

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 183 • Novembro 2015

MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES
MINISTRO DO STJ

DEMANDAS REPETITIVAS: A NECESSIDADE DE CLASS ACTION E DE ADIL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Editorial: ACORDO BRASIL X PARAGUAI: CRIME DE LESA-PÁTRIA

Justa causa para legitimar a doação com cláusulas restritivas

Marco Aurélio Bezerra de Melo | Desembargador do TJRJ



Sempre causou perplexidade a possibilidade, anteriormente livre de restrições legais, de o herdeiro necessário receber o bem que integrava a sua legítima com restrições para alienação. Isso porque desde a velha codificação¹ que tais bens pertencem de pleno direito ao herdeiro necessário.

No atual Código Civil, a redação não deixa margem a disceptações em seu conteúdo, como se pode perceber na redação do artigo 1.846 quando prescreve que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. Assim, valendo-se de um feliz método legislativo lógico-sistemático, o *caput* do artigo 1.848 do Código Civil impõe como requisito de eficácia das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima que seja declarado expressamente no testamento uma justa causa.

Dessa feita, se a liberalidade integrar a quota disponível do transferente a título gratuito, não haverá necessidade de se apresentar justa causa, mas, em caso contrário, indispensável a declaração de um motivo plausível para legitimar as referidas restrições convencionais impostas pelo testador ao direito de propriedade do herdeiro.

Trata-se da chamada deserdação *bona mente* que consiste na limitação dos poderes dos herdeiros necessários, mediante a imposição das cláusulas restritivas nos bens que passarão a integrar o patrimônio dos herdeiros necessários do disponente, mas não para puni-los por alguma falta grave, mas sim protegê-los.² O

disponente obra na boa intenção de tutelar o seu herdeiro necessário, visando impedir que no futuro fique privado do bem doado ou herdado em razão de alienação voluntária, forçada judicialmente ou por ter integrado a comunhão de bens com o seu cônjuge.

Dessa forma, o *caput* do artigo 1.848 do Código Civil acima citado andou bem em atender ao aspecto protetivo das cláusulas restritivas e, ao mesmo tempo, respeitar a legítima dos herdeiros necessários, uma vez que manteve a possibilidade de o testador gravar com cláusulas restritivas os bens que integram a legítima do herdeiro, mas passou a exigir que o disponente indique no ato constitutivo da liberalidade a justa causa que legitima o gravame.

A justificativa deve ser feita de modo expresso e circunstancial no ato de liberalidade, indicando porquê a cláusula se mostra indispensável, uma vez que sua função primaz é a de tutelar o beneficiário contra alienações que o privem do objeto da liberalidade, pondo em risco, por exemplo, a própria subsistência do donatário. Não bastará dizer que o beneficiário não goza de lucidez suficiente para gerir o patrimônio, que tem o mau hábito de gastar em jogos e outros prazeres os bens que titulariza, que é dado a ingerir bebida alcoólica ou algo que se mostre vago e de difícil, senão impossível, comprovação. A imposição do ônus, sob pena de nulidade, deve fundamentar-se em fato grave que deverá ser descrito com minudência. Como exemplo, poderíamos pensar na situação de um filho dependente químico atestado por médico especialista e que, por vezes, fora internado em clínica de recuperação.

A justa causa (melhor seria justo motivo) vincula-se de tal forma à criação do gravame que se cessar, poderá o beneficiário pleitear em juízo o levantamento da cláusula restritiva. No exemplo citado, se for feito o devido tratamento e a toxicomania cessar, fará jus o donatário ou herdeiro testamentário ao pleito de cancelamento da restrição de disponibilidade do bem.

Assiste ao herdeiro necessário beneficiário do bem clausulado o direito de discutir em juízo a veracidade do fato apontado como justa causa trazida no bojo do ato de liberalidade. Não há necessidade de se aguardar o passamento do doador, uma vez que essa questão envolve o direito obrigacional antes do sucessório, não havendo, em nosso sentir, ofensa à vedação do *pacta corvina* (art. 426, CC).

Concordamos com o escólio da emérita professora Ana Luiza Maia Nevares³ quando assesta que as cláusulas restritivas têm a possibilidade de desempenhar importante papel na proteção do mínimo existencial assegurado pela Constituição Federal (art. 1º, III) como, por exemplo, na proteção da moradia (art. 6º), mas que, na proteção da intangibilidade da legítima, a justa causa deve ser real, se apresentar de forma precisa e continuar presente, em caso

“A imposição de cláusulas restritivas sobre bens que integram a legítima dos herdeiros necessários somente se justifica com a presença de justa causa que vai permitir uma ponderação de valores da restrição do direito à herança que configura garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal com a proteção da dignidade do donatário beneficiário.”

de testamento, até o momento da abertura da sucessão,⁴ ou seja, “a validade da cláusula restritiva estará sempre submetida à análise da permanência dos motivos que a justificaram”. Referindo-se estritamente ao testamento, resume com precisão o Doutor Marcelo Truzzi Otero⁵ essa questão: “é indispensável que a motivação se apresente acompanhada de fatos concretos e lícitos, persistentes ao tempo da abertura da sucessão, atestando que o interesse do herdeiro reclama a inalienabilidade, a impenhorabilidade ou a incomunicabilidade da legítima”.

Há o entendimento de que a necessidade de inclusão da justa causa nas liberalidades que integram a legítima dos herdeiros necessários se restringe ao testamento em razão da impossibilidade de interpretação extensiva das normas que restringem a autonomia privada,⁶ sendo essa, a propósito, a visão do Colégio Notarial do Brasil manifestada no XIX Congresso Nacional que discutiu “O Papel do Notariado no Direito da Família”, realizado em maio de 2014, *verbis*: Enunciado nº 2: “Nas escrituras de doação não é necessário justificar a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima. A necessidade de indicação de justa causa (CC art. 1.848) limita-se ao testamento, não se estendendo às doações.”

Em que pese o engenho de tal raciocínio, com as devidas vênias, não estamos de acordo com o pensamento esposado. A imposição de cláusulas restritivas sobre bens que integram a legítima dos herdeiros necessários somente se justifica com a presença de *justa causa* que vai permitir uma ponderação de valores da restrição do direito à herança que configura garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal com a proteção da dignidade do donatário beneficiário.

Acreditamos que nessa matéria há uma lacuna no Código Civil com relação à doação e há a positivação da matéria no negócio jurídico análogo que o testamento.

É sabido, inclusive, que em alguns países o testamento é tratado como se fora uma doação *mortis causa*, tamanha a similitude entre os institutos, sendo certo que, por exemplo, no artigo 1.911 do Código Civil, encontramos dispositivo análogo versando sobre sub-rogação do gravame em que há referência expressa ao contrato de doação.

Imaginemos situação em que um pai com dois descendentes sucessíveis entenda por bem gravar a legítima de um dos filhos com cláusula restritiva. Deverá apresentar *justa causa*. Não há dúvida. Contudo, se fizer uma doação na mesma intenção com cláusula restritiva para o outro filho, o que representa adiantamento de legítima (art. 544, CC), não haverá necessidade da apresentação da *justa causa*? Não vemos correção nessa solução. Nessa esteira, ousamos assestar que se deve afastar a regra hermenêutica que determina a interpretação restritiva com relação a normas que limitam direitos e nos socorrermos da analogia prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, uma vez que, segundo a lógica (do grego: *aná* – segundo + *lógon* – lógica), diante de lacunas legislativas, hipóteses semelhantes estão a exigir idêntica solução. É possível a percepção de que todos os requisitos da aplicação da analogia se fazem presentes: lacuna e hipótese semelhante, culminando na mesma razão de decidir.


A dispensa do justo motivo, nesse caso, caracterizará também fraude à lei, pois, pela via transversa da doação, exclui-se a incidência da norma cogente do artigo 1848, § 2º do Código Civil, preservando a doação, mas tornando a cláusula restritiva nula de pleno direito (art. 166, VI, CC⁷) como sucederia se a omissão do justo motivo ocorresse no testamento. Daí dizer o emérito registrador paulista Ademar Fioranelli,⁸ que, “ao não se adotar tal entendimento para os atos *inter vivos*, de mera liberalidade (doação), estar-se-ia permitindo que o doador-disponente pudesse burlar as restrições do art. 1.848”.

A aceitação da doação não significará o necessário acaatamento do justo motivo. Daí, ser lícito a um descendente aceitar a liberalidade incidindo sobre bens que integrem a legítima com a cláusula restritiva e a *justa causa* que a legitima e depois discutir em juízo a sua veracidade. Por exemplo, se o motivo da cláusula é o da toxicomania e o donatário provar com exames laboratoriais, testemunhas e outros meios idôneos de prova que não faz uso de tóxico poderá lograr êxito em juízo em pleito no qual deverá requerer a retirada da cláusula restritiva pela ausência da veracidade do motivo.

Marcelo Truzzi Otero⁹ propugna a desnecessidade de se apresentar justa causa nas doações pelo risco de que o conhecimento dos motivos da restrição à propriedade venha a fomentar discórdias familiares, malferindo o cânone constitucional da proteção especial da Família pelo Estado (art. 226, *caput*, CF). Defende o nobre causídico

que se o doador entender pela necessidade de apresentar justa causa nas doações com cláusulas restritivas sobre bens que integram a legítima que o ato de liberalidade seja feito em seu regular instrumento e a apresentação do justo motivo para a imposição do gravame venha inscrito no testamento, ou seja, no negócio jurídico *inter vivos* faz-se a liberalidade e no ato negocial *mortis causa* conste a justa causa para a inclusão das cláusulas restritivas sobre bens que integrem a legítima dos herdeiros necessários.

Em que pese o reconhecimento da possibilidade de desavenças familiares com a revelação de um justo motivo eventualmente constrangedor aos olhos do doador, em nosso sentimento quem poderá aquilatar esse risco em comparação com a oportunidade da restrição é o próprio autor da liberalidade. Se o motivo da imposição do ônus for tão fundamental para a tutela do beneficiário da liberalidade, deverá o doador assumir o preço do desconforto da publicidade das circunstâncias que o levaram a lançar o gravame no instrumento de doação.

Com todas as vênias, em nosso modo de ver, não é incomum a tomada de posições desconfortáveis no âmbito de uma relação afetiva entre ascendente e descendente, para ficarmos com um exemplo bem explícito. Assim, se entender o doador que a possibilidade de desavença familiar tem o poder de causar um dano maior que eventual alienação futura do bem ou que este venha a integrar a meação em algum relacionamento futuro em caso de cláusula de incomunicabilidade, deverá observar a regra de que a doação do bem em adiantamento de legítima deve ser feita livre de qualquer gravame, ressalvado, como dito, a existência comprovável de um justo motivo que justifique a imposição de restrições ao direito de propriedade. 

Notas

¹ Art. 1.721 do CC/2016. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 431.

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 532

⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. [s.l.]: Renovar, 2009. p. 242/250.

⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74.

⁶ Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. *Direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2015. p. 464.

⁷ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: ... VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

⁸ FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

⁹ OTERO, Marcelo Truzzi, obra citada, p. 86/88.