ATUALIDADES JURÍDICAS

Coordenação: Maria Helena Diniz

5

Editora Saraiva

Digitalizado com CamScanner

CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS LIMITATIVAS DA LEGÍTIMA E SEUS PROBLEMAS JURÍDICOS*

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
Bacharel em Direito pela PUCSP. Mestrando em Direito Civil Comparado pela mesma instituição. Diretor Editorial da Fiuza Editores. Pesquisador do Conselho Diretor da Academia Paulista dos Magistrados (APM). Advogado e Professor em São Paulo.

Sumário: I — Introdução. II — Direito das Sucessões — uma breve análise. III — Cláusulas testamentárias. III — 1. Cláusulas testamentárias limitativas. IV — Da legítima. IV — 1. Cláusulas testamentárias limitativas da legítima. IV — 1.1. Cláusula de inalienabilidade. IV — 1.2. Cláusula de impenhorabilidade. IV — 1.3. Cláusula de incomunicabilidade. IV — 1.4. Cláusula de conversão em outros bens. IV — 1.5. Cláusula de administração. IV — 1.6. Sub-rogação pelo consentimento do juiz. IV — 1.7. Cancelamento das cláusulas. V — Problemas jurídicos das cláusulas testamentárias. VI — Jurisprudências relacionadas com a matéria. VII — Conclusão. Bibliografia.

I — INTRODUÇÃO

As cláusulas limitativas da legítima revelam-se como uma das questões mais intrincadas do direito das sucessões, pois envolve a possibilidade do testador transmitir os bens para seus herdeiros necessários gravando-os, premeditadamente, com severas limitações no direito de propriedade.

O tema gera bastante polêmica entre os doutrinadores, pois não obstante as justificativas variadas apresentadas pelos defensores deste tipo de cláusulas restritivas, muitas dotadas de evidente conotação moral louváveis, o contraponto centra-se no questionamento da validade de um gravame imposto sobre um bem no qual o herdeiro detém o pleno direito de receber nas condições em que se encontrava quando no domínio do testador.

Desta forma, os diferentes posicionamentos encontram-se estabelecidos, exigindo, para melhor elucidação, que se anteponha ao tema alguns conceitos fundamentais e, após a análise das cláusulas restritivas, que se debruce sobre os mais graves problemas envolvendo a questão.

---

* Artigo dedicado à Professora *Maria Helena Diniz*, pela sincera e cara amizade.

Digitalizado com CamScanner

II — DIREITO DAS SUCESSÕES — UMA BREVE ANÁLISE

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento[1] (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus*[2] ao herdeiro.

Este direito encontra, conforme filiação doutrinária, diversos fundamentos, podendo-se destacar alguns autores, dentre eles:

D'Aguano[3], com a "continuação biológica — hereditária — e psicológica dos progenitores";

Lacerda de Almeida, citado no livro *Direito das Sucessões* da ilustre Professora Maria Helena Diniz, com a "sucessão *causa mortis* sendo característica da propriedade — que é perpétua —, sem o que se caracterizaria usufruto vitalício"; e

Gustav Radbruch[4], com a conjugação dos interesses individual e social, conservando patrimônios a serviço da sociedade. O direito das sucessões dotado de uma função social.

A divisão do direito das sucessões envolve a *sucessão em geral* (normas de transmissão, aceitação, renúncia e indignidade); a *sucessão legítima* (por força de lei, segundo a vocação hereditária); a *sucessão testamentária* (*causa mortis* por ato de última vontade) e o *inventário e partilha* (concernente a normas sobre o processo judicial não-contencioso)[5].

Juridicamente, o termo *sucessão* indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa[6].

Subjetivamente, é o direito pelo qual a herança é *devolvida* a alguém; objetivamente, é a universalidade dos bens do *de cujus*, com encargos e direitos.

A sucessão pode ser:

a) *testamentária*, derivando de testamento válido ou disposição de última vontade;

---

1. Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, 4ª ed., p. 44, assim conceitua: "Direito das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir", *apud* Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º vol., *Direito das Sucessões*, p. 3.

2. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1967, p. 11-2, *apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 3.

3. D'Aguano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, ns. 177 a 183, *apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 5.

4. Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1961, v. 2, p. 74, *apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 6.

5. Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 7.

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 6, p. 7, *apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 15.

Digitalizado com CamScanner

b) *legítima* ou *ab intestato*, derivando da lei quando da ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento. Admite-se a simultaneidade das formas, quando o testamento é parcial, não abrangendo todos os bens, deferindo-se o restante aos herdeiros legítimos.

A origem da sucessão é legal ou testamentária e, excepcionalmente, contratual[7].

Quanto aos efeitos, será a título universal, quando envolver a transferência do total ou parte indeterminada da herança, ou a título singular, com a transferência de objeto certo e determinado[8].

A sucessão legítima é sempre a título universal, já a testamentária pode ser singular ou universal.

Abre-se a sucessão *ipso iure* com a morte do autor da herança, transmitindo-se para os herdeiros vivos automaticamente, sem solução de continuidade, pela aplicação do princípio de *saisine*[9], em propriedade e posse. A transmissão envolve direitos, pretensões, ações e exceções de titularidade do *de cujus*.

A sucessão, na essência, tem por objeto a herança, que é o patrimônio do *de cujus* transmitido para os herdeiros, estes que se sub-rogam nas relações jurídicas do falecido, mas não em sua totalidade, pois são excluídos os direitos personalíssimos — pátrio poder, direitos políticos, tutela, curatela — excluindo-se, também, os direitos e deveres patrimoniais pessoais: uso, usufruto, alimentos.

O herdeiro sucede nos bens, mas não na pessoa do falecido.

A nomeação do herdeiro ou legatário pode ser: a) *pura e simples* (sem imposição de cláusulas, operando desde a abertura da sucessão e admitindo-se aos beneficiados a pronta investidura nos direitos); b) *condicional* (eficácia da nomeação condicionada à ocorrência de evento futuro e incerto, para início da vigência — condição suspensiva, ou para final da vigência — condição resolutiva); e c) *em razão de certa causa* (decorrente de agradecimento por gesto realizado pelo beneficiado, no passado, em favor do testador).

---

7. 1ª doação em que se estipule o aproveitamento pelos filhos do donatário, ainda que este faleça antes do doador;

2ª contrato antenupcial, em que os nubentes dispõem da recíproca e futura sucessão;

3ª partilha *inter vivos*, pelo pai aos descendentes. É a exceção, embora abranja só os bens presentes.

8. Trata-se do legatário, sucessor em bens ou direitos determinados. Não representa o *de cujus*, isentando-se da responsabilidade pelas dívidas da sucessão.

9. Evita-se que o acervo torne-se *res derelicta* ou *res nullius*, sujeita-se ao domínio do primeiro ocupante. O princípio da *saisine*, introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16-2-1786, assim estatui: "Eu El Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que querendo evitar os inconvenientes, que resultam de se tomarem posses dos bens das pessoas que falecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade deles: sou servido ordenar, que a posse civil, que os defuntos em sua vida houverem tido passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos ou legítimos; nos vinculados ao filho mais velho, ou neto, filho do primogênito, e na falta deste, ao irmão ou sobrinho; e sendo morgado, ou prazo de nomeação, à pessoa que for nomeada pelo defunto, ou pela lei", donde passou para o direito das sucessões brasileiro, determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do *de cujus* independentemente de quaisquer formalidades. Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 23.

Digitalizado com CamScanner

III — CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

Como ato revogável, pelo qual alguém dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, assim como expressa manifestação de última vontade para ter eficácia após a sua morte, o testamento compõe-se de disposições do testador[10] que atendem formal e materialmente à lei sob pena de não ter validade.

As disposições testamentárias envolvem o teor da vontade do testador, podendo ser de natureza patrimonial ou de natureza pessoal[11], referindo-se, portanto: a) a *pessoas* (herdeiros, legatários e testamenteiros); b) *fatos* (partilha, instituição ou exclusão de herdeiros, instituição de legatários, instituição de encargos, modos, ônus, instituição de fundação etc.); c) *bens* (herança, parte da herança e bens singulares).

Ademais, inclui questões de natureza pessoal, tais como nomeação de tutor, reconhecimento de filho, educação ou profissionalização de filho ou legatário, recomendações sobre os funerais e destino do corpo etc.; sendo que estas disposições devem integrar o testamento, sob pena de serem tidas por não escritas, ainda que expressas em documento autêntico e mencionadas no testamento.

As disposições testamentárias podem ser: a) *puras e simples*, ou seja, quando possuem eficácia a partir da morte do testador, não se cogitando de condição, ônus, obrigação, termo ou qualquer causa; b) *condicionais*, que possuem disposição sob condição suspensiva ou resolutiva, sendo que, se tratando do segundo caso, o sucessor terá apenas a propriedade resolúvel; o sucessor sob condição suspensiva depende desta; c) *modais*, que impõem encargos que visem ao interesse do próprio testador, do herdeiro ou legatário e de terceiro; d) *conjuntas*, chamando diversos herdeiros à herança em quinhões não determinados; há também a conjunção dos legatários[12].

Não produzem efeitos as cláusulas testamentárias de caráter ilícito ou de teor contrário à moral, bem como as chamadas "cláusulas derrogativas ou derrogatórias", como ensina Caio Mário da Silva Pereira, "pelas quais o declarante por qualquer forma, direta ou indiretamente, contraria o princípio da revogabilidade do testamento ou dispensa as suas solenidades"[13], são nulas de pleno direito, posto que o caráter absolutamente revogável do testamento e a atenção obrigatória de suas formas solenes derivam de preceito de ordem pública[14].

As disposições testamentárias de caráter patrimonial têm por função, principalmente, instituir o herdeiro, afastando a solução legal de distribuição de bens hereditários, neutralizando ou minimizando a sucessão legítima após obedecidos os limites legais.

---

10. José da Silva Pacheco, *Inventários e Partilhas*, p. 242.

11. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. 6 — Direito das Sucessões, p. 349.

12. José da Silva Pacheco, *op. cit.*, pp. 242-243.

13. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. VI, p. 122, *apud* Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 349.

14. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 349.

Digitalizado com CamScanner

III — 1. Cláusulas testamentárias limitativas

Admite a legislação pátria, em que pese rejeição bastante significativa de boa parte da doutrina, que o autor da herança, pela via do inventário, imponha, por meio de cláusulas, restrições ao direito de seus sucessores, prescrevendo inalienabilidade ou incomunicabilidade dos bens que comporão, depois de sua morte, o quinhão hereditário daqueles[15].

As cláusulas testamentárias limitativas referem-se a gravames impostos sobre bens móveis ou imóveis, impedindo que deles disponha livremente o herdeiro ou legatário, visando a segurança destes. Tais cláusulas são limitações ou restrições impostas ao beneficiado e que recaem sobre o objeto da liberalidade.

Implicando em restrição ao direito de disposição do novel proprietário, por transmissão *causa mortis* do bem, significativa parcela da doutrina nacional repudiou veementemente estas disposições restritivas.

Cumpre aqui elucidar que o testador não pode gravar seus bens para benefício pessoal, favorecendo o gravame tão-somente aos sucessores do testador.

As cláusulas testamentárias podem ser *temporárias*, pois perduram por prazo determinado ou até implemento de condição ou *vitalícias*, que perduram pela vida toda do herdeiro ou legatário.

Primando-se, de forma doutrinária, pela mais correta compreensão e cumprimento das disposições testamentárias, evita-se limitá-las, interpretando-se a "clausulação" de bens através de critérios que logrem preservar a utilidade do bem sem descaracterizá-lo jurídico e economicamente.

IV — DA LEGÍTIMA

A sucessão legítima é deferida por determinação legal, envolvendo parte da herança, mais precisamente cinqüenta por cento, cabível a eventuais herdeiros necessários, e que não pode ser livremente disposta pelo testador.

A ordem de vocação hereditária é, segundo Silvio Rodrigues, uma relação preferencial, estabelecida pela lei[16], das pessoas que são chamadas a suceder o finado[17].

Na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo tal ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. Assim sendo, por exemplo, se o autor da herança for viúvo e deixar descendentes e ascendentes, só os primeiros herdarão, pois a existência de descendentes

15. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 353.

16. O Art. 1.829 do Código Civil estabelece a ordem na qual é conferida a sucessão legítima: "I — aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II — aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III — ao cônjuge sobrevivente; IV — aos colaterais".

17. Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, p. 1190.

Digitalizado com CamScanner

retira da sucessão os ascendentes. Só se convocam os ascendentes se não houver descendentes. Se casado for, o consorte sobrevivente concorrerá não só com os descendentes, exceto se for casado sob o regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se no de comunhão parcial, não havendo bens particulares do falecido, mas também com os ascendentes do autor da herança. O cônjuge supérstite só herdará a totalidade da herança na ausência de descendentes e de ascendentes, e os colaterais até o quarto grau, se inexistirem descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite[18].

A sucessão legal absorverá a totalidade da herança se o *auctor successionis* falecer *ab intestato*, ou se nulo ou caduco for o testamento por ele feito, e restringir-se-á à parte não compreendida no testamento, se o testador não dispuser da totalidade da herança e se houver herdeiros necessários, que impõem o respeito à quota que lhes cabe[19].

IV — 1. Cláusulas testamentárias limitativas da legítima

A estipulação de cláusulas restritivas à legítima era prática usual sob a égide do Código Civil de 1916, autorizada pelo seu art. 1.723.

Tal dispositivo conferia ao testador o direito de clausular a legítima dos herdeiros necessários, solução não encontrável em outros sistemas legislativos. Com efeito, de acordo com esse preceito, podia o testador: *a)* determinar a conversão da legítima em outros bens; *b)* prescrever a cláusula de incomunicabilidade; *c)* confiar os bens à administração da mulher herdeira; *d)* estabelecer condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia[20].

Essa inovação foi introduzida no direito brasileiro pela Lei "Feliciano Penna" — Decreto nº 1.839, 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 restrições ao domínio. Por exemplo: entre as prerrogativas do domínio destaca-se o *jus abutendi*, ou seja, o direito de dispor da coisa que se é proprietário. Portanto, a imposição de inalienabilidade constitui, entre outras, enorme restrição aos poderes do titular do domínio[21].

Convém destacar que as variadas restrições eram impostas pelo testador visando evitar que o herdeiro necessário dissipasse o patrimônio recebido, ou que sua quota fosse administrada por quem não tivesse a confiança do testador.

Silvio Rodrigues, em seu livro "Direito das Sucessões", expõe o seguinte exemplo: "Se o testador explicou que impõe a incomunicabilidade sob a legítima do filho porque a mulher dele não é confiável, agindo como caçadora de dotes; ou

18. Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 1191.
19. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º vol., *Direito das Sucessões*, p. 97.
20. Silvio Rodrigues, *Direito Civil — Direito das Sucessões*, vol. 7, p. 126.
21. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 126.

Digitalizado com CamScanner

se declarou que grava a legítima da filha de inalienabilidade porque esta descendente é uma gastadora compulsiva, viciada no jogo, e, provavelmente, vai dissipar os bens, será constrangedor e, não raro impossível, concluir se a causa apontada é justa ou injusta"[22].

No seio da comissão que elaborou o projeto do qual resultou o Código Civil de 2002, o Professor Miguel Reale foi voto vencido, pois manifestou-se contrário à manutenção das cláusulas restritivas à legítima, considerando que elas servem apenas de entrave à vida econômica e à mobilidade social, havendo necessidade de superar o individualismo que norteava a legislação em matéria de direito de testar[23].

Atualmente, à luz do novo Código Civil, a estipulação de tais cláusulas não encontra fácil guarida, pois o atual *Codex* supera o individualismo do dispositivo, estabelecendo em seu art. 1.848 que:

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.

Apesar de vedar, no parágrafo primeiro do artigo citado — a interpretação das cláusulas limitativas é restritiva, exigindo que sejam expressas e inequívocas, de vez que criam obstáculos ao exercício de direitos aos herdeiros e legatários —, o estabelecimento de cláusula de conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, a disposição apresenta praticidade reduzida ao inserir expressão de tão elevada subjetividade, como "justa causa", que certamente dificultará o andamento dos inventários.

Estabelece o Código Civil, em seu art. 2.042, que se tratando da metade necessária, se elaborado o testamento na vigência do antigo Código Civil, e aberta a sucessão até um ano após a vigência do atual Código, pode ser aditado o testamento de modo a declarar a justa causa da cláusula, subsistindo esta integralmente.

A validade intrínseca do testamento rege-se pela lei vigente ao tempo da morte do testador. Assim sendo, se, após um ano da vigência do novo Código, mesmo que o ato de última vontade tenha sido feito sob o império do Código Civil de 1916, o testador não fez nele nenhum aditamento, declarando a justa causa que o levou a impor cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, com o seu óbito, não subsistirão tais restrições legitimárias, aplicando-se, então, o art. 1.848 do novo Código Civil. Não mais prevalecerá a vontade do testador, mas o justo motivo para validar a cláusula restritiva da legítima, ante a obrigatoriedade da indicação da razão pela qual se a limita, podendo o órgão judicante averiguar se a causa alegada é justa ou não. A finalidade da lei foi conceder ao testador um tempo razoável para tornar possível a restrição aos bens da legítima, prevista em testamento celebrado antes da vigência do novo

22. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 127.
23. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 126.

Digitalizado com CamScanner

Código. Não tomando, tempestivamente, as devidas providências, cairá por terra a limitação por ele imposta aos seus herdeiros necessários[24].

O testador não pode onerar as legítimas com legados ou encargos.

A justa causa alegada poderá ser discutida, posteriormente em juízo, em ação proposta pelo herdeiro necessário que se sentir prejudicado. Isto é assim porque os motivos alegados podem ser de foro íntimo e impregnados de subjetivismo, gerando dúvidas, trazendo à tona problemas de ordem familiar, dando azo à anulação da cláusula testamentária, sob alegação de injustiça da razão alegada, trazendo dificuldades ao juiz, pela ausência de critérios normativos ou eqüitativos que tornem possível a averiguação do acerto, ou não, da medida restritiva, uma vez que o autor da herança não poderá justificar a decisão tomada[25].

A proibição de clausular bens não alcança a parte disponível. Assegura-se, de um lado, a intangibilidade da legítima, e, de outro, permite-se que, excepcionalmente, mediante declaração no testamento de justa causa, seja clausulada. Com isso, garantido está o herdeiro necessário contra arbitrariedades do testador[26].

Ressalte-se que a rejeição doutrinária que se estabelece à volta do assunto diz respeito, mais profundamente, à imposição de cláusula de inalienabilidade a bens que integrem a legítima dos herdeiros necessários. Parece ser incongruente e discrepante a conjugação da idéia de inalterabilidade da quota legalmente reservada aos herdeiros necessários, denominada *legítima*, com a idéia de imposição de restrições ao direito transferido em razão da morte[27].

IV — 1.1. Cláusula de inalienabilidade

Por esta cláusula, oriunda do vetusto Direito, fica o herdeiro proibido de transferir o bem como também perde o direito de dele dispor plenamente, seja a título gratuito, seja a título oneroso. O art. 1.676 do Código Civil autoriza ao testador impor tal limitação[28], como a de *inalienabilidade temporária* ou *vitalícia*, gravando desta forma os bens do acervo e impedindo a sua alienação[29], sob pena de nulidade, ressalvadas as poucas hipóteses de exceção, como a desapropriação e a execução de dívidas oriundas do não-pagamento de impostos incidentes sobre os mesmos imóveis.

---

24. Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, p. 1315-1316.
25. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º vol., *Direito das Sucessões*, p. 187.
26. Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 187.
27. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 354.
28. Arnaldo Rizzardo, *Direito das Sucessões*, vol. 1, p. 353.
29. Conforme esclarece Maria Helena Diniz, "a cláusula de inalienabilidade é um meio de vincular os próprios bens em relação a terceiro beneficiário, que não poderá dispor deles, gratuita ou onerosamente, recebendo-os para usá-los e gozá-los; trata-se de um domínio limitado, motivo pelo qual a duração da proibição de alienar estes bens deixados a herdeiro ou a legatário não pode exceder a espaço de tempo superior à vida do instituído", *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, 6º vol., p. 174, *apud* Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 354.

Digitalizado com CamScanner

A restrição citada também aparece prevista no art. 1.723, onde se inclui a incomunicabilidade.

Embora a extensão e severidade do preceito transcrito, muito perdeu esta restrição da importância que os juristas antigos e a própria lei lhe concediam. A evolução das idéias e dos critérios de valorização do homem e dos bens levou a considerar relativo o instituto, não se colocando grandes óbices para a sua extinção, em casos de razoável necessidade. Justifica-se a sua existência como forma de proteção ao patrimônio, para evitar a sua dissipação, e, assim, assegurando-se uma garantia no futuro do beneficiado. Em face da possível imprevidência do mesmo, ou da inexperiência no manejo com o dinheiro, visa o testador assegurar-lhe alguns bens, principalmente o imóvel residencial, para que tenha uma renda garantida e um lar onde possa se abrigar[30].

Impede, também, que o bem seja penhorado ou hipotecado, uma vez que protege também os direitos reais sobre o bem em questão.

A *inalienabilidade vitalícia* revela-se como uma restrição à faculdade jurídica de alienação que perdura por toda a vida do herdeiro, ou legatário. Esta característica de ser vitalícia a proibição não significa, contudo, que ela seja perpétua; assim, 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. Já a *inalienabilidade temporária* apresenta-se como uma restrição ao direito de dispor do herdeiro ou legatário, que cessa, ou pode cessar, com o decurso do tempo. Assim, por exemplo, extinguir-se-á o gravame pelo fato do advento de termo ou do implemento de condição, pois a realização do evento futuro e certo (termo) trará para o beneficiário, conseqüentemente, a faculdade de livre disposição do bem[31].

É possível entender, ainda, que a incomunicabilidade possa ser determinada apenas a respeito de algum ou alguns bens da herança, circunstância em que se dirá tratar-se de *inalienabilidade parcial*. Se a proibição de alienação, de todos ou de certos bens, não se estender a todas as pessoas, indistintamente, dir-se-á tratar-se de *inalienabilidade relativa*. Caso contrário, se o testador determinar que a proibição de alienar os bens — todos ou certos — é extensível a qualquer pessoa, em qualquer situação, ter-se-á a denominada *inalienabilidade absoluta*[32].

Dentre os argumentos favoráveis, pode-se citar a importância em assegurar certa estabilidade ao beneficiário, especialmente quando não tenha capacidade de administrar seus bens, impedindo ainda a liberalidade excessiva, salvaguardando o beneficiário da própria imprevidência e inexperiência. Em contraponto, são refle-

30. Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 353.
31. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 354-355.
32. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 355.

Digitalizado com CamScanner

xos negativos a retirada da coisa do comércio e o prejuízo aos terceiros, que não poderão penhorar bens clausulados do devedor.

Discute-se, na doutrina, a natureza da referida cláusula, cristalizando-se, ao menos, três teorias: *a)* a da *incapacidade do proprietário*, de onde parte a primeira distinção entre inalienabilidade da coisa e proibição de alienar. Enquanto aquela atinge quem seja proprietário do bem, esta incide somente sobre o proprietário gravado. Equiparando-se a cláusula de inalienabilidade à proibição de alienar, insiste em que ela se dirige à pessoa do proprietário e não à coisa em si. Desse modo, traz como efeito a incapacidade restrita do herdeiro ou legatário; *b)* a da *obrigação de não fazer*, onde se entende que, estabelecendo tal cláusula, como encargo, a proibição de alienar, quem receber por testamento contrai a obrigação de não alienar; *c)* a da *indisponibilidade dos bens*, na qual se concebe como ônus real *sui generis*, que adere à coisa e impede a alienação sob pena de nulidade[33].

Em seu tratado sobre Sucessões, o grande jurista Orlando Gomes ensina que a cláusula de inalienabilidade afronta o direito de propriedade em sua principal característica, que é o direito de dispor, salientando:

"De resto, a ojeriza volta-se contra a cláusula, em quaisquer circunstâncias. A civilística francesa sempre lhe foi adversa. Tende, entretanto, a admiti-la, se temporária e baseada num interesse sério. Argumenta-se que a autorização imotivada para tornar inalienáveis os bens da herança atenta contra o princípio da livre circulação das riquezas, um dos pilares sobre o qual se apóia o ordenamento jurídico, comprometendo respeitáveis interesses sociais. Invocam-se, ademais, razões propriamente jurídicas para condená-la. A proibição de alienar seria contrária aos princípios que dominam a propriedade. A faculdade de dispor é um dos atributos essenciais de domínio, de sorte que a sua supressão pela vontade particular o desnaturaria. 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. Haveria, em resumo, uma impossibilidade jurídica. Rejeita-se a objeção, demonstrando-se que a faculdade de alienar não é, realmente, da essência da propriedade, nem ao menos característica desse direito. A inalienabilidade não ataca o domínio no poder de disposição material da coisa, pois diz respeito apenas à disposição jurídica"[34].

A inalienabilidade, vale destacar, não se confunde com o usufruto, pois o herdeiro conserva a propriedade com o uso e gozo da coisa herdada, nem com o fideicomisso, pois não sofre o gravame do ônus da substituição fideicomissária.

Não se admite que a legítima seja gravada de fideicomisso, pois a lei estabelece um limite para a restrição imposta à legítima, e este limite é a própria vida do

33. José da Silva Pacheco, *op. cit.*, p. 244.
34. Orlando Gomes, *Sucessões*, 7ª ed., p. 158.

Digitalizado com CamScanner

herdeiro necessário, que transferirá, por sua morte, os bens herdados livres e desembaraçados aos seus herdeiros. Efetivamente, o art. 1.723, *in fine*, exclui o fideicomisso, quando determina: "A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos"[35].

Os bens inalienáveis são, necessariamente, incomunicáveis, conforme enuncia a Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal: "A cláusula de inalienabilidade envolve a incomunicabilidade dos bens".

Atualmente, o *caput* do art. 1.911 do Código Civil determina: "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade".

Deve-se atentar, em relação ao tema, que a inalienabilidade temporária, estipulada sua vigência até que o beneficiário complete 18 anos, não há de se extinguir pela simples emancipação do interessado, nem nos demais casos dos incisos do art. 5º do Código Civil, mantendo-se interpretação análoga, realizada sob a égide do antigo Código Civil.

Ressalte-se que não se apresentam admissíveis ou coerentes a instituição e a manutenção de cláusula por mero capricho, sem qualquer razão plausível. Há de existir certa sensibilidade na persistência ou não de uma restrição que não revela qualquer sentido[36]. Consoante o sistema do Código, não há inalienabilidade perpétua, que é proibida, o ônus da inalienabilidade não podendo ultrapassar uma vida, ou uma geração[37].

No entanto, o bem pode ser vendido durante o inventário para pagamento das despesas processuais e tributos acessórios se os herdeiros não tiverem recursos para tanto, alienando-se o bem para tal fim. A cláusula atinge o quinhão quando corporificada a partilha, de modo a impedir que o testador fraude seus credores, ou seja, a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, conforme o art. 1.997, *caput*, do Código Civil. Antes da partilha, a alienação ocorre mediante alvará judicial, nas hipóteses legais.

A jurisprudência tem admitido a livre disponibilidade do bem gravado, em se tratando de antecipação da legítima a futuro herdeiro.

O cancelamento do vínculo e a sub-rogação são feitos através de petição ao juiz competente, a saber, o da Vara de Família e Sucessões, sendo deferido com audiência do curador de resíduos.

Somente para casos especialíssimos, com motivação devidamente comprovada, requer-se a sub-rogação judicial, observados os arts. 1.112, II, e 1.113, segs. do Código de Processo Civil e o disposto no Decreto-lei nº 6.777, de 8-8-1944,

35. Arnoldo Wald, *Direito das Sucessões*, p. 169.
36. Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 355.
37. Pinto Ferreira, *Tratado das Heranças e dos Testamentos*, p. 420.

Digitalizado com CamScanner

pois consiste na transferência da cláusula de inalienabilidade, que incidia sobre um determinado, para outro bem da mesma pessoa. No entanto, não se resume apenas na troca ou substituição de um imóvel por outro, transferindo-se daquele para este o vínculo, pelo art. 1º do Decreto-lei nº 6.777: "na sub-rogação de imóveis gravados ou inalienáveis, estes serão sempre substituídos por outros imóveis ou apólices da dívida pública"[38].

A cláusula de inalienabilidade não veda nem impede a livre disposição dos bens por testamento. O herdeiro, apesar do vínculo, pode renunciar à herança, não para quem desejar, mas só em favor do acervo, e os demais herdeiros deverão suportar a cláusula da inalienabilidade (*RT*, *85*:163; *98*:175)[39].

Outro ponto importante alude à suscetibilidade do bem à penhora, para pagamento das obrigações contraídas pelo sucessor, após sua morte.

A lei civil pátria ampara não somente o herdeiro imediato, mas também e sobretudo a sua família. Foi o que resultou da Lei Feliciano Pena[40].

O nobre jurista José Ulpiano Pinto de Souza ensina que: "Um interesse de terceiros, freqüentemente invocado, é o *dos filhos do herdeiro*, do legatário, ou de donatários, ou o *de sua família*. A cláusula de inalienabilidade é o meio seguro de atingir-se ou resguardar-se o interesse desses terceiros, garantindo o próprio herdeiro, legatário ou donatário contra sua prodigalidade"[41].

Clóvis Beviláqua ensina também que: "É ao interesse da família que o legislador procura prover; não é à vontade arbitrária do testador que ele se submete"[42].

Por sua vez, a inalienabilidade provoca e importa na incomunicabilidade, embora esta não importe naquela, sendo que bens incomunicáveis são aqueles que não entram na comunhão. Com a cláusula de inalienabilidade, portanto, o seu primeiro efeito jurídico é o de proibir o seu proprietário de dispor e alienar o bem vinculado. O segundo efeito jurídico é o de provocar a incomunicabilidade do bem clausulado, embora haja divergência de entendimentos. No entanto, a opinião comum é de que, quando os bens estão clausulados com a inalienabilidade, eles são também incomunicáveis[43].

Esta cláusula implica também a impenhorabilidade — garantia atribuída a certos bens, que não podem ser objeto de penhora por parte dos credores, que será desenvolvida no próximo item.

---

38. Jefferson Daibert, *Direito das Sucessões*, p. 177.

39. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 420.

40. "O prestigioso senador mineiro conseguiu que fosse aprovada com rapidez, em 31 de dezembro de 1907, com o fim de evitar que um genro perdulário levasse à miséria a filha e os netos do mencionado parlamentar", Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 420.

41. José Ulpiano Pinto de Souza, *Das cláusulas restritivas da propriedade*; comentário ao art. 3º da Lei Sucessória nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, n. 68, *apud* Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 421.

42. Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, 3ª ed., 1933, vol. 6, p. 187, *apud* Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 421.

43. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 421-422.

Digitalizado com CamScanner

Apesar das vantagens expostas, o nobre jurista Silvio Rodrigues manifesta-se contrário a esta cláusula escrevendo:

"Considero a cláusula de inalienabilidade de manifesta inconveniência. Confere-se ao testador a faculdade de antever o porvir e de criar restrições, relativamente aos bens do herdeiro, para vigorarem dezenas de anos mais tarde. A experiência tem mostrado que a inserção dessas cláusulas, ao invés de ajudar o herdeiro, o prejudica. Ademais, a cláusula de inalienabilidade é sempre má, por retirar bens do comércio, ainda que transitoriamente. Devia ser abolida da legislação, principalmente quando incidindo sobre a legítima do herdeiro necessário"[44].

IV — 1.2. Cláusula de impenhorabilidade

A *impenhorabilidade*, que também pode ser classificada em temporária ou vitalícia, é uma garantia de natureza especial atribuída a certos bens patrimoniais, que, por força de disposição legal, convencional ou testamentária, não podem ser objeto de penhora por parte dos credores, sendo que entre os bens impenhoráveis se incluem: os bens inalienáveis por força de lei, de cláusula expressa ou de condição em testamento; o soldo, as soldadas, as provisões e montepios, o salário, os fardamentos dos militares; os utensílios e ferramentas de ofício; os vencimentos de professores, funcionários públicos, magistrados etc[45].

Impede a penhora do bem por dívidas contraídas pelo beneficiário, salvo na execução por dívidas de impostos incidentes sobre o bem gravado.

A cláusula em questão, a exemplo da incomunicabilidade, está implícita na cláusula de inalienabilidade, porque da penhora caminhar-se-ia para o praceamento e deste à arrematação, que é uma forma de alienação compulsória. Assim sendo, basta que determinado bem fique gravado com a cláusula de inalienabilidade para que implicitamente esteja gravado com as cláusulas de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, dispensando-se o que é muito comum nos atos constitutivos do gravame, sendo que dois problemas acabam por surgir da cláusula de impenhorabilidade: o primeiro referente à sua existência autônoma, isto é, se pode ser estabelecida sozinha; o segundo diz respeito à impenhorabilidade dos frutos da coisa clausulada[46].

Quanto à existência autônoma da cláusula de impenhorabilidade, ou seja, da sua validade isolada, as opiniões divergem, porque alguns pugnam pela sua inadmissibilidade, entendendo que ela afetaria o direito de terceiros, impedindo que estes pudessem penhorar bens do devedor e efetuar a alienação compulsória pelo praceamento do bem, mas, de acordo com Orlando Gomes, se os bens podem ser declarados inalienáveis, razão não há para obstar a declaração independente de impenhorabilidade, pois "quem pode o mais pode o menos"[47].

44. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 129.
45. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 422.
46. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 179.
47. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 179-180.

Digitalizado com CamScanner

O segundo problema, mais difícil, é aquele referente à impenhorabilidade dos frutos do bem gravado. Para o mestre Silvio Rodrigues, três foram as correntes que se formaram em torno do assunto, cujas opiniões se resumem:

1º) os frutos poderão ser penhorados, pois a cláusula deve ser interpretada restritivamente;

2º) os frutos são impenhoráveis como decorrência lógica da cláusula de inalienabilidade, eis que a intenção do doador ou testador é proteger o beneficiário; se lhes tiramos os frutos e rendimentos da coisa, estaremos fugindo ao alcance da intenção do autor da liberalidade, desamparando o contemplado; e

3º) serão impenhoráveis os frutos dos bens inalienáveis se o testador houver expressamente determinado[48].

A solução tem sido a mais variada, sendo totalmente divergente a jurisprudência, existindo decisões que repelem a penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis; outras que acatam a penhorabilidade e finalmente outras que optam pela penhorabilidade dos frutos e rendimentos que excederem à satisfação das necessidades do beneficiado, ou seja, consideram somente impenhorável uma parte dos frutos e rendimentos indispensáveis à mantença do devedor, embasado pelo art. 650, I, do Código de Processo Civil, que permite a penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, *salvo se destinados a alimento de incapazes*, bem como de mulher viúva, solteira, separada, ou de pessoas idosas[49].

Para evitar riscos, prevenindo questões futuras, e se o testador quer que fiquem impenhoráveis, além dos bens, propriamente ditos, os seus frutos e rendimentos, deve dizer isto, inequivocadamente, e não vai ter aplicação o inciso I do art. 650 do Código de Processo Civil[50].

Falecido o gravado, os bens clausulados com inalienabilidade ou impenhorabilidade passam livremente aos herdeiros, pois a proteção dos bens se estende durante a vida do herdeiro e também aos herdeiros deste.

IV – 1.1. Cláusula de incomunicabilidade

Cláusula de incomunicabilidade é a disposição pela qual o testador determina que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens convencionado, não entrará na comunhão, em virtude de casamento[51].

Desta forma, é disposição protetiva de alto alcance e visa garantir o herdeiro contra a incerteza do futuro, constituindo, efetivamente, uma eficiente proteção sem que, por outro lado, colida com qualquer interesse geral. O exemplo é o do pai

48 Jefferson Dalbert, op. cit., p. 180
49 Jefferson Dalbert, op. cit., p. 181
50 Silvio Rodrigues, op. cit., p. 136
51 Silvio Rodrigues, op. cit., p. 138

Digitalizado com CamScanner

O segundo problema, mais difícil, é aquele referente à impenhorabilidade dos frutos do bem gravado. Para o mestre Silvio Rodrigues, três foram as correntes que se formaram em torno do assunto, cujas opiniões se resumem:

1º) os frutos poderão ser penhorados, pois a cláusula deve ser interpretada restritivamente;

2º) os frutos são impenhoráveis como decorrência lógica da cláusula de inalienabilidade, eis que a intenção do doador ou testador é proteger o beneficiário; se lhes tiramos os frutos e rendimentos da coisa, estaremos fugindo ao alcance da intenção do autor da liberalidade, desamparando o contemplado; e

3º) serão impenhoráveis os frutos dos bens inalienáveis se o testador houver expressamente determinado[48].

A solução tem sido a mais variada, sendo totalmente divergente a jurisprudência, existindo decisões que repelem a penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis; outras que acatam a penhorabilidade e finalmente outras que optam pela penhorabilidade dos frutos e rendimentos que excederem à satisfação das necessidades do beneficiado, ou seja, consideram somente impenhorável uma parte dos frutos e rendimentos indispensáveis à mantença do devedor, embasado pelo art. 650, I, do Código de Processo Civil, que permite a penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, *salvo se destinados a alimento de incapazes*, bem como de mulher viúva, solteira, separada, ou de pessoas idosas[49].

Para evitar riscos, prevenindo questões futuras, e se o testador quer que fiquem impenhoráveis, além dos bens, propriamente ditos, os seus frutos e rendimentos, deve dizer isto, inequivocadamente, e não vai ter aplicação o inciso I do art. 650 do Código de Processo Civil[50].

Falecido o gravado, os bens clausulados com inalienabilidade ou impenhorabilidade passam livremente aos herdeiros, pois a proteção dos bens se estende durante a vida do herdeiro e também aos herdeiros deste.

IV — 1.3. Cláusula de incomunicabilidade

Cláusula de incomunicabilidade é a disposição pela qual o testador determina que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens convencionado, não entrará na comunhão, em virtude de casamento[51].

Desta forma, é disposição protetiva de alto alcance e visa garantir o herdeiro contra a incerteza do futuro, constituindo, efetivamente, uma eficiente proteção sem que, por outro lado, colida com qualquer interesse geral. O exemplo é o do pai

48. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 180.
49. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 181.
50. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 129.
51. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 128.

Digitalizado com CamScanner

cuja filha não se quer casar pelo regime de separação de bens. Receando que, com a separação, os bens por ela trazidos sejam divididos com o marido, ou que, com a pré-morte do marido, os mesmos bens sejam partilhados com os herdeiros dele, o pai determina a incomunicabilidade da legítima, impedindo, desse modo, que se estabeleça comunhão sobre tais bens. Assim, no caso de dissolução da sociedade conjugal, os bens continuarão no patrimônio exclusivo do herdeiro, de onde, aliás, nunca saíram. Trata-se de bens próprios de um dos cônjuges, que não entram na comunhão (Código Civil, art. 1.688, I)[52].

A cláusula, no entanto, não impede que os bens sejam alienados, o que permite a venda e entrega do produto da alienação ao cônjuge, burlando, então, a vontade do testador.

IV — 1.4. Cláusula de conversão em outros bens

Cláusula restringida em aplicabilidade pelo atual Código Civil era prevista no art. 1.723 do antigo Código Civil, incidindo não apenas sobre o patrimônio disponível, mas também sobre as legítimas.

A cláusula de conversão representava um cerceamento completo no dispor do patrimônio, exigindo uma interpretação restritiva, muitas vezes sendo considerada mero aconselhamento, quando houvesse cônjuge supérstite do testador, a ser ouvido na partilha — na qualidade de comunheiro do acervo comum, teria primazia na escolha dos bens. Esta subtração do poder dos herdeiros de administrar e dispor de seus bens, retirava da herança sua natureza peculiar, ou seja, a de ser um amparo aos parentes próximos.

Os doutrinadores contrários a esta cláusula entendem que, sendo a legítima uma parte reservada sobre os bens da massa hereditária, deveria guardar identidade específica em relação a ela. Já os favoráveis argumentam que a identidade entre a legítima e o espólio era meramente valorativa, admitindo-se a conversão desde que não fosse diminuído o valor daquela. Pretendia-se, enfim, preservar o melhor interesse dos herdeiros, ainda que sob o critério do autor da herança.

Pelo novo Código Civil infere-se que o testador poderá ser impedido de determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, por exemplo: a venda de imóvel para aquisição de títulos da dívida pública. A conversão só, entende-se, poderá ser efetuada havendo justa causa antes da partilha, pois, pelo julgamento desta, o direito de cada herdeiro fica circunscrito aos bens do seu quinhão; os bens aquinhoados serão de propriedade exclusiva do herdeiro e a sua entrega não pode ser impedida ou demorada. Para que se realize a conversão, ordenada no testamento, desde que nele esteja especificado o justo motivo, sem ofender os direitos do herdeiro, o juiz, por ocasião da deliberação da partilha, formará, de acordo com os

52. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 128-129.

Digitalizado com CamScanner

herdeiros e conforme o art. 2.017 do Código Civil, as quotas de cada um, decretando a conversão dos bens que formarem o quinhão em espécie diferente determinada, excepcionalmente, pelo disponente. Decretada a conversão, os bens convertendos serão vendidos em hasta pública (Código Civil, art. 2.019); se alcançarem valor superior ao da avaliação, o excesso será partilhado por todos os herdeiros; se o produto de venda for menor que o seu valor, haverá um rateio entre os co-herdeiros até perfazer a igualdade dos quinhões. Caberá ao espólio pagar todas as despesas com a conversão dos bens legitimários em outros, já que, se fossem imputadas na quota do herdeiro, desfalcar-se-iam a legítima, e ele receberia menos do que o mínimo que a lei lhe assegura. Portanto, será vedado ao testador diminuir a reserva legitimária do herdeiro necessário, que continuará a ser a mesma quantitativamente. A conversão deverá ser levada a efeito tendo-se em vista o interesse do herdeiro, segundo o justo motivo alegado pelo testador, sem prejudicar a igualdade dos direitos dos demais herdeiros[53].

IV — 1.5. Cláusula de administração

Esta estipulação, segundo a qual a administração do bem seria feita exclusivamente pelo beneficiário, perdeu quase toda sua razão de ser em decorrência da equiparação dos cônjuges na sociedade conjugal, promovida pela Constituição Federal de 1988.

Impedido o marido de tomar para si a administração dos bens do casal, tornou-se inútil a cláusula, no mais das vezes, excetuando-se quando existente pacto antenupcial estabelecendo que a administração dos bens da nubente seja da competência do marido.

No passado, antes da promulgação da Constituição Federal vigente, e atualmente em situações excepcionais, esta cláusula acompanharia a cláusula de incomunicabilidade, maximizando a proteção conferida à beneficiada. Não significava, porém, que a mulher administradora, no momento da alienação do bem ou dos bens assim clausulados, poderia prescindir da outorga marital para tanto, prevalecendo, pois, a regra geral que obriga à outorga conjugal para as alienações feitas por um dos cônjuges, independentemente do regime de bens do matrimônio[54].

O testador pode, de acordo com o novo Código Civil, confiar os bens da legítima à administração da mulher herdeira casada, diante da competência do marido, determinada por pacto antenupcial (Código Civil, arts. 1.665 e 1.670), para administrar os bens do casal e os particulares da mulher. Desta forma protegem-se os bens herdados pela mulher casada, evitando-se que sejam dissipados pelo marido estróina[55].

53. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Sucessões*, 6º volume, p. 187-188.

54. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 356.

55. Maria Helena Diniz, *op. cit.*, pp. 188-189.

Digitalizado com CamScanner

IV — 1.6. Sub-rogação pelo consentimento do juiz

Trata-se de uma forma diferente de exceção à inalienabilidade admitida pelo eminente Clóvis Beviláqua. A sub-rogação dos bens inalienáveis é a sua *substituição* por outros bens de valor equivalente, com o devido consentimento judicial, e para os quais se transfere o ônus ou o gravame. De um modo geral, a sub-rogação é uma substituição de uma pessoa por outra numa relação jurídica, ou também de uma coisa por outra ou pelo preço que a representa[56].

O grande autor esclarece que: "Da inalienabilidade resulta, necessariamente, a nulidade da alienação. E esta nulidade pode ser pedida por qualquer interessado, e deve ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do ato ou dos seus efeitos, e a encontrar aprovada. A esta sanção da inalienabilidade abre a lei exceções: a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, a execução por dívida proveniente de impostos; e a sub-rogação autorizada pelo juiz. As duas primeiras exceções são impostas pelo interesse público, e a última atende à conveniência daquele que possui o bem clausulado. Em todos os outros casos, a alienação será nula"[57].

Ocorre não só nos casos de indeclinável necessidade, mas também quando da real conveniência do proprietário do bem vinculado. O juiz, apreciando os motivos alegados, julgará de modo a evitar abusos do proprietário, mas também sem prejudicá-lo.

O proprietário dos bens recebidos ou adquiridos com o vínculo restritivo da inalienabilidade pode configurar-se eventualmente na impossibilidade de conservá-los. É o caso de uma fazenda clausulada com o vínculo da inalienabilidade, mas cujo proprietário ou legatário não possa administrá-la a contento, seja porque não entende a profissão, seja porque more em outro domicílio e tenha outra residência, ou ainda não disponha de recursos financeiros hábeis para a sua exploração. Em tal situação é da justiça, e a lei permite, a sub-rogação em bens ou títulos com o mesmo valor, a fim de evitar prejuízo mais radical, sendo que para a legalidade da sub-rogação faz-se indispensável: *a)* que o interessado prove a necessidade do ato; *b)* que o ônus da inalienabilidade recaia sobre o novo bem, produto de sub-rogação; *c)* que o novo bem para que seja transferida cláusula de inalienabilidade tenha valor igual ou maior que o gravado; *d)* que exista consentimento do juiz; a lei permite a sub-rogação das cláusulas restritivas da inalienabilidade de acordo com o art. 1.103 do Código de Processo Civil de 1973[58].

A casuística revela inúmeras autorizações judiciais embasadas na necessidade ou conveniência do titular do bem, sempre com o valor empregado em outro imóvel ou em títulos da dívida pública da União, transcendendo a estreita enumeração das hipóteses legais. Sendo sua principal conseqüência anular a vontade do testado, os pedidos de sub-rogação devem ser analisados com cautela pelo juiz.

56. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 424.
57. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 424-425.
58. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 425.

Digitalizado com CamScanner

Deve-se obrar atentamente para evitar que o sub-rogar use deste processo para se apossar de quantias que sobejem dele, o que poderia ser obtido através da equivalência fraudulenta das avaliações do imóvel gravado com aquele para o qual o ônus será transferido.

O dispositivo, salutar, impede os abusos e as desastrosas conseqüências de um imóvel que não forneça renda suficiente para a manutenção do titular do domínio, por exemplo.

O Dec-lei nº 6.777, art. 1º, obriga a substituição do imóvel clausulado somente por outro imóvel ou por títulos da Dívida Pública da União.

É inadmissível a sub-rogação nos seguintes casos: *a)* na venda do bem clausulado para aplicação futura do produto, já que se deve determinar o bem para o qual se transferirá o vínculo, quando do pedido; *b)* sub-rogação para títulos particulares (ações de SA ou dinheiro em depósito); *c)* sub-rogação para aquisição de imóvel a prestações mediante compromisso de compra e venda; *d)* proibição da dispensa da inalienabilidade recaindo sobre dinheiro em depósito, para inversão em bens que dependem de reformas; *e)* proibição de que despesas da sub-rogação, tais como impostos, custas, honorários advocatícios e corretagem, sejam deduzidas do valor do bem vinculado; *f)* de bens que produzirão rendas, embora pequenas, para terrenos incultos ou improdutivos, bem como para imóveis em condomínio[59].

Discute-se, ainda, a validade da cláusula instituída pelo testador, vedando a sub-rogação.

Relacionado ao tema, entende a doutrina, destacando-se os autores Noé Azevedo e Alcides Mendonça Lima, que esta cláusula deve ser recebida como mera recomendação, deferindo-se a sub-rogação quando vantajosa ou conveniente para o beneficiado.

Atente-se que o gravame recai sobre determinado bem, e não sobre seu valor, incidindo, portanto, também sobre eventual valorização do bem.

Para o pedido de sub-rogação, é competente o juízo do inventário, que também o é para eventual ação de nulidade da sub-rogação do vínculo da inalienabilidade e para declaração da extensão da cláusula.

Tratando-se de sinistro, sub-roga-se com o preço da indenização paga pelo segurador. Ocorrendo a desapropriação ou a execução por dívidas de impostos, relativas ao bem clausulado, o produto líquido deve ser aplicado em outro imóvel ou títulos ou apólices da dívida pública.

IV — 1.7. Cancelamento das cláusulas

Decorrido o prazo estabelecido pelo doador ou testador as cláusulas deverão ser canceladas[60].

---

59. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 427.

60. Mário Roberto Carvalho de Faria, *Direito das Sucessões — Teoria e Prática*, p. 166.

Digitalizado com CamScanner

O cancelamento ocorre na forma do art. 250 da Lei nº 6.015 de 31-12-1973 — Lei dos Registros Públicos, III —, a saber: "a requerimento do interessado instruído com documento hábil".

Para cancelar a cláusula vitalícia, é necessário um requerimento dirigido ao Oficial do Registro Geral de Imóveis, onde se acha matriculado o imóvel, juntando-se a certidão de óbito do gravado e solicitando o cancelamento do gravame. Sendo temporário, procede-se da mesma forma, instruindo-se o pedido com a prova do implemento do termo ou da condição, por exemplo: se o bem está clausulado até que o beneficiário complete 40 anos de idade, o requerimento será instruído com a certidão de nascimento do beneficiário, comprovando ter atingido a idade estabelecida[61].

É de se notar que as cláusulas restritivas perderam muito de sua extensão e severidade, influenciadas pela evolução dos critérios de valorização do homem e de seus bens, que relativizaram o instituto, permitindo-se a extinção da cláusula em situações de razoável necessidade.

A relativização da aplicação rigorosa das cláusulas ocorreu pelo pretexto da permissão da alienação, sub-rogando-se sempre o produto em outros bens que tenham maior rentabilidade. A permissão para a venda tem ocorrido até para mera conveniência do instituído, como a aquisição de bens mais em conta, ou mais próximos, ou que ofereçam maior rentabilidade.

As restrições são tidas, atualmente, por temporárias, e desaparecendo a causa, cessa a cláusula, pois não se apresentam admissíveis ou coerentes a instituição e a manutenção de cláusula por mero capricho, sem qualquer razão plausível. Há de existir certa sensibilidade na persistência ou não de uma restrição que não revela qualquer sentido[62].

V — PROBLEMAS JURÍDICOS DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

Não cumprimento do encargo

Tratando-se de nomeação condicional, deverá o herdeiro ou legatário aceitar o encargo, comprometendo-se com uma contraprestação. Discutir-se-á quais as conseqüências do inadimplemento desta contraprestação.

A aceitação da herança ou legado pode ser acompanhada da prestação de caução muciana, isto é, de "garantia real ou pessoal prestada pelo herdeiro instituído ou pelo legatário para adquirir bem deixado por testamento sob condição ou encargo"[63], se exigida pelos interessados no cumprimento do encargo. Neste caso, a caução garante o adimplemento ou faz a função de perdas e danos.

---

61. Mário Roberto Carvalho de Faria, *op. cit.*, p. 166-167.
62. Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 357.
63. Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, verbete "*caução muciana*", vol. 1, p. 533.

Digitalizado com CamScanner

Diante de eventual impossibilidade jurídica, sem culpa do beneficiado, de cumprir a contraprestação, ou se a obrigação resultante do encargo for ilícita, ter-se-á a isenção do encargo, mantendo-se a disposição testamentária. O mestre Orlando Gomes adverte para não se confundir o encargo com *nudum praeceptum*, isto é, com a recomendação sem relevância jurídica[64].

O não-cumprimento do encargo não torna ineficaz a disposição testamentária, uma vez que o inadimplemento só afasta a eficácia da liberalidade nas doações onerosas. No entanto, torna anulável a disposição através de ação declaratória de ineficácia da disposição, promovida pelo interessado na adimplência do encargo ou na caducidade da deixa. Pode-se resolver, quando do inadimplemento do encargo, somente se a caducidade estiver prevista na disposição testamentária.

São legitimados para a ação: os herdeiros, o beneficiário da prestação do encargo, o testamenteiro, os vocacionados à herança, se caducar por inexecução do modo. A ação pessoal, que se dirige contra o herdeiro ou legatário, possui teor hereditário indireto, já que pretende a obtenção da prestação do encargo.

O direito do beneficiário é limitado à pretensão de cumprimento específico do encargo e, não sendo isso possível, à de ressarcimento dos prejuízos ou em razão de certa causa, pois a liberalidade decorre de agradecimento por gesto realizado pelo beneficiado, no passado, em favor do testador[65].

Sobre a eficácia da disposição testamentária modal, em caso de inadimplemento do encargo[66] — obrigação de fazer — o encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito[67] (art. 136 do Código Civil).

Convém ressaltar que, pelo art. 1.910 do Código Civil, se uma disposição testamentária vier a perder a sua eficácia, as demais prevalecerão, a não ser que tenham relação com a que se tornou ineficaz, pois sem esta não teriam sido determinadas pelo testador. Pressupõe-se, portanto, que haja interdependência das disposições de última vontade para que a ineficácia de uma delas importe a das demais[68].

Cláusula autônoma de impenhorabilidade

Interessa aqui a impenhorabilidade convencional, ou seja, aquela estabelecida por disposição testamentária, a qual poderá acompanhar a transmissão de bens, ou

---

64. Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 140.

65. Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 146.

66. "Modo ou encargo é a cláusula acessória aderente a atos de liberalidade *inter vivos* (doação) ou *causa mortis* (testamento ou legado), embora possa aparecer em promessas de recompensa ou em outras declarações unilaterais de vontade, que impõem um ônus ou uma obrigação à pessoa natural ou jurídica contemplada pelos referidos atos. Por exemplo, doação de um prédio para que nele se instale um hospital; legado com o encargo de construir uma escola. Importam uma obrigação de fazer". Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, p. 132.

67. "O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, exceto quando expressamente imposto no ato pelo disponente como condição suspensiva", Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 133.

68. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º volume, *Direito das Sucessões*, p. 220.

Digitalizado com CamScanner

ser autônoma, isto é, vir simplesmente instituída pelo testador sobre os bens disponíveis, e não sobre todo o patrimônio. Neste caso, em relação a todos ou a alguns herdeiros, estabelece-se que determinados bens não respondem pelas dívidas, nem se sujeitam à penhora. Não há, aqui, a amplitude da inalienabilidade, não se impedindo, pois, a alienação[69].

Carlos Maximiliano, presente na obra de Pinto Ferreira, leciona que: "Prevalece, pois, até mesmo em países latinos da Europa, a determinação de subtrair bens herdados, ou doados, à penhora promovida pelos credores anteriores do sucessor ou donatário: pelos débitos dos herdeiros do herdeiro gravado, sem sofrer execução os móveis e imóveis inalienáveis. Em conclusão: nem depois de falecer o sucessor gravado, podem os seus credores penhorar os bens clausulados"[70].

Impenhorabilidade dos frutos e rendimentos do bem gravado

Se o testador não previu, expressamente, a extensão da impenhorabilidade aos frutos e rendimentos, grassa uma antiga e acesa controvérsia, dividindo doutrina e jurisprudência. Argumenta uma corrente que a impenhorabilidade do bem implica a dos frutos e rendimentos, com base no princípio de que o acessório segue o principal, e a penhora dos frutos e rendimentos acabaria comprometendo o próprio bem, acabando por frustrar-se o intuito de proteger o herdeiro. Alega a segunda corrente que não se pode estabelecer como regra a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos, considerando-a efeito necessário da impenhorabilidade do bem, pois isso contrariaria a regra geral que garante o direito dos credores e princípios de ordem pública, invocando-se, ainda, o art. 650, I, do Código de Processo Civil, que permite a penhora, à falta de outros bens, dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, "salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas"[71].

A jurisprudência é variada, optando diversamente, estabelecendo inclusive a impenhorabilidade parcial, somente dos frutos e rendimentos indispensáveis à mantença do beneficiado, logrando assim que a liberalidade do testador alcance seu objetivo — o sustento do beneficiado —, sem que o beneficiado fuja do adimplemento de suas obrigações.

Perda da coisa gravada com inalienabilidade através da usucapião

Se ao se conceituar a cláusula de inalienabilidade já se explicita que é uma limitação ou restrição à livre disposição da coisa com que foi contemplado o beneficiário, o efeito principal é, obviamente, o de não poder ser alienado o bem clausulado, alienação esta voluntária, porque o próprio texto legal contém uma ressalva quanto à expropriação por necessidade ou utilidade públicas e por execução de dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis. Assim

69. Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 358.
70. Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 423.
71. Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 128.

Digitalizado com CamScanner

sendo, o imóvel gravado com a cláusula de inalienabilidade não pode ser hipotecado, doado, permutado, dado em pagamento, enfim, tudo que represente alienação voluntária, uma vez que as exceções previstas em lei representam alienação eventual e, por sua origem, compulsória[72].

Portanto, o titular da coisa gravada com a cláusula de inalienabilidade não perderia o seu domínio pela usucapião porque a alienação seria voluntária, uma vez que o beneficiado deixou, por vontade própria — tanto assim que não se valeu dos remédios legais para reivindicar a coisa —, que um terceiro se apossasse do bem, sendo que o bem inalienável é coisa *extra commercium*; logo, é impossível que se opere a transferência do domínio — afora as exceções legais já referidas. O usucapião promove, pelos meios legais, a transferência da titularidade do domínio ao usucapiente. É forma de alienação, razão pela qual não incidirá sobre bens inalienáveis, porque estes não constituem objeto de direito, *ipso facto*, excluídos de aquisição mesmo por via do usucapião, é o que se entende[73].

O nobre jurista Orlando Gomes observa que nem por usucapião se dá a perda: "Não o perde, porém, deixando que outrem o adquira pelo usucapião, conquanto não ocorra, na hipótese, alienação. Do contrário, a proibição poderia ser frustrada mediante conluio entre o proprietário e o possuidor. Prevalece, de resto, o princípio de que o usucapião não é aplicável aos bens inalienáveis. A imprescritibilidade é, com efeito, uma das conseqüências virtuais da inalienabilidade, que também se produz quando determinada pela vontade particular"[74].

No entanto, não é de supor que a presunção de conluio constitua o normal. Ao contrário, difícil admitir que dure uma combinação, entre duas pessoas, por um período de vinte ou mais anos, e se desenvolva em uma trama capaz de engrendar usucapião. O terceiro que exerce a posse *ad usucapionem* encontra-se, por exigência da lei, em situação de boa-fé, sendo estranho à relação criada entre o testador e o herdeiro. Diante disso, em princípio, não é afastada a viabilidade da usucapião envolvendo bens clausulados com tal restrição, não se admitindo, de outra parte, a imprescritibilidade[75].

VI — JURISPRUDÊNCIAS RELACIONADAS COM A MATÉRIA

INALIENABILIDADE

"A cláusula de inalienabilidade envolve a incomunicabilidade dos bens."

Os bens inalienáveis são, também, impenhoráveis.

Inobstante estar a herança gravada com cláusula de inalienabilidade, o bem pode ser vendido durante o inventário para pagamento das despesas processuais e impostos, caso os herdeiros não tenham recursos para tal.

---

72. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 175.
73. Jefferson Daibert, *op. cit.*, p. 176.
74. Orlando Gomes, *Sucessões*, p. 198, *apud* Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 355.
75. Arnaldo Rizzardo, *op. cit.*, p. 355.

Digitalizado com CamScanner

Essa solução foi apresentada pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar por unanimidade o AI 599/93, em que foi rel. o eminente Des. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA:

"INVENTÁRIO — GRAVAMES DOS BENS — ALIENAÇÃO DE BEM DO ESPÓLIO — PAGAMENTO DAS CUSTAS — PROVA DE ESTADO DE INSOLVÊNCIA

Inventário — Bens gravados com cláusula de inalienabilidade por verba testamentária. Possibilidade jurídica de sua alienação para enfrentamento das despesas do espólio. Exigibilidade de prova real e efetiva e oportunidade procedimental do alegado. Para o espólio alienar bens gravados com a cláusula de inalienabilidade por verba testamentária, objetivando o pagamento das custas e tributos devidos, exige-se a prova real e efetiva de seu estado de insolvência, principalmente quando há vários bens imóveis que o integram e que só poderá ser avaliado após o término do inventário. Agravo desprovido"[76].

TESTAMENTO — Cláusula de inalienabilidade gravando as legítimas "durante a vida da nomeada esposa" — Renúncia à liberalidade — Cessão de direitos hereditários — Adjudicação negada — Validade apenas da cessão feita pela viúva — Aplicação dos Arts. 1.676 e 1.723, do CC — Embargos rejeitados. (..."O testador, na espécie, não institui o usufruto em favor da mulher, de sorte que os ônus que impôs às legítimas — inalienabilidade e impenhorabilidade, enquanto viva fosse a consorte — tinham outra razão de ser. Aliás, é de doutrina que o testador não está obrigado a explicar as razões que ditaram as declarações de última vontade. Se o cônjuge supérstite não aufere vantagem nenhuma da instituição das cláusulas restritivas, impostas à legítima dos filhos, é curial que não poderá renunciar, validamente, aos efeitos dessas cláusulas. Para esse efeito, a escritura pública de fl. 112 é de inteira inocuidade; ali se diz que foi intenção do testador, nas disposições de última vontade, favorecer a sua esposa, em benefício de quem foram estabelecidas as cláusulas restritivas de inalienabilidade e impenhorabilidade, que oneram os direitos sucessórios dos herdeiros-filhos; essa a premissa, que orientou a conclusão de que a viúva-meeira podia praticar o ato liberatório; premissa errônea, pois o que se entrevê das disposições testamentárias — em que, reitere-se, não se estabeleceu o usufruto em benefício da mulher — é que pretendeu o testador apenas evitar o condomínio das várias áreas rurais com estranhos, mantendo a unidade econômica dos bens, como fator agregador da família. A desvalia da cláusula a nenhum título pode ser alcançada, sob pena de vulnerar-se o texto e o espírito da lei (Arts. 1.676 e 1.723 do Código Civil). O r. voto vencido argumenta com dados de conveniência, relevantes, não há dúvida; mas às atuais conveniências da família sobrepõe-se a vontade do testador, que deve ser respeitada (TJSP, 3ª Câmara, EI nº 278.901, de Fernandópolis, j. 8-2-81, m.v., César de Moraes, pres. e rel., RJTJSP 70/226)[77].

76. *In* Mário Roberto Carvalho de Faria, *op. cit.*, p. 165.

77. *In* Orlando Fida, Edson Ferreira Cardoso e J. B. Torres de Albuquerque, *Jurisprudência do Código Civil — Direito das Sucessões*, volume VI, p. 2515-2516.

Digitalizado com CamScanner

DOAÇÃO. CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. CANCELAMENTO DE GRAVAME: MAIORIDADE DAS DONATÁRIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.676 DO CÓDIGO CIVIL. IMPROVIMENTO À APELAÇÃO.

A cláusula de inalienabilidade imposta a bem imóvel pelo doador não poderá ser dispensada senão nos casos que a lei especifica (Art. 1.676 do Código Civil).

Ap. nº 233/79. Relator. DES. OMAR CARVALHO.

Apelação nº 233/79, da Capital

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 233/79, da Capital, sendo apelantes, Aníbal José Antônio Queiroz, Maria de Fátima Moreira Queiroz e Rita de Cássia Moreira Queiroz e apelado o Dr. Curador de Casamento, Família, e Sucessões, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, em negar provimento ao recurso.

Aníbal José Antônio Queiroz e sua mulher doaram à suas filhas Maria de Fátima Moreira Queiroz e Rita de Cássia Moreira Queiroz o imóvel situado no fundo do prédio nº 104 da Rua Euclides de Matos, subdistrito da Vitória, nesta Cidade, inserindo na respectiva escritura a cláusula de inalienabilidade.

Faleceu a doadora.

Entende o doador que as donatárias — e elas próprias — já agora de maior idade, possuem amplas condições para administrar esse bem, tornando-se indispensável, portanto, o cancelamento do gravame.

Negada essa pretensão pelo Douto Juiz, os três renovam o pedido neste recurso que, nesta Instância, obteve parecer favorável do Exmo. Sr. Dr. Procurador da Justiça.

Dispõe o art. 1.676 do Código Civil que a cláusula de inalienabilidade imposta ao bem doado não pode ser dispensada por ato judicial de qualquer natureza, salvo os casos que especifica, nenhum dos casos, porém, é o da hipótese dos autos.

Assim, nega-se provimento à apelação, em que pese o parecer em sentido contrário do Eminente Procurador da Justiça.

Salvador, Sala das Sessões da 2ª Câmara Cível, em 13 de novembro de 1979. Adolfo Leitão Guerra — Presidente. Omar Carvalho — Relator. Fui presente — Armindo Ferreira — Procurador da Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 86518/MS (199600048207)

233774 RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: Por unanimidade, não conhecer do recurso.

DATA DA DECISÃO: 01-09-1998

ÓRGÃO JULGADOR: — QUARTA TURMA

EMENTA: DIREITO CIVIL. DOAÇÃO INOFICIOSA. NULIDADE NO TOCANTE À PARTE QUE ULTRAPASSA A PARCELA PATRIMONIAL DE QUE O DOADOR PODERIA DISPOR EM TESTAMENTO NO MOMENTO DA LIBERALIDADE. CCB. ART. 1.790. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DA SUCUMBÊNCIA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA/STJ.

Digitalizado com CamScanner

ENUNCIADO Nº 7. RECURSO DESACOLHIDO.

I — A doação a descendente, naquilo que ultrapassa a parte de que poderia o doador dispor em testamento, no momento da liberalidade, é de ser qualificada inoficiosa e, portanto, nula. Circunstâncias do caso concreto que incrementam a violação da legítima dos autores, pela forma como concretizada a doação.

II — Não se tratando de impugnação ao critério legal adotado na fixação dos honorários advocatícios, mas de mera insurgência quanto ao montante arbitrado, incide, em princípio, a vedação do enunciado sumular nº 7, desta Corte.

RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

INDEXAÇÃO: NULIDADE, DOAÇÃO, IMÓVEL, DESCENDENTE, FILHO, VALOR, SUPERIORIDADE, DISPONIBILIDADE, BEM, NÃO CARACTERIZAÇÃO, ADIANTAMENTO, LEGÍTIMA, CARACTERIZAÇÃO, DOAÇÃO INOFICIOSA.

DESCABIMENTO, RECURSO ESPECIAL, DISCUSSÃO, VALOR, CONDENAÇÃO, HONORÁRIOS, ADVOGADO, IMPOSSIBILIDADE, REEXAME, MATÉRIA DE PROVA.

FONTE: DJ DATA: 03-11-1998 PG: 00140 RT VOL.: 00761 PG.: 00191

VEJA: RESP 28886-RS (STJ)

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: FED LEI: 003071 ANO: 1916 CC-16 CÓDIGO CIVIL ART: 01089 ART: 01171 ART: 01172 ART: 01173 ART: 01174 ART: 01175 ART: 01176 ART: 01788 ART: 01790 LEG: FED LEI: 005869 ANO: 1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00020 PAR: 00003 ART: 00021 LEG: FED SUM: 000005 (STJ) LEG: FED SUM: 00007 (STJ)

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 191393/SP (199800753125)

409176 RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Lavrará o acórdão Sr. Ministro Ari Pargendler (Art. 52, IV, b, RISTJ). Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

DATA DA DECISÃO: 20-08-2001

ÓRGÃO JULGADOR: — TERCEIRA TURMA

EMENTA: CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira.

RELATOR: MINISTRO WALDEMAR ZVEITER

RELATOR ACÓRDÃO: MINISTRO ARI PARGENDLER

Digitalizado com CamScanner

INDEXAÇÃO: CABIMENTO, SEGUIMENTO, RECURSO ESPECIAL, IMPUGNAÇÃO, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, RECONHECIMENTO, VALIDADE, TESTAMENTO, CARACTERIZAÇÃO, EXCEÇÃO, NORMA, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PREVISÃO, RECURSO ESPECIAL RETIDO.

VALIDADE, TESTAMENTO, COMPANHEIRO, PREVISÃO, FIDEICOMISSO, DESIGNAÇÃO, COMPANHEIRA, FIDUCIÁRIO, SOBRINHO, FIDEICOMISSÁRIO, HIPÓTESE, INEXISTÊNCIA, HERDEIRO NECESSÁRIO, IRRELEVÂNCIA, REGISTRO, TESTAMENTO, ANTERIORIDADE, LEI FEDERAL, CONCUBINATO, 1994, PREVISÃO, COMPANHEIRA, HERDEIRO LEGÍTIMO, NÃO CARACTERIZAÇÃO, CADUCIDADE, NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, SUCESSÃO LEGÍTIMA, ANALOGIA, CÔNJUGE SOBREVIVENTE.

FONTE: DJ DATA: 29-10-2001 PG: 00201

VEJA: (RECURSO ESPECIAL RETIDO — EXCEÇÕES) STJ — MC 2142 — RJ, MC 1730 — SP (RST 133/103, RSTJ 133/474, JSTJ 15/235), MC 2299-SP (RSTJ 135/205), MC 2624-RJ

VII — CONCLUSÃO

O novo Código Civil, atendendo à doutrina predominante na matéria, transformou a regra da admissibilidade das cláusulas restritivas, em exceção, passando a exigir a fundamentação da justa causa, quando da inclusão de alguma destas cláusulas no testamento. A impropriedade conceitual da expressão, conquanto aponte dificuldades futuras na prática judiciária, não afasta o louvável avanço alcançado.

Tratam, as cláusulas restritivas, do embate experimentado entre o testador — que procura salvaguardar os interesses de seus sucessores, estendendo sua vontade no tempo vindouro — com o sucessor, que prefere obrar por si mesmo, administrando livremente os bens que recebeu, especialmente tratando-se da legítima.

Deve-se atentar, especialmente, para o cerne desta contenda, procurando-se determinar, doravante, a ocorrência da necessidade da clausulação dos bens, procurando-se evitá-la quando não a haja, de modo a prevenir futuros litígios que versem sobre a eventual existência da justa causa para a estipulação restritiva.

Da mesma forma, surgem estudos conceituais da "justa causa" que, aliados à jurisprudência futura, estabeleçam parâmetros bastantes para balizar a atuação dos profissionais do direito no aconselhamento de seus clientes e dos magistrados, no julgamento das causas.

BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Francisco José; NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de Direito Civil*, volume 6: *Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Digitalizado com CamScanner

CARVALHO DE FARIA, Mário Roberto. *Direito das Sucessões — Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

DAIBERT, Jefferson. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

————. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 6: *Direito das Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

————. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Jurisprudência do Código Civil — Ementário — Direito das Sucessões*, volume 6. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1983.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 13. ed., volume 6. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*, volume 1. Rio de Janeiro: Aide Editora.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil — Direito das Sucessões*. 25. ed., volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SOUZA, Orlando de. *Prática dos Testamentos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

WALD, Arnoldo. *Direito das Sucessões*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

Digitalizado com CamScanner