

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE
BREVE ESTUDO**

**CURITIBA
2005**

CAROLINA REIS MAGALHÃES

**DAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE
BREVE ESTUDO**

Trabalho de graduação apresentado ao Núcleo de Monografias, como requisito parcial para obtenção do diploma de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Professor Pós-Doutor: Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA REIS MAGALHÃES


DAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE – BREVE ESTUDO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de Grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca examinadora:

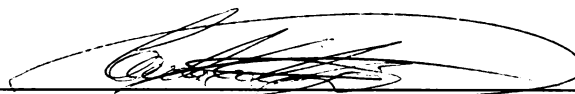
Orientador:



Professor Doutor Luiz Edson Fachin



Professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Professor Carlos Eduardo Pianovski

Curitiba

14 de outubro de 2005

*Dedico este trabalho aos meus pais – sem
os quais jamais o concluiria.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os que direta ou indiretamente me auxiliaram na idealização e na concretização desta monografia.

Em especial, agradeço à Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos, que tão elegantemente me introduziu no Direito Civil.

Aos meus irmãos que deram um intervalo no MSN para que eu pudesse trabalhar em casa.

Ao meu pai, meu exemplo, por me apresentar o problema das cláusulas de inalienabilidade e estar sempre disposto a discutir novas teorias, ainda que completamente infundadas e facilmente lançadas por terra.

À minha mãe, que apesar de leiga em Direito, sempre demonstrou entusiasmo ao me ouvir falar sobre os desdobramentos do gravame. Também por todos os conselhos, revisões, chazinhos e cobranças.

Aos amigos Edilson Damásio, Denys Volpe, Noa Piatã e Paula Nascimento, por revolverem as bibliotecas do país e me possibilitarem o contato com a sabedoria dos séculos.

À Dra. Ana Carolina Lopes Olsen, por deixar o Canotilho de lado e dedicar horas de seu final de semana à leitura desta monografia.

A Gardel por jamais me abandonar. Ao Joyce por esperar...

Aos amigos Daniela De Angelis, Edna Magda de Paula, Fábio Yamasaki e Sandro Romanelli por despenderem de uma noite de sexta-feira para me acompanhar à exposição desta monografia – agradeço todo o conforto que me proporcionaram!

E ao meu orientador, o professor Fachin.

“O testamento é instrumento que serve para levar após a morte do disponente tanto o amor como o ódio; tanto o reconhecimento como o desprezo.”

(Sílvio de Salvo Venosa)

RESUMO

Dentro do contexto do Direito Civil constitucionalizado, o instituto da cláusula de inalienabilidade, ainda que parcialmente alterado pelo Código Civil de 2002, apresenta-se ultrapassado e retrógrado. O gravame que originariamente visava proteger a família da má administração de seus bens e, conseqüentemente, da miséria, demonstra-se hoje como uma afronta à dignidade da pessoa humana e a outros princípios constitucionais como a eqüidade de sexos e a função social da propriedade, além de prejudicar o direito sucessório dos herdeiros necessários (por meio da clausulação da legítima). É cláusula distinta da tendência de repersonalização do Direito Privado, pouco evoluída se comparada com sua disciplina no Direito Romano e, em alguns termos até atrasada em relação a ele. É instituo típico do Direito Civil patriarcal e patrimonialista do século passado, em que a pessoa humana e a família estavam num plano inferior ao patrimônio.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	i
EPÍGRAFE	ii
AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
1 – A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE	4
1.1 – CONCEITO	4
1.2 – HISTÓRIA	5
1.2.1 – Roma	5
1.2.2 – Brasil	8
1.3 – ESCOPO	9
1.4 – ESPÉCIES	10
1.5 – NATUREZA	11
1.5.1 – Teoria da incapacidade	11
1.5.2 – Teoria da obrigação de não fazer	11
1.5.3 – Teoria da indisponibilidade da coisa	12
1.6 – EFEITOS	12
1.7 – EXCEÇÕES	15
1.8 – SUB-ROGAÇÃO	16
1.9 – SANÇÃO	18
1.10 – REQUISITOS	19
2 – A CLÁUSULA NO ANTIGO ORDENAMENTO	21
2.1 – ARTIGO 1.676	21
2.1.1 – Espécies e Formas	21
2.1.2 – Interesse Público	22
2.1.3 – Dívidas Tributárias	23
2.1.4 – Impossibilidade de Invalidação ou Dispensa	24
2.1.5 – Sub-rogação do Ônus em outro Bem	25

2.1.6 – Frutos e Rendimentos	28
2.2 – ARTIGO 1.677	30
2.2.1 – Hipóteses	31
2.2.2 – Alienação	31
2.2.3 – Sub-rogação	32
2.3 – ARTIGO 1.723	33
2.3.1 – Legítima	33
2.3.2 – Inalienabilidade da Legítima	35
2.3.3 – Futuras Transmissões	36
2.3.4 – Cláusulas de Simples Sub-rogação e de Reemprego	37
2.3.5 – Cláusula de Insub-rogabilidade	38
2.3.6 – Inalienabilidade Perpétua	38
2.4 – CONCLUSÃO	39
3 - A CLÁUSULA NO ORDENAMENTO ATUAL	41
3.1 – ARTIGO 1.848	41
3.1.1 – Legítima	41
3.1.2 – Justa Causa	42
3.1.3 – Sub-rogação	44
3.2 – ARTIGO 1.911	45
3.3 – ARTIGO 2.042	46
3.4 – CONCLUSÃO	47
4 – CRÍTICAS AO GRAVAME	48
4.1 – CIRCULAÇÃO DA RIQUEZA	48
4.1.1 – Diminuição de Arrecadação Tributária	48
4.1.2 – Propriedade como Instrumento de Produção e Desenvolvimento da Riqueza	49
4.2 – DIREITO DE DISPOSIÇÃO	50
4.3 – SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS	51
4.4 – MÁS INTENÇÕES	51
4.5 – INCONVENIÊNCIA NO CASO CONCRETO	52

4.6 – LIBERDADE DE TRABALHO	52
4.7 – LEGÍTIMA	53
4.8 – INCAPACIDADE <i>AD HOC</i>	54
4.9 – DISPARIDADE COM O ATUAL DIREITO PRIVADO	55
4.9.1 – Coordenação	56
4.9.2 – Equidade	56
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se prestou, inicialmente, a avaliar a compatibilidade dos gravames de inalienabilidade impostos antes da entrada em vigor do novo Código Civil e os requisitos trazidos pelo mesmo, à luz do texto constitucional. Dando principal atenção à validade e eficácia das cláusulas instituídas antes de 2003.

Não se restringindo, contudo, à questão de direito intertemporal, mas abordando as inovações do tema no Direito Civil contemporâneo, procurando identificar precisamente quais os requisitos e as hipóteses de imposição da cláusula de inalienabilidade.

Tratou-se, portanto, de um exame dos contornos do gravame, listando suas características e fins, condições e possibilidades, validade e eficácia, a partir de uma análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Buscando-se responder ao seguinte problema: a partir das inovações do Código Civil de 2002, no que concerne aos requisitos para a aplicação da cláusula de inalienabilidade, qual a validade e eficácia do gravame imposto anteriormente ao advento do mencionado *Codex*?

Por meio do levantamento das hipóteses:

1. A validade da cláusula de inalienabilidade depende de fundamentação.
2. As razões da imposição do gravame podem ser submetidas ao Judiciário.
3. Os gravames impostos anteriormente ao Código Civil de 2002 poderão ser afastados se injustificados.
4. A cláusula de inalienabilidade poderá ser instituída apenas em doações ou disposição testamentária.

Tendo como objetivos: geral: definir o limite da validade e eficácia da cláusula de inalienabilidade à luz do novo Código Civil; e específicos:

1. Demonstrar o contorno dado pelo Código Civil de 2002 à cláusula de inalienabilidade.
2. Listar as condições autorizadoras da imposição do gravame.

3. Verificar quais os motivos justificantes da cláusula de inalienabilidade, segundo os tribunais.
4. Identificar a atual validade e eficácia dos gravames impostos à égide da legislação civil pretérita.
5. Relacionar as hipóteses em que há possibilidade de imposição do gravame.

Justificou-se a pesquisa, pois apesar de pouco abordada, a questão da validade e eficácia das cláusulas de inalienabilidade impostas anteriormente ao Código Civil de 2002 desperta um efetivo interesse prático e teórico.

Prático por ser ampla a utilização do gravame, que atinge considerável setor da população e se mostra, na maior parte das vezes, como uma mera limitação de direitos, sem qualquer justificativa.

Por outro lado, há também interesse teórico, uma vez que o novo Código não se restringiu a copiar o anterior, mas inovou o tratamento jurídico da questão, sem, contudo, expor claramente seus contornos. Abrindo a possibilidade de se rediscutir a matéria.

Assim, tendo o Código Civil trazido novas nuances à disciplina da cláusula de inalienabilidade, creu-se importante destacar os limites e conseqüências da alteração legislativa (sob o enfoque do Direito Civil constitucionalizado). Buscando identificar a intenção do legislador ao permitir a imposição do gravame, bem como, observar se este fim é conquistado.

Verificou-se que a discussão quanto ao tema tem se limitado às revistas jurídicas e a processos em si. Pouca ou nenhuma doutrina de vanguarda, ou atenta às alterações do novo Código Civil, é encontrada.

Nos debates engendrados nos tribunais tem-se que a única possibilidade de afastar o gravame da inalienabilidade de determinado bem implica o repasse da cláusula a outro bem, obrigatoriamente adquirido.

Logo, tem-se que as dificuldades dos atingidos pelo gravame resolvem-se pela venda, mas com sua substituição por outro bem, com sub-rogação do ônus clausular. Solução recomendada pelo STJ para harmonizar a vontade do impositor da cláusula e a solução de eventuais problemas para manter os bens recebidos, tratar a saúde do beneficiário, etc.

A pesquisa desenvolveu-se com fundamento no levantamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial sobre as cláusulas de inalienabilidade impostas anteriormente ou durante a vigência do Código Civil de 2002.

O material utilizado compreendeu, *a priori*, livros, normas legais e decisões judiciais, em sua maioria coletados em bibliotecas e na rede mundial de computadores – Internet.

A partir desta coleta, examinou-se o posicionamento de alguns tribunais estaduais, bem como, do Tribunal Superior de Justiça, para, posteriormente, verificar-se a tendência jurisprudencial no tocante à validade e eficácia do gravame de inalienabilidade, após o advento do Código Civil de 2002.

A pesquisa foi bibliográfica, aplicada, descritiva e qualitativa e visou demonstrar o quão desatualizada é a cláusula de inalienabilidade no atual ordenamento jurídico. Seja por razões econômicas, por razões práticas ou por razões jurídicas.

1. A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE

1.1. CONCEITO

O gravame em análise decorre de atos de liberalidade, ou seja, doações ou disposições testamentárias. Assim, a doutrina, provavelmente em decorrência da localização das cláusulas restritivas no ordenamento civil, o enquadra no exame da sucessão – mais precisamente como uma cláusula de restrição do poder de alienar.

Delineadas por MIRANDA (1968, p. 303) da seguinte forma:

As cláusulas de *restrição de poder* podem constar de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais entre vivos, ou de disposições a causa de morte. Falamos de restrições, e não de limitações, porque, para terminologia inequívoca, só chamamos *limitações de poder* as que a lei faz. Trata-se, aqui, de determinações *mortis causa*, que não *condicionam* a disposição, nem a subordinam a *termo*, nem lhe anexam *modus*, mas incidem nos bens ou objetivamente quanto à eficácia, os atingem. Seria erro confundi-las com as disposições modais, propriamente ditas. É de estranhar que as cláusulas de inalienabilidade, as de impenhorabilidade, as de incomunicabilidade e outras mais, que não constituem *fim*, nem *condição*, nem simples *termo*, fossem encambulhadas com essas e outras figuras jurídicas.

Destarte, VENOSA (2003, p. 205), ao abordar o tema, introduz a cláusula como uma das formas de tornar bens inalienáveis: “Afora os bens que são inalienáveis por sua própria natureza e aqueles que o são por força da lei, há uma terceira espécie de bens inalienáveis: são os inalienáveis pela vontade humana, ou seja, aqueles aos quais se apõem a *cláusula de inalienabilidade*, nas doações e testamentos”.

Logo, a cláusula de inalienabilidade consiste na “disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebe é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor” (RODRIGUES: 2002, p. 190). Importando, como reconhece GOMES (1999, p. 158), em “restrição absoluta ou *jus abutendi*, estabelecida pela vontade particular”.

1.2.HISTÓRIA

1.2.1. Roma

Afirma SAIGNAT (SOUZA: 1910, p. 39) que larga foi a utilização da cláusula de inalienabilidade pelos romanos, tanto em atos a título oneroso, como em gratuito – ainda que originariamente fosse destinada aos testamentos.

Tratava-se de uma precaução contra a dissipação do patrimônio familiar e, portanto, era pessoal e temporária. “Era necessária uma disposição especial (...) para proibir a alienação ao infinito, o que era muito raro em vista do fim que se procurava atingir pela proibição de alienar”. (SOUZA: 1910, p. 41).

Assim, compreende-se a inutilidade do instituto durante a República Romana, período no qual a propriedade familiar já dispunha, intrinsecamente, de um caráter inalienável que, não observado, levava a censuras e ao desprezo (SOUZA: 1910, p. 42):

Os costumes bastavam para manter a integridade do patrimônio familiar. Até o fim da República romana era considerado *uma desonra vender os bens provenientes dos antepassados*: em 684 os censores excluíram do Senado Antônio por ter sido obrigado a vender seus bens para pagar seus credores (...).

Contudo, dizimada a elite romana, em razão das proscricções e guerras civis, a República, juntamente com suas tradições, deram lugar ao Império e a uma nova concepção de vida. Sob a liderança de maus imperadores, propagou-se o luxo, o deboche aos velhos costumes e a incerteza quanto ao patrimônio. Logo, as famílias deixaram de garantir as futuras gerações, pois temiam a conservação dos bens durante sua própria existência.

No segundo século do Império, sob a direção de Vespasiano, condenou-se os costumes do século anterior. A partir de uma série de transformações buscou-se novamente proteger o patrimônio familiar em detrimento do luxo e egoísmo reinantes. Daí o recurso da cláusula de inalienabilidade, geralmente vitalícia –

justificada sua obrigatoriedade, imposição e respeito, pelo direito de liberdade de testar (SOUZA: 1910, p. 44):

A proibição de alienar tinha a sua base legal na velha regra da lei das Doze Tábuas: *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (...) cujo verdadeiro sentido, na época imperial, era que o testador podia dispor de seus bens como entendesse, com tanto que respeitasse as restrições legais impostas à liberdade de testar. Podendo o testador dispor livremente de seus bens, guardadas as reservas, podia dispor também parcialmente, isto é, privar aquele que ele beneficiava de alguns dos direitos elementares do domínio, por exemplo o direito de alienar a coisa transmitida.

Passou-se então a admitir que determinada a inalienabilidade do patrimônio em benefício dos interesses da família ou do herdeiro, seus membros deveriam ser considerados como fideicomissários. Interpretação dada até o governo de Justiniano, que declarou que “quando o bem inalienável tinha percorrido quatro graus a partir do testador, o fideicomisso que sanciona a proibição não teria mais valor” (SOUZA: 1910, p. 46).

Todavia a amplitude da cláusula era diversa da observada contemporaneamente (SOUZA: 1910, p. 44):

A regra é que a cláusula de inalienabilidade se opõe a toda espécie de alienação; e por alienação deve-se entender: *omnis actus per quem dominium transfertur* (...). Portanto, ela se opõe a todos os atos que tendem a tirar ao proprietário todos ou parte de seus direitos sobre a coisa, não somente os atos translativos de propriedade, mas ainda os atos constitutivos de servidões, de usufruto, de enfiteuse, de hipoteca ou penhor, e mesmo a libertação de um escravo (...) a usucapião era também impossível, porque a inalienabilidade arrastava a imprescritibilidade.

Mas, a cláusula de inalienabilidade não impedia certos atos de disposição. A validade de alguns se impõe absolutamente: os que o disponente deixou fora de sua proibição, por exemplo as alienações feitas dentro da família se somente fora dela é que proibiu-se dispor (...), a alienação feita à pessoa diversa daquela a quem foi proibida de ceder a coisa (...), ou a alienação contrária ao pacto de preferência realizada depois que o seu beneficiário, estando em mora, não quis dela utilizar-se (...) tais atos não desconhecem a cláusula, lhe são conformes.

Certos atos de disposição contrários à cláusula de inalienabilidade são possíveis, porque não podia prescrevê-la quem a ditou: os necessários ou ordenados pela lei, que domina estando em conflito com a vontade particular (...). Tais são os atos de disposição – vendas ou empréstimos pignoratícios feitos

para pagar os impostos fiscais (...), as dívidas do testador, ou para constituir um dote à mulher que recebeu os bens inalienáveis.

Havendo, neste período, a previsão de sanções para seu descumprimento. Usualmente recorria-se a *cláusulas penais (stipulatio pænæ)* e, caso estas não fossem previstas, impunha-se a *caução Muciana*, que “devia ser dada pelo coherdeiro a seu coherdeiro e permitia a este, em caso de alienação, de obter senão a restituição do bem, ao menos o pagamento de seu valor: era esta vocação eventual cuja ameaça assegurava o respeito da proibição”. (SOUZA: 1910, p. 49).

Não obstante, julgou-se ser sanção indireta e imperfeita, nos casos em que havia um único herdeiro. Desta sorte, passou a ser necessário que o testador indicasse formalmente no interesse de quem ele proibia a alienação, pois, se omitido tal requisito, a cláusula seria interpretada como mero conselho.

Todavia, a alteração não se demonstrou suficiente. Ao interessado cabia *exclusivamente ação pessoal contra o alienante, para recuperar o valor do bem e eventuais perdas e danos, mas não o bem em si.*

Passou-se então a aplicar os princípios da *ação pauliana* (própria para fraudes). Assim, distinguia-se as alienações feitas a terceiros de boa-fé das de má-fé, sendo as primeiras inatacáveis. Porém, a infração era constante e a vontade do testador raramente era observada.

O que levou Justiniano a dar “*força de lei à vontade do testador, estabelecendo que os bens que este tivesse proibido de alienar seriam feridos duma indisponibilidade real, de tal sorte que, colocados assim fora do comércio pelo testamento, não poderiam mais ser objeto de nenhuma alienação válida*”. (SOUZA: 1910, p. 52). Assim:

Depois de declarar absurdo que quem não é proprietário senão sob condição de não alienar possa transferir a outrem a propriedade da coisa que não pode dispor, permite *àquele em cujo proveito a proibição foi estabelecida* de reivindicar a coisa contra o terceiro adquirente sem que este possa lhe opor qualquer exceção, mesmo a usucapião ou a *prescriptis longi temporis*; mas lhe concedendo contra seu vendedor ação de indenização, maior ou menor

conforme sua boa ou má fé; decisão equitativa que corrige o que este novo regime aparenta de excessivo e mau do ponto de vista econômico.

Logo, estabeleceu Justiniano, novo direito (SOUZA: 1910, p. 54):

Na época clássica, a proibição de alienar é constitutiva duma simples *obrigação de não alienar* posta a cargo do proprietário, relação puramente pessoal que só tem efeitos entre aqueles para os quais foi estabelecida, mas que não podem estender-se a terceiros, que lhe são estranhos; Justiniano rompeu com a antiga idéia de obrigação e consagrou a concepção nova de *indisponibilidade real*, conservando, porém, a condição de ser a cláusula estabelecida em favor dum terceiro.

Seguindo esta evolução, a cláusula se alterou no Direito Canônico, sendo recepcionada pelas Ordenações com formas germânicas e romanas – como adiante disposto.

1.2.2. Brasil

Observa-se nas Ordenações, a caracterização da inalienabilidade como *limitação legal* ou ainda, como *conseqüência de um direito de terceiro* originado de pacto ou testamento. Logo, classifica-se em inalienabilidade *legal, contratual* ou *testamentária*. Impondo o legislador sua forma relativa.

Desta sorte, a faculdade da cláusula se filia na concepção da *indisponibilidade real*, ou seja, a alienação é nula *pleno jure*, podendo o bem ser reivindicado de qualquer um, pois o ônus o acompanhará.

Assim, ao disciplinar a *testamentária*, as Ordenações listam como requisitos essenciais à sua validade e, conseqüente, eficácia, que conste expressamente no instrumento de testamento as palavras “não pode” – indicando o corte feito ao direito de dispor, e a menção de que só se admite a alienação a determinada pessoa. Caso não sejam cumpridos, aplica-se a regra geral: livre disposição (SOUZA: 1910, p. 61).

Logo, a inalienabilidade até a promulgação das Leis 57/1835 e 2/1837 e do Decreto 6982/1878, salvo os casos previstos nas Ordenações, submetia-se à

disciplina dada pelo Direito Romano, sob pena de ser reputada ineficaz. Portanto, “a cláusula de inalienabilidade absoluta era nula, e considerada como não escrita nos testamentos por ser encargo ou condição impossível e ilícita” (SOUZA: 1910, p. 70). Sendo facultado ao herdeiro alienar o bem apenas à pessoa indicada no testamento.

Com a Lei 1839/1907, desdobra-se a inalienabilidade dos bens particulares em suas espécies *absoluta, relativa, temporária e vitalícia (conceitos explanados no item 1.4)*, sendo lícito gravar os bens destinados a garantir a legítima. Neste momento é ainda tímida a posição dos juristas quanto à sub-rogação.

Tal situação só sofrerá reformas com o Código Civil de 1916 e, posteriormente, com a doutrina e jurisprudência, até chegar ao Código Civil de 2002 (*temas abordados nos capítulos 2 e 3*).

1.3.ESCOPO

Ao tratar do escopo do gravame deve-se distinguir o fim jurídico e, portanto, geral pretendido com o instituto, dos objetivos específicos que motivam doadores e testadores no caso concreto.

Neste tópico discorrer-se-á sobre a finalidade que levou o legislador a criar e manter a cláusula de legitimidade. Assim, a abordagem sobre as circunstâncias concretas que levam ao emprego do gravame, será observada adiante (*capítulo 4*).

O escopo teórico e jurídico da cláusula de inalienabilidade, a justificativa de sua origem, tem caráter assistencial: “visa proteger o beneficiado, impedindo que por sua imprevidência ou inexperiência venha a ser despojado de seus bens e, portanto, conduzido à miséria. Ora, proibindo-se a alienação, por mais adversa que lhe seja a sorte, ao beneficiário sobrarão sempre os bens inalienáveis” (RODRIGUES: 2002, p. 191).

Logo, como salienta SOUZA (1910, p. 41), a conseqüência da não disponibilidade do bem se fundamenta no receio das gerações anteriores sobre o

futuro de seus sucessores e entes queridos: “a proibição de alienar, imposta por um testamento, teve por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um de seus membros, para o efeito de conservar os bens do patrimônio familiar”.

Objetivo totalmente incoerente com o atual Direito Civil repersonalizado, voltado à realização da dignidade da pessoa humana e não apenas a seu patrimônio – como será aprofundado (*capítulo 4*).

1.4. ESPÉCIES

Classifica-se o gravame em razão do lapso temporal em que incidirá, ou ainda, quanto aos bens ou pessoas sobre os quais recairá. Assim, tem-se inalienabilidade em suas formas: a) vitalícia ou temporária; e b) absoluta ou relativa.

A inalienabilidade *vitalícia* se configura quando não é apontado um termo ou condição (à luz do novo Código Civil), cessando com a morte do titular. Desta forma, a proibição de dispor dura por toda a vida do herdeiro ou legatário. Sendo defesa a forma *perpétua* (desde o Código anterior, art. 1723), transmitida sucessivamente às futuras gerações, pois, a cláusula se dá no campo das alienações *inter vivos*, não afetando a transmissão hereditária, nem mesmo nos casos de adiantamento de legítima e partilha em vida¹.

É *temporária* se puder extinguir com o advento do termo ou o implemento da condição determinada, a partir de então o legatário ou herdeiro terá livre disposição sobre o bem.

Diz-se *absoluta* a cláusula que atinge todos os bens deixados, impedindo alienação a quem quer que seja. E *relativa*, a que permite a alienação a determinadas pessoas ou sobre bens específicos.

¹ “Imposto o gravame de inalienabilidade vitalício a bens, tal circunstância não só não impede a livre disposição deles por ato de última vontade ou a passagem dos mesmos, livres aos sucessores legítimos, como não obsta se destine a herdeiro, ou não, a cota disponível” – TJ-MG, Ap. nº 57.250, Rel. Dês. Otaviano Andrade, ac. 22.09.1983.

“Testamento. Inalienabilidade. Coma a morte do herdeiro necessário (art. 1.721 do CC), que recebeu bens clausulados em testamento, os bens passam aos herdeiros deste, livres e desembaraçados. Art. 1.723 do Código Civil” – STJ – Acórdão Resp. 80480/SP – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ – 24-6-96 – p. 22.769.

1.5.NATUREZA

Importa determinar a natureza da cláusula para, posteriormente, definir seus efeitos. Explicam-na, três correntes doutrinárias: *teoria da incapacidade*, *teoria da obrigação de não fazer* e *teoria da indisponibilidade da coisa*:

1.5.1. Teoria da incapacidade

A primeira delas, distingue a inalienabilidade propriamente dita e a proibição de alienar. A primeira grava o bem, independentemente de quem seja seu proprietário, enquanto a segunda se destina à pessoa, o proprietário gravado.

Neste diapasão, a cláusula de inalienabilidade se dirige contra o proprietário. O bem permanece, virtualmente, passível de ser alienado. Tem-se, portanto, uma *incapacidade restrita* (GOMES: 1999, p. 160), ou seja, uma falta de legitimidade para dispor do bem.

Em que pese a argumentação, a corrente foi rechaçada em virtude da impossibilidade de se criar incapacidades alheias às ditadas legalmente. O que fustigou os doutrinadores a ditar nova natureza à cláusula, baseada na obrigação de não fazer.

1.5.2. Teoria da obrigação de não fazer

Baseada na teoria contratual buscou diferenciar indisponibilidade real e proibição de alienar. Explicou a cláusula de inalienabilidade como encargo, abstenção da faculdade de alienar.

Assim, ao receber o bem, o legatário contraia a *obrigação de não o alienar*.

Contudo, ainda que a teoria apresentasse certa lógica, eventual inexecução resultaria na resolução do negócio de disposição, com provável indenização de perdas e danos e não no fim da cláusula.

Sustentando MIRANDA (1968, p. 303) que:

Bem frisou F. REGELSBURG (*Pandekten*, 604) que as cláusulas gravativas (e devemos acrescentar: de efeitos pessoais ou reais), como as de inalienabilidade e as de impenhorabilidade, não contêm *modus*. Não há, nelas, um dever, mas sim *restrição de poder* (nicht ein Sollen, sondern eine Beschränkung des Könnens). Não há obrigação. À abertura da sucessão, tais restrições incidem nos bens. Só *efeitos* contra terceiros podem depender de exigências registrarias e alguma exigência especial.

Logo, também se afastou o caráter de obrigação de não fazer do gravame. Chegando-se, por fim à atual *corrente da indisponibilidade da coisa*.

1.5.3. Teoria da indisponibilidade da coisa

Para este segmento doutrinário, a cláusula representa ônus real. Grava a coisa, impossibilitando sua alienação. Todavia, “não é ônus real no sentido de direito real da coisa alheia, transferido ou retido por terceiro, mas de um corte, de um aniquilamento do direito de dispor” (GOMES: 1999, p. 161).

1.6. EFEITOS

SOUZA (1910, p. 153), ao levantar os efeitos da cláusula de inalienabilidade, classificou-os sob duas vertentes: *extensão* – atos proibidos e conseqüências determinadas - e *sanção* – penas decorrentes das transgressões.

O efeito mais evidente da cláusula é justamente a *proibição de alienar* o bem gravado. Assim, o proprietário está proibido de transferi-lo voluntariamente, ou seja, vender, doar, permutar ou dar o bem em pagamento. Como bem enfatiza LEITE (2004, p. 276):

Com efeito, estando o acervo hereditário gravado de inalienabilidade, fica o herdeiro impedido de vender, doar, permutar ou doar em pagamento. É a paralisação integral do bem. Por isso se disse que adentra na categoria dos bens fora de comércio e que, por isso mesmo, também não admite usucapião. É o efeito dominó decorrente da clausulação que vai, aos saltos, paralisando o bem até sua mais absoluta estaticidade.

Também lhe é vedada a *alienação eventual* como os direitos de *hipoteca*² e *penhor*, uma vez que representam início de alienação e garantem credores, que não poderiam excuti-lo (VENOSA: 2003, p. 210), sob pena de eventuais fraudes. Neste sentido (SOUZA:1910, p. 159):

O efeito mais importante da cláusula de inalienabilidade é a impenhorabilidade dos bens que ela fere. Todos os autores e todos os arestos acordemente lhe atribuem esse interessante efeito, por considerações de fato e de direito. Que importa que a alienação seja voluntária, ou forçada pela execução de credores? O resultado é sempre o mesmo. Se, portanto, são impossíveis as alienações *voluntárias*, impossíveis são também as *forçadas*. Do contrário, reinaria a fraude: o proprietário simularia dívidas para amigos executarem-no e entregarem-lhe a final o preço da arrematação ou da adjudicação. Juridicamente a impenhorabilidade tem plena justificativa.

Não sendo o bem gravado passível de usucapião³. Diferente fosse, várias seriam as simulações e fraudes: bastaria um conluio, representar o abandono da coisa, durante o prazo legal, para que o possuidor indicado alcançasse sua

² “É nula a hipoteca que recai sobre bens gravados com cláusula de inalienabilidade, ainda que tal ônus tenha sido imposto em contrato, feito com autorização judicial em competente alvará.” (TJ-SP, 19-2-26 – RT 57/346).

“Estabelecida, na doação com pacto reversivo, a cláusula de inalienabilidade, não pode o donatário ou fiduciário gravar os bens assim doados. É nenhuma a hipoteca constituída sobre aqueles bens sub-rogados, ainda que, na escritura respectiva, por omissão ou dispensa judicial sem apoio em lei, tal cláusula não foi reproduzida.” (TJ-SP, 13-8-29 – RT 73/318).

“A penhora e a arrematação de bem inalienável são nulas, porque assim o declara a lei (Código Civil, arts. 1.676 e 145, V). Procede, portanto, a ação rescisória e reivindicatória de que tratam estes autos. A petição inicial, embora sem mencionar os nomes das ações, está redigida em termos hábeis e exatos.” (TJ-SP, 19-5-31 – RT 79/176).

³ Contudo a jurisprudência admita em alguns casos: USUCAPIÃO. Bem com cláusula de inalienabilidade. Testamento. Art. 1676 do CCivil. O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido. Peculiaridade do caso. Recurso não conhecido. (REsp 418945 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0026936-3 - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - DJ 30.09.2002 p. 268)

propriedade. Logo, como relembra GOMES (1999, p. 161), prevalece o princípio de que não se aplica usucapião aos bens inalienáveis.

Diverge a doutrina quanto à incomunicabilidade. Há quem defenda que a imposição da inalienabilidade não significa, implicitamente, incomunicabilidade - uma vez que a comunicação não implica alienação e, em respeito à imutabilidade do regime de bens, o gravame deve ser interpretado restritivamente. Porém, o princípio da imutabilidade já não rege o ordenamento civil e, mesmo antes da alteração legislativa, já entendiam a jurisprudência e doutrina dominantes que “o vocábulo inalienabilidade tem o amplo significado de abranger todas as formas de transferência da propriedade” (GOMES: 1999, p. 162). Hoje, já não há dúvidas, a incomunicabilidade é efeito da inalienabilidade⁴:

Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal: A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens;

Artigo 1911 do Código Civil: A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

No que concerne à imprescritibilidade, julga-se ser uma consequência virtual do gravame, determinada pela vontade particular do autor da liberalidade.

O gravame implica, ainda, indivisibilidade igual ou inferior a cinco anos⁵.

Pois, como reflete SANTOS (1988, p. 89):

A inalienabilidade nem sempre importa em indivisibilidade, já ficou esclarecido. Se o bem inalienável no todo pertence a duas ou mais pessoas, qualquer delas pode pedir a divisão, se o contrário não for disposto (cfr. PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, n. 1.404).

⁴ “Importa em alienação de bens vinculados o acordo, em desquite, pelo qual é atribuído a um dos cônjuges parte em bens pertencentes a outro com a cláusula de inalienabilidade.” (TJ – Distrito Federal, 10-7-42 – RT 141/701).

⁵ CONDOMINIO. FALTA DE AREA. INALIENABILIDADE. 'CONSTATADA A FALTA DA AREA NO TODO MAIOR, TRANSFERIDO AOS CONDOMINOS COM A CLAUSULA DE INALIENABILIDADE, A PROPORCIONAL REDUÇÃO DA AREA DOS CO-PROPRIETARIOS NÃO SIGNIFICA OFENSA AO ARTIGO 1676 DO C.C. (ART. 145, V, DO CC), AINDA QUE ISSO EXIJA RELOCALIZAÇÃO DE POSSES'. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVOS IMPROVIDOS. (AgRg no Ag 6498 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1990/0011027-0 - Ministro NILSON NAVES - DJ 18.02.1991 p. 1040)

Quid juris, se o testador determinou a indivisão por menos de cinco anos? Deve ser cumprida essa sua determinação, que é perfeitamente válida, no consenso unânime dos doutores (cfr. PONTES DE MIRANDA, *obr. e loc. citis.*).

E no caso de o testador haver imposto a indivisão por tempo mais dilatado? Claro que não pode prevalecer a sua determinação, porque contra ela se insurge o art. 630 do Código⁶.

Depois de sustentar que o dispositivo do art. 630 é imperativo, acrescenta o douto PONTES DE MIRANDA:

“Donde se tira que a inalienabilidade não tem como conseqüência necessária a indivisibilidade; e ainda que o testador o tenha querido, esta só valerá pelo máximo de cinco anos. Se o testador deixou o bem a dois e indivisível, podem eles, antes, se o permitiu o beneficiante, ou findos os cinco anos a partir da morte (ou da entrega do legado), pedir a divisão” (*obr. e loc. citis.*).

Faculta-se ao herdeiro ou legatário a renúncia à herança. Ato que pode ser incentivado pela observância da imposição da cláusula. Entretanto, o expediente é vedado quando em favor de terceiro – o que caracterizaria cessão, ou seja, fraude ao gravame. Ou ainda, quando fraudar à lei no caso concreto: filho único que renuncia à herança gravada, sendo sucedido pelos netos menores, seus filhos – que receberam os bens livres da cláusula. Mas, como são menores os filhos, cabe ao pai administrar e usufruir os bens (VENOSA: 2003, p. 211).

1.7. EXCEÇÕES

Como expõe o autor (VENOSA: 2003, p. 212), atos judiciais de qualquer espécie não são capazes de invalidar ou dispensar a cláusula de inalienabilidade. O ordenamento civil é exaustivo na enumeração das exceções ao gravame.

Segmenta-se a doutrina quanto à constituição de direitos reais, como a *habitação*, o *uso* e o *usufruto*. Contudo, crê-se não haver limitação quanto a estes direitos, pois não implicam alienação, mas, meramente, *gozo*.

São imunes à disposição os credores do espólio⁷. Pagam-se todos os credores e a cláusula só se aplica ao remanescente⁸.

⁶ Art. 630. Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que foi somente por 5 (cinco) anos.

Figurando, ainda, dentre as exceções, segundo parte da doutrina, a possibilidade de alienar os frutos e rendimentos dos bens gravados (*item 2.1.6*).

Interessante trazer situação levantada por MIRANDA (1968, p. 305):

Se o herdeiro ou legatário morre antes do testador, ou se renuncia a herança, ou dela foi excluído, ou, ainda, se não se verifica a condição sob a qual foi nomeado, tem-se de interpretar a verba testamentária, para se saber se acompanha o bem que vai ao co-herdeiro, ou ao colegatário conjunto, ou ao substituto (arts. 1.710 e 1.712), ou aos herdeiros remanescentes (art. 1.726). Para isso, cumpre que se verifique se o fundamento da restrição de poder foi a pessoa do nomeado (*cláusula restritiva relativamente objetiva*), ou o interesse do disponente quanto ao bem (*cláusula restritiva absolutamente objetiva*), ou o interesse de terceiro que haja de subsistir com a mudança de pessoa do beneficiado (*cláusula restritiva objetiva*, absoluta por ser em relação a outrem). Só no primeiro caso, a restrição de poder depende da pessoa nomeada.

Destarte, é válido afirmar que ainda que a cláusula de inalienabilidade se pretenda absoluta, há casos em que a própria lei admite sua não observância em conformidade com o disposto pelo testador ou doador.

1.8.SUB-ROGAÇÃO

Permite-se – em contraposição à doutrina antiga contrária à transferência do gravame -, em certas hipóteses, a alienação, judicialmente autorizada, dos bens

⁷ “Ineficácia – Bens gravados – Credores – Inocorrência de afronta às disposições testamentárias quando determinada deliberação de valores para pagar despesas geradas pela própria ocorrência do testamento – Recurso provido. Gravame Testamentário – Honorários Advocatícios – Remuneração do patrono dos herdeiros favorecidos em testamento – Trabalho efetivamente prestado ao longo dos anos – Cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens” – TJSP – Agl. 70.953-4, 11-2-98, São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Oswaldo Breviglieri.

⁸ No que tange à cláusula imposta em testamento. Quanto às provenientes de doação a orientação jurisprudencial é diversa: “Os bens legados a cônjuge com o ônus de inalienabilidade vitalícia não podem ser penhorados por dívida do legatário após sua morte.” (TJ-SP, 22-3-44 – RT 154/168).

“A cláusula testamentária pela qual se declaram inalienáveis as legítimas dos herdeiros, só começa a ter eficácia depois de aberta a sucessão e não goza de efeito retroativo para o fim de subtrair os bens à satisfação dos encargos do espólio.” (TJ-SP, 12-8-19 – RT 31/119).

Contudo, “Os bens inalienáveis e impenhoráveis respondem, após a morte do beneficiado, pelas dívidas contraídas na vigência das cláusulas.” (TJ-SP, 2-10-36 – RT 103/516).

clausulados desde que haja sub-rogação, ou seja, o produto da alienação deve ser convertido em outro bem⁹, sobre o qual recairá o ônus primitivo. Posição adotada pela jurisprudência e acolhida pelo art. 1.911 do atual Código Civil brasileiro, mesmo quando haja expressa proibição do testador (*verificar item 1.2.5*).

Pois, como levanta LEITE (2004, p. 278):

Embora a regra fosse rigorosa, proibindo terminantemente (“...*não poderá em caso algum...*”) o levantamento do vínculo por qualquer ato judicial, a realidade prática se manifestava bem menos veemente que o dispositivo legal, passando os Tribunais a admitir, mediante prova de necessidade, a sub-rogação da cláusula de um bem para outro. Mesmo na doutrina o rigorismo legal cedeu espaço a uma exegese mais democrática: “Para que a sub-rogação tenha lugar, é preciso que o interessado prove a necessidade do ato e que os novos bens ou títulos, para os quais é transferida a cláusula de inalienabilidade, tenham valor igual ou maior que os gravados. Ora, esta avaliação deve ser feita por peritos e na presença do juiz. Cumpram os juizes o seu dever e os abusos cessarão.”¹⁰

Em 1944, o Decreto-Lei nº 6.777 determinou que na sub-rogação de imóveis gravados ou inalienáveis, estes serão sempre substituídos por outros imóveis ou apólices da dívida pública. Era o reconhecimento, em legislação suplementar da possibilidade inserta na redação original do Código Civil. A sub-rogação já era tecnicamente possível.

Como apenas os atos voluntários são atingidos, pode o bem gravado ser desapropriado por necessidade ou utilidade pública.

Diante da supremacia do interesse público, excetua-se a cláusula nos casos de execução por dívida oriunda de tributos referentes aos próprios bens.

Contudo, nestes dois casos, desapropriação e execução por dívida tributária, o gravame subsiste. Sobre o valor remanescente da dívida ou o recebido como indenização pela desapropriação, recairá a cláusula, em sub-rogação, até a

⁹ De preferência imóveis pois, como ressalta VENOSA (2003, p. 212): Embora se esteja sempre contando com a possibilidade de inalienabilidade de bens imóveis, que é mais comum, nada impede que o ônus recaia sobre qualquer tipo de bem. A fiscalização sobre a alienação de bens móveis é muito mais difícil, o que torna a disposição inoperante.

¹⁰ Citando Itabaiana de Oliveira.

aquisição de outros bens, sobre os quais incidirá o disposto no artigo 1.911, § único, do Código Civil¹¹.

É o caso das indenizações securitárias recebidas em decorrência de sinistro envolvendo os bens gravados¹². Como dos bens indivisíveis em que uma das frações é indisponível. Após a venda do bem, a cláusula de inalienabilidade sub-rogar-se-á no preço da fração.

1.9. SANÇÃO

Pode o autor da liberalidade, no próprio instrumento (contrato de doação ou testamento), instituir *cláusula penal de resolução* contra futura infração ao gravame.

Não sendo o caso de previsão expressa, infrações eventuais serão punidas legalmente, com a resolução do negócio da alienação.

Assim, a inexecução da obrigação de não fazer implica, em ambas as hipóteses, na resolução do ato infringente.

Todavia, cinge-se a doutrina (GOMES: 1999, p. 162): considerando a gravidade dos inconvenientes da sanção, há quem defenda a anulabilidade do ato; enquanto outros se voltam à fulminante nulidade absoluta.

¹¹ Art. 1911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

¹² “Sub-rogação de bens onerados – I. É pacífica no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a desapropriação de bens onerados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade – caso de ações nominativas da Cia. Paulista de Estradas de Ferro – não faz desaparecer a restrição imposta pelo instituidor, dando-se a sub-rogação do valor da indenização em substituição daqueles. II. Recurso especial não conhecido. Administrativo. Desapropriação. Ações nominativas. Cia. Paulista de Estradas de Ferro. Cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade. Sub-rogação dos ônus no produto da alienação. Cód. Civil, arts. 1.676 e 1.677. Decisão: vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Francisco Peçanha Martins. Não participou desta assentada o Sr. Ministro Ari Pargendler, Art. 162, § 4º, RISTJ. Custas, como de lei” – STF – RESP Acórdão 84399/SP (199500709910), RE 271233, 13-4-99, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr.

Crê-se, de acordo com a natureza da cláusula (*indisponibilidade real - n. 1.5.3*), ser o ato nulo de pleno direito.

A ação de nulidade¹³ cabe a qualquer interessado, tendo como principal conseqüência “a destruição do ato de alienação e a restituição do bem ao herdeiro, ou ao legatário, para ficar sujeito ao destino que lhe foi conferido” (GOMES: 1999, p. 162).

Sendo ainda, “irrelevante para a nulidade do ato que o terceiro adquirente esteja de boa-fé. Tal situação apenas será levada em conta numa ação de perdas e danos contra o alienante” (VENOSA: 2003, p. 213).

1.10. REQUISITOS

Decorrem do próprio conceito de cláusula de inalienabilidade, bem como da lei, suas possibilidades. Por questões jurídicas e lógicas, visando a garantir o escopo do gravame em detrimento das fraudes engenhadas por mentes brilhantes, apenas se admitem as cláusulas expressas em atos de liberalidade, ou seja, doações e testamentos, impostas sobre bens destinados a terceiros.

Entendimento unânime na doutrina, que afasta as vãs tentativas de presentificar o gravame em bens próprios¹⁴ (evitando execuções de credores) e em contratos diversos (dificultando fraudes).

¹³ “O prazo de prescrição da ação de declaração de nulidade absoluta de escritura de venda e compra de bens gravados com a cláusula de inalienabilidade é de trinta anos. É trintenária a prescrição de ação para declaração de nulidade da partilha em que foram incluídos bens gravados de fideicomisso. O filho de herdeiro de bens gravados com a cláusula de fideicomisso e inalienabilidade, é parte legítima para propor ação de declaração de nulidade absoluta, não só nos termos do art. 146 como também nos termos do art. 121 do Código Civil.” (TJ-SP, 20-8-54 – RT 231/167).

¹⁴ “O direito não permite, salvo o caso especial do bem de família, que ninguém crie inalienabilidade sobre o que é seu. Assim, na parte excedente ao valor da construção vinculada e demolida, o novo edifício aderiu ao solo, mas com o caráter de bem livre. Assim, já decidiu esta Egrégia Corte: RT 82/538. Não modifica a solução a índole do legado; quer se trate de pura cláusula de inalienabilidade, quer de fideicomisso.” (TJ-SP, 22-11-35 – RT 102/568).

“A ninguém é dado, ainda que com homologação judicial, vincular os próprios bens, salvo, em certos termos, na instituição do bem de família.” (TJ-SP, 3-4-35 – RT 97/139).

São requisitos gerais dos gravames a possibilidade cognoscitiva (inteligibilidade e com sentido), lógica (não contraditoriedade, nem preplexidade), moral, física e jurídica (MIRANDA: 1968, p. 305).

Valendo lembrar ainda (MIRANDA: 1968, p. 305):

Nas cláusulas de restrição de poder há determinação de última vontade, como em quaisquer outras. Por isso, estão sujeitas às regras jurídicas gerais e especiais sobre os negócios jurídicos, quer quanto ao fundo, quer quanto à forma, quer quanto à eficácia. Nos negócios jurídicos entre vivos, como as doações *mortis causa*, e nos negócios jurídicos testamentários, tem-se de atender – dentro dos limites legais – à vontade do testador.

Assim, como prega PEREIRA (1981, p. 96):

Para que prevaleçam e produzam os seus efeitos, as restrições voluntárias ao direito de propriedade devem ser subordinadas a determinados requisitos:

- a) Não de provir de doação ou testamento. Não é lícita a imposição das cláusulas em contrato de compra e venda, permuta, ou outra modalidade aquisitiva onerosa. Nem se tolera que resultem de ato do próprio dono. É inválida, obviamente, a declaração restritiva em relação aos próprios bens.
- b) Deverão constar de registro público. A presunção é no sentido de que os bens são livres no patrimônio do seu titular. E, como qualquer restrição (inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade) repercute necessariamente nos direitos de terceiros, a estes não se opõem se não constarem no registro de imóveis.

Logo, as cláusulas devem respeitar os requisitos de validade dos negócios jurídicos (sujeito capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei), ser o mais claras possíveis, evitando ambigüidades, redigidas no próprio instrumento de doação ou testamento e registradas, gravando somente bens de terceiros e nunca os próprios (ainda que no momento do testamento os bens sejam do testador, pois o gravame só produzirá efeitos após sua morte).

2. A CLÁUSULA NO ANTIGO ORDENAMENTO (CÓDIGO CIVIL DE 1916)

A disciplina jurídica da cláusula se deu, após 1916, a partir dos artigos 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil de Beviláqua. Dispositivos estes que sofreram mutações hermenêuticas pela doutrina e jurisprudência, como adiante abordado.

2.1. ARTIGO 1.676

Dispunha o artigo 1.676 do Código Civil de 1916:

A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

2.1.1. Espécies e Formas

Ao principiar por “A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores” o legislador definiu suas espécies e formas possíveis.

Facultou a imposição da cláusula em suas modalidades temporária ou vitalícia¹⁵, banindo a espécie perpétua (*item 1.4*). Limitando, ainda, sua utilização às doações e testamentos.

¹⁵ “Não tendo sido estabelecida a duração da cláusula de inalienabilidade, deve ela ser interpretada como sendo vitalícia. É de nenhum efeito o ato da viúva meeira revogando ou levantando cláusulas restritivas impostas em vida de seu marido, relativas à metade dos bens que fora por ele doada aos filhos do casal. Válida, entretanto, é a liberação da outra metade, feita por ela, doadora, em vida e com plena aquiescência das donatárias. A doação revoga-se no todo ou em parte, como todos os contratos, desde que a forma tenha sido a mesma do contrato.” (TJ-SP, 27-2-51 – RT 194/183).

“Se a donatária recebeu os bens gravados não só de fideicomisso, como também de inalienabilidade e impenhorabilidade vitalícias, uma vez caduco dito fideicomisso, pelo falecimento do fideicomissário, perdura, no entanto, o vínculo.” (TJ-SP, 12-8-55 – RT 241/178).

Devendo-se ressaltar, pois não há menção legal, que caso grave o bem doado, tal disposição não necessita ser ratificada em testamento (SANTOS: 1986, p. 320).¹⁶ Bem como, a cláusula deve ser coeva à escrituração do bem¹⁷.

2.1.2. Interesse Público

Como anteriormente exposto (*item 1.8*), ao declarar que “*não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade pública...*”, o legislador excetua a indisponibilidade direta sobre os bens, ante o interesse público¹⁸.

¹⁶ “Vistos, expostos e discutidos estes autos de agravos de petição da Comarca de Sorocaba, n. 3.524, entre partes, como agravante GMF, e como agravado o Oficial de Registro de Imóveis: Acordam, em Segunda Câmara de Corte de Apelação, negar provimento ao recurso e confirmar, assim, a sentença agravada que julgou procedente a dúvida suscitada pelo oficial do Registro de Imóveis, com referência à transcrição da escritura de venda e compra de imóvel, outorgada por JG e sua mulher ao agravante.

O oficial suscitante bem fundou a dúvida no disposto no art. 207 do Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928. A escritura de compra e venda era nula porquanto o objeto da transação era um imóvel sobre o qual tinha sido constituída, pelo título anterior, uma cláusula de inalienabilidade imposta em doação de pai a filho, é inteiramente falsa em nosso Direito Civil vigente, como bem demonstrou a sentença com o apoio no artigo 1.676 do nosso Código. Custas pelo agravante.

São Paulo, 2 de setembro de 1935. – A. César Whitaker, Presidente. – Amorim Lima, Relator. – Abeilard Pires.

Sustentação

Egrégia Câmara.

A espécie é a seguinte: JFH e sua mulher doaram os imóveis descritos na certidão de fls. A JG e sua mulher A, filha dos transmitentes, com a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade vitalícias. Mortos os doadores, os donatários resolveram alienar o terreno, por entenderem que a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade desapareceu por não ter sido confirmada em testamento.

Entendo que tal doutrina não se adapta ao nosso Direito vigente, em face da disposto no art. 1.676 do Cód. Civil.

A escritura de alienação de fls. É nula de pleno direito e não pode ser transcrita. Deve prevalecer a vontade dos doadores, na falta de um dispositivo expresso na lei inutilizando a cláusula no caso de não haver confirmação por testamento. Os bens á tinham sido transferidos do patrimônio dos doadores, e, assim, como estes, poderiam estabelecer cláusula a respeito dos mesmos que não lhes pertenciam mais?

Mantenho, portanto, o meu despacho de fls. Por me parecer jurídico em face dos autos, devendo o serventuário cancelar a prenotação.

Suba o recurso no prazo e na forma legal. Sorocaba, 6 de maio de 1935. – José Robelo A. Valim” (RT, v. 104, p. 93).

¹⁷ “São nulas as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade impostas em escritura lavrada posteriormente à doação do bem, ainda que com anuência do donatário.” (TJ-SP, 4-8-41 – RT 136/702).

¹⁸ ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO.

1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. 2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex: cobrança de dívida de jogo. 3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o

Logo, com base no interesse público, “justifica-se a transmissão forçada da propriedade, a quem quer que ela pertença, desde que se observem as formalidades legais” (SANTOS: 1986, p. 322)¹⁹.

2.1.3. Dívidas Tributárias

Outra exceção diz respeito às dívidas tributárias relacionadas ao bem clausulado²⁰: *e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis.*

Neste caso, as dívidas decorrentes de tributos relativos aos bens gravados autorizam a alienação destes para sua solução²¹. É o que dispõe o Código Tributário Nacional:

imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria. 5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames. 7. Recurso improvido.” (REsp 220983/SP; RECURSO ESPECIAL 1999/0057694-2 - Ministro JOSÉ DELGADO - DJ 25.09.2000 p. 72 - RSTJ vol. 140 p. 97)

“Se o testador, em vida, não podia opor-se à desapropriação do imóvel legado, esta não tem o efeito de produzir a caducidade da disposição de última vontade.” (TJ-SP, 24-4-41 – RT 153/160).

“Nos casos de bens clausulados – arts. 1.676 e 1.677 do código Civil – as cláusulas serão transpostas para outros bens nos quais o preço da indenização será aplicado.” (TJ-SP, 28-8-56 – RT 259/242).

¹⁹ Administrativo. Civil. Desapropriação. Ações Nominativas. Cláusula de Inalienabilidade e Impenhorabilidade. Sub-rogação nas Obrigações Impossibilidade do Levantamento do Valor Indenizatório. Código Civil, artigos 1676 e 1677. Decreto-Lei 3365/41 (art. 31). 1. A compreensão pretoriana assentou que a desapropriação espelhando alienação de bens onerados com a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, por si, não desconstitui o vínculo obrigacional, revelando-se os efeitos da sub-rogação do valor indenizatório. 2. Precedentes iterativos. 3. Recurso provido. (REsp 153647 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1997/0078071-6 - Ministro MILTON LUIZ PEREIRA - DJ 22.11.1999 p. 152)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO DE CLAUSULAS ONEROSAS. CODIGO CIVIL, ARTIGOS 1676 E 1677. 1. NA DESAPROPRIAÇÃO DE BEM AFETADO PELA CLAUSULA DA INALIENABILIDADE, A INDENIZAÇÃO FICA APRISIONADA AO MESMO VINCULO. 2. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. 3. RECURSO IMPROVIDO. (REsp 73989 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1995/0045092-5 - Ministro MILTON LUIZ PEREIRA - DJ 03.06.1996 p. 19208)

²⁰ Exceção prevista já no Direito Romano, conforme lei 114, § 14, D. *de legatis*, I.

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Todavia, vale lembrar, como observa MIRANDA (SANTOS: 1986, p. 322), que “a lei não autoriza a vendê-lo para pagar dívidas; só concede que se venda compulsoriamente: melhor, a lei cede diante do estado de necessidade, criado pela imposição fiscal não satisfeita”.

2.1.4. Impossibilidade de Invalidação ou Dispensa

A parte final do artigo leva à conclusão de que as exceções à inalienabilidade do bem são *numerus clausus*, ou seja, são as taxativamente numeradas pelo *Codex: ser invalidada ou dispensada*²² por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

Desta forma, “a determinação do testador, ou doador, fora as exceções acima previstas, prevaleceria sempre. Nenhum ato judicial de qualquer espécie poderá invalidá-la ou dispensá-la, sob pena de nulidade” (SANTOS: 1986, p. 322)²³.

²¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM GRAVADO COM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. PENHORA. POSSIBILIDADE. PERANTE A EXECUÇÃO FISCAL AS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE SÃO INÓCUAS, NÃO IMPEDINDO A PENHORA, POIS, SEGUNDO OS ARTS. 184 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E 30 DA LEI N.º 6.830, TAMBÉM OS BENS CLAUSULADOS E SUAS RENDAS SE INCLUEM NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR DA FAZENDA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE FIDEICOMISSO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento N° 70003146206, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 14/11/2001)

“A cláusula de inalienabilidade não impede a penhora da coisa por impostos a ela relativos.” (TJ-SP, 20-7-42 – RT 139/266).

²² “Havendo acordo entre os interessados, podem-se dispensar os vínculos que gravam os bens, desde que eles não tenham sido impostos por testamento.” (TJ-SP, 31-5-35, RT 96/447).

²³ CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. QUINHÃO DE FILHA GRAVADO COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE INCOMUNICABILIDADE.

2.1.5. Sub-rogação do Ônus em outro Bem

A disposição foi atenuada pelo empirismo social, que cobrou da doutrina e jurisprudência soluções para determinados casos, abrindo caminho para a relativização do instituto.

Como já mencionado (*item 1.8*), a sub-rogação²⁴ surgiu como um meio de preservar a vontade do doador ou testador, sem, contudo, prejudicar o titular do bem ou o Estado.

A princípio, o projeto de Beviláqua sofreu emenda do Senado que vedava a sub-rogação:

A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de desapropriação por utilidade ou necessidade pública e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada, pena de nulidade, por atos judiciais de qualquer espécie; sendo igualmente proibida, sob a mesma pena, existindo aquela cláusula, a sub-rogação dos bens.

Entretanto, a Câmara dos Deputados rejeitou a segunda parte:

Esta emenda deve ser rejeitada, em virtude da sua segunda parte.

É certo que a sub-rogação de bens inalienáveis tem dado lugar a graves abusos, mas, nem por isso, pode ser proibida. O adquirente de bens com essa cláusula, muitas vezes, está impossibilitado de conservá-los e então a sub-rogação é necessária. Uma propriedade agrícola, por exemplo, é legada com a

HABILITAÇÃO DE SOBRINHOS E NETOS. DISCUSSÃO SOBRE A SUA EXTINÇÃO EM FACE DA CLÁUSULA, PELO ÓBITO, ANTERIOR, DA HERDEIRA, A BENEFICIAR O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. CC, ARTS. 1676 E 1666. I. A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1666 do Código Civil anterior. II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da de cuius. III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 246693 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0007811-5 - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - DJ 17.05.2004 p. 228)

²⁴ “Não tendo ocorrido dispensa ou invalidação da cláusula de inalienabilidade, mas simples sub-rogação, que não colide com o art. 1.676 do Código Civil, repele-se a arguição de nulidade.” (TJ-SP, 11-3-47 – RT 167/211).

cláusula de inalienabilidade, mas, pode suceder que, nem o legatário, atenta à sua profissão e lugar de residência, possa administrá-la e nem tenha meios para fazer as despesas que sua exploração exige. Em tal caso, é indispensável a sub-rogação em outros bens ou títulos com o mesmo valor, a fim de não sofrer ele um prejuízo, muitas vezes, completo. O juiz pode evitar os abusos. Para que a sub-rogação tenha lugar, é preciso:

1º. Que o interessado prove a necessidade do ato;

2º. Que os novos bens ou títulos para os quais é transferida a cláusula de inalienabilidade, tenha valor igual ou maior que os gravados. Ora, esta avaliação deve ser feita por *peritos* e na presença do juiz.

Cumpram os juízes o seu dever, e os abusos cessarão.²⁵

Votada a emenda, obteve-se a redação atual do artigo. Ou seja, além das exceções previstas, há a possibilidade, demonstrada a necessidade indeclinável ou a conveniência real para o titular do bem, de substituição do mesmo por outro, após perícia e consentimento judicial²⁶.

Não obstante o parecer do Legislativo, a doutrina e jurisprudência²⁷ buscaram delimitar as possibilidades da sub-rogação, fracionando-se.

MAXIMILIANO (SANTOS: 1986, p. 324), julgou ser apenas possível recorrer-se ao instituto na hipótese de os bens se encontrarem em ruína, sem possibilidade de arrendamento, obrigando o herdeiro, sem meios, aos reparos necessários.

SANTOS (1986, p. 324), no entanto, levanta-se em oposição, admitindo que MAXIMILIANO acaba por restringir infundada e demasiadamente as noções de

²⁵ Parecer n. 2, de 1913, da Câmara dos Deputados, páginas 42-43.

²⁶ “A mera conveniência, ou comodidade o herdeiro ou donatário não autoriza a concessão de sub-rogação de vínculo de bens seus clausulados.” (TJ-SP, 7-4-33 – RT 89/158).

²⁷ “O fato de se terem mudado de uma cidade os donos de prédios que aí possuíam com a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade e ainda com a recomendação expressa, feita em testamento, de se não admitir qualquer modificação nas cláusulas, não justifica o dito fato de mudança, a concessão e alvará para alienação, ainda que aleguem os requerentes ser necessária e imprescindível, por necessitarem os prédios de consertos e serem excepcionais as vantagens oferecidas para a compra pelo dobro da avaliação” (TJ-SP, 8-2-26 – RT 57/318).

“Em rigor não se admite a sub-rogação de vínculo imposto pelo testador; é ela tolerada quando se demonstra sua necessidade evidente. Esta se refere à coisa ou bens vinculados, que diz respeito à sua conservação e finalidade e não a que se relacione com as condições pessoais do proprietário ou a de outros bens ou negócios. A insuficiência de renda dos bens vinculados não é motivo para sub-rogação de vínculo.” (TJ-SP, 11-11-36 – RT 104/501).

necessidade indeclinável e conveniência real, contrariando o próprio parecer legislativo²⁸.

Contudo, relembra que se é arbitrária a interpretação restrita do artigo, também pode ocasionar prejuízos à sub-rogação, levantando como formas de impedir a violação da lei e da vontade do autor da liberalidade, por meio de armações para obtenção de vantagens ilusórias, a prova da necessidade da alienação e a sub-rogação da cláusula em bens outros, de valor, aferido judicialmente, igual ou superior ao do bem primitivo.

Assim, como adverte GOMES (1999, p. 163):

A questão, ainda hoje em pauta, consiste em elucidar quando cabe. Domina o pensamento de que é juridicamente possível quando necessária. Permanece, porém, a dúvida na conceituação desse pressuposto, entendendo alguns tratadistas que a *necessidade* há de decorrer da própria coisa inalienável, enquanto admitem outros que pode surgir em relação à pessoa de seu proprietário. Os adeptos da primeira corrente de opinião proclamam que a única hipótese defensável de sub-rogação é a de se acharem em ruínas os bens e não terem os herdeiros ou legatários meios para custear as obras necessárias. Outros autorizam-na nos casos de real conveniência do proprietário do bem inalienável, reconhecida pelo juiz. Os tribunais aceitaram o entendimento mais liberal, permitindo a sub-rogação sempre que razoável o interesse do dono da coisa. Os abusos são coibidos pelo prudente arbítrio do juiz, valendo como critérios de orientação para concedê-la a premente necessidade, a evidente utilidade e a real conveniência.

²⁸ “É admissível a sub-rogação de vínculos de bens doados, verificadas as condições de necessidade e urgência da medida e a equipolência ou superioridade dos bens oferecidos à substituição em relação aos bens clausulados.” (TJ – Maranhão, 12-11-37 – RT 116/730).

“Não se admite a sub-rogação de cláusula de inalienabilidade para o efeito de conservar o legatário em seu patrimônio, ainda que temporariamente, o bem legado com o objetivo de revendê-lo futuramente com lucro.” (TJ-SP, 24-7-41 – RT 136/686).

“Prevista a sub-rogação dos bens vinculados em títulos da dívida pública não pode ser autorizada a transferência das cláusulas para bens imóveis com desrespeito à vontade do testador.” (TJ-SP, 3-2-48 – RT 173/286).

“São nulos de pleno direito os compromissos de compra e venda de prédios inalienáveis feitos pelo usufrutuário dos mesmos, sem autorização judicial e sem anuência dos nus-proprietários, entre os quais existem menores. Não se trata de matéria que não possa ser alegada por terceiros prejudicados, como por exemplo os inquilinos dos prédios.” (TJ-SP, 16-11-48 – RT 178/336).

2.1.6. Frutos e Rendimentos

Questão muito controvertida envolveu os frutos e rendimentos dos bens clausulados serem ou não envolvidos pela cláusula. Discussão superada, já antes da vigência do novo Código Civil²⁹.

SANTOS (1986, p. 342), fundamentando-se na regra geral de que quando dispõe o Código Civil que a lei que restringe direitos só abrange os casos que especifica, coloca de forma simples “o Código cogita apenas da inalienabilidade dos próprios bens. Não se refere de modo algum aos frutos e rendimentos. Ora, assim sendo, não será possível ampliar a impenhorabilidade até aos frutos e rendimentos. Mesmo porque não será possível considerá-los inalienáveis.”

²⁹ “É ilegal e nula a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis” (TJ-SP, 3-9-19 – RT 32/69).

“A cláusula de impenhorabilidade dos rendimentos de bens inalienáveis só prevalecerá quando o donatário tiver outros bens sobre os quais possa recair a penhora.” (TJ-SP, 20-5-24 – RT 50/338)

“São alienáveis e penhoráveis os frutos e rendimentos dos bens que, por cláusula testamentária, são inalienáveis. E só aos bens e não aos respectivos frutos ou rendimentos é que se refere o art. 1.723 do Código Civil.” (STF, 8-8-23 – RT 48/527).

“Não é vedado, no sistema de nosso Código Civil, e deve ser obedecida se expressa no ato do transmitente, a cláusula de impenhorabilidade das rendas, imposta em testamento.” (TJ-SP, 11-5-32 – RT 83/40).

“A inalienabilidade dos bens dotais não importa a dos seus frutos ou rendimentos que, entrando para a comunhão não vedada pelo doador podem ser penhorados para solução de dívida contraída pelo marido na vigência do casamento.” (TJ-SP, 7-8-31 – RT 83/382).

“Ao testador é permitido não somente tornar inalienável a legítima de seus herdeiros, mas também inalienáveis e impenhoráveis os seus frutos e rendimentos.” (TJ-SP, 1-12-31 – RT 84/34).

“O testador não pode vincular os rendimentos dos bens que constituem a legítima dos seus herdeiros necessários.” (TJ-SP, 7-6-33 – RT 87/570).

“Podem ser clausuladas as heranças dos herdeiros e o vínculo pode abranger os seus frutos ou rendimentos.” (TJ-SP, 23-11-33 – RT 92/109).

“Os frutos e rendimentos das legítimas dos herdeiros estão também sujeitos à cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, se assim o entender o autor da herança, quando do ato de sua última vontade.” (TJ-SP, 13-9-34 – RT 94/561).

“A simples declaração de que as rendas de bens clausulados se destinam à subsistência dos legatários, não importa a sua impenhorabilidade que, como toda restrição de direitos, deve ser clara e formal.” (TJ-SP, 6-9-35 – RT 106/127).

E vai além, “e de que valeria o legado, ou a doação, se o testador ou doador proibisse a venda ou disposição dos frutos e rendimentos? De nada, é certo, pois, se isso fosse possível, não haveria, em suma, legado ou doação de coisa alguma.”

Assim, conclui-se pelo não alcance dos frutos e rendimentos (RODRIGUES: 2002, p. 193):

Três posições se caracterizaram, com mais nitidez, a respeito do problema.

A primeira entendia serem penhoráveis os frutos, pois a cláusula deveria ser interpretada restritivamente.

A segunda, tendo em vista que a finalidade da cláusula era proteger o beneficiário, entendia abranger ela os rendimentos dos bens inalienáveis, porque, caso contrário, penhorados os frutos daqueles bens, ficaria seu titular em absoluto desamparo, ou seja, em situação pior do que ficaria se os bens não fossem inalienáveis. Os frutos deveriam ser considerados impenhoráveis, sob pena de frustrar-se inteiramente a vontade do testador ou doador.

A terceira corrente sustentava serem impenhoráveis os frutos dos bens inalienáveis quando o testador houvesse previamente estipulado³⁰.

PHILADELPHO AZEVEDO, em voto memorável proferido no Supremo Tribunal Federal, focalizou com acurácia a questão e demonstrou ter sido ela superada pela regra do art. 943 do antigo Código de Processo Civil.

Com efeito, esse inciso possibilitava a penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, à falta de outros bens, salvo quando se destinarem a alimento de incapazes ou de mulheres viúvas ou solteiras.³¹

O ilustre e saudoso jurista sustentava, ademais, que a penhorabilidade dos frutos incidia mesmo no caso de o testador haver prescrito a sua impenhorabilidade. Isso porque o preceito é de ordem pública e visa evitar o prejuízo dos credores em face da imoralidade que representa o fato de alguém viver na abastança, fugindo de pagar suas dívidas.

³⁰ A este exemplo cita-se a seguinte decisão: “Frutos de bens inalienáveis. Impenhorabilidade. Litude da cláusula testamentária. A inalienabilidade dos bens não importa necessariamente a dos frutos e rendimentos. Nada obsta que, porém, por vontade expressa do testador, a impenhorabilidade dos frutos acompanhe a impenhorabilidade dos bens. Impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis. Litude da cláusula testamentária. Art. 943, n. i, do CPC, c/c os arts. 1.430 e 1.723 do código civil. Interpretação conforme a doutrina adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Embargos rejeitados” – STF – ERE 12478, 3-11-50, Rel. Carlos Barreto.

³¹ Posição adotada por tribunais estaduais: “Impenhorabilidade de bens inalienáveis. Se até mesmo os rendimentos e frutos de bens inalienáveis, passíveis de penhora à míngua de outros bens, são considerados absolutamente impenhoráveis se e quando percebidos, a título de alimentos, por mulher viúva, solteira ou separada, ou, ainda, por pessoas idosas (Código de Processo Civil, art. 650, I), com maior razão não se admite a penhora da própria pensão alimentar percebida por pessoas que caibam na hipótese legal. Execução – Penhora – Pensão Alimentar – Impenhorabilidade” – 2º TACSP – AI 477.550, 18-3-97, 7ª Câmara. – Rel. Juiz Antônio Marcato.

A seu ver, entretanto, o preceito não abre exceção apenas para o caso de alimentos destinados a viúvas e solteiras. No caso da penhora de frutos de bens inalienáveis, e sempre que a renda tiver caráter de alimentos, a penhora não deve recair sobre o total daquela, ficando impenhorável uma parte, indispensável para manutenção do devedor.

A solução é extremamente inteligente e humana, merecendo ser seguida, embora a parte final, obviamente, não se encontre na lei.³²

Pois, ainda que não haja menção expressa na lei, uma vez gravados, não há legítima garantida. Levando o herdeiro ou donatário, na analogia de VENOSA (2003, p. 211), à posição semelhante a de Midas: morto de fome e cercado de ouro. Como adverte PEREIRA (1996, p. 179):

Pode estender-se a impenhorabilidade aos frutos e rendimentos (nº 381, vol. IV), só por cláusula expressa. Mas não se considera viável que a inalienabilidade abranja igualmente os frutos e rendimentos, porque, neste caso, o direito do herdeiro ou legatário seria nada: faltar-lhe-ia a disponibilidade juntamente com o aproveitamento de seus créditos. Uma cláusula gravando a herança de inalienabilidade e impenhorabilidade com extensão dos rendimentos somente pode interpretar-se com o entendimento de que a extensibilidade prevista é relativa apenas à impenhorabilidade, restando os bens inalienáveis, mas disponíveis os frutos e rendimentos, salvo os ainda não percebidos.

2.2. ARTIGO 1.677

Ao abrir exceções à inalienabilidade dos bens (art. 1.676 do Código Civil), viu-se o legislador forçado a conferir um destino aos valores apurados³³, o que fez no artigo 1.677:

³² Orientação seguida pelo Tribunal de São Paulo: “É ineficaz a cláusula pela qual o testador restringe a alienação e impenhorabilidade dos frutos de bens inalienáveis e impenhoráveis. Igualmente irresponsável a sempre evocada lição de PHILADELPHO AZEVEDO sobre o verdadeiro alcance da regra contida no art. 943, I, do precitado Código” (RT, 277/351).

³³ “A única modificação admissível à cláusula de inalienabilidade além das exceções expressas neste artigo, é a proveniente de sub-rogação do bem. Fora daí, não há ato judicial que possa alterar a cláusula referida.” (TJ-SP, 2-4-25 – comentário – RT 54/47).

Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros.

2.2.1. Hipóteses

Procurou o legislador, ao afirmar: *Quando, nas hipóteses do artigo antecedente*, direcionar o produto da desapropriação ou alienação em execução judicial por impostos de bens gravados.

Contudo, o artigo engloba também os demais casos autorizadores de sub-rogação já analisados³⁴.

2.2.2. Alienação

Logo, ao dispor: *se der alienação de bens clausulados*, cogita-se alienação forçada, implicando, necessariamente, a subsistência do ônus a incidir sobre o produto, não facultando outros gastos ao titular do bem³⁵.

³⁴ “O título de aquisição de um imóvel doado com cláusula de inalienabilidade, não pode – em processo divisório promovido pelo comprador – ser declarado nulo em processo divisório intentado pelo comprador, sob arguição dos promovidos que não tenham sido partes no contrato (de compra e venda), nem sucessores ou sub-rogados dessas partes... Essa nulidade depende de ser declarada em ação competente.” (TJ-SP, 18-10-21 – RT 40/313)

“Se é vendido o imóvel em comum, do qual alguns condôminos tinham apenas o usufruto com obrigação de transmitir a propriedade a pessoas determinadas no testamento, deliberando a administração do condomínio alienar dito imóvel, a parte que tocar àqueles condôminos, que tinham os direitos clausulados, deve ser convertida em outros bens da mesma natureza, para que neles fique sub-rogada a cláusula ou condição testamentária.” (TJ-SP, 12-9-24 – RT 51/490).

³⁵ BEM INALIENAVEL. VENDA MEDIANTE ALVARA. SUB-ROGAÇÃO. INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE AQUISIÇÃO DE OUTRO IMOVEL. AÇÃO REIVINDICATORIA. PRESCRIÇÃO. 1- COMPROVADA A INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO NO PROCESSO DE AUTORIZAÇÃO DO ALVARA JUDICIAL PARA A VENDA DE BEM GRAVADO COM A CLAUSULA DE INALIENABILIDADE, NÃO HA COMO RECONHECER OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS QUE REGULAM A SUA PARTICIPAÇÃO NOS FEITOS. 2- A PARTE QUE REQUER O ALVARA E ALIENA O BEM GRAVADO, RECEBENDO O PREÇO, TEM O DEVER DE PROVIDENCIAR A SUB-ROGAÇÃO, AINDA POSSIVEL, ASSIM COMO PREVISTO NA LEI E DETERMINADO NA SENTENÇA. E INADMISSIVEL QUE A PARTE BENEFICIADA COM O PROCESSO INSTAURADO A SEU PEDIDO E DESCUMPRIDORA DO SEU DEVER DE EFETIVAR A SUB-ROGAÇÃO, OBTENHA, COM VIOLAÇÃO A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS E EM PREJUIZO DO TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA FE, A ANULAÇÃO DA ALIENAÇÃO APENAS PORQUE, PASSADOS ANOS, ARREPENDEU-SE DO NEGOCIO.

2.2.3. Sub-rogação

É, precisamente, o que determina o final do artigo: *o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros*.³⁶

Havendo sub-rogação, é interessante que o juiz observe o bem a ser adquirido, não apenas para impedir fraudes, mas também para evitar novos processos da mesma natureza.

SANTOS (1986, p. 348), afirma que “na hipótese da desapropriação, nada obsta a que o produto da indenização se converta em bens da mesma natureza, como por exemplo, se desapropriado foi um prédio, que se converta em outro prédio”. No entanto, cita MIRANDA, para quem:

executado o bem (*por falta de pagamento de impostos*), e apurado o que restar do seu preço, o juiz mandará convertê-lo, não, porém, em prédio, porque o primeiro se perdeu por culpa do proprietário gravado. A solução óbvia é a compra de apólices ou outros títulos de dívida não sujeitas a impostos. Para que se comprasse outro prédio, seria preciso que se segurasse o juízo contra outra *falta igual* do proprietário.

SITUAÇÃO QUE DECORREU DO EQUIVOCO INICIAL DE AUTORIZAR A VENDA SEM QUE SE EFETIVASSE, SIMULTANEAMENTE, A AQUISIÇÃO DE OUTRO, COM SUB-ROGAÇÃO. 3- O DIREITO A AÇÃO REIVINDICATORIA PRESCREVE JUNTAMENTE COM A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA EM FAVOR DE OUTREM, MAS NÃO PELO SIMPLES DECURSO DO PRAZO. - ARTS. 82 DO CPC, 177 E 1677 DO CODIGO CIVIL. - RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 37859 / PR ; RECURSO ESPECIAL 1993/0023212-6 - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - DJ 28.04.1997 p. 15874)

³⁶ “Na sub-rogação de vínculo é indispensável que haja equivalência entre os bens substituídos e os que lhe tomam o lugar.” (TJ-SP, 31-1-36 – RT 102/151).

“Para que seja concedida a sub-rogação é necessário ocorrer a equivalência dos bens clausulados e da propriedade para a qual se pretende transferir os vínculos, e ao mesmo tempo a necessidade ou, pelo menos, a vantagem real da medida pleiteada.” (TJ-SP, 8-12-37 – RT 112/136).

“O emprego do produto de bens vinculados não está sujeito ao imposto de sub-rogação quando a alienação é compulsória.” (TJ-SP, 21-8-40 – RT 132/577).

2.3. ARTIGO 1.723

Este artigo é específico para a hipótese de testamento³⁷ e visa a disciplinar a legítima ou reservatória - porção de bens destinada obrigatoriamente aos herdeiros necessários³⁸.

Art. 1.723. Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos.

2.3.1. Legítima

Com ânimo de proteger o *interesse da família*, buscou-se facultar ao chefe desta (noção patriarcal do Código) transmitir a reservatória da forma mais proveitosa ao herdeiro, examinando suas condições e caráter³⁹. Assim, almejou-se cumprir o destino da legítima “garantir o legitimário servir de base ao seu desenvolvimento econômico” (SANTOS: 1988, p. 84).

Daí a lei possibilitar ao testador, em contraste com o *princípio da ingravabilidade das porções necessárias*, eleger uma ou algumas das providências

³⁷ Entretanto, é possível gravar a legítima em doação: “Não só por testamento mas também por doação, pode ser gravada a legítima com a cláusula de inalienabilidade. A impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens, não sendo consequência necessária da sua inalienabilidade, não é permitida, porque não consta das restrições expressas em lei à livre disposição dos bens.” (STF, 3-9-19 – RT 33/451).

³⁸ “O direito dos herdeiros não impede que o testador determine sejam convertidos em outras espécies os bens que constituem a legítima, prescreva-lhes a “incomunicabilidade”, atribuída à mulher herdeira a livre administração e estabeleça as condições se “inalienabilidade” temporária ou vitalícia.” (TJ-SP, 16-7-23 – RT 47/126).

³⁹ “Quando, pela conversão, é sacrificada parte da legítima, ou pode vir a sê-lo, não se deve admitir a conversão.” (TJ-SP, 12-3-54 – RT 223/206).

listadas⁴⁰: *Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras*

⁴⁰ “Testamento – Cláusulas – Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – Incidência sobre a legítima – Admissibilidade – Artigo 1.723 do Código Civil – Recurso não provido, nessa parte” (TJSP – Ap. Cível nº 79.877-4, 30-9-99, Rel. Rodrigues de Carvalho).

“Inalienabilidade e impenhorabilidade disposta no testamento – Bens clausulados – Liberalidade em favor de netos do testador – Inadmissibilidade – Hipótese que contraria a vontade legítima do falecido – Recurso não provido” (TJSP – Ap. Cível nº 167.286-1, 17-9-99, Rel. P. Costa Manso).

“Herança gravada – Inventário – Decisão do juízo “a quo”, proferida em sede de embargos de declaração, que, admitindo os recorrentes na qualidade de fideicomissários quanto à parcela dos bens do genitor da inventariada, indeferiu, todavia, a habilitação dos mesmos na qualidade de herdeiros quanto à parcela de bens provenientes da herança da genitora da inventariada, gravados com as cláusulas vitalícias de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade – Recurso de agravo de instrumento não provido – Alegação dos embargantes de omissão do acórdão – Incorrência – Embargos rejeitados” (TJSP – ED 103.421-4, 3-8-99, São Paulo – 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Thyrso Silva).

“Inalienabilidade – anulação parcial de cláusulas testamentárias – Indeferida a inicial e extinto o processo – Possibilidade – Prova de que os pais do autor deixaram testamentos registrados, com cláusulas de que todos os bens que fossem atribuídos aos filhos ficassem vinculados à inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – Necessidade de ser respeitada a vontade dos testadores, considerando-se que os quinhões gravados com tais cláusulas, em realidade, vêm em benefício das herdeiros – Recurso improvido” (TJSP – Ap. Cível nº 82.642-4, 18-8-99, São Paulo – 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silva Rico).

“Alienação de bem gravado – Doação – Reserva de usufruto – Cláusula de inalienabilidade de bens imóveis relativamente a terceiros – Pedido de anulação – Limitação voluntária que restringiu o direito de dispor dos donatários – Alienação possível somente em caso de expropriação por necessidade ou utilidade pública ou execução por dívidas fiscais, sob pena de nulidade – Vínculo que não se extingue pela morte do doador ou extinção do usufruto – Recurso desprovido. A função do juiz é aplicar, e não corrigir a lei, função esta do Poder Legislativo. Desde que a lei é clara e regula a matéria em litígio, deve ser aplicada. Só no caso de lacunas compete ao julgador recorrer, para as suprir, à analogia, aos princípios gerais de direito e à equidade” (TJSP – Ap. Cível nº 88.404-4, 19-8-99, Bauru – 6ª Câmara de direito Privado, Rel. Mohamed Amaro).

“No direito anterior ao Código Civil era permitido ao testador estabelecer cláusulas restritivas da legítima, tal qual o direito vigente.” (TJ-SP, 12-6-39 – RT 121/609)

“A proibição de serem os bens alienados ou permutados, mesmo por títulos da dívida pública, não impede a sua sub-rogação por outros por indeclinável necessidade, mediante autorização judiciária e após a sua avaliação por peritos.” (TJ – Distrito Federal, 10-8-39 – RT 129/299).

“O dispositivo do art. 1.723 do código Civil não tem a amplitude que o testador lhe quis dar. Não podia o testador estabelecer em relação à legítima de sua neta uma cláusula que importasse em revogação do preceito contido no art. 385 do Código, onde se confere aos pais a função de administrar por força da lei os bens dos filhos que se acham sob seu poder, não sendo caso de restrição, previsto no mesmo Código. Somente é válida a disposição referente à administração dos bens da menor na parte deixada pelo testador em sua meação disponível.” (TJ-SP, 6-4-29 – RT 70/326).

“A legítima, embora sujeita à cláusula de impenhorabilidade, pode ser livremente alienada pelos herdeiros.” (TJ-SP, 15-4-31 – RT 77/576).

*espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira*⁴¹...

Sobre a incidência da inalienabilidade sobre a legítima, interessante os apontamentos de RODRIGUES (2002, p. 126):

Essa inovação foi introduzida no direito brasileiro pela Lei FELICIANO PENNA – Decreto n. 1839, de 31 de dezembro de 1907. Embora o herdeiro necessário tenha direito à legítima, esse direito se apresenta limitado, pois as cláusulas acima apontadas constituem restrição ao domínio. (...)

A legítima, no direito anterior à Lei FELICIANO PENNA, era uma quota da herança reservada aos herdeiros necessários, devida em plena propriedade e sem qualquer restrição. Não podia, como observa JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA “ser fraudada por condições, encargos e legados, e muito menos pela eleição de certos bens para ela, ou para a terça”.

A restrição trazida pela lei de 1907 fez com que se mudasse o conteúdo do direito do herdeiro necessário. Em vez de seu direito recair sobre uma *parte da herança*, passou a ter por objeto uma *parte do valor da herança*, pois se facultou ao testador determinar a conversão dos bens existentes em valores de outra espécie.

2.3.2. Inalienabilidade da Legítima

Ao especificar a faculdade de gravar a legítima⁴² com cláusula de inalienabilidade: *e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia*, o legislador a limita à vida do herdeiro, podendo ser menor que esta, caso temporária. Assim, “a temporalidade pode ser expressa em condição ou termo” (SANTOS: 1988, p. 89)⁴³.

⁴¹ “Na vigência do Código Civil não mais se pode por em dúvida o direito que assiste ao testador de confiar à herdeira casada a livre administração dos bens que por sua morte lhe venham a caber.” (TJ – Minas Gerais, 24-11-38 – RT 121/229).

⁴² “É válida a imposição de cláusulas restritivas, mediante ato “inter vivos”, ao podendo ser levantada quando falecido o doador, ainda que se trate de adiantamento da legítima.” (TJ-SP, 21-10-49 – RT 183/695).

⁴³ “Os bens inalienáveis, na porção além da legítima (parte disponível), respondem após a morte do herdeiro pelas dívidas por ele contraídas.” (TJ – Distrito Federal, 3-2-42 – RT 150/723).

2.3.3. Futuras Transmissões

Conforme anteriormente exposto, a inalienabilidade não pode ultrapassar a vida do beneficiado. Logo, é lícito que este disponha dos bens gravados em testamento, uma vez que a transmissão aos legatários só se dará após sua morte⁴⁴ – momento em que a cláusula já não se impõe.

Todavia, não havendo testamento, o exercício é semelhante: transmitem-se os bens aos herdeiros, livres do gravame, pois, este só subsiste durante a vida do beneficiado sucedido.

É o que se obtém do artigo: *A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos*⁴⁵.

Sendo a doutrina uníssona (HIRONAKA: 2003, p. 260):

⁴⁴ “Somente depois de liquidada a herança e partilhados os bens é que começa a valer a cláusula restritiva da propriedade imposta pelo “de cujus” em testamento.” (TJ-SP, 13-3-35 – RT 98/126).

TESTAMENTO. INALIENABILIDADE. COM A MORTE DO HERDEIRO NECESSARIO (ART. 1721 DO CC), QUE RECEBEU BENS CLAUSULADOS EM TESTAMENTO, OS BENS PASSAM AOS HERDEIROS DESTES, LIVRES E DESEMBARAÇADOS. ART. 1723 DO CODIGO CIVIL. (REsp 80480 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1995/0061791-9 - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - DJ 24.06.1996 p. 22769)

“A cláusula de inalienabilidade não obsta à livre disposição dos bens por testamento, e em falta deste, à sua transmissão, desembaraçada de ônus, aos herdeiros legítimos.” (TJ-SP, 22-10-46 – RT 165/725).

“A morte do beneficiário de bens clausulados não importa o levantamento da impenhorabilidade decorrente da inalienabilidade que restringe o domínio, pois os bens clausulados deverão passar para os herdeiros e a herança só responde pelas dívidas do “de cujus” no que tenha de livre e desembaraçada.” (STF, 15-6-48 – RT 186/915).

“Se os bens foram doados em adiantamento de legítima, com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, para valerem enquanto os doadores viverem, não podem ser cancelados os vínculos relativos à parte do que falecer.” (TJ-SP, 24-4-52 – RT 202/252).

⁴⁵ “Cláusula de inalienabilidade – Extinção pela forma prescrita em lei – Admissibilidade – Imóvel deixado por testamento com cláusula de inalienabilidade – Recurso Provido. Com a morte da esposa do testador, tanto os bens de sua meação sobre os quais não incide as restrições impostas pelo testamento (art. 145, II do código Civil), como aqueles que lhe foram legados com cláusula de inalienabilidade cuja duração não excederá a vida do favorecido. Passaram aos herdeiros livres de quaisquer ônus. Deve o juiz, quanto aos 25% restantes fazê-los recair sobre um dos imóveis, ou proceder à alienação de todos, com a reserva, em depósito judicial, dos 25%, para oportuna sub-rogação de vínculos (art. 103 e ss. Do código de Processo Civil e DLF 6777/44)” (Rel. Luiz Tâmbara – Apelação cível nº 186.304-2 – Bauru – 26-5-92).

Com a morte do herdeiro, ou legatário, que sofre a restrição, o gravame deixa de existir, perdendo a restrição sua eficácia, o que fará com que o bem ou os bens em questão sejam transmitidos aos sucessores do ora falecido, sem qualquer incidência de cláusula ou limitação. Além disso – e convém registrar -, a proibição de alienação derivada de cláusula de inalienabilidade só diz respeito às alienações *inter vivos*, restando o herdeiro, ou o legatário, que sofre a restrição em seu direito, completamente livre para efetivar a disposição deles, por ato de última vontade, como é o caso do testamento, atribuindo-se a quem desejar (guardadas as normais limitações legalmente traçadas para aquele testador que tenha herdeiros necessários).

Necessário, ainda, esclarecer, que (SANTOS: 1988, p. 98):

Transmitindo-se os bens gravados desembaraçados aos herdeiros legítimos, claro que nenhum credor do herdeiro, anterior à herança, poderá alegar qualquer prejuízo, nem tentar ação alguma para anular a inalienabilidade que foi imposta pelo testador.

E no que concerne às dívidas do sucedido? “Os bens do herdeiro, gravados de inalienabilidade vitalícia respondem, depois da sua morte, pelas dívidas contraídas por este durante o período de inalienabilidade?” (SANTOS: 1988, p. 98).

Cinge-se a doutrina. Há os que defendem que cessada a causa (inalienabilidade) cessa também seu efeito (impenhorabilidade). Contudo, crê-se não ser a melhor interpretação, vez que o Código dispõe expressamente que os herdeiros ou legatários receberão os bens desembaraçados de quaisquer ônus.

2.3.4. Cláusulas de Simples Sub-rogação e de Reemprego

Ambas as cláusulas valem como inalienabilidade imposta aos bens e embora tenham sido utilizadas no passado, perderam um pouco do sentido, visto possibilitarem a sub-rogação do ônus em outro bem – faculdade atendida pelo Judiciário ainda que não expressa pelo doador ou testador. Conforme esclarece MIRANDA (SANTOS: 1988, p. 112):

Nas disposições de última vontade, porém, são quase sempre de caráter gravatório: o bem entra na classe dos inalienáveis, apenas mais facilitada a sub-rogação, que, ainda aí, depende da autorização do juiz. A atitude deste será

apenas diferente: nos casos do art. 1.676, o juiz – a despeito da inalienabilidade – aprecia as circunstâncias para autorizar a sub-rogação, por haver estado de necessidade; nos de cláusula de reemprego, o seu papel é vigiar o ato que se pretende praticar, evitando abusos de direito e reempregos fraudulentos ou dolosos, ou objetivamente incompensatórios.

2.3.5. Cláusula de Insub-rogabilidade

Caso o testador ou doador grave o bem com cláusulas de inalienabilidade e de insub-rogabilidade – almejando não possibilitar a sub-rogação do ônus a outro bem –, a última valerá apenas para reforçar a vigilância do magistrado. Pois, como já explorado, a sub-rogação ocorre, a princípio, nos casos em que haja interesse público (desapropriação e execução tributária), não podendo a vontade particular se sobrepor a ele.

2.3.6. Inalienabilidade Perpétua

Afirma SANTOS (1988, p. 113) *não poder o testador prescrever a inalienabilidade do legado para o sucessor do legatário*. Posição aparentemente acolhida por toda a doutrina. Sendo vedada, ainda, a imposição, pelo testador ao legatário, de transmissão, após a morte deste, de legado ou usufruto em fideicomisso⁴⁶.

⁴⁶ “Ao fiduciário não é lícito renunciar ao fideicomisso, quando estipulada a cláusula de inalienabilidade, para o efeito de passarem os bens livres ao fideicomissário.” (TJ-SP, 21-11-39 – RT 125/551).

“Somente em relação ao fiduciário e não quanto ao fideicomissário é lícito ao testador impor a cláusula de inalienabilidade. A vontade do testador deve ser cumprida enquanto não contrariar a lei.” (TJ – Rio Grande do Sul, 3-9-40 – RT 133/272).

“É nula a penhora de bens doados em fideicomisso com a cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia.” (TJ-SP, 26-11-46 – RT 166/273).

“Não incide na proibição de instituir usufruto sucessivo, ou fideicomisso além do segundo grau, a doação feita com reserva de usufruto, pelo doador, com a imposição de cláusulas restritivas da propriedade e com a obrigação de transmitir os bens aos sucessores do donatário.” (TJ-SP, 25-3-47 – RT 167/704 e TJ-SP, 28-10-47 – RT 171/614).

A justificativa é simples (MIRANDA: 1968, p. 307):

Em matéria de testamento, o direito brasileiro assenta o *princípio da liberdade das cláusulas*. Todavia, *de iure condendo*, há a opinião que, a respeito da cláusula de inalienabilidade, afirma que ela turba a circulação dos bens, e a aponta como contrária a algo de essencial à vida jurídica de hoje: a livre transmissão dos direitos reais e pessoais, salvo se alguma razão especial impõe a exceção. Por isso, *de iure condito*, há de ser nulo qualquer negócio jurídico, inclusive disposição de última vontade, que acorrente a circulabilidade dos bens (cf. P. BRETONNEAU, *Étude sur des Clauses d'inalienabilité em dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, 73). O princípio é acertado, mas é preciso conciliá-lo com o da liberdade de dispor (H. MALRIC, *De la Défense d'aliéner ou Clause d'inalienabilité dans les transmissions de propriété*, 56). Tem-se de buscar solução que evite, quanto possível, o choque.

A cláusula de inalienabilidade não cria obstáculo absoluto à função circulatória da propriedade. Certamente, seria nociva a inalienabilidade em qualquer circunstância e sem limite de tempo; não, porém, a que não afasta a apreciação de necessidade acima daquela que é a *ratio legis* do princípio vedativo. Daí a regra jurídica do Código Civil, art. 1.723, concernente à inalienabilidade temporária e vitalícia (que temporária é), além das regras jurídicas de direito público ou de direito privado que prevêm a situação – através de sentença e hasta pública – de bens inalienáveis.

2.4. CONCLUSÃO

O Código Civil de 1916 procurou assegurar, ao máximo a vontade manifestada pelo *doador* ou *testador*, prevendo a imposição da cláusula de inalienabilidade em suas espécies *temporária* ou *vitalícia*, relativizadas apenas nas hipóteses de *interesse público* e *execução de dívidas tributárias* – devendo a diferença entre o valor da alienação e do tributo ou a indenização estatal ser convertida em outro bem sobre o qual se *sub-rogaria o ônus inicial*.

Hipóteses ampliadas pela jurisprudência durante todo o século passado, afastando a incidência do gravame sobre os *frutos e rendimentos*, facultando a alienação em casos de *necessidade indeclinável* e *conveniência real*, não observando *cláusulas de insub-rogabilidade*, mas mantendo a possibilidade de se

“É nula de pleno direito a venda de bens gravados de fideicomisso, aos quais se prescreveu também o testador a cláusula de inalienabilidade, nos termos dos arts. 145 e 1.676 do Código Civil. Julgada procedente a ação intentada por fideicomissário visando à declaração de nulidade de bens objeto de fideicomisso, gravados com a cláusula de inalienabilidade, voltam eles ao patrimônio do fiduciário. Não há necessidade de se empregarem fórmulas rígidas ou sacramentais para a existência do fideicomisso.” (TJ-SP, 20-8-54 – RT 231/168).

gravar a *legítima* dos herdeiros necessários. O que sofreu algumas modificações com o Código Civil de 2002.

3. A CLÁUSULA NO ORDENAMENTO ATUAL (CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Como assegura VENOSA (2003, p. 219), “com o novo Código (...) restringe-se e desencoraja-se enormemente a possibilidade de serem impostas as cláusulas restritivas”.

Não significa dizer que o Código (Lei nº 10.406/2002) promoveu uma revolução no instituto. Reconhece-se que as alterações foram tímidas, mantendo espaço para discussão sobre o destino que a doutrina e jurisprudência darão às cláusulas de inalienabilidade já impostas e as que futuramente gravarão bens doados ou testados.

3.1. ARTIGO 1.848

Dispõe o novo Código Civil brasileiro, em seu artigo nº 1.848:

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.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 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.

3.1.1. Legítima

Muita polêmica originava a faculdade que o legislador pretérito concedeu ao testador de gravar também os bens correspondentes à legítima. O que foi relativamente solucionado com a nova redação: *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* – em atendimento às reivindicações doutrinárias (LEITE: 2004, p. 272):

A proposta de Orlando Gomes, no sentido de que “necessário se torna abolir a prerrogativa de clausular os bens com a inalienabilidade, ao menos os da legítima (já que) constitui uma aberração jurídica” concretizou-se na redação

do artigo 1.848 do novo Código Civil. Com efeito, como reconhece o próprio Orlando Gomes, se a legítima pertence “de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança; da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto.

Como ensina o autor, o motivo é coerente: ou o direito é absoluto e não admite restrições, ou é relativo e aceita a incidência das cláusulas. Assim, aceitando-se a legítima como direito absoluto dos herdeiros necessários, gravá-la constituiria afronta à lógica jurídica.

Posição adotada por HIRONAKA (2003, p. 259) “parece incongruente e discrepante a conjugação da idéia de inalienabilidade da quota legalmente reservada aos herdeiros necessário, denominada *legítima*, com a idéia de imposição de restrições ao direito transferido em razão da morte”.

Sem grande novidade em relação ao Império Romano (SOUZA: 1910, p. 44):

Na época imperial, a liberdade absoluta de testar era limitada pela obrigação imposta ao testador de deixar a certas pessoas uma parte de sua herança, a quarta legítima: para poder dispor livremente de todo o seu patrimônio, o testador não deveria ter nem descendentes, nem ascendentes, nem irmãos, nem irmãs. Ora, tirando o testador o seu poder, de proibir a alienação, da liberdade de dispor de seus bens, não podia estabelecer esta proibição senão sobre a parte disponível: a quarta legítima ficava fora desta possibilidade, porque, sendo devida em plena e livre propriedade aos herdeiros legitimários, não podia ser declarada inalienável pelo testador.

3.1.2. Justa Causa

Não obstante a alteração legislativa quanto à clausulação da legítima tenha ocorrido, esta não se deu com a amplitude esperada. Almejava-se a supressão da inalienabilidade, ao menos sobre a legítima, e não apenas seu abrandamento.

Ao estabelecer a exceção: *salvo se houver justa causa, declarada no testamento* – o legislador manteve a possibilidade de se gravar os bens legados, desde que exista *justa causa*. Sem, contudo, especificar o que seria este elemento subjetivo (LEITE: 2004, p. 273):

Resumindo: a hipótese de clausulação permanece incontestada no novo Código Civil, *malgré* a torrencial e unânime crítica da doutrina nacional contra a hipótese.

Ainda a agravar a problemática socorre-se, agora, o novo dispositivo legal, de um recurso eminentemente subjetivo (o que é uma *justa causa*?) que, certamente, será definido pelo Judiciário alargando-se, novamente, mais um ponto de dissídio, embora (reconheça-se) limitando o excessivo arbítrio do testador. Antes (sob a égide do Código Civil de 1916) o poder discricionário do testador era ilimitado, agora, encontra limites na indicação, ou determinação, da *justa causa*.

Valendo ressaltar, que não se trata de “inovação” legislativa. Já nas Ordenações se previa a *justa causa* (SOUZA: 1910, p. 60):

Ainda a cit. Ord. liv. 4, tit. 11, § 1º, permitiu o estabelecimento da inalienabilidade por *disposição testamentária*, quando, deixando a herança ao herdeiro, o legado ou legatário, lhe proíbe a alienação à pessoa *diversa* da por ela determinada. E daí se colige a necessidade de ter a proibição de alienar motivo em *justa causa*, como o favor da sua família, ou de outra pessoa; do contrário, constituindo ela um simples preceito, ou *conselho* sem outra causa, é nula, e não obsta a liberdade de alienar.

Destarte, é necessário refletir sobre a quantidade de demandas judiciais e também o constrangimento que pode causar a discussão da *justa causa* (RODRIGUES: 2002, p. 127). Como informa VENOSA (2003, p. 208):

Desse modo, será ineficaz, no novo sistema, a imposição pura e simples dessas cláusulas, sem sua motivação declarada no testamento; motivação essa que poderá ser discutida posteriormente à abertura da sucessão, pelos interessados. Essa discussão certamente paralisará o inventário no tocante à porção litigiosa. Caberá à jurisprudência analisar de futuro o que se entende por *justa causa* declinada pelo testador. O testador estará livre para impor as cláusulas, sobre os bens da porção disponível.

E segue (VENOSA: 2003, p. 220):

É evidente que uma ação para declarar a ineficácia da cláusula restritiva poderá levar muito tempo, impedindo que se conclua o inventário. Esse risco foi certamente calculado pelo legislador. Questões processuais de monta podem surgir na espécie, como, por exemplo, a possibilidade de ser concedida tutela antecipada para alienação de bens quando da propositura dessa ação. Deve ser levada em conta, no caso, a possibilidade de sub-rogação do vínculo dos bens clausulados.

Quando o testador descrever a *justa causa* de que fala a lei, incumbelhe que seja suficientemente claro. Fatos genéricos ou superficiais não terão o condão de sustentar a cláusula no futuro. Assim, por exemplo, não bastará dizer que o herdeiro seja um perdulário ou estróina e poderá dissipar seus bens. Devem ser apontados fatos concretos que possam ser sustentados na futura ação. Cabe ao disponente, por exemplo, dizer que impõem a cláusula porque o herdeiro é casado com pessoa condenada por crime contra o patrimônio, e isso poderá influenciar a alienação impensada dos bens. De qualquer forma, estará aberta a porta para uma discussão extravagante nessa ação, cujo bom critério, em última análise, será do juiz, ao analisar o caso concreto. A ação deve ser movida pelo herdeiro prejudicado com a cláusula. No pólo passivo, devem ser colocados, em princípio, o espólio, e os demais herdeiros, dependendo da situação que se apresente. Nessa ação devem participar, necessariamente, o testamenteiro, a quem incumbe defender as disposições testamentárias, e o ministério Público.

Como se trata de ato a que a lei taxativamente aponta a nulidade (art. 166, VII, do Código de 2002), e como os efeitos do testamento somente se iniciam com a abertura da sucessão, somente a partir daí pode ser movida a ação para declaração da nulidade, ou mais propriamente, ineficácia da cláusula, nos termos do art. 169.

Sendo relevante a observação de HIRONAKA (2003, p. 263) para a determinação do que seja *justa causa*:

Talvez o problema de maior monta, e para o qual não há uma solução-tipo, seja, sem dúvida, aquele relativo à configuração da justa causa. Por certo tal motivação há de guardar ligação com a intenção do sistema jurídico ao prever as cláusulas que ainda sejam permitidas em caráter excepcional.

Ou seja, ao introduzir a necessidade de justificação do gravame o legislador desapontou a doutrina. A manutenção da faculdade de clausular a legítima representa retrocesso jurídico, não sendo a cláusula de inalienabilidade o instituto indicado para proteger inábeis e incapazes – como se verificará no *capítulo seguinte*.

3.1.3. Sub-rogação

Nota-se, da análise do parágrafo segundo do artigo: *mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados no ônus dos primeiros* – que alteração alguma houve em relação ao ordenamento anterior.

Como anteriormente exposto, o empirismo social levou o legislador, o doutrinador e o magistrado a admitirem a alienação de bens gravados desde que o produto da empresa fosse convertido em outro bem sobre o qual recairia o ônus.

O que autoriza LEITE (2004, p. 278) a asseverar:

A idéia não é novidade na ordem civil nacional que já previa a hipótese de sub-rogação do vínculo de inalienabilidade, no caso de expropriação ou execução de dívida tributária sobre o imóvel clausulado, determinando a lei que o produto se convertesse em outros bens com a mesma cláusula (é o que dispunha o art. 1.677), enquanto o artigo 1.676 proibia expressamente o levantamento do vínculo por qualquer ato judicial.

Contudo, a alienação depende de dois requisitos: 1) *justa causa*, ou seja, o interessado deve justificar ao Judiciário a conveniência econômica da alienação, bem como a sub-rogação do ônus em outro bem; 2) *autorização judicial*: é requisito indispensável à transação e visa, como no Código anterior, a reduzir fraudes, simulações, falsas razões e avaliações tendenciosas.

3.2. ARTIGO 1.911

Resultado da jurisprudência anterior ao Código Civil de 2002, dispõe o artigo 1.911 do *Códex*:

A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

O artigo em comento não representa grande novidade ao ordenamento pátrio. Afirmção embasada na reconhecida obrigação de sub-rogar o ônus a outros bens se os originários forem alienados (*matéria amplamente explorada neste trabalho*).

Também no que concerne ao *caput*, já havia sedimentado a jurisprudência nacional, sendo inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal

(Súmula nº 49) que a impenhorabilidade e a incomunicabilidade são englobadas pela inalienabilidade.

3.3. ARTIGO 2.042

Nas disposições finais e transitórias, determinou o legislador:

Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.

Logo, o Código concedeu prazo de um ano de sua entrada em vigorar, para que as pessoas que testaram, na vigência do ordenamento antigo, com a imposição de cláusulas restritivas de propriedade sobre a legítima, justificassem sua incidência, caso não o tenham feito, sob pena, não o fazendo, de não subsistirem as restrições no momento da abertura da sucessão.

O que não consiste em si grande novidade jurídica, mas trouxe desconforto formal (LEITE: 2004, p. 279):

Questão derradeira que, certamente, vai gerar dúvidas e perplexidades entre os tabeliães e demais profissionais do Direito, é como ficará a situação das pessoas que já testaram com a inserção de cláusulas restritivas sobre bens da legítima.

(...)

A regra geral que sempre dominou o direito sucessório brasileiro é no sentido de que qualquer modificação em testamento só pode ocorrer através de outro. Ora, a tudo indica que o aditamento da justa causa não foge à regra, já que, para a preservação da forma do ato é fundamental a realização de outro testamento para alterar o anterior.

Frisando-se (RODRIGUES: 2002, p. 127) que tal dispositivo aplica-se somente aos bens da legítima gravados, e admite discussão (VENOSA: 2003, p. 221):

A idéia é que o *caput* do art. 1.848, que exige a justa causa na imposição das cláusulas, se aplicará na vigência do novo Código, ainda que o testamento tenha sido elaborado sob o pálio do Código de 1916. É discutível a validade dessa disposição, pois, em síntese, aponta um efeito retroativo à norma. O legislador não foi suficientemente claro. Do artigo deflui que o testador deverá aditar o testamento elaborado sob o Código antigo, declinando a justa causa, *até um ano após a vigência do novo Código*. Se não o fizer, e a partir de um ano de vigência do novo Código, não subsistirá a cláusula restritiva se não for descrita a justa causa. Assim, cria-se mais uma restrição para a inalienabilidade e as outras cláusulas, em dispositivo que parece foi redigido de forma voluntariamente confusa. Aguardar-se-á o posicionamento da jurisprudência.

O que é refutado por DINIZ (2003, p. 494):

Possível será o alcance retroativo do art. 1.848 do novo Código, porque, enquanto não ocorrer a morte do testador, o testamento por ele feito anteriormente à vigência da novel lei não pode ser considerado perfeito, por isso a lei nova poderá alterar a cláusula restritiva da legítima, dando, porém, o prazo de um ano para que o testador faça o devido aditamento, declarando a causa que a justifica. Aberta a sucessão há direito adquirido; antes de sua abertura os herdeiros testamentários apenas têm expectativa de direito (RSTF, 39:47). Se não há direito adquirido, nem ato jurídico perfeito, a lei nova poderá alcançar aquela cláusula, dentro de certas condições nela mesma previstas.

3.4. CONCLUSÃO

Verifica-se que o Código Civil de 2002, oportunidade ímpar de que o legislador dispunha para inovar o ordenamento jurídico e suprimir a imposição da retrógrada cláusula de inalienabilidade, foi desperdiçada.

Limitou-se o legislador a introduzir no texto do Código anterior as práticas já sedimentadas pela jurisprudência e requerer uma justificação para a clausulação da legítima.

Transportou, desta sorte, instituto romano à realidade contemporânea, sem, contudo, trocar-lhe a roupagem. Resultado: a cláusula não se adequa à concepção constitucional do Direito Civil hodierno.

4. CRÍTICAS AO GRAVAME

Inúmeras são as críticas voltadas ao gravame, não havendo um único doutrinador contemporâneo, dentre os pesquisados, que o defenda. Analisam seus efeitos, natureza, exceções, trazem seu escopo, mas todos o criticam – seja especificamente quanto à sua imposição sobre a legítima, seja de forma geral. Assim, passa-se à exposição das principais objeções.

4.1. CIRCULAÇÃO DA RIQUEZA

Também classificado como argumentos econômicos, o princípio da circulação da riqueza configura forte contradição com a inalienabilidade. Principalmente ao se considerar que certos imóveis podem ficar fora do comércio por várias gerações (SOUZA: 1910, p. 118).

Relativamente à renovação das próprias inalienabilidades vitalícias, no direito pátrio, é um fato possível, porque o herdeiro, que tem já os seus bens inalienáveis pelo testamento do seu ascendente, pode fazer o seu testamento e por sua vez determinar que aqueles bens inalienáveis, assim herdados do seu ascendente, serão também inalienáveis nas mãos dos seus descendentes; estes ainda podem fazer o mesmo em seu testamento, e assim por diante. De modo que, no direito pátrio, é possível que um imóvel, por exemplo, atravesse 4, 5, 6, 8, 10 gerações com o ônus de inalienabilidade, desde que testamentos sucessivos dos respectivos proprietários assim o determinem.

Seus defensores afirmam que a cláusula atribui superioridade do interesse particular sobre o público, uma vez que se protege a família, ou o indivíduo, em desfavor da nação.

Fundamentam suas objeções sob dois aspectos principais:

4.1.1. Diminuição de Arrecadação Tributária

Inicialmente, cogitou-se a privação de recolhimento de impostos aos cofres públicos em razão da cláusula de inalienabilidade. Pois, a circulação de bens

implica transmissão de direitos e conseqüentemente pagamento de tributos ao Estado. Assim, não sendo possível alienar o bem, este apenas seria transmitido *mortis causa*, implicando uma única tributação em vários anos.

Sem grande dificuldade se enfrenta tal teoria: “facílimo é a constituição dum imposto especial sobre as cláusulas de inalienabilidade, calculada a respectiva taxa conforme o desfalque da renda, nas transmissões *inter vivos*, provenientes delas” (SOUZA: 1910, p. 139).

4.1.2. Propriedade como Instrumento de Produção e Desenvolvimento da Riqueza

Considerando-se a propriedade como instrumento de produção e desenvolvimento da riqueza, a cláusula representa entrave ao crescimento da fortuna nacional – uma vez que pode o patrimônio passar décadas em mãos de pessoas inaptas a tirar-lhe o devido proveito.

Não bastasse a situação acima, a restrição é um embaraço também àquele proprietário capaz de administrar adequadamente seu patrimônio. Pois, para o desenvolvimento da atividade a que se destina o bem, seja ela qual for, certamente necessitará de capitais e não logrará recebê-los, visto o bem, que poderia garanti-lo, ser inalienável e, conseqüentemente, impenhorável.

Em resposta a estes apontamentos, a doutrina do início do século passado costumava afirmar que a propriedade não tinha por única função ser instrumento de produção e desenvolvimento de riqueza, mas também era instrumento de conservação e economia (SOUZA: 1910, p. 140).

Argumento que, se coerente no passado, totalmente infundado sob o prisma do Direito Civil contemporâneo, que exige do proprietário a observância da função social da propriedade – aproximando-se dos críticos da cláusula. Neste sentido, CORTIANO JUNIOR (2001, p. 169): “a função social da propriedade e a repersonalização do direito dão-lhe agora novo molde: em lugar da abstração, preocupação com o concreto; em lugar do único, o plural; em lugar da certeza, a incerteza; em lugar do egoísmo, o solidarismo”.

Fundamento oriundo da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social

4.2. DIREITO DE DISPOSIÇÃO

Condena-se a inalienabilidade por ser contrária aos princípios que dominam a propriedade. Pois, sendo a faculdade de dispor um dos atributos essenciais e inerentes do domínio, a vontade particular de suprimi-la desnatura a propriedade (SOUZA: 1910, p. 131):

A livre disposição dos bens à vontade de seu proprietário é uma das principais bases do direito de propriedade, porque o direito de alienar é para a propriedade *l'un de ses attributs les plus essentiels*, palavras de dois arestos insertos em DALLOZ (...). A sua supressão desnatura a propriedade. É por isso que o direito civil moderno, de acordo com o direito romano, liga máxima importância ao *jus abutendi*.

A inalienabilidade é juridicamente impossível: uma vez que “o poder de disposição, inerente à propriedade é ineliminável por verba testamentária, pois, não sendo autolimitável, também não pode ser importante a outrem, dado que os direitos do herdeiro medem-se pelos do autor de herança” (GOMES: 1999, p. 158).

Contudo, admite-se hodiernamente que a faculdade de alienar não é da essência da propriedade. Logo, a inalienabilidade não viola o domínio no poder de disposição material do bem, pois se dá apenas na disposição jurídica.

4.3. SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A cláusula de inalienabilidade é usualmente, apesar de não ser este o seu fim, utilizada em fraudes contra credores. Eliminando a segurança das relações jurídicas.

O que se observa desde o princípio do século passado, ao menos (SOUZA: 1910, p. 141):

A cláusula de inalienabilidade é uma fonte de fraudes da parte do devedor, desejoso de dissimular aos olhos de seus credores, a verdadeira condição de seus bens, de modo que ao procederem estes à execução esbarram na impenhorabilidade, sua consequência inevitável: sob pretexto de garantir o devedor, sacrifica-se o credor.

Alegam os defensores da cláusula que havendo registro desta nos cartórios apropriados, haveria publicidade a terceiros, afastando a insegurança das relações jurídicas. Contudo, a criatividade humana supera a atividade registral: primeiro torna-se devedor e depois grava o bem, frustrando o credor, que perde sua garantia.

4.4. MÁS INTENÇÕES

Com a instituição da legítima, já no Direito Romano, a liberdade do testador limitou-se aos bens que lhe eram disponíveis (fração que deriva de acordo com a legislação vigente e que hoje corresponde a 50% do patrimônio).

Assim, ainda que o proprietário tivesse desavenças com algum ou alguns de seus herdeiros necessários, fatalmente parte de seu patrimônio passaria a ele(s) com sua morte.

Desta sorte, a cláusula de inalienabilidade imotivada poderia servir como um obstáculo ao direito sucessório do herdeiro necessário, ainda que o gravame tenha sido idealizado para protegê-lo. É o que adverte VENOSA (2003, p. 207):

Contudo, não bastassem os entraves que o titular de um bem com essa cláusula tem que enfrentar, como sua aposição podia ser imotivada pelo sistema de 1916, poderia o testador valer-se dela como forma de dificultar a utilização da herança, quiçá como meio de vingança ou retaliação, uma vez que não podia privar os herdeiros necessários da legítima.

4.5. INCONVENIÊNCIA NO CASO CONCRETO

Outra objeção à cláusula de inalienabilidade diz quanto à provável inaptidão do herdeiro para administrar o bem herdado. Diz-se inaptidão não como incapacidade, mas como não ligação com a atividade a que o bem se destina.

Do exame sociológico do país, apreende-se que nas últimas décadas a migração populacional tem sido no sentido do êxodo rural. Não só dos trabalhadores - não proprietários.

Vários são os exemplos do cotidiano de famílias que na geração passada viveram exclusivamente no meio rural e que enviaram seus filhos às cidades para que estudassem, tendo os mesmos atividades urbanas, e nenhum vínculo com o ambiente rural.

Ora, recebendo um bem rural clausulado, qual será o aproveitamento do mesmo e qual sua utilidade aos herdeiros? Geralmente, presencia-se o despreparo da “geração urbana” em manter e desenvolver a atividade a que o bem se destina, esbarrando, muitas vezes, na função social da propriedade.

4.6. LIBERDADE DE TRABALHO

Parte da doutrina creu que a faculdade de alienar era um dos atributos do princípio da liberdade de trabalho, desta sorte, o gravame representava agressão constitucional.

Contudo, esta corrente sucumbiu já no século passado, uma vez que só se visualiza vínculo entre a liberdade de trabalho e a faculdade de alienar nos casos em que acompanha a cláusula uma “injunção ao proprietário de explorar ou não

explorar, por si mesmo, ou duma determinada maneira, o bem inalienável” (SOUZA: 1910, p. 122).

4.7. LEGÍTIMA

Com relação à clausulação da legítima, ampla foi a abordagem dada em capítulos anteriores, dispensando, portanto, grandes retomadas. Todavia, necessário demonstrar o motivo que levou o legislador brasileiro a gravar o instituto, herdado de forma totalmente livre no Direito Romano.

A possibilidade de gravar a reservatória decorre da opção que as Ordenações fizeram de adotar a disciplina germânica - e não a romana – no que concerne ao instituto (SOUZA: 1910, p. 126).

A legítima ou reserva, no direito pátrio, sempre foi considerada uma *pars hereditatis* e não uma *pars bonorum*, como era pelo direito romano, isto é, sempre foi considerada como uma quota do inteiro patrimônio, ao passo que a legítima do direito romano é *portio portionis intestati*.

A legítima ou reserva, no direito pátrio sempre foi considerada o patrimônio por sua natureza não disponível em virtude do direito de expectativa da família, ao passo que a legítima do direito romano é uma exceção à *libertas testandi*, uma limitação feita a esta por causa duma prerrogativa concedida a algumas pessoas. No direito pátrio, o reservatório, bem que instituído no testamento, sucede todavia *ex lege*, ao passo que o legitimário romano pode ser satisfeito pelo testador com a simples designação da legítima em uma quota de valor inferior a taxa da reserva.

Portanto, o conceito que a reserva é o direito de sucessão dos herdeiros reduzido a uma *quota do patrimônio* é o fundamento da inteira teoria da legítima ou reserva, no direito pátrio. Ela não equivale a uma parte do que o herdeiro reservatório teria conseguido *ab intestato*, porque não se mede simplesmente pela soma do patrimônio hereditário qual é deixado, mas é preciso para ser calculada computar no patrimônio, conforme regras estabelecidas, mesmo os bens doados pelo ascendente *inter vivos*. Em suma, ela em vida do *de cuius*, garante ao herdeiro uma certa quota do patrimônio impedindo alienações de determinada natureza, ou melhor – restringe o direito natural do proprietário de dispor do próprio patrimônio, por ser ela um direito de expectativa de caráter real. É uma limitação imposta ao *de cuius* relativamente à sua propriedade.

4.8. INCAPACIDADE *AD HOC*

Um dos fundamentos da imposição da cláusula de inalienabilidade, ao menos sua razão jurídica, é a inabilidade do herdeiro, legatário ou donatário em manter-se economicamente.

Inicialmente, como já explanado, buscou-se com a cláusula proteger estas pessoas delas mesmas (casos de prodigalidade) ou de outros (principalmente seus consortes).

Tendo o testador, sem qualquer necessidade de justificativa, salvo no caso da legítima pós Código Civil de 2002, o poder de ditar incapacidades. O que foi e vem sendo aceito, apesar de criticado, pela legislação, doutrina e jurisprudência por séculos.

O que, sem dúvida alguma, fere o ordenamento jurídico (GOMES: 1988, p. 177):

A incapacidade para o exercício dos direitos consta de preceitos legais de ordem pública, que abrem exceções à regra geral da capacidade.

A lei priva da capacidade as pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos.

As incapacidades derivam de lei e são por ela tuteladas. A regra geral é que todos sejam capazes, respeitados os requisitos legais, sendo a lei a única fonte de determinação de incapacidades, logo, vedado está ao particular criá-las.

Desta sorte, poderia o testador ou doador, ao realizar o negócio jurídico informar a incapacidade legal do futuro proprietário do bem, para que o Judiciário tomasse as medidas necessárias à proteção dos interesses deste. Pois, conforme DANTAS (2001, p. 136):

A incapacidade se supre sempre do seguinte modo: colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, decida em colaboração com ele. Aí está a técnica do suprimento da incapacidade de exercício do negócio (...).

De maneira que, ao lado do incapaz, existe sempre alguém que supre a sua incapacidade e esse alguém, das duas, uma: ou é representante ou é

assistente. É representante quando decide no lugar do incapaz e é assistente quando decide em colaboração com o outro.

São as incapacidades previstas por lei (Código Civil de 2002):

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Logo, havendo disciplina específica quanto às incapacidades e quanto ao seu suprimento (Tutela e Curatela), sendo a incapacidade matéria de ordem pública e a capacidade a regra geral, cabe ao testador ou doador apenas informar a incapacidade do herdeiro, legatário ou donatário e não criar incapacidades, não raramente, infundadas.

4.9. DISPARIDADE COM O ATUAL DIREITO PRIVADO

Com a introdução na Constituição Federal de 1988 do princípio da *dignidade da pessoa humana* e a conseqüente leitura do Direito Civil sob o prisma da nova Carta Magna (constitucionalização do Direito Civil), deu-se o que a doutrina denominou *Repersonalização do Direito Civil* – passando a pessoa humana a ser o centro de todo o ordenamento. Levando à cláusula de inalienabilidade, já questionada, inúmeras outras objeções e críticas.

4.9.1. Coordenação

Liga-se o gravame ao caráter patriarcal reinante no Direito Civil até 2002, no qual as relações familiares eram marcadas pela *subordinação* e *hierarquia*. Assim, os filhos se submetiam ao casal e a esposa ao marido.

Realidade diversa da contemporânea, que levou o legislador a adaptar o Código e definir *relações de coordenação* entre os membros do núcleo familiar. É o que suscita LEITE (2004, 273), citando PONTES DE MIRANDA:

A idéia da admissão da cláusula proibitiva pelo testador parece encontrar justificativa na excessiva “preponderância do círculo de família, ainda patriarcal”, de um pai e marido que tudo quer e tudo pode, de um sentimentalismo e “rotina sensível ao romanismo dos direitos do pai e a mentalidade reacionária que vê nos parentes os únicos revolvedores das promoções de interdições e aberturas de inventários. Mas os tempos mudaram e as mentalidades evoluíram não sendo mais possível a manutenção de esquemas ancorados em passado carente de legitimidade e autoridade.

Destarte, está totalmente descontextualizado o gravame do Direito Civil em vigor, sendo impossível e até mesmo ilícita a tentativa de uma geração sobrepor-se à outra.

4.9.2. Eqüidade

Além da incapacidade do herdeiro de se auto-gerir, temia-se também os resultados de seu vínculo matrimonial – justificando a imposição da cláusula de inalienabilidade. O que deixa de ter sentido. Ao passo que a Constituição Federal de 1988 reconhece a igualdade de sexos, não sendo mais os bens da mulher submetidos à gestão do marido.

Problema facilmente solucionável com a eleição do regime de bens mais apropriados aos desejos e temores do casal, ou ainda, pela aposição de cláusula de incomunicabilidade – lembrando, entretanto, que no atual ordenamento jurídico o

cônjuge supérstite é herdeiro necessário do *de cuius*, recebendo tanto bens inicialmente incomunicáveis como inalienáveis.

CONCLUSÃO

Em sua evolução histórica, desde a República Romana até a contemporaneidade, a cláusula de inalienabilidade passou por alterações de acordo com o pensamento vigente à época em que se encontrava, segundo a conformação familiar e o direito de propriedade.

Num primeiro momento é inutilizado por ser vexatório dispor dos bens dos antepassados (República Romana). Com a queda da elite então governante e a passagem ao Império, descobre-se o luxo, o egoísmo e a insegurança patrimonial, pouco importando o destino dos bens às futuras gerações.

No segundo século do Império, porém retomam-se as tradições antigas e a cláusula volta a ser empregada, sem grandes alterações até Justiniano, quem confere poder de lei à vontade do testador.

Disciplina recepcionada pelas Ordenações, juntamente com contribuições do direito germânico, sem nunca se ausentar do Direito Civil pátrio.

Sendo a cláusula de inalienabilidade um gravame imposto pelo autor de uma liberalidade (testamento ou doação), determinando que o beneficiário não poderá dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio recebido é um domínio limitado, pois, embora possua as prerrogativas de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor, tem *caráter assistencial*.

Assim, almeja a proteção do beneficiário, impedindo que por sua imprevidência ou inexperiência venha a ser despojado de seus bens e, conseqüentemente, conduzido à miséria. Pois, ao proibir-se a alienação, por mais adversa que lhe seja a sorte, ao beneficiário sobrarão sempre os bens clausulados.

Admite-se, quanto à duração, suas formas *vitalícia* (durante toda a vida do beneficiário) ou *temporária* (até o advento de determinado termo ou condição), sendo a *perpétua* defesa. E, quanto aos bens ou pessoas às quais está vedada a alienação, a *absoluta* (que grava todo o patrimônio em relação a todos) e a *relativa* (diz respeito a determinados bens ou pessoas).

Tem *natureza jurídica* de *ônus real*: grava a coisa, impossibilitando sua alienação. É ônus real no sentido de limitação, aniquilamento do direito de dispor.

Seus principais *efeitos* são: a proibição de alienar (englobando a alienação eventual: hipoteca e penhor), a não possibilidade de usucapião, a incomunicabilidade, a imprescritibilidade, a indivisibilidade (ao menos nos cinco primeiros anos) e a vedação de renúncia de herança em favor de terceiro.

Todavia, admite *exceções* taxativamente previstas: pode-se instituir habitação, uso e usufruto sobre os bens, é imune aos credores do espólio e se aceita a alienação de seus frutos e rendimentos.

Devendo haver *sub-rogação* do ônus sobre outros bens nos casos de: desapropriação por utilidade pública, alienação para adimplemento de dívidas tributárias do próprio imóvel e nas alienações judicialmente autorizadas por necessidade indeclinável e conveniência real.

Sofrendo *sanções* se não observada. Na ausência de cláusula penal previamente estipulada, o negócio é resolvido, por ser nulo de pleno direito. Cabendo ao terceiro de boa-fé prejudicado, ingressar em juízo com pedido de indenização por perdas e danos.

Para tanto, a cláusula de inalienabilidade deve ter sentido, ser inteligível, lógica, não contraditória, não perplexa, moral, física e jurídica.

Durante toda a sua vigência, a cláusula de inalienabilidade sofreu e vem sofrendo críticas, sendo uma grande lástima sua manutenção no Código Civil de 2002 – oportunidade ímpar de expurgar este instituto tão desatualizado.

As principais objeções ao gravame cingem-se em fundamentos econômicos (circulação da riqueza), práticos (más intenções e inconveniência no caso concreto) e jurídicos (direito de disposição, segurança das relações jurídicas, liberdade de trabalho, legítima, incapacidade e inadequação com o direito vigente):

Circulação da riqueza: baseia-se na possibilidade de determinado bem ficar fora do mercado por várias gerações (na hipótese de testamentos sucessivos) e aponta como principal perdedora a Nação. Pois, sendo o bem inalienável, não há transferências e, logo, inexistente *arrecadação tributária por transmissão*; e, estando a

propriedade em mãos inábeis para sua exploração, a *produção e o desenvolvimento da riqueza* restam prejudicados. A cláusula possibilita, portanto, a superioridade do interesse individual sobre o público, sem respeitar a função social da propriedade.

Más intenções: o gravame, não justificado, pode servir ao testador ou doador como instrumento de vingança ou castigo contra os herdeiros necessários, o que foi timidamente relativizado pelo novo Código Civil, ao menos no que concerne à legítima.

Inconveniência no caso concreto: o bem deixado não raramente não condiz com as habilidades do beneficiário, representando antes um encargo que um benefício.

Direito de disposição: a cláusula tolhe a propriedade em um dos seus atributos mais essenciais, o *jus abutendi*, desnaturalizando-a.

Segurança das relações jurídicas: viola também a segurança das relações jurídicas nos negócios realizados com contratante incauto, possibilitando o primado da má-fé.

Liberdade de trabalho: parte da doutrina julgou que a impossibilidade de alienação confrontava-se com o princípio de liberdade de trabalho – crítica há muito afastada.

Legítima: grande discussão se trava no que concerne à faculdade que o legislador concedeu ao testador de gravar os bens da legítima. Muito embora, tente-se justificar tal medida com base na origem desta possibilidade, é certo que a legítima visa garantir os herdeiros necessários, sendo, portanto, direito absoluto. Assim, deve o herdeiro receber o bem da forma que estava no patrimônio do testador, ou seja, livre. Logo, a inovação do Código de exigir *justa causa* para a clausulação é despropositada, representando um retrocesso jurídico. A cláusula deveria ser suprimida do ordenamento jurídico, ao menos no que tange à legítima, aliás, como era no Direito Romano.

Incapacidade ad hoc: a cláusula, de certa forma, implica considerar o titular do bem incapaz para a administração do mesmo. Ou seja, confere ao testador

ou doador o poder de criar incapacidades. Contudo, a incapacidade deve derivar de lei e ser reconhecida pelo Judiciário e não figurar entre os direitos desses.

Inadequação com o direito vigente: o gravame contraria a tendência de constitucionalização e personificação do Direito Privado. Seu escopo vislumbra “proteger” – o que é questionável – os beneficiários (ou os próprios bens?) de atos de má administração seus ou de seus cônjuges.

Ora, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, não é possível uma geração sobrepor-se a outra para além de sua existência. A presunção dos genitores de inabilidade de administração dos filhos é característica típica do patriarcalismo de 1916, contrário à *coordenação* reinante no Direito de Família hodierno.

Sem contar que, adquirida, com a Constituição Federal de 1988, a noção de *equidade entre os sexos*, não há que se cogitar proteção contra atos do marido, pois a mulher é capaz, inclusive juridicamente, de administrar seus bens. Bastando, aos pais zelosos e tementes, a imposição de cláusula de incomunicabilidade e a orientação (conselho) do regime de bens a ser adotado. Medida pouco eficaz, assim como a inalienabilidade, por ser o cônjuge supérstite herdeiro necessário do *de cuius*.

De todo o exposto é inquestionável a impropriedade de se manter a cláusula de inalienabilidade no sistema jurídico brasileiro. Devendo a legítima ser entregue aos herdeiros de forma totalmente desembaraçada, sob pena de ferir o escopo do instituto.

E, quanto às demais situações, caso tema o devedor ou doador o futuro dos beneficiários, deve, no instrumento de doação ou testamento, apontar eventuais incapacidades destes.

Incapacidades a serem avaliadas pelo Poder Judiciário e devidamente tuteladas pelos institutos jurídicos que o Código Civil disponibiliza à proteção dos interesses dos incapazes.

Não, contudo, gravando bens por toda a vida do beneficiário, causando-lhe muitas vezes provações. O Direito contemporâneo deve voltar suas atenção não

somente à disciplina patrimonial, mas fundamentalmente à tutela da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CORTIANO JUNIOR, E. **O Discurso Proprietário e suas Rupturas: perspectivas e perspectivas do ensino do direito de propriedade.** Curitiba, 2001. 172 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

DANTAS, S. T. **Programa de Direito Civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.

GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Sucessões.** 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

LEITE, E. O. **A Monografia Jurídica.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 2.027).** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21.

MAGALHÃES, L. E. R; ORQUIZA, L. M. **Metodologia do Trabalho Científico: Elaboração de Trabalhos.** Curitiba: FESP, 2002.

MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Direito das Sucessões: Sucessão testamentária em geral. Herança e legados. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. t. LVI.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 4.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 6.

RODRIGUES, D. A. V. **O Código Civil Perante os Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. v. 2.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**, direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

RODRIGUES FILHO, E. **Código Civil Anotado**. 3 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

SANTOS, J. M. C. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 23.

_____. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 24.

SOUZA, J. U. P. **Das Clausulas Restrictivas da Propriedade**. São Paulo: Escolas Prof Salesianas, 1910.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.