**Cláusulas restritivas do Direito Imobiliário**

**1. INTRODUÇÃO**

No Brasil atual, o direito de propriedade, a sua disposição, gozo e uso, ainda sofrem com algumas delimitações, de força constitucional e/ ou por via de disposições legais, de interesse público, econômico, por força de segurança nacional e, principalmente, por proteção ao patrimônio familiar, como melhor aprofundaremos ao decorrer dessa dissertação.

Quando podem ser instituídas as cláusulas restritivas? Qual sua abrangência? Qual o procedimento necessário para instituí-las? Esse instituto, afinal, é utilizado como uma medida protetiva ou punitiva? Essas são algumas das questões que serão abordadas e analisadas daqui em diante.

O tema a ser discutido é de grande importância, uma vez que não atinge apenas aqueles diretamente envolvidos na questão, testador e herdeiro, doador e donatário, mas, indiretamente, uma gama muito mais abrangente de pessoas, já que sua restrição, praticamente retira do mercado imobiliário um bem, possuindo caráter anti-econômico, impedindo assim uma parcela do fluxo de riquezas e transações que poderiam ocorrer.

**2. AQUISIÇÃO VIA TESTAMENTO E DOAÇÃO**

Dentre outras formas de aquisição de propriedade no Brasil, focamos para as duas título deste tópico, as quais desenvolveremos ao decorrer deste trabalho.

Os bens de um indivíduo são divididos em duas partes, sendo elas a parte disponível, da qual o testador pode dispor e gozar livremente, e a parte indisponível, a qual possui delimitações pela Lei. Da parte disponível, o testador pode dispor como bem entender, podendo, mesmo antes de pensar em um testamento, doar o ou os imóveis que fazem parte desta. Focando porém na parte testamentária, surge o problema: "Da parte indisponível, pode o testador instituir cláusula restritiva?" Após anos de debates e discussões, o [Código Civil de 2002](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02) trouxe a solução, estabelecendo ser necessária justa causa para gravação de cláusulas sob a fração indisponível da herança (artigo 1.848, *caput*, do Código Civil).

Segundo o artigo [538](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10698708/artigo-538-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002) do [Código Civil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02), "considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra." A doação é, portanto, um contrato unilateral, uma vez que cria obrigações a apenas uma das partes, consensual e gratuito. A aceitação do donatário é obrigatória e pode ser manifestada no próprio contrato, ou mesmo posteriormente. Assim sendo, o doador, em se dependendo apenas de sua vontade para a doação, pode instituir um cerceamento sob os bens do qual está dispondo, como por exemplo, as cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, temas centrais desta monografia.

A fim de exemplificar, transcrevo a seguir, o trecho de uma escritura pública de doação, na qual a testadora grava a parte disponível do patrimônio com as referidas cláusulas: *"****5.-*** *A testadora determina que os bens que seus herdeiros receberem por sua sucessão, tanto os da legítima quanto os da parte disponível, sejam gravados com as cláusulas vitalícias de INCOMUNICABILIDADE E DE IMPENHORABILIDADE, extensivas aos frutos e rendimentos, justificando a imposição dessas cláusulas por seu desejo de evitar que o patrimônio por ele amealhado seja diluído em virtude de eventuais casamentos e/ou uniões-estáveis mal-sucedidos, e para proteger esse patrimônio contra eventuais dívidas que seus herdeiros possam vir a contrair."*

**3. AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS**

As cláusulas, como visto, podem ser instituídas por via testamentária ou por via de doação, seja esta por adiantamento de legitima ou por pura liberalidade.

As cláusulas restritivas, conforme o tema central deste trabalho, instituídas através do testamento e/ ou da doação, tem por objetivo principal, a tutela dos bens imóveis de determinada família ou indivíduo. Por ser uma disposição voluntária de quem dispõe do bem, as cláusulas não podem ser instituídas, por exemplo, em um contrato de venda e compra, bem como ao usufruto, uma vez que este, decorrente de Lei (artigo [1.393](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641092/artigo-1393-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002), [Código Civil de 2002](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02))é dotado de inalienabilidade.

Existem três principais teorias que visam estabelecer a natureza jurídica das cláusulas restritivas: a teoria da incapacidade do proprietário, a teoria da obrigação de não alienar ou de não fazer e a teoria da indisponibilidade real da coisa.

De acordo com a teoria da incapacidade do proprietário, a cláusula restritiva teria natureza incapacitante ligada à pessoa e não ao objeto. Entretanto, esta forma de incapacidade não se confundiria com as incapacidades relativas e absolutas previstas em lei. Assim sendo, em havendo uma cláusula restritiva, o objeto continua a ser alienável, em tese. Porém, o proprietário, em virtude da cláusula, é impedido de fazê-lo. Haveria, nesse sentido, um impedimento legal para a prática de determinado ato. Contudo, referida tese sofreu muitas críticas. Entre elas, a impossibilidade de incapacidades convencionais, uma vez que a capacidade seria uma qualidade somente atribuível por Lei, não sendo admissível confundir a atribuição de incapacidade, determinada por lei, com a indisponibilidade de bens, criada pela vontade dos interessados.

Segundo a teoria da obrigação de não alienar, a cláusula restritiva seria uma espécie do gênero obrigação de não fazer assumida pelo proprietário, que deve cumprir um encargo imposto ao legatário ou donatário. Sendo assim, em havendo cláusula restritiva, haveria, na verdade, uma obrigação, de cunho pessoal, assumida pelo titular do bem, de não alienar o bem gratificado com este. Porém, essa tese também sofreu críticas. O autor Orlando Gomes, por exemplo, nos ensina que, caso a cláusula restritiva tivesse natureza obrigacional, a disposição do bem acarretaria, simplesmente, em perdas e danos, o que desnaturaria, por completo, os fins da cláusula restritiva.

Por fim, a teoria da indisponibilidade real da coisa, enquadra as cláusulas restritivas como verdadeiros ônus reais sobre a coisa. Nesse sentido, eventual descumprimento acarreta nulidade do ato. Não se trata, contudo, de direito real sobre coisa alheia, mas de um gravame que bloqueia o direito de dispor. Eis a única, entre as três teorias que, efetivamente, incorpora-se com o princípio da cláusula de inalienabilidade e lhe confere sentido jurídico.

**3.1. INALIENABILIDADE**

A cláusula denominada "inalienabilidade" é um tipo de restrição imposto pelo testamentário ou doador, a fim de impedir ao recebedor a possibilidade de dispor da coisa, tendo sua abrangência temporária, na qual se torna dependente de condição à acontecer durante a vida do proprietário, ou vitalícia, a qual cessa com a morte.

Por força da inalienabilidade, o imóvel gravado não pode ser cedido à qualquer título, hipotecado e sob o mesmo, não poderão ser constituídos direitos reais de anticrese, penhor, usufruto, dentre outros direitos reais dispostos no artigo [1.225](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10653971/artigo-1225-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002) do [Código Civil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02).

A inalienabilidade, de certa forma, paralisa os bens, prejudicando assim um fluxo que seria normal entre riquezas e patrimônios, podendo ser classificado como uma cláusula de caráter "antieconômico". Mas ao mesmo tempo, defende interesses familiares, inexperiência e imaturidade de pessoas, tudo isso, assegurando, muitas vezes, o bem estar familiar como se procura.

Cabe ressaltar que um imóvel, mesmo gravado com a cláusula de inalienabilidade, não se exime da expropriação por necessidade ou utilidade pública, ou em casos de execução por dívidas relativas e provenientes do próprio imóvel.

Conforme previsto e disposto no artigo [1.911](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10599436/artigo-1911-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002), do [Código Civil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02) Brasileiro: "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade".

A cláusula de inalienabilidade pode ser classificada de quatro modos à se saber: Absoluta, relativa, vitalícia e temporária.

**I - ABSOLUTA -** Hipótese na qual é vedada a alienação do bem a quem quer que seja, entretanto, pode ser revogada a cláusula mediante pedido fundamentado ao Juiz, está cláusula então será sub-rogada em outro bem, como será explanado no decorrer deste trabalho,

**II - RELATIVA -** Quando a alienação é permitida somente a determinadas pessoas ou restritiva a apenas certos bens da herança.

**III - TEMPORÁRIA -** A restrição possui vinculo com um período certo e determinado de tempo, e deixa de existir assim que houver o cumprimento de determinada condição previamente estipulada, por exemplo gravar um imóvel com a cláusula de inalienabilidade até que o seu beneficiário atinja a maioridade, ou se case.

**IV - VITALÍCIA -** Tem o intuito de impedir a alienação do bem por toda a vida do beneficiário, cessando seus efeitos com a morte deste, ou seja, tem a duração de uma geração.

Nas palavras de Clóvis Bevilácqua, em sua obra, Comentários

A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação das riquezas; é, portanto, antieconômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem estar da família, para impedir a dilapidação dos pródigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens. (BEVILÁCQUA, 1988, p.141).

**3.2. IMPENHORABILIDADE**

De definição mais direta e precisa, a cláusula de impenhorabilidade se refere à proteção do bem gravado, em tornar-se objeto de penhora por dívidas competentes ao seu titular.

**3.3. INCOMUNICABILIDADE**

A cláusula de incomunicabilidade particulariza os bens de cada cônjuge, tendo como principal função o mantimento da separação do patrimônio, podendo ser instituída junta ou separadamente das demais cláusulas já citadas (não deixando de levar em conta que a instituição da cláusula de inalienabilidade implica, necessariamente, a de incomunicabilidade).

O [novo Código CIvil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02), em seu artigo [1.848](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10603698/artigo-1848-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002) determina que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, quando estipuladas por disposição testamentária, devem possuir justa causa, no caso da incomunicabilidade, temos então o receio por parte do testador quanto ao cônjuge do beneficiário, tentando evitar, por exemplo, com a aplicação da cláusula, dilapidação e dissipação do patrimônio por parte do cônjuge do beneficiário.

**4. DO REGISTRO DAS CLÁUSULAS**

Conforme nos trás o artigo [167](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319391/artigo-167-da-lei-n-6015-de-31-de-dezembro-de-1973), item II, n. [11](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11332758/artigo-11-da-lei-n-6015-de-31-de-dezembro-de-1973) da [Lei de Registros Publicos](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1034888/lei-de-registros-publicos-lei-6015-73), deve ser realizada a averbação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, impostas ao imóvel, na matrícula do mesmo, no Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição competente.

Os textos das formas de averbação das cláusulas no Oficial de Registro de Imóveis competente virão a ser transcritos posteriormente.

**5. DA SUB-ROGAÇÃO DE CLÁUSULA**

Determinado pelo artigo [1.848](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10603698/artigo-1848-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002), do [Código Civil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02), em seu § 2º, *"mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros".*

Ou seja, a sub-rogação de cláusula, nada mais é do que a transferência da dita cláusula que recaía sobre determinado bem para outro, de maior ou igual valor, da mesma pessoa. Para tanto, o juiz deve avaliar, além do valor, a natureza dos bens envolvidos, uma vez que, bens com valor majoritariamente estável, como por exemplo imóveis, diferem abruptamente de bens que possuem grande índice de, apenas, desvalorização, como por exemplo, automóveis, seja pelo passar do tempo ou pelo uso em si. Deste modo, acabam sendo necessário o preenchimento de três requisitos para a possibilidade de sub-rogação: prova de necessidade de alienação, equivalência de valores e autorização judicial.

"A sub-rogação, pode ocorrer de imóvel por imóvel; de imóvel por dinheiro; de imóvel por apólices da dívida pública; de imóvel por depósito em caderneta de poupança etc.” (FIORANELLI, Ademar, 2010, p.87).

**6. DA REVOGAÇÃO DAS CLÁUSULAS**

As restrições impostas por via de doação podem ser revogadas por consenso e vontade expressa das partes envolvidas, desde que não haja prejuízo à terceiros.

Conclui-se que, vivos os doadores, as cláusulas poderão ser revogadas com expressa anuência do proprietário (donatário, herdeiro ou legatário), que poderá não ter interesse na renúncia pela qual o bem passa a ser disponível e de livre circulação. A anuência do donatário é imperativa, sendo passível de nulidade o ato, caso praticado unilateralmente. A revogação, a exemplo do ato em que constituído o ônus (testamento ou escritura de doação), deverá ser formalizada por instrumento público adequado, sendo que o distrato se faz pela mesma forma do contrato quando exigida para a validade deste.

**7. DA EXTINÇÃO DAS CLÁUSULAS**

Conforme já mencionado, o alcance das cláusulas é, de fato, limitado, uma vez que as cláusulas restritivas, por via de tempo, só podem ser temporárias ou vitalícias, não se admitindo a perpetuidade, sendo que, no primeiro caso, extingue-se mediante cumprimento de termo ou condição ao longo da vida do beneficiário e, no segundo caso, extingue-se com a morte.

**8. DO CANCELAMENTO DAS CLÁUSULAS**

As cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, como visto acima, apenas extinguem-se por meio to termo ou condição, ou com a morte de seu proprietário, não havendo dispositivo legal que determine normas ou condições específicas de cancelamento das mesmas.

De acordo com a [Lei de Registros Publicos](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1034888/lei-de-registros-publicos-lei-6015-73) (Lei 6.015/63)**,** existem três modos de cancelamento das cláusulas aqui estudadas, sem que haja a necessidade de mandado judicial autorizando o mesmo, a se saber:

**I -** Mediante requerimento firmado conjuntamente pela pessoa que impôs as cláusulas e por quem recebeu o imóvel vinculado;

**II -** A requerimento do interessado, juntando documento hábil, comprobatório da morte do proprietário do imóvel; e

**III -** Quando temporárias, necessária apenas petição do interessado, dirigida ao Oficial do Registro de Imóveis competente, denunciando o termo, acompanhando de sustentáculo.

**9. MODELOS DE AVERBAÇÃO DAS CLÁUSULAS**

Como já visto no decorrer do trabalho, assim que instituídas uma ou mais cláusulas, seja por via testamentária, seja por via de doação, deve-se proceder com a averbação do gravame junto à matricula do imóvel envolvido, apresentando o título e documentação necessária, no Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição competente.

Deste modo, o Oficial irá proceder com a necessária averbação dos seguintes modos:

**I - AVERBAÇÃO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE PROVENIENTE DE HERANÇA:**

Av. \_\_\_ Em (data). AVERBAÇÃO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE PROVENIENTE DE HERANÇA. Averba-se nos termos da disposição testamentária feita pelo inventariado Sr. \_\_\_, transcrita no título acima registrado, para constar que o imóvel descrito na presente matrícula fique gravado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade vitalícias.

**II - AVERBAÇÃO DE GRAVAME DE INALIENABILIDADE VITALÍCIA EM SUB-ROGAÇÃO A IMÓVEL OBJETO DE PERMUTA:**

Av. \_\_\_ (data). GRAVAME DE INALIENABILIDADE VITALÍCIA EM SUB-ROGAÇÃO A IMÓVEL OBJETO DE PERMUTA. Procede-se a esta averbação nos termos da escritura de permuta de (data), lavrada nas notas do \_\_\_ Tabelião de Notas da Comarca de \_\_\_, Livro \_\_\_, fls. \_\_\_, na qual foi transcrito o alvará de autorização para que o imóvel constante da presente matrícula fique gravado com a cláusula de inalienabilidade vitalícia, em sub-rogação ao imóvel matriculado neste Serviço Registral Imobiliário sob n.º \_\_\_.

**III - AVERBAÇÃO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE TEMPORÁRIA CONSIGNADA EM ESCRITURA DE DOAÇÃO:**

Av. \_\_\_ Em (data). GRAVAME DE INALIENABILIDADE TEMPORÁRIA CONSIGNADA EM ESCRITURA DE DOAÇÃO. Averba-se nos termos da escritura mencionada no R. \_\_\_ supra, que o imóvel descrito na presente matrícula fica gravado com a cláusula de inalienabilidade até que se adquirente atinja a idade de \_\_\_ anos.

**10 CONCLUSÃO**

Ao final desta monografia, no qual foi abordada o tema da imposição das cláusulas restritivas do direito imobiliário nos institutos, concluímos que o gravame de tais cláusulas, à principio um instituto benéfico que visa proteção do patrimônio do indivíduo, pode acabar tendo conseqüências negativas, tanto para o herdeiro/donatário, quanto para terceiros de uma forma geral.

Apesar de, em sua grande maioria, as cláusulas terem sua instituição relacionada com o sentimento e vontade de proteção do indivíduo e do patrimônio, a análise do tema nos mostrou as conseqüências negativas que a aplicação das referidas cláusulas podem causar, diretamente na vida de quem recebe o bem, e também de sua influência indireta, por exemplo, na economia, uma vez que o imóvel, sob o qual recai uma cláusula de inalienabilidade, deixa de ser um fluxo de riqueza no mercado imobiliário, impossibilitando ai, um giro de capital natural, da venda, compra e alienação de bens imóveis. A aplicação das cláusulas influencia também na concreta busca pelo cumprimento da função social do bem.

Como muito se debate, as cláusulas não ferem o direito real da propriedade garantido constitucionalmente ao indivíduo, uma vez que sua aplicabilidade fica condicionada à mera vontade do indivíduo que pode dispor dos bens, no momento em que este decide, por testamento ou doação, ou seja, de forma gratuita e voluntária em disposição única de vontade, transferir a posse e titularidade de seus bens à outrem, ficando o seu recebedor condicionado às cláusulas impostas pelo testador/ doador.

Por ainda ser cabível a possibilidade da sub-rogação de cláusula, deixando de ser um gravame irretratável, a possibilidade de revogação das cláusulas e não absolutismo das mesmas, uma vez que se encerram mediante condição e/ou tempo, as cláusulas restritivas do direito imobiliário cumprem bem o seu papel de revestir e proteger o patrimônio do indivíduo de sua incapacidade, de dilapidação do patrimônio, de penhoras por dívida ou mesmo de relação conjugal frustrada, sendo ainda uma boa forma de proteção dos bens imóveis, quando necessário.

**11 REFERÊNCIAS**

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência,** 10. [ED](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/110025/estatuto-do-desarmamento-lei-10826-03). - Saraiva, São Paulo, 2004.

BANDEIRA, Gustavo. **A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no** [**novo código civil**](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111983995/c%C3%B3digo-civil-lei-10406-02) **para os testamentos lavrados na égide do código de 1916**. Revista da EMERJ, V. 6. N. 24. P. 189 /202. 2003.

BORGES, Toni Bazarelli. **Cláusulas restritivas da propriedade: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, Thompson Reuters, v. 73, jul. 2012.

FIORANELLI, Ademar. **Das Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade – Série Direito Registral e Notarial**, 1ª edição – 2ª tiragem, Saraiva, São Paulo, 2010.

FIORANELI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade: sub-rogação, aspectos práticos, doutrina e jurisprudência. Doutrinas Essenciais de Direito Registral**, São Paulo, Thompson Reuters, v. 5, dez.. 2011.

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.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Eduardo dos. **O direito das sucessões. Lisboa: Vega Universidade**, 1998.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2. Ed. Belém: CEJUP, 1993

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. V. 7.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997