



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As cláusulas restritivas da propriedade, impostas por testamento ou doação, à luz da
Constituição de 1988 e do Direito Civil Constitucional

Helena Monte Arcoverde

Rio de Janeiro
2010

Helena Monte Arcoverde

As cláusulas restritivas da propriedade, impostas por testamento ou doação, à luz da
Constituição de 1988 e do Direito Civil Constitucional

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.
Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2010

AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DA PROPRIEDADE, IMPOSTAS POR
TESTAMENTO OU DOAÇÃO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DO DIREITO
CIVIL CONSTITUCIONAL

Helena Monte Arcoverde

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica-PUC/RJ. Advogada.

Resumo: As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são cláusulas restritivas impostas por ato de liberalidade, testamento ou doação, são limitações voluntárias ao direito de propriedade. A cláusula de inalienabilidade impõe um domínio limitado; o bem não pode ser doado, vendido ou permutado. A cláusula de impenhorabilidade proíbe que o bem sirva de garantia real aos credores na execução. A cláusula de incomunicabilidade é aquela que exclui o bem da comunhão entre os cônjuges, independente do regime de bens convencionado. Essas cláusulas sofrem muitas críticas pois, não raramente, se transformam em um ônus na vida do beneficiário. O presente trabalho visa estudar a tese, defendida por grande parte da doutrina e jurisprudência, que sustenta a incompatibilidade das referidas cláusulas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pois essas cláusulas, de acordo com a linha de entendimento defendida, à luz do Direito Civil Constitucional, feririam o direito à herança, o direito de propriedade, a função social da propriedade, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Direito, civil, constitucional, sucessório, cláusulas, restritivas, testamento, doação, inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade, incompatibilidade, constituição, propriedade, função, social, herança, dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução; 1. Principais aspectos e características das limitações voluntárias ao direito de propriedade clausuladas pelo testador ou doador; 2. O Direito de propriedade e sua função social; 3. O direito civil constitucional e as cláusulas restritivas; 4. Críticas feitas às cláusulas restritivas com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 5. O entendimento de que as cláusulas restritivas seriam incompatíveis com a Carta Magna de 1988; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, à luz do Direito Civil Constitucional brasileiro, há acesos debates sobre as restrições voluntárias ao direito de propriedade, gravadas por testamento ou doação, quais sejam, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. As referidas cláusulas serão objeto de reflexão do presente estudo.

As mencionadas cláusulas sofrem muitas críticas, doutrinárias e jurisprudenciais, pois são anti-econômicas, dificultam a circulação de riquezas, limitam o direito constitucional de propriedade privada sem ser com base na função social, mas sim em nome da vontade privada, facilitam a elaboração de fraudes contra credores e ainda permitem que o testador ou doador trate pessoas capazes como incapazes; o que, como parte da doutrina sustenta, ofende a dignidade humana pois somente a lei pode criar incapacidades. O Código Civil de 2002 não aboliu as cláusulas restritivas mas tão somente trouxe a necessidade de “justa causa” para que elas sejam gravadas na parte indisponível da herança. Logo, as críticas doutrinárias continuam acesas e ainda surgiu mais uma polêmica: o subjetivismo da expressão “justa causa”. Tudo isso será abordado, mais profundamente, no presente trabalho.

Ao longo do artigo serão examinados os seguintes tópicos: principais características das cláusulas restritivas e seus aspectos mais relevantes, críticas feitas às cláusulas restritivas com fundamento na Constituição de 1988, levando em conta o direito de herança, o direito de propriedade, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana. Tal abordagem será feita à luz do direito civil constitucional. E, por fim, será abordado o entendimento, defendido por

grande parte da doutrina e jurisprudência, de que as cláusulas restritivas seriam incompatíveis com a Carta Magna de 1988. A metodologia utilizada será a qualitativa e bibliográfica.

Busca-se saber, dessa forma, se tais restrições voluntárias ao direito de propriedade gozam ou não de compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tendo como parâmetro uma abordagem Civil Constitucional.

1. PRINCIPAIS ASPECTOS E CARACTERÍSTICAS DAS LIMITAÇÕES VOLUNTÁRIAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE CLAUSULADAS PELO TESTADOR OU DOADOR

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são restrições voluntárias ao direito de propriedade.

A cláusula de inalienabilidade impede a alienação do bem, ele não pode ser vendido, doado ou permutado. É estabelecido um domínio limitado do bem. Já a cláusula de impenhorabilidade, impede somente que o bem seja penhorado, ele não pode servir de garantia de credores no processo de execução. Por fim, a cláusula de incomunicabilidade é aquela que exclui o bem da comunhão de bens entre os cônjuges, independente do regime de bens convencionado.

Na vigência do Código Civil de 1916, havia a discussão se a cláusula de inalienabilidade acarretaria nas demais. A maioria da doutrina entendia que acarretava sim na impenhorabilidade. Mas, havia forte debate se implicaria também na incomunicabilidade. A súmula 49 do Supremo Tribunal Federal veio pacificar o entendimento de que a inalienabilidade acarreta a

incomunicabilidade. Posteriormente, o Código Civil de 2002 no seu art. 1911, *caput*, consagrou que a cláusula de inalienabilidade acarreta sim na impenhorabilidade e na incomunicabilidade.

É pacífico o entendimento de que quem pode o mais pode o menos, ou seja, se é possível gravar o bem de inalienabilidade, pode-se também gravá-lo somente de impenhorabilidade ou incomunicabilidade. É pacífico também que estas restrições à propriedade não podem ser perpétuas, podem apenas ser temporárias ou vitalícias, ou seja, sujeitas a condição e a termo, visto que a morte também é um termo.

As referidas cláusulas só podem ser instituídas por ato de mera liberalidade (testamento ou doação). A doutrina é amplamente dominante em rejeitar a possibilidade de instituição dessas cláusulas por contratos onerosos; por considerar tal possibilidade, além de ilegal, ilegítima e imoral, pois facilitaria a fraude contra credores.

Na vigência das Ordenações Filipinas (direito luso-brasileiro) não podia-se gravar cláusulas restritivas na legítima. A Lei Feliciano Pena (Lei 1839/1707), que serviu de base para o artigo 1.723 do Código Civil de 1916, introduziu no direito pátrio a possibilidade de se gravar estas cláusulas na herança toda, inclusive na legítima. Isto foi concebido com o intuito de proteger os indivíduos mais inexperientes para que eles não dilapidassem o patrimônio familiar construído por gerações passadas. Já o Código Civil de 2002, estabeleceu a necessidade de justa causa para se clausular a legítima.

A questão da incidência das cláusulas restritivas sobre a fração indisponível da herança sofreu sempre muitas críticas por causa do princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários. Afinal, em função deste princípio, a legítima deveria ser transmitida aos herdeiros necessário livre de qualquer ônus. A solução do Código Civil de 2002 foi estabelecer a necessidade de justa causa para se clausular os gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade

e incomunicabilidade na legítima; pode-se clausular livremente a parte disponível da herança, com tais gravames, mas para gravar a legítima é preciso haver justa causa (art. 1848, *caput*, CCB/2002). O Código Civil de 2002 estabeleceu ainda no artigo 2.042, nas Disposições Finais e Transitórias, o prazo de um ano, contado da sua entrada em vigor, para o aditamento dos testamentos feitos antes de sua vigência. O prazo já transcorreu integralmente, e se o testamento não foi aditado, se a justa causa não foi declarada, os gravames instituídos pelo testador não valerão em relação à legítima. Eis aí mais dois problemas que a doutrina aponta em relação ao tema: a indeterminação do termo “justa causa”, e a regra de transição, que para alguns doutrinadores, parece atentar contra ato jurídico perfeito.

A cláusula de inalienabilidade é a que gera maior debate. Dentre várias outras questões, discute-se a sua natureza jurídica. Existem três teorias a respeito, a da incapacidade do proprietário, a da obrigação de não alienar, e a da indisponibilidade real da coisa, sendo esta última a que encontra maior número de adeptos.

Mais uma questão suscitada é saber se a inalienabilidade e a impenhorabilidade poderiam ser estendidas aos frutos e rendimentos. É bastante pacífico na doutrina que não se poderia estender a inalienabilidade aos frutos e rendimentos, pois do contrário, o direito do herdeiro ou donatário seria reduzido a nada. Não obstante, quanto a extensão da impenhorabilidade aos frutos e rendimentos há muito debate e divergência.

Estas cláusulas sofrem muitas críticas, principalmente quando gravadas na legítima, sendo o conceito de justa causa vago, indeterminado e por demais subjetivo, além de contrariarem o princípio da intangibilidade da legítima. A inalienabilidade gera o inconveniente efeito de tirar o bem do comércio, prejudicando a economia. A impenhorabilidade dificulta o pagamento dos

credores. Além disso, o bem gravado com estas cláusulas não raro se torna um ônus, um estorvo, para o beneficiário.

As soluções, encontradas pela doutrina e pela jurisprudência, para tais problemas são: a revogação, no caso de doação, majoritariamente se entende que tal revogação é possível sim se ambas as partes, doador e donatário, concordarem; a sub-rogação, que é a substituição do bem gravado por outro que terá o mesmo gravame do bem original, sub-rogação essa que caberia nos casos de bem de interesse público, dívidas do próprio bem e real necessidade ou conveniência do beneficiário e, finalmente, a solução da dispensa do gravame, por decisão judicial, sem a necessidade de sub-rogação, a qual seria cabível, segundo grande parte da doutrina e conforme o entendimento de muitos julgados, quando o motivo que deu causa à instituição do gravame se extingue, perdendo-se a razão para a existência do gravame, ou quando o gravame se torna um ônus na vida do beneficiário.

Há uma forte corrente de entendimento na doutrina que afirma que tais cláusulas não foram recepcionadas pela Carta Constitucional de 1988. NEVARES, (2001).

Pois as referidas cláusulas feririam: o direito à herança; o direito de propriedade, o qual está sendo restringido não pela função social ou pelo poder de polícia em prol do interesse público, como deveria ser, mas sim pela mera vontade privada; a função social da propriedade pois os credores e a economia estão sendo prejudicados e, por fim, essas cláusulas feririam ainda a dignidade da pessoa humana: pois o beneficiário sofre o constrangimento de ser considerado incapaz, sem de fato o ser, e somente a lei pode criar incapacidades. Mas isso será melhor abordado nas próximas seções.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição da República inclui entre os direitos e garantias fundamentais o direito à propriedade, estabelecendo ainda que esta atenderá à sua função social.

Além disso, a Constituição de 1988 também incluiu a propriedade e a sua função social como princípios da ordem econômica.

Isso é muito importante, pois além da Constituição garantir o direito de propriedade e a função social como direitos e garantias fundamentais, eles também estão vinculados aos princípios e finalidades da ordem econômica e social, de forma que a propriedade também tem por fim assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

As limitações à propriedade podem decorrer do Direito Público ou do Direito Privado, diretamente da própria Constituição da República, do Código Civil, e de leis extravagantes. Além disso, as limitações podem decorrer também de ato voluntário. As cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, que são objeto do presente estudo, são decorrentes de ato voluntário do testador ou do donatário.

As mencionadas restrições voluntárias ao direito de propriedade, clausuladas por testamento ou doação, não deveriam caracterizar violação ao direito de propriedade e à sua função social como parecem, infelizmente, caracterizar em algumas situações a serem examinadas nas próximas seções.

3. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS

A Carta Constitucional de 1988 inaugura uma nova realidade na Ciência Jurídica brasileira, pois representa a queda das barreiras entre o direito público e o privado. O civilista não pode mais se restringir ao Código Civil e às leis especiais, deve também estar sempre atento aos preceitos constitucionais. Dessa forma, os institutos do direito privado devem todos ser revistos à luz da Constituição, pois esta trouxe em 1988 uma tábua axiológica nova, colocando em primeiro lugar a questão existencial, a dignidade da pessoa humana sobre a questão patrimonial. NEVARES, (2001).

Dessa forma, as cláusulas restritivas também devem ser ponderadas segundo os princípios constitucionais, pois elas não devem ser entendidas ou aplicadas de forma isolada, mas sim dentro da sistemática do Código em que estão inseridas e, principalmente, da ordem constitucional em vigor.

No quadro atual, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para realização de um interesse seu exclusivo, cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Pelo contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos. A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do indivíduo, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular destaque nas normas que tutelam a dignidade do ser humano e que,

por tal motivo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento principal do ordenamento constitucional vigente. MORAES, (2003).

4. CRÍTICAS FEITAS ÀS CLÁUSULAS RESTRITIVAS COM FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

São passíveis de muitas críticas as cláusulas restritivas da propriedade com fundamento em direitos constitucionais que seriam violados por tais cláusulas como, por exemplo, o direito de herança.

A inserção, pela Carta Magna de 1988, do direito à herança dentre os direitos e garantias individuais demonstra a intenção do constituinte de proteger, em todos os aspectos, tal direito. Ao contrário de outros direitos constitucionais individuais, o direito à herança é previsto sem qualquer exceção, como aquelas ressalvas que remetem o legislador infraconstitucional a possibilidade de regulamentação ou de estabelecer restrições “na forma da lei”. Desse modo, não seria possível restringir o direito à herança por ato com base em norma infraconstitucional. Pois se o direito à herança não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-lo, já que se traduz em cláusula *pétrea*, não é razoável que norma infraconstitucional possa restringi-lo, ou aboli-lo em parte, inexistindo comando constitucional que autorize o legislador infraconstitucional a proceder de tal modo. Diante do exposto, entende-se que o direito à herança constante do artigo 5º, inciso XXX, da CRFB/88, não ao deve sofrer restrições, como a cláusula de inalienabilidade, cuja imposição importa verdadeira limitação ao direito de propriedade, na medida em que o herdeiro fica tolhido do direito de dispor do bem herdado, o que em diversos casos resulta na inutilidade

da herança. BANDEIRA, (2003).

Incoerente se faz que a Constituição garanta o direito de herança e o legislador ordinário permita ao testador restringir este direito. Esta incompatibilidade deve ser solucionada pelo critério hierárquico. Desse modo, a norma constitucional deve prevalecer.

As cláusulas restritivas também são muito criticáveis com fundamento no direito constitucional de propriedade privada.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são cláusulas restritivas à propriedade. A inalienabilidade impede a alienação do bem. Já a impenhorabilidade impede que o bem seja dado como garantia de credores no processo de execução, ou seja, veda a alienação indireta. E, por fim, a incomunicabilidade, embora não ofenda diretamente o direito de propriedade pois os atos de disposição permanecem possíveis, impede que o bem se comunique na comunhão de bens entre cônjuges, independente do regime de bens escolhido.

O problema é que estas cláusulas restritivas à propriedade são impostas pela vontade privada, pelo interesse individual do doador ou testador, e o direito de propriedade é constitucionalmente garantido no art. 5º, XXII da Constituição de 1988, estando explicitado como cláusula *pétrea* entre os direitos e garantias fundamentais (art. 60, §4º, IV). Portanto, o direito de propriedade só deve ser limitado pela própria Constituição, em nome da função social da propriedade ou pelo poder de polícia em prol do interesse público, e não em prol do interesse particular como ocorre com tais cláusulas. NEVARES, (2001).

As cláusulas restritivas são muito criticáveis também com base na função social da propriedade.

A Constituição de 1988 consagrou o direito de propriedade, sendo que esta deve cumprir sua função social conforme artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88.

Assim sendo, a propriedade rural deve ser produtiva, estimulando as relações de trabalho, bem como, preservando o meio ambiente. Já a propriedade urbana deve seguir as diretrizes do plano diretor. Dessa forma, a função social da propriedade é um instrumento para a realização dos valores fundamentais presentes na Carta Magna.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade prejudicam o cumprimento da função social da propriedade, pois são anti-econômicas, prejudicam a economia e a circulação de riquezas. E, para se cumprir a função social da propriedade, é preciso também que se respeite a ordem econômica e financeira.

É muito combatida a cláusula de inalienabilidade por ela, em nome do interesse privado, atentar contra livre circulação de riquezas, que é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro vigente. NEVARES, (2001).

Sendo a circulação de bens exigência econômica de interesse geral, não deveriam ser comprometidos respeitáveis interesses sociais em razão de uma cláusula de direito privado.

A cláusula de inalienabilidade retira o bem do comércio, impedindo sua livre circulação. Logo, é anti-econômica pois a propriedade privada constitui alicerce da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, III, CRFB/88). A atividade econômica, sendo dinâmica, e mutante, clama por agilidade. É uma inutilidade que determinada riqueza fique paralisada no patrimônio de um indivíduo, contra sua própria vontade, contrariando os interesses da Ordem Econômica e da coletividade, unicamente por causa da vontade particular do testador ou doador. NEVARES, (2001).

A cláusula de impenhorabilidade também viola o princípio da função social da propriedade, pois ela, ao impedir que o bem sirva como garantia aos credores no processo de execução, facilita a elaboração de fraudes. Além disso, já existe a impenhorabilidade por força de

lei: os bens absolutamente impenhoráveis explicitados pelo Código de Processo Civil e os que gozam da impenhorabilidade fornecida pela legislação especial.

Como exemplos de impenhorabilidade por força de lei, temos o bem de família legal e o bem de família convencional que protegem a tutela do patrimônio mínimo da pessoa e a residência da família. Logo, não há porque existir uma cláusula, imposta pela vontade privada do testador ou doador, para proteger os mesmos objetivos que a lei já protege.

Sendo relevante ressaltar que tal cláusula é prejudicial aos interesses sociais e econômicos, facilitando a fraude contra credores.

Portanto, a cláusula de impenhorabilidade é anti-econômica e prejudicial aos interesses da sociedade, facilitando a elaboração de fraudes contra credores, desrespeitando o princípio da função social da propriedade.

A cláusula de incomunicabilidade também é prejudicial à função social da propriedade, pois a cláusula de incomunicabilidade também é uma cláusula anti-econômica, já que é necessário utilizar-se do instituto jurídico da sub-rogação toda vez que se aliena um bem com gravame de incomunicabilidade.

O titular do bem clausulado com incomunicabilidade, sempre que quiser alienar o bem, terá que acionar o poder judiciário para realizar o procedimento de sub-rogação de gravame. Logo, com a cláusula de incomunicabilidade a livre circulação de riquezas está sendo dificultada, o que é prejudicial à economia da sociedade.

Ou seja, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade tem o criticável efeito prático de atrapalhar a livre circulação de riquezas. Sendo que a circulação de bens é exigência econômica de interesse geral que não deveria ser restringida pela vontade privada do testador ou doador.

As cláusulas restritivas da propriedade, impostas pelo testador ou doador, também são bastante criticáveis com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade não primam pela capacidade, pelo desenvolvimento do indivíduo. Ao contrário, a vontade privada do testador ou doador está criando incapacidades, coisa que somente a lei poderia fazer. Por exemplo, se alguém dispõe, em um testamento ou em uma doação, da seguinte maneira: “deixo estes bens gravados de inalienabilidade pois meu filho é incapaz de administrar seu patrimônio”, ou “gravo estes bens de impenhorabilidade e incomunicabilidade pois minha filha é muito inexperiente para conseguir administrar uma empresa, e meu genro é um pródigo”, estão sendo criadas incapacidades pela vontade particular do disponente.

Vale ressaltar que se alguém é pródigo, incapaz, deve ser interditado. Uma pessoa perfeitamente capaz não pode sofrer a humilhação de ser considerada incapaz sem de fato o ser, pois isto atenta contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

É preciso se primar pelo livre desenvolvimento da personalidade pois ele faz parte da tutela da dignidade da pessoa humana. Deve-se ponderar liberdade e solidariedade, caso a caso, buscando-se sempre a tutela da dignidade da pessoa humana. MORAES, (2003).

Não se pode admitir que pessoas capazes sejam tratadas como incapazes unicamente para satisfazer a vontade privada do testador ou doador pois isso afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Sendo válido ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um dos postulados que regem um Estado Democrático de Direito.

5. O ENTENDIMENTO DE QUE AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS SERIAM INCOMPATÍVEIS COM A CARTA MAGNA DE 1988

Com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, surgiu uma corrente doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que as cláusulas restritivas à propriedade não teriam sido recepcionadas pela CRFB/88. NEVARES, (2001).

Tendo em vista que o Código Civil de 2002 não aboliu as cláusulas restritivas, mas apenas instituiu a necessidade de justa causa para que elas sejam gravadas na parte indisponível, na legítima da herança, continua acesa a polêmica.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, além de serem extremamente prejudiciais aos indivíduos e à coletividade, não teriam sido recepcionadas pelo sistema constitucional segundo forte linha de entendimento. Isso porque, como já foi analisado, tais cláusulas ofendem o direito de propriedade e sua função social, com ampla garantia no direito de herança; art. 5º, XXII, XXIII e XXX, CFB/88. GIORGIS, (2006).

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, são uma forma de restrição da propriedade, como visto, que não se insere dentre as restrições constitucionalmente previstas tampouco tem seu fundamento na função social da propriedade. Elas são restrições decorrentes meramente da vontade privada, de ato voluntário do testador ou do doador, o que ofende ainda a dignidade da pessoa humana.

Há muitos precedentes na jurisprudência de nossos tribunais em que o bem é liberado do gravame em razão de doença do beneficiário. Nesse tipo de caso, o bem é clausulado para o benefício do herdeiro ou donatário, mas este é acometido de doença, necessitando de recursos

para custear tratamento médico, de modo que o gravame acaba se tornando um ônus para aquele que se quis proteger. Em outros casos, o beneficiário não é acometido de doença, mas o bem gravado se torna um ônus por outros motivos como o alto custo de conservação do imóvel. NEVARES, (2001).

Encontra amparo em diversos fundamentos constitucionais, como visto anteriormente, o entendimento de que as cláusulas restritivas da propriedade, impostas pela vontade privada do testador ou doador, seriam incompatíveis com a Carta Magna de 1988.

CONCLUSÃO

No direito Brasileiro atual, em que a CRFB/88 consagrou a dignidade da pessoa humana com fundamento da República, as situações existenciais devem prevalecer sobre aquelas meramente patrimoniais e de cunho individualista.

Dessa forma, entende a melhor doutrina e jurisprudência que as cláusulas restritivas da propriedade, impostas por testamento ou doação, são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, pois ferem os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de propriedade e sua função social, com ampla garantia no direito de herança (artigo 5º, XXII, XXIII e XXX, da CRFB/88).

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são de extrema inconveniência, principalmente, quando gravadas na parte indisponível da herança. Isso porque,

em respeito ao princípio da intangibilidade da legítima, a parte indisponível da herança é devida, livre de qualquer ônus, de pleno direito, aos herdeiros necessários.

Porém, as cláusulas restritivas são mais do que inconvenientes, são ilegítimas, visto que muitas vezes se transformam em um ônus na vida do beneficiário, e inconstitucionais, pois ferem os princípios constitucionais do direito à herança, do direito de propriedade privada, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002 criou a necessidade de justa causa para clausular a legítima mas permitiu que a parte disponível da herança continuasse podendo ser livremente clausulada. Foi uma solução insatisfatória, até porque o conceito de justa causa é por demais vago e subjetivo.

A cláusula de inalienabilidade ofende o princípio constitucional do direito de propriedade privada. A propriedade está sendo restringida em sua melhor função, não pode ser alienada, e esta restrição não ocorre em nome da função social, do interesse público, como deveria ser, mas sim em nome da vontade particular do testador ou doador, do interesse individual em prol do interesse público. A cláusula de inalienabilidade viola também o princípio da função social da propriedade pois o bem é retirado do comércio, é ofendida a livre circulação de bens e riquezas, se prejudica a Ordem Econômica e Financeira.

A cláusula de impenhorabilidade também é uma restrição à propriedade privada imposta pela vontade particular do instituidor. O bem não pode ser penhorado, não pode servir de garantia aos credores na execução, ferindo também o princípio da função social da propriedade, pois a impenhorabilidade dificulta o pagamento dos credores, facilitando a elaboração de fraudes.

A cláusula de incomunicabilidade, embora menos drástica que as outras duas, também é uma cláusula restritiva, embora não ofenda diretamente o direito de propriedade pois se gravada isoladamente são possíveis todos os atos de disposição, também é imposta meramente pela

vontade privada do testador ou doador. E, ademais, não representa nenhum interesse social. A cláusula de incomunicabilidade prejudica a função social da propriedade, atrapalha a economia da sociedade, pois trata-se de cláusula anti-econômica que dificulta a circulação de riquezas pela necessidade de sub-rogação toda vez que o bem for alienado. Não há motivo para a subsistência desta cláusula na atualidade, afinal, pessoas adultas e capazes devem poder convencionar o regime de bens que entenderem melhor para os seus interesses. Além disso, atualmente são raríssimos os casamentos celebrados pela comunhão universal de bens, sendo cada vez mais escassos os motivos da imposição de tal cláusula.

Qualquer uma destas três cláusulas fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento da República, pois pessoas capazes estão sofrendo o constrangimento de serem consideradas incapazes pela mera vontade individual do testador ou doador. E somente a lei pode criar incapacidades, nunca a vontade particular.

O objetivo destas cláusulas de proteção à família e aos indivíduos mais inexperientes, embora louvável, pode ser atendido de outras formas mais legítimas, como a instituição do bem de família. Logo, não é necessário manter no ordenamento cláusulas de cunho individualista, que colocam a vontade privada acima dos interesses sociais, e que ferem os princípios constitucionais vigentes.

Embora no direito sucessório seja de grande importância o princípio da última vontade do testador, existem os limites materiais impostos pela Carta Magna, e utilizando-se o critério hierárquico para solucionar antinomias do ordenamento jurídico, a Constituição, que é a lei maior, deve sempre prevalecer.

Em virtude de tudo mencionado anteriormente, o entendimento defendido, à luz do Direito Civil Constitucional, é no sentido de que as cláusulas de inalienabilidade,

impenhorabilidade e incomunicabilidade devem ser abolidas do ordenamento jurídico brasileiro porque, mais do que inconvenientes, elas afrontam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Gustavo. *A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo código civil para os testamentos lavrados na égide do código de 1916*. Revista da EMERJ, V. 6. n. 24. p. 189 /202. 2003.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A justa causa no novo testamento*. Revista Advocacia Dinâmica. “Seleções Jurídicas – Doutrina”. SP, no 1, p. 1/0. Jan. 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica civil-constitucional*. Revista Trimestral de Direito Civil. 133, V. 2, no. 5, p., 211/ 247. Jan./mar. 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. V. VII. Direito das Sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- STEFANO, Zuelma Anacleto de. *Cláusulas restritivas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e impenhorabilidade*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, V. 16, no. 62, pág. 47/67, out./dez. 1992.

- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.