

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

O tema que escolhemos, se não um tanto controverso, é um dos mais apaixonantes dentro do Direito Civil. Todos ouvem falar em inalienabilidade, em incomunicabilidade, ou em impenhorabilidade, e nos problemas que se sucedem na prática, no dia-a-dia, nos testamentos ou, então, nas doações, em decorrência dessas cláusulas.

Nos testamentos, não raro, qual não é a surpresa dos herdeiros ou legatários quando constatam que o testador deixou todos os seus bens, ou alguns deles, completamente gravados ou clausulados.

Com efeito, dentro do direito de propriedade, temos o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*, ou seja, o direito de usar, de gozar e de dispor da coisa e, ainda, o direito de sequela. Ora, o testador ou doador, ao gravar os bens com essas cláusulas restritivas, impede que o herdeiro, legatário ou donatário possam livremente dispor de seus bens.

Dir-se-ia que têm eles o domínio limitado da propriedade, podendo usar, gozar, mas não podendo dispor da coisa. Aliás, é bom lembrar que o direito francês não faz distinção entre o uso e o gozo da coisa, tanto que o art. 544 do Código Civil assim reza: “A propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”¹.

De fato, a discussão sobre a natureza das cláusulas, em face do conteúdo do direito de propriedade, é um dos aspectos mais interessantes do problema. F. C. PONTES DE MIRANDA, anotando a dificuldade dos estudiosos de se libertarem de categorias já conhecidas e “descobrirem” novas, filiava-se à posição de F. REGELSBERGER, dando às cláusulas uma denominação autônoma: são as *restrições de poder*².

¹ Dispõe o art. 544 do *Code Civil*, *in verbis*: “La propriété est le droit de jouir et disposer des chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

² *Tratado de Direito Privado – Direito das Sucessões – Disposições Testamentárias - Formas*, t. LVIII, atualizado por G. Hironaka e P. Lôbo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

O Código Civil brasileiro de 2002 cuida da matéria em seus arts. 1.848 e 1.911.

O *caput* do primeiro deles assim dispõe: “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”. Introduce-se com essa disposição, em nosso ordenamento, a exigência expressa de que haja justa causa para a clausulação dos bens, o que abre toda uma sorte de problemas operativos, como aquele relativo ao possível desaparecimento superveniente da causa³.

O art. 1.911 por sua vez reza: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”.

Perguntar-se-ia: por que nossa preocupação em escrever sobre as cláusulas restritivas, sabido terem elas um grande número de adversários tanto no direito pátrio como no alienígena? Um incontável contingente de juristas entende que deveriam esses gravames ser abolidos dos sistemas legais, principalmente a cláusula de inalienabilidade, por deixar um bem fora de comércio por um longo período, para além do fato de gerarem uma proclamada propensão à fraude⁴.

Nós mesmos poderemos responder.

Muito embora não seja hábito do brasileiro fazer testamentos – por diversas razões –, o fato é que seu regramento é bastante sólido. Quanto aos fundamentos, as raízes históricas que formam o direito das sucessões mostram que, em diversos ordenamentos, como é o caso do brasileiro, adota-se um *espírito de compromisso*, combinando-se a vontade do testador com a necessidade de proteção de uma porção do patrimônio a ser destinada aos herdeiros (a legítima). No Brasil, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO dedicou um interessante artigo a essa questão⁵.

Pois bem.

O fato de o legislador de 2002 ter optado pela manutenção das cláusulas no sistema jurídico brasileiro – apesar das críticas de parcela da doutrina – já fornece, no atual quadrante histórico-jurídico do Direito Civil, uma importante justificativa para nosso estudo.

Na esteira daquela *solução de compromisso*, cujas facetas são múltiplas (i.e., não se resumem apenas a uma dicotomia *testador x herdeiros*) é que se costuma focalizar a discussão a respeito da clausulação de bens da legítima. Vem daí mais um argumento

³ Nesse sentido, Cf. F. SPECK DE SOUZA, A cláusula de afetação da legítima e o desaparecimento superveniente da justa causa, *Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)*, v. 4, n. 2, p. 253-282, jul.-set. 2015.

⁴ Cf., por todos, E. OLIVEIRA LEITE, *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões*, v. XXI, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 268 ss.

⁵ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 95 (2000).

a justificar a escolha do tema: essa tensão entre aspectos vários do direito sucessório, a fomentar o debate legislativo, exige que a doutrina trabalhe para deixar mais claros os conceitos e para, uma vez promulgada a legislação, discernir da melhor maneira possível o regramento vigente.

Além disso, como dissemos, a discussão sobre as cláusulas restritivas não ocorre propriamente sob a dicotomia entre liberdade do testador e proteção da legítima. Na realidade, a clausulação, conforme C. BEVILAQUA, de toda sorte representa uma proteção do patrimônio e da família: “não é para a liberdade de testar que nos encaminha a lei”, dizia⁶. Uma proteção cujos aspectos nem sempre ficam claros. Eis aí mais um elemento justificador de nosso estudo. As cláusulas corporificam um elemento protetivo patrimonial que precisa ser bem compreendido em termos dogmáticos e operativos.

Há ainda outros elementos justificadores do tema. O período de crise econômica atual, com o recente enfrentamento da mais grave recessão de nossa história, alimenta as discussões em torno da circulação de riqueza. Esse movimento reflete-se também nas relações pessoais, entre pais e filhos, marido e mulher etc.

Em outros termos, as relações privadas também se colocam no ambiente de crise, que alimenta o repensar de institutos jurídicos. Diversas iniciativas do Governo demonstram a preocupação com o acesso ao crédito e o aquecimento da economia a partir de uma perspectiva de Direito Privado. Pense-se, por exemplo, na edição da Medida Provisória n. 759, de dezembro de 2016, convertida na Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, que trouxe importantes inovações ao Direito Civil brasileiro, como o chamado *direito real de laje* e a positivação do conhecido *condomínio de lotes*, além de outras figuras.

Poder-se-ia, em face disso, argumentar que o estudo da clausulação de bens da legítima seria pouco útil, por representar esse instituto, na verdade, mais um anacronismo, hoje raramente usado (na medida em que frustra, de certo modo, a circulação de bens, necessária que é ao aquecimento econômico). Vemos essa opinião, contudo, como desacertada. Por mais que o uso do instituto seja raro, o fato é que a clausulação de bens representa uma opção marcante da legislação, isto é, consiste em algo que, uma vez utilizado, tem forte impacto nas relações jurídicas. É imperioso compreender bem de que forma se regulamenta, pois, sua aplicação.

Além disso, pode-se buscar um argumento de ordem prática. O desejo de aquecer a economia e estimular a circulação de bens a partir do Direito Privado, apesar de saudável, não pode frustrar institutos protetivos, como veremos ser o caso das cláusulas. É preciso sim – defendemos – dar ao autor da herança a possibilidade de clausular os bens, restringindo sua circulação. Por isso, desde já afirmamos que aprovamos a manutenção dessa possibilidade pelo Código Civil de 2002. Além de simbolizar, aqui, um compromisso com a vontade do testador, configura também um

⁶ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 3.ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1935, v. VI, p. 187.

meio de proteger o patrimônio das possíveis investidas de prodigalidade, infelizmente muito comuns.

Quando alguma pessoa recebe uma herança, talvez não saiba valorizá-la condignamente e, muitas vezes, um patrimônio que levou 50 anos para ser solidificado é destruído em 5 meses! É por essas razões que defendemos as cláusulas restritivas. A de inalienabilidade é bastante útil para evitar essas situações há pouco mencionadas. O mesmo se pode dizer da impenhorabilidade.

Poderíamos ser censurados por este raciocínio? Alguém diria: o Direito deve resguardar o interesse público e não se preocupar com os problemas individuais de cada um. Mas, se vivemos numa nação em que a Constituição taxativamente determina que fica assegurado o direito de propriedade, por que um testador ou doador não pode ter a prerrogativa de impor certos gravames nos bens testados ou doados?

Além dos problemas econômicos, a modificação das relações familiares, nos últimos anos, também imprime uma nova faceta ao problema das cláusulas restritivas. Diversos instrumentos jurídicos de controle patrimonial surgem como forma de absorver essas modificações, de que são exemplos o *planejamento sucessório* e a *holding familiar*. Pensamos que também as cláusulas restritivas, em face da nova realidade – sobre a qual não se está aqui a fazer valorações – tomam um aspecto diferenciado em termos de aplicação, no atual quadrante histórico.

Cumpre-nos, também, ressaltar que muitas pessoas se sentem constrangidas em fazer doações com gravames, entendendo que isto poderá abalar o relacionamento com seus genros ou noras. Mas, para que não se fira a susceptibilidade de ninguém e, ainda, para não provocar rancores naqueles entes, que se faça uma justificativa bem fundamentada.

E aqui lembraríamos o que constatamos ao examinarmos uma doação realizada nos idos de 1931: os doadores ponderavam que a doação ficava subordinada às três cláusulas restritivas, ficando os respectivos rendimentos isentos de execuções pendentes e futuras; que aquelas restrições não traduziam, nem de leve, qualquer desconfiança na capacidade dos outorgados para administrar os bens doados, porquanto os donatários e seus genros, de exemplar comportamento, tinham dado as mais inconcussas provas dessa capacidade, mas sim visavam garantir os mesmos outorgados contra as possíveis surpresas da vida.

Além do mais, nossa lei civil deixou uma prerrogativa para aqueles que pretendem alienar o bem gravado – é a sub-rogação de vínculos estabelecida pelo artigo 1.911 do Código Civil de 2002. Desde que preenchidos certos requisitos, poder-se-á chegar à venda do bem até então inalienável, como também veremos no desenrolar deste estudo. Muitas são as dificuldades envolvidas nesse ponto, e que podem até mesmo influenciar a interpretação (sistemática) de outras disposições semelhantes da codificação civil.

Então, é por este e outros motivos que somos favoráveis às cláusulas restritivas. Não é uma velharia, como pensam alguns. Portanto, bem fez o legislador brasileiro ao

instituí-las. Sua riqueza teórica e prática é evidente, perfazendo um interessante campo de pesquisa. E é isto que tentaremos provar no decorrer deste trabalho, esperando que ele seja útil a todos aqueles que militam nesse importante campo do direito.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

A justificativa da escolha do tema, feita no ponto anterior, exige uma breve consideração de caráter metodológico, por assim dizer. Esta exposição segue as linhas do Direito Civil clássico, buscando estudar os institutos com recurso às consagradas categorias e conceitos que nos legaram os maiores da ciência jurídica. É que esta singela investigação tem como base o direito positivo, iluminado pelos conhecimentos que acumulamos em décadas de estudo do Direito Civil.

Essa rejeição preliminar às visões, que tudo reconduzem às aspirações de momento, não corresponde a uma desatualização do discurso jurídico. Pelo contrário, como se falou no ponto anterior, um tema que diz respeito, em larga medida, à circulação de bens, é de grande interesse em um momento de crise econômica. A questão é que, no plano metodológico, torna-se imperioso desvendar primeiramente o significado e o alcance das regras que disciplinam determinadas situações jurídicas antes de partir para apreciações exteriores ao espectro juspositivo.

O Direito Civil, na expressão de O. L. RODRIGUES JUNIOR⁷, tem o seu *status* epistemológico, e o civilista precisa entender que sua investigação goza de autonomia e de referenciais próprios.

Que considerações podem ser feitas, em face disso, sobre nosso tema?

Se realmente, numa determinada época, pouco se utilizou daquele dispositivo da lei civil de 1916, ou mesmo do art. 1.676 também do Código Civil de 1916, revogado pelo atual art. 1.911 do Código Civil de 2002, isso não pode ser utilizado como justificativa para retirar o valor da clausulação de bens da atualidade. Há dois motivos para isso.

Em primeiro lugar, sem uma pesquisa empírica fica difícil saber se realmente é considerável a quantidade de atos desse tipo no país. A ausência desse embasamento retira em muito o valor da crítica, que acaba se apresentando mais como uma “indignação” contra os institutos clássicos do Direito Civil, desprovida de uma base segura.

Em segundo lugar, há um sério problema em considerações dessa ordem. Se se critica um instituto devido ao seu suposto desuso, é preciso sustentar não apenas o ônus da prova (o que foi dito no ponto anterior), como, ainda, o risco de que a

⁷ Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito* (Lisboa), v. 143, pp. 43-66, 2011.

mesma justificativa seja usada para relativizar a importância de tantos e tantos outros institutos. Ocorre que, se um autor não estiver preparado para fazer essa crítica, por não dominar adequadamente os métodos para tal, corre ainda o risco de contribuir para um ambiente de considerações vazias e de um direito cada vez menos zeloso quanto aos estudos dogmáticos.

Não se está a retirar o valor de teorizações críticas, especialmente no Direito Civil. O que se quer dizer é que o civilista precisa, antes de atirar-se às considerações desse tipo, procurar compreender os institutos, e desvendar o direito positivo, harmonizando-o com intermédio de seus conhecimentos específicos.

3. ASPECTOS FORMAIS

Este livro se divide em capítulos e, dentro deles, em seções e subseções, sempre com foco na harmonia da exposição, na clareza, e na compacidade. Procuramos, nesta edição, suprimir algumas citações diretas no corpo do texto, transferindo-as, conforme o caso, para o rodapé. Quanto às referências jurisprudenciais, estão concentradas no capítulo final, antecedidas por breves comentários. Entendemos que esta é a melhor forma de exposição, por submeter a jurisprudência ao conteúdo teórico já apresentado.

Quanto ao modo de citação, seguimos o modelo franco-italiano, conforme a sugestão de E. C. SILVEIRA MARCHI⁸, por entendermos que é a forma mais harmônica e alinhada à nossa tradição jurídica.

⁸ *Guia de Metodologia Jurídica: teses, monografias e artigos*, 3.ed., São Paulo, YK, 2017.