há uma colação é isso que se aplica, o valor atual, pelo Código Civil. Mas quando há uma redução, não. Redução é nulidade e se trata de voltar ao *status quo ante*. Enquanto que à colação preside o princípio do valor ao tempo da feitura do ato, ao tempo da liberalidade, na redução preside o princípio do valor ao tempo da abertura da sucessão.

Na colação trata-se apenas de recompor, e na redução, não, trata-se de anular. Então dá-se o princípio da repristinação, com base no art. 158 do Código Civil: Anulado o ato, as partes voltam ao estado anterior. Então, isso tem que se fazer no momento da anulação, portanto o valor da redução é o valor do momento da abertura da sucessão. Essa é a diferença.

Recebi várias sugestões para admitir o princípio da correção monetária entre o valor que tinha o bem doado e o valor que deve ter o bem na abertura da sucessão. Esse princípio da correção monetária teria a virtude de evitar injustiças ou desigualdades entre os sucessores. Mas o Código, que poderia ter feito isto, não o fez. Deu prevalência ao valor da data da liberalidade da doação. Ele distinguiu. Havia a data da doação e a data da sucessão, e ele deu preferência à data do ato da liberalidade. Naturalmente, ele foi muito prudente, porque, se enxertarmos o princípio de correção monetária numa dádiva de pai para filho, nenhum pai doará mais a seu filho, e nenhum filho querará receber do seu pai, evidentemente, porque isso ocorre num espaço de tempo enorme, principalmente para pessoas longevas. Eu doo ao meu primeiro filho; está formado, ele faz um donativo, compra um bem. Eu o ajudei a instalar-se com economia própria; morro aos 98 anos. E tudo isso que foi dado, com correção monetária criará um imenso risco, gerará ônus gravíssimo.

Então, não admiti isto. Defendi o que estava no Código; temos de fazer justiça entre os herdeiros, mas *modus in rebus*, com certo critério, um critério humano, não *sumum jus* de uma correção monetária. O Prof. Alvim, meu companheiro de Comissão, insistiu na correção monetária. Mas eu não cedi.

Vamos ainda a um quarto ponto, relativo à modificação estabelecida quanto aos herdeiros necessários. O cônjuge foi qualificado entre os herdeiros necessários, concorrendo com os filhos e, quando não há descendentes, também com os ascendentes; não havendo ascendentes, o herdeiro universal será o cônjuge, na ordem da sucessão hereditária. Preciso, então, dar uma explicação por que modifiquei o Código neste aspecto, porque fiz do cônjuge um dos herdeiros. Isto já estava no Projeto Clóvis Beviláqua. Clóvis desejou isto, quis isto. Mas, na discussão, perdeu. Li longamente as Atas do Congresso, e ele perdeu principalmente porque se admitia que o cônjuge pudesse ser a mulher e a mulher não merecia herdar. Então, toda a discussão era sobre se o cônjuge – a mulher – herdava ou não.

Não se deve distinguir entre mulher e homem. É o cônjuge. E Andrade Figueira, reacionaríssimo, conseguiu eliminar esse dispositivo do Código. Ele renasceu com o meu projeto. Está aqui novamente, hoje, maior ainda, porque a família brasileira, se olharmos para o Código, em sua generalidade, trabalha. Trabalha o pai, trabalha a mãe, trabalham os filhos. Todos trabalham. E, na poupança das sobras, eles entram com o dinheiro para as despesas da casa. Conhecemos até a lei do Banco Nacional de Habitação, que cogita do salário-família para a compra da casa: soma o salário do pai, o salário da mãe e até o do filho empregado. Isto é o que corre na realidade. Os ricos são raros: são como as girafas, que se estão acabando. O que vemos é a pobreza, é a classe média, abaixo da média mesmo. Essa gente é que precisa ser protegida, porque não vai ao advogado para fazer um testamento, para fazer um regime de bens. Ora, o Código, na parte de família, já havia mudado o regime de bens. Não é mais de comunhão, é de comunhão parcial. Havendo mudado isto, o cônjuge está arriscado, na generalidade dos casos, a ficar sem nada. Então, com esta mudança e por essas considerações de ordem social, achei que o cônjuge deveria, realmente, receber. Aliás, o que devia haver é um pouco de proteção ao grupo familiar: não tirar dali para botar para fora, mas ficar ali mesmo. Isto é o que deve ser.

Em rápidas palavras, é o que eu podia dizer sobre o projeto.

Há outro ponto a que devo referir-me: o art. 1.695 do Código Civil. O artigo está assim redigido: “Salvo se houver justa causa, devidamente expressa no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade quanto à legítima, nem a convenção dos bens que a constituem em outros de outra espécie”.

Levanto o problema porque, ultimamente, autorizado civilista de Recife, o Prof. José Paulo Cavalcanti, criticou acerbamente esse dispositivo, mostrando que, afinal, o testador é quem tem o poder, o direito de distinguir entre aquele que merece

levar a cláusula de inalienabilidade e aquele que não merece. Obrigá-lo a expressar esta sua manifestação de vontade no testamento o coagirá até a deixar de fazê-lo, porque ele poderá não querer ferir o filho, não dizer que ele não tem competência, não tem estabilidade emocional suficiente para dirigir seus próprios bens. E o reparo, em parte, cai. Mas tenho a impressão de que, quando se cogita de estabelecer quais os poderes que devem ser dados ao testador, parece que se parte do pressuposto de que todo testador é encarnação do varão probo, do homem prudente.

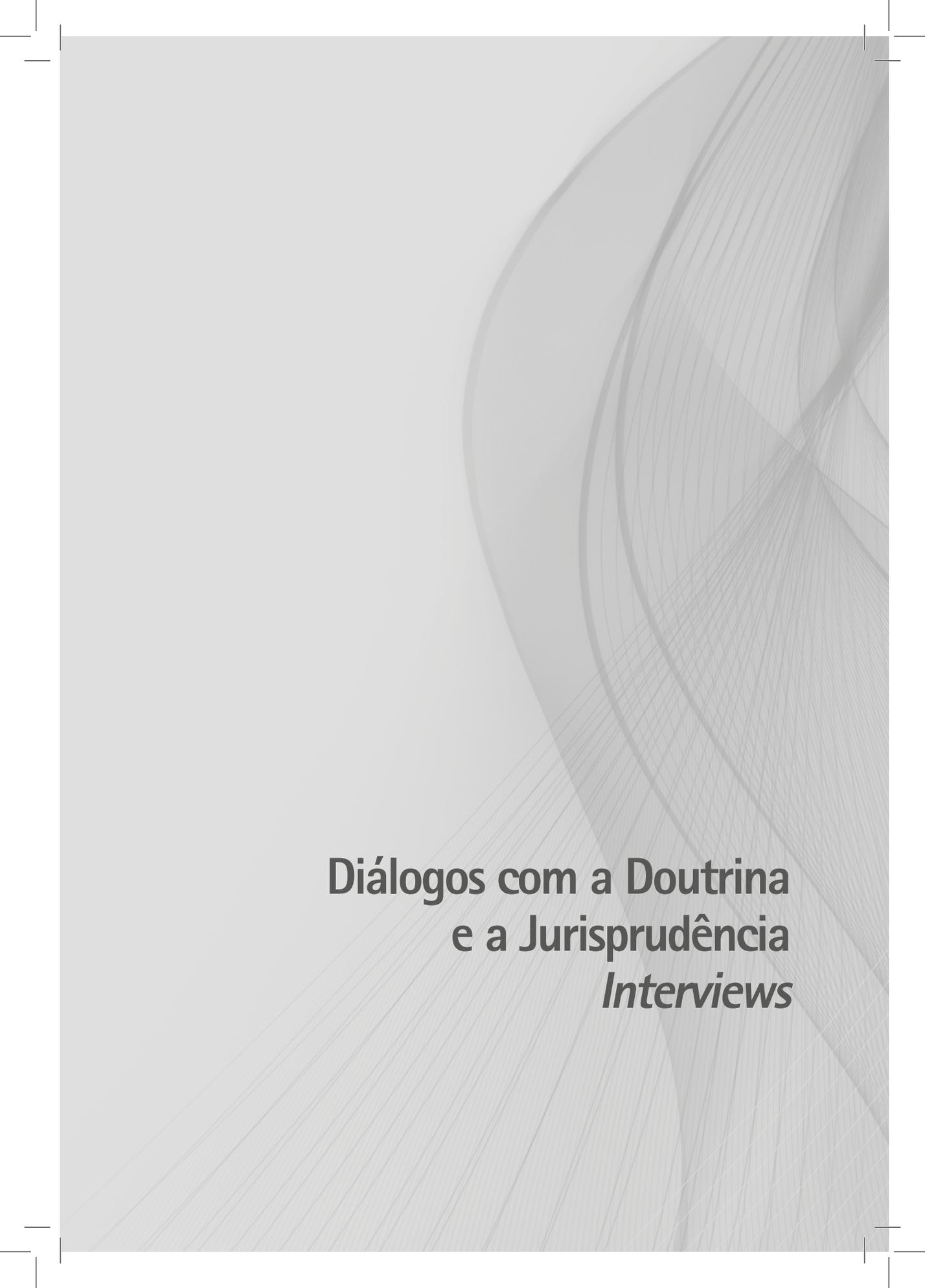
No exercício da minha profissão, vi dois filhos homens, de 50 anos – um alto industrial e outro, banqueiro – levarem uma cláusula dessa ordem, de inalienabilidade, posta pela mãe, por simples emulação, por capricho. Assisti a isto. Não se podia dizer que esses homens não fossem merecedores de toda a confiança, porque eram industriais, estabelecidos por sua própria conta. A mãe, usineira, deixou presa a cota dos filhos na usina. Estou com uma ação em juízo para liberar isto. Vejam o que o testador pode fazer. Esse dispositivo veio dos meus bolsos, mas numa sugestão um pouco diferente. No meu esboço, eu mantinha a redação do art. 1.723 do Código Civil e acrescentava o seguinte parágrafo: “Não prevalece, porém, a cláusula restritiva do poder de alienação, quando imposta à legítima de herdeiros sem justa causa ou por simples capricho ou emulação”. O que eu queria dizer é que o herdeiro tinha algum direito e o poder de impugnar, anular uma cláusula desta, quando não houvesse justificação de ordem alguma. A ideia da maioria da Comissão era não deixar a legítima ser tocada por esse tipo de cláusula. Mas, afinal de contas, prevaleceu este dispositivo do Código, o art. 1.899, com esta redação.

Quando a Lei Feliciano Pena, antes do Código Civil, instituiu esta possibilidade, naquele tempo, a concepção de direito era inteiramente individualista. Não se tratava de indagar se o testador tinha mérito ou não. Era a vontade individual que criava a lei. E isto estava na consciência de todo o mundo. Este princípio não pode mais imperar no tempo, quando as coisas mudaram profundamente.

Hoje, ninguém é voluntarista, nem individualista. A embocadura filosófica do jurista moderno já não é esta. Não se deve procurar dar ao testador um poder de tal ordem que, quando a lei diz que os herdeiros legitimados têm de receber um tratamento igual, o testador pode retirar essa igualdade. Ele pode dizer: “Não. Deixa; a sua vai ficar na inalienabilidade; como é caso de inalienabilidade, é de incomunicabilidade, e dou administração a fulano”. *Modus in rebus*. Não podemos admitir isto. Talvez tivesse havido excesso na admissão desta expressão no testamento: justa causa, expressa no testamento. Mas, é preciso que se mude isso. É o que desejava esclarecer. (*Palmas.*)

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A situação sucessória do cônjuge sobrevivente: a interpretação do art. 1.832 do Código Civil, de Augusto César Lukascheck Prado – *RDFAS* 8/53-66 (DTR\2016\18423);
- Colação e o novo Código de Processo Civil, de Edgard Audomar Marx Neto e Laura Souza Lima e Brito – *RDCC* 10/207-228 (DTR\2017\471); e
- O Código Civil Brasileiro, de R. Limongi França – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 2/1237-1249 (DTR\2012\1516).



**Diálogos com a Doutrina
e a Jurisprudência**
Interviews

