

**AS RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE:
INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE**

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha*

RESUMO

Nos últimos séculos houve um aumento da disputa pela propriedade, o que levou à necessidade de defendê-la. Entretanto, o poder jurídico do proprietário sobre o bem não é ilimitado. Há restrições ao direito de propriedade, sendo elas administrativas (relacionadas ao poder público), legais (que buscam promover o convívio social), constitucionais (dispostas na Constituição da República) e voluntárias (instituídas por liberalidade do proprietário de um bem). Neste caso específico, que é objetivo de análise do presente trabalho, encontram-se as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, que podem ser inseridas em testamentos, doações e contratos de compra e venda. Essas restrições afetam o direito de disposição do herdeiro, legatário ou donatário. As restrições voluntárias ao direito de propriedade podem ser úteis à preservação do patrimônio familiar contra futuras incertezas, entretanto devem ser utilizadas em quaisquer situações e somente quando exista previsão legal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CIVIL; PROPRIEDADE; RESTRIÇÃO; INALIENABILIDADE; INCOMUNICABILIDADE; IMPENHORABILIDADE.

**THE PROPERTY RIGHTS RESTRICTIONS: RESTRAINT ON ALIENATION,
INCOMMUNICABILITY AND RESTRAINT ON MORTGAGE**

ABSTRACT

In recent centuries the property dispute has been increasing, which led to the need of property defense. However, the power of the legal owner is not unlimited. There are restrictions on property rights, whether they are administrative (government-related), legal (which seek to promote social interaction), constitutional (laid out in the Constitution) and voluntary (instituted by the owner's property). In this particular case, which is the main object of this study, there are restraint on alienation, incommunicability and restraint on mortgage, which can be inserted in wills, donations and contracts of sale. These restrictions affect the right of heir, legatee or donee's disposal. The voluntary restrictions on property rights can be useful to preserve of family wealth against future uncertainties, however should be used in only in some particular cases but also when it's legal.

KEYWORDS: CIVIL LAW; PROPERTY; RESTRICTION; RESTRAINT ALIENATION. INCOMMUNICABILITY; RESTRAINT MORTGAGE.

* Mestranda em Direito Empresarial - Faculdade Milton Campos. Especializada em Direito Empresarial - Faculdades Milton Campos e em Direito Civil Faculdades Milton Campos. Graduada em Direito - Faculdades Milton Campos, Administração de Empresas – Centro Universitário UNA e Tecnologia em Processamento de Dados – Centro Universitário UNA.

1 INTRODUÇÃO

Para iniciar o presente estudo é importante compreender o que é propriedade. Segundo Orlando Gomes (2004), a propriedade deve ser analisada como a submissão de uma coisa a uma pessoa, podendo dela usar, usufruir e dispor, além de poder reavê-la de outrem que injustamente a detenha, tendo-se sempre em vista os limites legais.

Ao analisar a história da propriedade, podemos verificar que nos últimos séculos houve um rápido crescimento da população e um aumento da sua disputa, o que levou à necessidade de defende-la.

Entretanto, o poder jurídico do proprietário sobre o bem não é ilimitado. Há restrições ao direito de propriedade, sendo elas administrativas, legais, constitucionais e voluntárias.

Neste caso, encontramos a imposição das seguintes cláusulas em testamentos, doações e contratos de compra e venda: inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Essas restrições são instituídas por ato de vontade do proprietário do bem, afetando o direito de disposição do herdeiro, legatário ou donatário dos mesmos. As três primeiras cláusulas referidas acima serão analisadas no estudo em questão.

Também é importante citar a indisponibilidade, a qual se constitui pela impossibilidade da livre disposição do bem ou direito pelo seu proprietário. Trata-se de uma obrigação de não fazer, que quando não obedecida acarreta a nulidade do negócio jurídico. A indisponibilidade encontra-se fortemente relacionada com as cláusulas voluntárias restritivas ao direito de propriedade.

Frente ao exposto, cabe explicar melhor o que é “inalienável”. Segundo Silvio Rodrigues (2002), essa é uma expressão jurídica que restringe a liberalidade de uma pessoa quanto a um bem, não podendo essa pessoa dele livremente dispor, gerando assim uma espécie de domínio limitado. Cabe observar, que ela importa em impenhorabilidade e incomunicabilidade, conforme dispõe o artigo 1.911, do Código Civil.

Assim sendo, serão analisadas as diversas limitações ao direito de propriedade e posteriormente aprofundar nas restrições voluntárias ao direito de propriedade, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade, seus efeitos e suas peculiaridades.

2 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

No ordenamento brasileiro, o direito de propriedade apresenta limitações, sendo que Luiz da Cunha Gonçalves, citado por Carlos Alberto Dabus Maluf (2005), preleciona:

[...] as restrições impostas à propriedade privada, como condições normais do exercício e da extensão do direito, não importam diminuição do patrimônio de quem as suporta, nem aumento [...] a restrição manifesta-se somente quando se verifica um conflito de interesses. Nas restrições gerais do direito de propriedade não se sacrifica um direito subjetivo; diminuem-se algumas faculdades, que de certo modo constituem expectativas jurídicas.

Sílvio de Salvo Venosa (2002) observa que “o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade”, sendo que no caso do direito de propriedade essa finalidade é a sua função social, o que se pode verificar no artigo 1.228, do Código Civil brasileiro:

As restrições ao direito de propriedade podem ser administrativas, legais, constitucionais e voluntárias.

As limitações administrativas são tratadas pela doutrina como aquelas de interesse público, social ou coletivo, como por exemplo, segurança, saúde, cultura, serviço público e defesa nacional. Esse tipo de limitação é imposta ao particular, quanto ao seu direito de propriedade, pelo poder público, no seu âmbito administrativo. No entanto, deve-se atentar para o princípio da legalidade, para o qual o poder público não pode realizar atos que não tenham previsão legal.

As restrições legais ao direito de propriedade têm hodiernamente se multiplicado. Essas limitações buscam promover o convívio social e estão previstas no Código Civil de 2002 e em leis especiais. Algumas das principais limitações de propriedade previstas no Código Civil de 2002 são: servidão predial: (artigos 1.378 e 1.389), direito de vizinhança (*caput* do artigo 1.277 e artigo 1.280), direito de passagem e de construir (artigos 1.297 a 1.313), doação da totalidade de bens (artigo 548), doação inoficiosa (artigos 549, 1.789 e 1.846).

As limitações constitucionais ao direito de propriedade são as impostas pela Constituição da República. Algumas dessas limitações estão previstas nos incisos XXII a XXV do artigo 5, da Constituição da República de 1988, que são aquelas relativas ao direito de propriedade.

As restrições voluntárias ao direito de propriedade encontram-se intimamente relacionadas às mutações do mundo moderno, as quais têm afetado as relações familiares e afetivas. Assim sendo, é comum verificarmos desentendimentos diversos entre as famílias, o que ocorre com grande frequência quando se trata de questões patrimoniais. Isso fez com que fossem feitos testamentos e doações em que o testador ou doador grava um ou mais bens com cláusulas

voluntárias restritivas de propriedade, objetivando assim com que o bem permaneça sob a propriedade exclusiva do herdeiro, legatário ou donatário. Dessa maneira, o testador ou doador assegura que o bem não sofrerá mudança de proprietário por mais que ocorram mutações na vida daquele e até mesmo o protege de sua própria ignorância quanto ao valor real do bem que receber. Trata-se de limitação voluntária ao direito de propriedade, porque é uma vontade do proprietário.

Quanto às restrições voluntárias Carlos Alberto Dabus Maluf (2005) cita que:

O proprietário pode determinar, por um ato unilateral, ou mediante contrato, que o bem por ele transmitido a outrem obrigue este a satisfazer determinados encargos, ou que, durante certo prazo, não se transmita a outra pessoa, ou, ainda, que permaneça inalienável por certo tempo, bem como que seja conservado para transmissão a outra pessoa, realizada certa condição ou verificado o termo a que esteja subordinado.

Para tal autor, as limitações voluntárias ao direito de propriedade podem ser impostas pelo proprietário em testamentos, doações ou contratos de compra e venda.

Segundo Orlando Gomes (2004), também existe a possibilidade de tais restrições serem estipuladas em constituição de renda, sendo que:

[...] mediante esse contrato, pode constituir-se, por tempo determinado, em benefício próprio ou alheio, uma renda ou prestação periódica, entregando-se bem imóvel ou capital em dinheiro a pessoa que se obrigue a satisfazê-la. No primeiro caso, o proprietário desse bem, a que se vincula a renda, tem direito limitado.

Ademar Fioranelli (2001) considera que:

[...] não é lícita a imposição das cláusulas nos contratos de compra e venda, permuta ou outra modalidade aquisitiva onerosa. Diz-se que uma cláusula nesse sentido seria considerada juridicamente impossível. Destarte, seria de todo inútil as partes pactuarem tal disposição, pois de forma alguma esse ato seria objeto de registro imobiliário.

De acordo com o supracitado autor, caso não ocorra o registro de escritura pública de compra e venda em que esteja presente a cláusula voluntária restritiva do direito de propriedade, ela não terá publicidade, valendo tão somente entre as partes.

Posto isto, acredita-se que, como a maior parte da doutrina e da jurisprudência, não se admite as cláusulas limitativas do direito de propriedade em contratos de compra e venda, mas tão somente em atos de liberalidade, quais sejam, testamentos e doações.

As restrições voluntárias ao direito de propriedade são impostas através das seguintes cláusulas: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Basta a presença de uma delas para que se fale em restrição voluntária. Ademais, as cláusulas são autônomas, bem como seus efeitos perante terceiros.

3 RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS

3.1 Cláusula de Inalienabilidade

A cláusula de inalienabilidade proíbe a alienação do bem, ou seja, torna-o indisponível. Desta maneira, ele não poderá ser vendido nem à título oneroso nem à título gratuito. Nestes termos, destaca-se que o ato de alienação é aquele no qual o bem deixa de pertencer a uma pessoa e é transferido a outra.

Por meio da cláusula de inalienabilidade o bem não poderá ser doado, vendido ou até mesmo dado em pagamento.

De acordo com José Ulpiano Pinto de Souza (1910), a inalienabilidade “[...] é uma *grande restrição* à propriedade, um *importantíssimo corte* nos direitos elementares do domínio e que diz respeito à *organização da propriedade, à ordem pública, ao crédito público*”.

Maria Helena Diniz (2003), ao tratar de tal cláusula comenta:

[...] o testador, ou o doador, poderá dispor os bens deixados ou doados com cláusula de inalienabilidade vitalícia ou temporária, quando tiver justo motivo para recear que os bens sejam dilapidados pelo herdeiro ou donatário, impedindo, assim, que sejam sob pena de nulidade, alienados, salvo em caso de desapropriação ou de conveniência econômica, mediante autorização judicial. Tal cláusula, imposta aos bens por ato de liberalidade, inter vivos ou *causa mortis*, implicará impenhorabilidade e incomunicabilidade dos mesmos.

Sílvio de Salvo Venosa (2006) preleciona:

[...] a inalienabilidade cria um ônus real sobre a coisa. Esse ônus paralisa temporariamente a possibilidade de transferência do bem e pesa sobre o titular do domínio. Não há, no entanto, direito real. O que ocorre é uma mutilação ao direito de propriedade, que perde o poder de dispor.

Para Silvio Rodrigues (2002):

[...] a cláusula de inalienabilidade visa proteger o herdeiro inapto contra sua própria inépcia, ou contra as loucuras de extravagâncias do seu consorte [...] 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.

Alexandre Laizo Clápis (2005), nos ensina que com a inalienabilidade “o instituído pode se valer de todos os atributos da propriedade (usar, gozar, fruir e de reivindicar o bem de que injustamente o detenha), exceto o de dispor (*jus abutendi*) da coisa gravada”.

Quanto à duração da cláusula de inalienabilidade, ela não pode ultrapassar a vida do seu beneficiário, podendo ele livremente dispor do bem para depois de sua morte por testamento,

sendo que, caso não o faça, ocorrerá a livre transmissão aos seus herdeiros. Ou seja, a referida cláusula não poderá ser perpétua, mas tão somente temporária ou vitalícia.

3.1.1 Meios de gravar bens com cláusula de inalienabilidade

Para a maior parte da doutrina, os bens podem ser gravados com a cláusula de inalienabilidade em testamentos e doações, ou seja, a título gratuito. Desta opinião é Silvio de Salvo Venosa (2007): “[...] Ninguém pode gravar os próprios bens. Só se gravam bens de terceiros em negócios gratuitos e somente por meio de [...] doações e testamentos”.

No entanto, nos ensina José Ulpiano Pinto de Souza (1910), que em uma análise detalhada de tal instituto jurídico não há nada que nos impeça de utilizar a inalienabilidade em atos a título oneroso, como por exemplo na venda de um bem. Segundo ele, no início do século XX, era possível, apesar de muito raro, encontrar a imposição de cláusula de inalienabilidade em ato a título oneroso, o que se deve ao fato de ser necessário abatimento significativo do preço do bem (impacto financeiro) pelo vendedor para que o comprador aceite arcar com a impossibilidade de alienar a coisa em negociação, o que, na grande maioria das vezes, o vendedor não está disposto.

De qualquer maneira, o que se verifica na prática jurídica é que a inalienabilidade é imposta a título gratuito, ou seja, quando nada é pedido em troca a quem recebe o bem clausulado, o qual está muito mais disposto a aceitar a restrição de liberalidade do que quando se trata de ato a título oneroso.

Quando se trata de gravame em relação a bem imóvel, vale ressaltar que, caso ele seja imposto em testamento ou doação, dada a sua importância e repercussão no mundo jurídico, deve ser averbado na matrícula do imóvel, conforme disposto no art. 167, II, n. 11, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Ademais, acrescenta-se caso que tem sido abordado pela doutrina e que foi objeto da jurisprudência, qual seja, a possibilidade de inclusão de usufruto após a doação de bem gravado com quaisquer das cláusulas de limitação do direito de propriedade. Em tal situação, não pode o doador, que não tem mais domínio sobre o bem que foi transferido com o registro da escritura de doação, querer gravá-lo com qualquer outro ônus, incluído o usufruto.

3.1.1.1 Outros meios de gravar bens com cláusula de inalienabilidade que são questionados pela doutrina.

Segundo maioria da doutrina nacional, as cláusulas restritivas de direito de propriedade devem ser impostas em testamentos ou doações.

Ademar Fioranelli (2009) admite que estas cláusulas sejam impostas no “negócio jurídico envolvendo doação e venda e compra”:

[...] no título comparecem vendedor, comprador e interveniente doando, ao comprador, o valor equivalente para a aquisição do imóvel, com a condição de ficar o bem gravado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, podendo ainda, ser constituído, em favor do doador, o direito real de usufruto.

Ademais, o citado autor acrescenta:

É comum, em escritura pública de venda e compra em que se tenha convencionado o fato futuro, o pagamento do preço, ou mesmo que o preço tenha sido representado por valor fiduciário, como as notas promissórias em caráter *por solvendo*, a imposição, por parte dos outorgantes vendedores, de cláusula de inalienabilidade, para ressalva de eventual inadimplemento do outorgado comprador. Tal cláusula, todavia, não poderá constar do Registro Imobiliário, tampouco gerar publicidade. Em tais casos, a cláusula não tem qualquer efeito jurídico em relação a terceiros e será válida, exclusivamente, entre as partes contratantes, gerando apenas direitos pessoais.

Outra modalidade constantemente abordada no mundo jurídico, mas não aceita pela doutrina atual, é a doação modal, na qual o donatário assume um encargo.

Ademais, cabe observar que também não é possível gravar com inalienabilidade bem que o doador o possui gravado com tal cláusula, mas que pretende doá-lo ao donatário, também clausulado, sob a alegação de que se trata de adiantamento de legítima. Esta hipótese não é possível, visto que a doação de bem inalienável, mesmo que sobre a alegação que se trata de adiantamento de legítima, é um ato de disposição, não admitido quando se fala de bem clausulado com inalienabilidade, mesmo que a cláusula seja mantida. Este é o posicionamento de alguns autores, dentre eles J. M. Carvalho Santos, citado por Ademar Fioranelli (2009).

3.1.1.2 Cláusula de inalienabilidade sobre bens alheios

Quanto ao objeto da cláusula de inalienabilidade há unanimidade na doutrina nacional: só podem ser gravados bens de terceiros (donatários, herdeiros e legatários) e nunca os próprios bens, à exceção dos bens de família.

Neste sentido, é interessante verificar o posicionamento de Silvio de Salvo Venosa (2006): “Ninguém pode gravar os próprios bens. Só se gravam bens de terceiros e só por meio desses atos de disposição, doações e testamentos.”

Segundo Ademar Fioranelli (2009), aceitar posição contrária a esta seria o mesmo que admitir que os bens de um indivíduo não respondam pelas suas dívidas, o que não é admitido no direito pátrio.

Assim sendo, o referido autor cita as seguintes jurisprudências:

Não é lícito aos donos de um imóvel impor-lhe a cláusula de inalienabilidade, a não ser quando fazem doação dele, ou *mortis causa*, por via de testamento (RT, 200/374).

[...]

A cláusula de inalienabilidade é sempre estabelecida em relação a terceiros, pois a ninguém é lícito ou dado vincular os próprios bens (RT, 169/127).

A ninguém é dado, ainda que com homologação judicial, vincular os próprios bens, salvo na instituição do bem de família (RT, 97/139).

É também relevante citar posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa (2007) no que tange aos credores do espólio do instituidor da clausulação:

[...] Os credores do espólio não são atingidos pela disposição. Os bens da herança devem atendê-los. Só recairá a cláusula no remanescente, após o pagamento dos credores. Quando só já débitos, não há herança. A cláusula não pode ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie. [...]

3.1.2 Natureza da cláusula de inalienabilidade

Segundo José Ulpiano Pinto de Souza (1910), existem três teorias sobre a natureza da cláusula de inalienabilidade: “[...] é uma *obrigação de não fazer* ou de *não alienar*, assumida pelo proprietário, dizem uns; constitui *uma incapacidade pessoal de alienar*, que fere o proprietário, dizem outros; estabelece uma *indisponibilidade real* da própria coisa, dizem outros [...]”.

Para a primeira teoria, que trata da obrigação de não fazer, pode-se dizer que é um compromisso pessoal assumido pelo titular do direito de propriedade clausulado com inalienabilidade de não alienar, que na verdade é algo que o direito lhe permite. É um encargo imposto pelo doador ou testador e assumido pelo herdeiro ou donatário. O referido autor afirma que esta teoria é inaceitável e que a “clausula de inalienabilidade possa ser constitutiva duma simples obrigação de não alienar é admissível; mas, é inadmissível a afirmação de que ella não pode ser valida senão com a condição de apresentar-se sob esta forma”.

Quanto à incapacidade, ela somente pode ser alegada quando se trata de “estado mental” ou “situação social”, sendo admissível a interdição para atos incompatíveis da vida civil, dentre eles a disposição de propriedade. Já quando a incapacidade é total, como ocorre com o interdito

ou a criança, a administração de seus bens fica à cargo do curador ou tutor. Neste caso, José Ulpiano Pinto de Souza (1910) afirma que “[...] é inconcebível como a actividade jurídica deste terceiro pode ser restricta em consequencia do estado mental do proprietario; é incompreensível esta communicação de incapacidade dum para o outro [...]”. Já quanto à incapacidade parcial, cita-se o pródigo.

Segundo José Ulpiano Pinto de Souza (1910), a teoria da incapacidade não é bem aceita pela doutrina, posto que não se pode falar em “incapacidades convencionais”, mas tão somente aquelas estabelecidas em lei.

Já a teoria da indisponibilidade real está relacionada ao objeto que foi “posto” fora do comércio através da cláusula de inalienabilidade e não à pessoal que se tornou sua proprietária.

Assim sendo, a escolha de qual teoria ou teorias adotar é diferente de acordo com a intenção do testador ou doador, podendo estar relacionada à uma obrigação de não fazer e/ou de uma incapacidade e/ou de uma indisponibilidade.

3.1.3 Espécies de cláusula de inalienabilidade

A cláusula de inalienabilidade pode ser classificada no que tange à sua extensão e à sua duração.

No primeiro caso, podemos dizer que ela é absoluta ou relativa, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2006). A absoluta ou total se dá quando o testador ou doador impõe a impossibilidade de venda de todos os bens, a qualquer título. Já a relativa ou parcial ocorre quando a proibição da venda diz respeito a determinados bens ou pessoas. Caso o testador não esclareça qual das duas modalidades ele optou, adota-se a absoluta.

No que tange à extensão da cláusula de inalienabilidade, ela pode ser vitalícia ou temporária. A vitalícia será mantida enquanto o donatário ou herdeiro viver, não sendo transmitida aos seus herdeiros, estando assim legitimamente ligada à sua pessoa, ou seja, ela não será perpétua. Já quando a cláusula é temporária, verifica-se que a proibição de alienação desaparece quando cumprida determinada condição ou termo.

Para Francisco Morato, mencionado por Carlos Alberto Dabus Maluf (2006):

[...] sendo temporária, a inalienabilidade não visará senão aos interesses dos herdeiros de primeiro grau; pelo que, finda que seja, recobram os beneficiários o direito de livre disposição e os credores a garantia de seus créditos contra eles. Sendo vitalícia, tende a acautelar os interesses dos herdeiros do primeiro grau e os do segundo, embora para estes, na simples passagem da herança desembaraçada daí em diante de qualquer ônus, pelo menos na parte, correspondente à meação indisponível dos primeiros.

José Ulpiano Pinto de Souza (1910), afirmava que a inalienabilidade vitalícia era inadmissível ou nula. Entretanto, ele admitia que os mesmos bens poderiam ser gravados em testamentos sucessivos, de geração em geração, pelos ascendentes em relação aos seus descendentes, de modo que permanecessem no patrimônio familiar.

Segundo os artigos 1.676 e 1.723 do Código Civil de 1916, a inalienabilidade podia ser temporária ou vitalícia, mas o Código Civil de 2002 nada disciplinou a este respeito. Assim, nada sendo proibido é possível o estabelecimento da cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia.

Quanto à imposição de uma determinada condição no que tange à cláusula de inalienabilidade temporária, deve-se analisá-la com cuidado para não se incorrer em situações esdrúxulas, como a manutenção do matrimônio somente com uma determinada pessoa. Desta maneira, o julgador deve estar especialmente atento e caso verifique o seu descabimento, deve declarar a sua nulidade e, conseqüentemente, a sua ineficácia.

Cabe citar que os bens gravados com inalienabilidade também podem ser objeto da mesma cláusula pelo testador ou doador (no proprietário), em novo testamento ou doação, atingindo assim os seus herdeiros, donatários ou legatários, embora, de acordo com a doutrina, não possa fazê-lo além de uma geração, ou seja, tornando-a perpétua.

Clóvis Beviláqua (1932) faz a seguinte afirmação com relação à duração da cláusula de inalienabilidade:

[...] a inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada. O Código Civil sómente a permite temporaria ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condemnados. A inalienabilidade immobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas, é portanto, anti-econômica, do ponto de vista social. Por considerações especiaes, para defender a inexperiencia dos individuos, para assegurar o bem estar da familia, para impedir a delapidação dos prodigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens. Retiral-os, em absoluto e para sempre, do commercio seria sacrificar a prosperidade de todos ao interesse de alguns, empobrecer a sociedade, para assegurar o bem estar de um individuo, ou uma série de indivíduos.

A temporariedade deve ser aqui entendida num sentido restricto. Seria fraudar a lei, que prohiu a inalienabilidade perpetua, estabelecê-la por mil annos ou coisa assim. O conceito de temporariedade, na systematica do Codigo Civil, corresponde a uma duração sempre inferior á de uma vida normal.

Assim sendo, a cláusula de inalienabilidade pode ser temporária ou vitalícia, mas nunca perpétua.

3.1.4 Efeitos da cláusula de inalienabilidade

O principal efeito da cláusula de inalienabilidade é a proibição do herdeiro, donatário ou legatário dispor livremente do bem ou direito. O proprietário não poderá vendê-lo, permutá-lo ou doá-lo, a quem quer que seja.

Todavia, certos atos escapam da proibição inerente ao bem inalienável, ou seja, os atos de administração. O proprietário poderá alugá-lo ou arrendá-lo pelo período que considerar prudente. Ele também poderá explorá-lo, receber e gastar as rendas que dele surgirem. Assim sendo, nota-se que o que é proibido são atos de disposição.

Sobre os atos de disposição proibidos pelas restrições voluntárias ao direito de propriedade, José Ulpiano Pinto de Souza (1910) afirma:

Actos de alienação direta dos bens inalienáveis por venda, permuta, dação *in solutum*, e mesmo cessão das rendas futuras; as rendas vencidas são essencialmente cessíveis, por constituírem o seu dispendio um mero acto de administração. A cessibilidade das rendas futuras do bem inalienável é claramente contratada á vontade do disponente e por isso não pode ser tolerada. [...]

Cabe observar, que o testador pode não especificar quais os bens que serão objeto da inalienabilidade, o que se materializará na partilha. Para que isso ocorra, segundo Orlando Gomes (2004) e Sílvio de Salvo Venosa (2007), caso os herdeiros sejam capazes e cheguem a um acordo poderão escolher sobre quais bens recairá a clausulação, caso contrário (incapazes ou capazes e não chegarem a um acordo) caberá tal decisão ao juiz. Entretanto, se durante o inventário alguns bens tiverem sido vendidos, não haverá problemas, desde que existam outros suficientes que possam ser objeto de tal cláusula. Acrescenta-se que o herdeiro também pode oferecer bens próprios sobre os quais a inalienabilidade recairá, fazendo assim com que receba os bens da herança desembaraçados, desde que eles possuam valores semelhantes. Essa última possibilidade é admitida para evitar que posteriormente seja proposta ação de sub-rogação da clausulação.

Se o bem gravado com inalienabilidade for indevidamente vendido, é cabível que tal alienação seja questionada em juízo por qualquer interessado (artigo 168, do Código Civil de 2002). Poucas exceções são aceitas nesse caso, dentre elas a desapropriação pelo poder público e a execução por dívidas provenientes de impostos, fazendo assim com que o interesse particular ceda espaço ao interesse público, mas sendo mantida no preço a cláusula então imposta ao bem imóvel expropriado (artigo 31, do Decreto Lei 3.365/1941). Outra exceção se dá quando é necessária a venda do bem ou direito para a subsistência ou realização de tratamento médico do seu proprietário, caso que pode colocar em risco a vida do indivíduo.

Quanto aos credores do espólio, eles não serão atingidos pela disposição de inalienabilidade deixada pelo *de cuius* aos seus herdeiros, devendo primeiramente os bens da herança quitar os débitos, para posteriormente se proceder à partilha.

Para que a alienação de bem ou direito clausulado com inalienabilidade venha a ocorrer, é imprescindível autorização judicial (parágrafo único, do artigo 1.911, do Código Civil de 2002), sendo que a referida cláusula sub-rogará no valor ou em outro bem que o herdeiro ou donatário receber, exceto quando for impossível, como no caso de necessidade de tratamento médico e de subsistência do herdeiro ou donatário, casos já abordados.

Outro importante efeito da inalienabilidade é a conseqüente imposição das cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, mesmo que elas não estejam dispostas no instrumento de doação ou testamento, o que consta no *caput*, do artigo 1.911, do Código Civil de 2002. Interessante sobressaltar, que este artigo foi baseado na Súmula 49, do Superior Tribunal Federal, a qual dispõe: “a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Todavia, tal dispositivo legal nada citou quanto à impenhorabilidade, o que foi esclarecido com a edição do referido artigo da legislação civil.

No que tange à renúncia de herança gravada com inalienabilidade, na legislação vigente nada a impeça. No entanto, o herdeiro não poderá fazê-lo em benefício de uma determinada pessoa, sendo que caso exista só um herdeiro a ser beneficiado, isso ocorrerá naturalmente. Diversos são os casos de fraude que envolvem a renúncia, como é o caso da filha única que renuncia a bem inalienável recebido de herança, sendo os beneficiários seus filhos menores de idade, cuja herança será por ela gerida.

Quanto à possibilidade de usucapião de bem gravado com inalienabilidade, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2006), este não pode ser admitido, senão “bastaria simular um abandono da propriedade para permitir que outro possuidor, preenchendo o prazo legal, conseguisse a propriedade da coisa”.

Finalmente, citam-se os frutos e rendimentos advindos de bem ou direito gravado com cláusula de inalienabilidade. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2006), “não havendo menção expressa, na inalienabilidade não se inserem os frutos e rendimentos. [...] se o testador restringe também os rendimentos do bem, faz desaparecer todo o sentido da proteção à legítima”.

3.1.5 Registro de imóvel gravado com cláusula voluntária restritiva ao direito de propriedade

Quando a cláusula de inalienabilidade for imposta a imóveis, deverá ser averbada no Registro de Imóveis, conforme dispõe o artigo 168, da Lei de Registros Públicos (Lei

6.015/1973). Ademais, cabe observar o artigo 128, da mesma lei: “[...] à margem dos respectivos registros, serão averbadas quaisquer ocorrências que os alterem, quer em relação às obrigações, quer em atinência às pessoas que nos atos figurarem, inclusive quanto à prorrogação dos prazos.

Caso ocorra a alienação de um bem gravado com cláusula de inalienabilidade, mesmo tendo ocorrida a averbação no Registro de Imóveis, tal transação será, segundo Orlando Gomes (2004), tida como anulável, tendo em vista não ter obedecido a vontade do testador ou doador.

Maria Helena Diniz (1997) nos ensina:

[...] sendo nulo ou anulável o ato jurídico, é imprescindível a manifestação do judiciário, porque a invalidade [...] só repercute se for declarada judicialmente, caso contrário surtirá os efeitos aparentemente queridos pelas partes interessadas [...] até que o órgão judicante declare a invalidade. Iguualmente, a invalidade do registro deverá ser provocada pelo interessado, para que o judiciário se manifeste, declarando-a.

Enfim, é imprescindível a manifestação do judiciário quanto à invalidação de registro da alienação anulável, já que envolve bem ou direito inalienável.

3.1.5.1 Cancelamento de cláusula de restrições voluntárias ao direito de propriedade

Para que ocorra o cancelamento das limitações voluntárias, no caso de doação, por exemplo, é essencial que haja pedido conjunto do donatário ou doador. O pedido somente dos doadores não é cabível, pois o bem ou direito não lhe pertence mais. O mesmo fato ocorre quanto aos donatários, pois não pode ser suprimida a vontade dos doadores.

Neste caso, considerando-se o previsto no artigo 472, da legislação civil, caso a doação tenha sido feita por contrato, a extinção da restrição voluntária de direito de propriedade imposta em tal doação deve ser feita da mesma forma, ou seja, por contrato.

O inciso II, do artigo 250, da Lei de Registros Públicos, em seu Título V, Capítulo VIII, que trata da averbação e do cancelamento do registro de imóvel afirma: “ Art. 250 - Far-se-á o cancelamento: [...] II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião”.

Enfim, esclarece-se que o requerimento unânime de cancelamento de cláusula restritiva de direito de propriedade apresentado ao Tabelionato, será instruído com o documento ou instrumento que estabeleceu a extinção do gravame, o qual deverá ser da mesma forma pelo qual foi instituído.

Entretanto, tendo morrido o doador e caso o donatário tenha intenção de levantar a restrição voluntária ao direito de propriedade, só poderá fazê-lo se ela não lhe tiver sido imposta na modalidade vitalícia. Ou seja, quando a restrição for por prazo determinado e extinto este ou

sob condição e tendo ela ocorrido, poderá o donatário requer o levantamento da cláusula no Registro de Imóveis. Neste caso, ele deverá apresentar requerimento ao Oficial do Registro, juntamente com documento comprobatório da realização da condição imposta ou da extinção do prazo, conforme o caso, bem como do atestado de óbito do doador, de acordo com o inciso III, do artigo 250, da Lei de Registros Públicos: “Far-se-á o cancelamento: [...]III - A requerimento do interessado, instruído com documento hábil”.

Sobre isto nos ensina Nicolau Balbino Filho (1999):

[...] podemos considerar três modalidades, sem que em nenhuma delas haja necessidade de mandado judicial: a) mediante requerimento firmado conjuntamente pela pessoa que impôs a cláusula e por quem recebeu o imóvel vinculado, com base no art. 250, n. II, da Lei de Registros Públicos; b) a requerimento do interessado, juntando documento hábil comprobatório da morte do proprietário do imóvel, com fundamento no art. 250, n. III, da mesma lei; c) quando temporário, basta petição do interessado, dirigida ao oficial, denunciando o termo, também com sustentáculo no art. 250, n. III. [...]

Todavia, sendo dois doadores e tendo um deles falecido, o cancelamento da clausulação poderá ocorrer se houver concordância do doador sobrevivente e do donatário somente quanto à metade do imóvel. Para cancelamento da restrição no que tange à outra metade do imóvel doado por pessoa já falecida, ela só será possível se houver autorização judicial.

3.1.6 Sub-rogação de bens inalienáveis

A sub-rogação da cláusula de inalienabilidade é a transferência do gravame que pesa sobre um bem para outro, desde que haja justa causa e autorização judicial, conforme descreve o parágrafo segundo, do artigo 1.848, do Código Civil: “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.”

Tal artigo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1.677, da legislação civil e o inciso II, do artigo 1.112, do Código de Processo Civil.

Conforme cita Ademar Fioranelli (2009), “a sub-rogação [...] pode ocorrer de imóvel por imóvel; de imóvel por dinheiro; de imóvel por apólices da dívida pública; de imóvel por depósito em caderneta de poupança etc”.

Ademais, cabe acrescentar que o referido autor afirma que são necessárias três condições para que a sub-rogação seja admitida: “prova de necessidade da alienação, equivalência de valores e autorização judicial”.

Clóvis Beviláqua (1932) afirma que: “o Código permite a subrogação da inalienabilidade e outros bens [...] no caso de real conveniência do proprietário do bem inalienável, reconhecida pelo juiz.”

“Caso de real conveniência do proprietário do bem inalienável” é a situação que torna insustentável ao indivíduo manter o bem em questão, seja pela falta de recursos financeiros para a sua manutenção seja pela sua própria condição, por exemplo. Nesses casos, é grande a necessidade de autorização do juiz para que seja a cláusula de inalienabilidade sub-rogada em outro bem, podendo assim o proprietário desfazer-se do primeiro, mas continuar com o segundo e também com a condição necessária para sua manutenção.

Isso acontece regularmente com famílias abastardas que deixam aos filhos imóveis de grande valor e até mesmo tombados pelo patrimônio histórico, os quais necessitam de significativos recursos financeiros para serem conservados. No entanto, em muitos casos os filhos que recebem esses bens vivem vidas simplórias, sem condições financeiras vultosas, não sendo os imóveis alugados, não gerando assim recursos para que possam ser mantidos. Nesses casos, é possível recorrer ao judiciário solicitando a sub-rogação da cláusula de inalienabilidade de um bem imóvel de grande valor e grandes custos em outro de menor valor, permitindo assim com que o seu proprietário possa arcar com os seus custos, dentre eles a manutenção e os impostos.

Outra situação que não pode ser esquecida é quando um bem imóvel é deixado em testamento ou doado para outrem, com a finalidade (lícita e específica) de que nele algo seja edificado. Ocorre que, da época em que o testador ou doador assim dispôs até a data da sua efetiva implantação, a situação do imóvel é alterada, o que pode ocorrer também com a sua localização que outrora era tida como privilegiada. Caso realmente seja verificado que não é prudente a utilização do imóvel gravado com a cláusula de inalienabilidade para o fim solicitado pelo testador ou doador, o juiz também poderá autorizar a sub-rogação da cláusula de inalienabilidade a outro imóvel com localização mais pertinente.

Assim sendo, conclui-se que o direito vigente não busca a inutilidade do bem gravado com a cláusula de inalienabilidade nem o prejuízo do seu proprietário, permitindo assim que seja utilizado o mecanismo de sub-rogação.

Carlos Alberto Dabus Maluf (2006) cita que alguns doutrinadores entendem que a necessidade de sub-rogação se dá pelo próprio bem ou direito gravado com a inalienabilidade, enquanto outros acreditam que ela ocorre com relação ao seu proprietário. Orlando Gomes (2004) preleciona que a sub-rogação pode “decorrer da própria coisa inalienável, como surgir em relação à pessoa de seu proprietário”. Entretanto, segundo tais autores os tribunais têm apresentando o

entendo que a sub-rogação se dá quando do interesse do proprietário da coisa, o que foi acolhido no Código Civil (parágrafo único, do artigo 1.911).

Para que a sub-rogação seja efetivada é necessária a indicação e especificação prévia ao juízo do bem que o proprietário pretende sub-rogar, além de ser demonstrada a sua real conveniência. O juiz analisará a prudência de tal sub-rogação, bem como a igualdade de valores, objetivando com que não ocorra fraude à lei e seja atendida a vontade do testador ou doador.

Acrescenta-se que, quando diversas pessoas recebem um bem gravado com cláusula de inalienabilidade, o condomínio não é tido como motivo justo para a sub-rogação, posto ser cabível a gerência compartilhada do imóvel, mesmo que exista a possibilidade de atritos entre os proprietários.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2003), a sub-rogação de imóveis que gera renda, mesmo que pequena, não deve ser admitida em virtude de outros imóveis não cultivados, improdutivos ou em condomínio.

Questão que também merece destaque é a sub-rogação em bens pertencentes ao casal. Ou seja, a esposa recebe um imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade e deseja sub-rogá-lo em outro imóvel de propriedade comum do casal. Para a maior parte dos doutrinadores, a sub-rogação é possível.

Entretanto, nota-se que ao gravar com a cláusula de inalienabilidade (e conseqüentemente incomunicabilidade), o doador visa à propriedade exclusiva do donatário, excluindo assim o seu cônjuge. Dessa maneira, caso seja permitida a sub-rogação da cláusula em imóvel de propriedade do casal, conforme citado acima, estar-se-á efetivamente ferindo a vontade legítima do doador.

Também existem casos que o proprietário de bem gravado com inalienabilidade solicita ao juízo a sub-rogação de tal cláusula em outro bem de sua propriedade, mas de maior valor. Este fato não deve ser admitido, pois prejudica os bens particulares do proprietário.

Para Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2004), a sub-rogação é inadmissível 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 título particular (ações de S.A. 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.

Ademais, nota-se que a doutrina tem discutido a possibilidade de imposição de cláusula pelo testador ou doador que vede a sub-rogação das restrições voluntárias ao direito de propriedade. Para alguns doutrinadores, esta vedação deve ser entendida como recomendação, cabendo a sua autorização ao juiz e desde que preenchido os requisitos acima citados.

Quando ocorre sinistro com o bem objeto de limitação voluntária ao direito de propriedade, sub-roga-se o vínculo ao preço pago ao seu proprietário a título de indenização paga pelo segurador.

Caso ocorra a desapropriação de imóvel gravado com inalienabilidade ou a sua execução por dívida de impostos e condomínio, o valor recebido deverá ser aplicado em outro bem, o qual será sub-rogado quanto à referida restrição.

É importante destacar que a sub-rogação das cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, que também são cláusulas voluntárias restritivas ao direito de propriedade, podem ser objeto de sub-rogação.

É importante citar que após o procedimento de jurisdição voluntária (art. 1.112, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo admitida pelo juízo a sub-rogação, será expedido mandado ao Registro de Imóveis competente, para que a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade seja cancelada, bem como seja averbado à margem do registro do novo imóvel objeto da sub-rogação o referido gravame. Tratando-se de imóvel pertencente a mais de uma pessoa, por exemplo, cônjuges, deve o mandado de sub-rogação citar sobre qual deles recai o gravame.

Assim sendo, conclui-se que a sub-rogação deve ser admitida pela autoridade judicial, desde que obedeça a vontade do testador e observados os seus requisitos legais e a função social da propriedade.

3.1.7 A revogação da inalienabilidade

No que tange à doação, ato *inter vivos* regido pelo direito das obrigações reforça-se que, é reconhecidamente lícita a extinção da cláusula da inalienabilidade por parte do doador e do donatário, em conjunto, desde que não viole direito de terceiro, podendo ela também ocorrer com relação às demais condições relacionadas à doação.

No entanto, doutrinadores como Clóvis Beviláqua e Francisco Morato, citados por Carlos Alberto Dabus Maluf (2006), acreditam que uma vez feita a doação, não cabe nenhum tipo de modificação, haja vista que o doador não mais dispõe de domínio da coisa, mas tão somente o donatário o faz. Todavia, tais doutrinadores acreditam que caso a doação seja realizada com

encargo, não há dúvidas de que o doador ainda está a influenciar o bem, sendo assim possível a revogação do gravame de inalienabilidade, desde que com a aprovação do donatário.

Também cabe analisar a revogação de cláusula de inalienabilidade quando se trata de doação com mais de um doador, estando somente um deles vivo no momento do cancelamento. Para a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira não se admite o levantamento da referida cláusula.

Entretanto, alguns autores admitem a revogação do vínculo vitalício quando se trata do falecimento de um só dos doadores, tendo o *de cuius* demonstrado o seu interesse previamente e estando os demais doadores de acordo.

Sobre este assunto Ademar Fioranelli (2009) afirma:

O entendimento predominante é, sem dúvida, o de que o doador sobrevivente poderá revogar os vínculos, *se vitalícios*, no que diz respeito “à sua parte ideal” [...] não podendo ser revogada a parte do falecido, que permanece intocada, por ser esta a vontade do doador falecido. Se “temporárias”, enquanto vivos os doadores, encontramos decisões em favor do cancelamento.

Conclui-se que, sendo vitalício o vínculo, estando morto um ou mais dos doadores do bem gravado com cláusula voluntária restritiva de propriedade, não é cabível falar em revogação da cláusula, para uns doutrinadores quanto à totalidade do bem e para outros quanto à parte do falecido (somente quanto à parte do doador sobrevivente e desde que haja concordância do donatário). No entanto, quanto aos vínculos temporários, caso estejam vivos os doadores e haja concordância dos donatários, eles poderão ser revogados.

3.1.8 A inalienabilidade e o usufruto

É importante tratar de questões relacionadas ao usufruto e à inalienabilidade.

Na doutrina, é discutida a hipótese da morte do usufrutuário doador, tendo o bem sido doado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Neste caso, com a morte do usufrutuário, extinto está o instituto do usufruto. Entretanto, não cabe falar o mesmo das cláusulas limitativas do direito de propriedade, as quais persistem enquanto viver a pessoa que recebeu o bem ou direito gravado em doação ou testamento.

O usufruto pode ser objeto de renúncia do doador. Sobre tal situação, Ademar Fioranelli (2009) cita as seguintes jurisprudências:

Extinto o usufruto por morte ou renúncia do doador usufrutuário, canceladas devem ser, também, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas por doador, pois a sua permanência daria lugar a usufruto por duas gerações (RT, 356/212).

Havendo doação com reserva de usufruto e cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, o cancelamento do usufruto por morte do doador pode estender-se àqueles vínculos, conforme as circunstâncias que determinaram sua imposição (RJTJSP, 18/83).

É importante ressaltar, que as cláusulas de usufruto e as restritivas de direito de propriedade são autônomas, sendo que a primeira veda o direito de uso e gozo do bem, enquanto que as segundas podem vedar a alienabilidade (direito de disposição), a penhorabilidade e a comunicabilidade do bem. Não cabe confusão dos dois institutos, bem como não é pertinente alegar que com a extinção do usufruto se extingue a inalienabilidade, a impenhorabilidade e/ou a incomunicabilidade.

Acrescenta-se a este argumento, o fato do doador ter interesses distintos quanto à fixação do usufruto e das cláusulas de restrição voluntária de direito de propriedade. Quando o doador decide instituir o usufruto, ele visa o direito de usar e gozar, dele ou de terceiros, enquanto que quando impõe as cláusulas voluntárias limitativas ao direito de propriedade ele busca defender os interesses do(s) donatário(s) e/ou herdeiro(s).

3.1.9 A inalienabilidade e o fideicomisso

O fideicomisso (art. 1.951, do Código Civil) é um ato de disposição de vontade expresso em testamento quanto à parte disponível do patrimônio, pelo qual o testador (fideicomitente) deixa bem para o sucessor do seu herdeiro. Assim, o herdeiro ou legatário (fiduciário) que recebe inicialmente o bem tem o encargo de transmitir a sua propriedade para o proprietário final (fideicomissário).

Sobre a possibilidade da instituição do fideicomisso juntamente com cláusulas restritivas do direito de propriedade, Ademar Fioranelli (2009) nos ensina:

Embora possa clausular, expressamente, porquanto não há dispositivo que o proíba, entendem os doutrinadores que essa seria uma medida até certo ponto inocua e desnecessária, pois as cláusulas restritivas já estariam implícitas no fideicomisso. É que, mesmo alienado pelo fiduciário, ou, ainda onerado, quer sofra execução ou venha a casar-se, ocorrendo o seu falecimento, o adquirente será dono de uma propriedade resolúvel. Assim, o exequente ou credor perderá o direito e a garantia real, pois o direito de seqüela é inerente à cláusula fiduciária e o fideicomissário, repita-se, receberá o bem totalmente livre.

Assim sendo, não há porque questionar a possibilidade de imposição conjunta de fideicomisso e da inalienabilidade, impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade.

Contudo, deve-se ater ao fato de que as cláusulas limitativas ao direito de propriedade não alcançam o fideicomissário, tendo em vista a impossibilidade jurídica da sua extensão por duas gerações. Caso tal fato ocorra, a cláusula será tida como não escrita.

3.2 Cláusula de Impenhorabilidade

A impenhorabilidade é uma cláusula imposta pelo doador ou testador, assegurando que o bem ou direito com ela gravado não possa ser objeto de penhora por dívidas do seu proprietário. A sua imposição deve ser justificada pelo testador quando se tratar da legítima, o que não é necessário quando for imposta pelo testador com relação à parte disponível e também pelo doador.

De acordo com Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2004), alguns dos bens impenhoráveis, são: os soldos, as provisões e montepios, os salários, os utensílios e ferramentas de ofícios e os vencimentos de professores e funcionários públicos.

Conforme já tratado, a impenhorabilidade está implícita na inalienabilidade (*caput*, do artigo 1.911, do Código Civil). No entanto, o inverso não é verdade. Assim sendo, é admitido o estabelecimento da impenhorabilidade desacompanhada da inalienabilidade. Todavia, alguns autores não concordam com esse posicionamento.

O artigo 649, do Código de Processo Civil considera como absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis. Ademais, o artigo 650, do mesmo instituto jurídico, afirma que à falta de outros bens, poderão ser penhorados os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis.

A impenhorabilidade pode ser vitalícia ou temporária, sendo que, neste caso, passado o tempo previsto para a sua vigência, voltam os credores do bem a ter o direito de solicitar a sua penhora, tendo em vista a dívida contraída pelo proprietário, o que não ocorre na impenhorabilidade vitalícia.

Ademais, a impenhorabilidade pode ser absoluta ou relativa, abrangendo todos ou partes dos bens gravados.

A impenhorabilidade também pode ser imposta com relação a alguns ou todos os herdeiros ou donatários, bem como desacompanhada da inalienabilidade e incomunicabilidade.

Segundo o professor Salomão de Araujo Cateb (2008), excepcionalmente “o Tribunal de Justiça de São Paulo [...] decidiu que, mesmo inalienável e impenhorável o apartamento, poderá sobre ele incidir penhora para cobrar taxa de condomínio não paga pelo proprietário.” Em outros casos, a penhora de bem impenhorável é inadmissível, devendo ser declarada nula.

Quanto à impenhorabilidade dos frutos do bem gravado com impenhorabilidade, Silvio Rodrigues, citado por Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2004), nos ensina que a doutrina se divide em três correntes, quais sejam:

[...] 1ª) os frutos poderão ser penhorados, pois a cláusula deve ser interpretada restritivamente;

2ª) 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
3ª) serão impenhoráveis os frutos dos bens inalienáveis se o testador houver expressamente determinado.

Isto posto, para que não haja questionamentos posteriores, é pertinente que o testador ou o doador ao impor a cláusula de impenhorabilidade a um determinado bem, caso deseje que os seus frutos e rendimentos também sejam impenhoráveis, afirme tal fato taxativamente.

Ademais, Pedro Lino de Carvalho Júnior, citado por Cristiano Chaves Farias, acrescenta que para a imposição de impenhorabilidade sobre os frutos e rendimentos, deve o testador ou doador expressamente citar quais são as fundadas razões para tal, ou melhor, qual a justa causa para tal clausulação.

Enfim, a cláusula de impenhorabilidade recai sobre os bens ou direitos recebidos pelo donatário ou herdeiro. Somente com o seu falecimento e desde que ele não tenha novamente gravado os bens e direitos com tal cláusula, eles serão considerados livres e poderão ser penhorados, salvo a exceção acima citada (taxa de condomínio de imóvel impenhorável).

3.3 Cláusula de Incomunicabilidade

A cláusula de incomunicabilidade é imposta aos bens do herdeiro, que não entram na comunhão de bens com o seu cônjuge, independente do regime de casamento por eles adotado.

Com a imposição da citada cláusula, o proprietário do bem terá a sua propriedade exclusiva, não podendo comunicar, ou seja, entrar em comunhão com o seu cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, conforme disposto no inciso I, do artigo 1.668, do Código Civil.

A imposição dessa cláusula objetiva que o patrimônio permaneça no seio familiar, sendo, passado aos seus descendentes consanguíneos e não aos “agregados” à família.

Para Silvio Rodrigues (2002), diferentemente da cláusula de inalienabilidade, a de incomunicabilidade, é uma proteção ao direito do herdeiro, legatário ou beneficiário, não colidindo com interesse de terceiros.

No século XX, muitos pais clausularam com a incomunicabilidade os bens e direitos deixados aos seus filhos, dizendo assegurar assim que os seus genros e noras deles não dispusessem em proveito exclusivamente próprio, até mesmo assegurando-se de cônjuges pródigos ou de casamentos por interesse patrimonial. Além disso, muitos pais clausularam herança deixada às suas filhas com a incomunicabilidade para que elas não estivessem sujeitas aos desmandos dos seus maridos, haja vista disposição legal vigente à época, que assegurava a eles a administração dos bens do casal (artigo 1.723, do Código Civil de 1916, sem

correspondente no Código Civil de 2002), sendo as mulheres consideradas incapazes (entendimento hoje superado). Assim sendo, muitas famílias consideravam prudente acrescentar à cláusula de incomunicabilidade, que os bens ou direitos por ela atingidos seriam livremente administrados pelo herdeiro.

Como já citado, segundo o artigo 1.911, do Código Civil, a cláusula de inalienabilidade abarca as cláusulas de incomunicabilidade e a de impenhorabilidade. No entanto, diversamente, a incomunicabilidade não implica na inalienabilidade e na impenhorabilidade. Desta maneira, nada impede que o doador ou testador disponha de um bem ou direito a terceiro, clausulando-o tão somente com a incomunicabilidade. Observa-se que o indivíduo também pode utilizar a cláusula de incomunicabilidade e de inalienabilidade, sem citar a impenhorabilidade, o que nos mostra que a sua intenção não era tornar o bem ou direito impenhorável, devendo assim ser tal fato interpretado à luz do artigo 1.899, da legislação civil.

Entretanto, alguns autores, dentre eles Carlos Maximiliano, citado por Carlos Alberto Dabus Maluf (2006), acreditam que a comunicabilidade é a regra, sendo a incomunicabilidade a exceção e por isto necessária a sua previsão expressa, o que os leva à crer que a incomunicabilidade não decorre da inalienabilidade.

Quando ocorre a venda de bem ou direito gravado com a cláusula de incomunicabilidade e consequente aquisição de outro com o dinheiro da venda, para a qual é essencial a autorização judicial (parágrafo 2º, artigo 1.848, do Código Civil), deve constar no contrato de compra e venda a realização de tal sub-rogação (inciso II, do artigo 1.659, da legislação civil), sob pena dela não ser considerada válida. No entanto, no calor das negociações muitas pessoas não se recordam disso, transformando um bem que era incomunicável em comunicável, sendo que na divisão dos bens do casal, em eventual separação realizada sob o regime de comunhão parcial (regime supletivo legal) ou universal (regime legal até o advento da Lei do Divórcio), pode ocorrer o questionamento da subsistência de tal cláusula, o que é incabível.

3.3.1 Incomunicabilidade e reversão

A reversão está prevista no Código Civil, no artigo 547: “O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.”

Assim sendo, a reversão é o retorno do bem doado, do donatário ao doador, em virtude do falecimento daquele e não deste. Nessas situações, Ademar Fioranelli (2009) nos lembra que é

“indispensável que a cláusula reversiva e resolutiva venha acoplada à de incomunicabilidade, sem a qual se tornaria inviável o implemento da condição”.

3.4 Meios de gravar os bens

Apesar do tema em questão já ter sido abordado no que tange à inalienabilidade, é importante que ele seja analisado brevemente sobre a ótica da restrição voluntário ao direito de propriedade como um todo.

Para Carlos Alberto Dabus Maluf (2005), as restrições voluntárias ao direito de propriedade podem ser impostas pelo proprietário em testamentos, doações ou contratos de compra e venda. Já para Orlando Gomes (2004), tais limitações podem ser estipuladas também em constituição de renda.

Sílvio de Salvo Venosa (2005) acredita que a imposição de cláusula voluntária limitativa de direito de propriedade somente pode ocorrer em doações ou testamentos, não tratando da possibilidade de sua imposição em contratos de compra e venda, conforme admitido por Carlos Alberto Dabus Maluf nem em constituição de renda, como cita Orlando Gomes.

Entretanto, para a maior parte da doutrina, as limitações voluntárias ao direito de propriedade somente podem ser impostas através de testamento ou doação.

No caso da imposição ocorrer em testamento, o testador pode determinar aos seus herdeiros ou legatários uma determinada obrigação que, após o seu falecimento e por um determinado período de tempo ou até mesmo sob uma condição certa, será sua herança ou legado a eles transmitido.

No que tange às doações, existe a possibilidade de estabelecimento da cláusula de inalienabilidade temporária, vitalícia ou de certos encargos, sendo esta modalidade de doação chamada de modal. Neste caso, o direito de propriedade estará limitado ao cumprimento da dita imposição.

Já as limitações impostas em contratos de compra e venda podem se dar quando o vendedor impõe ao comprador restrições à sua propriedade.

Quanto à retrovenda, a qual impõe a paralisação temporária do poder de dispor por parte do comprador do bem, o vendedor dispõe da possibilidade de resgatá-lo durante tal período, mediante restituição do preço e o pagamento das despesas realizadas naquele período pelo então comprador.

A limitação por constituição de renda, conforme nos ensina Orlando Gomes (2004), trata-se de um contrato que “pode constituir-se por tempo determinado, em benefício próprio ou

alheio, uma renda ou prestação periódica, entregando-se bem imóvel ou capital em dinheiro a pessoa que se obriga a satisfazê-la.”

3.4.1 Da doação modal

Dentre os meios de doação, destaca-se a doação modal, a qual consta do artigo 553, da legislação civil.

Assim sendo, são dois os elementos que compõe a doação modal: o ato de liberalidade (do doador) e o encargo (do donatário).

No entanto, observa-se que quando a doação modal acontece clausulada com restrições voluntárias ao direito de propriedade, o que existe é uma limitação de poder e não de encargo (obrigação).

3.4.2 Da herança modal

Também existe a possibilidade de herança deixada por testador sob determinado encargo ao herdeiro, o qual deverá por ele ser aceito, bem como deve se comprometer a adimpli-lo.

Nesses casos, admite-se a aceitação da herança acompanhada de caução, a qual garante o adimplemento do encargo ou pode ser utilizado para eventuais perdas e danos.

Entretanto, admite-se a isenção do encargo caso se trate de impossibilidade jurídica do seu cumprimento, sem culpa do herdeiro, no caso da obrigação resultante do encargo ser tida como ilícita.

O não cumprimento do encargo estipulado pelo testador torna anulável a disposição testamentária, desde que seja promovida ação declaratória de ineficácia da disposição pelo interessado no adimplemento do encargo estipulado ao herdeiro.

3.5 Restrição à abrangência da clausulação quanto à herança

Prevê a legislação civil vigente: “art. 1848. 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”.

Há restrição da utilização das cláusulas restritivas de direito de propriedade quanto aos bens que constituem a legítima.

A legítima, de acordo com o artigo 1.846, do Código Civil, “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, [sendo que] a metade dos bens da herança [a constituem] [...]”.

Ademais, os herdeiros necessários são, conforme nos ensina Salomão de Araujo Cateb (2008), os descendentes, os ascendentes e o cônjuge a quem pertence “de pleno direito, a metade dos bem da herança, constituindo a legítima”.

Enfim, quanto à parte da herança que constitui a legítima, poderá ocorrer a imposição de limitações voluntárias ao direito de propriedade somente quando houver justa causa. Já quanto à parte disponível da herança, seja ela deixada para herdeiro necessário ou terceiro, poderá ser clausulada com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sem a necessidade de qualquer justificação pelo testador.

4 CONCLUSÃO

Com a rapidez do crescimento da população mundial, a propriedade passou a ser tema de disputas entre os povos, os quais buscavam com ela obter poder e prestígio. No entanto, hodiernamente esse poder não pode ser considerado ilimitado, devendo-se ater às restrições legais, constitucionais, administrativas e voluntárias da propriedade.

As restrições administrativas são aquelas relacionadas ao poder público, como a desapropriação. Já as legais são as que buscam promover o convívio social, estando previstas tanto no Código Civil quanto em leis especiais, como, por exemplo, o direito de vizinhança e o direito de edificação. Quanto às restrições constitucionais, destacam-se os incisos XII ao XXV, do artigo 5, da Constituição da República de 1988, que tratam, por exemplo, da garantia ao direito de propriedade e da função social.

As restrições voluntárias ao direito de propriedade, tema principal do presente trabalho, são instituídas por liberalidade do proprietário do bem, atingindo os seus herdeiros e donatários. Elas afetam as relações familiares, podendo até gerar polêmica quando envolve questões patrimoniais. As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade podem ser utilizadas em testamentos e doações.

A cláusula de inalienabilidade impede que o novo proprietário do bem venha a aliená-lo, seja durante um determinado período ou não, o que será delimitado pelo testador ou doador.

Quanto à imposição da incomunicabilidade, verifica-se que o cônjuge do proprietário do bem com tal gravame não possui qualquer direito sobre ele, independente do regime de bens

adotado pelo casal. Dessa maneira, a sua administração ficará exclusivamente sobre a responsabilidade do donatário ou herdeiro.

No que tange à impenhorabilidade, o que o testador ou doador visa quando da sua imposição é a frustração de qualquer penhora que possa recair sobre o bem com ela gravado.

No entanto, caso o herdeiro ou donatário de bem gravado com inalienabilidade deseje vendê-lo ou sub-rogar tal cláusula a outro bem, é essencial que seja obtida autorização judicial, devendo para tanto apresentar justa causa que torne realmente imprescindível tal ato.

Ocorrendo renúncia da legítima e tendo o herdeiro recebido-a clausulada com restrição voluntária de direito de propriedade devidamente justificada, essa parte da herança voltará ao monte partilhável sem o gravame, posto que se trata de direito personalíssimo.

Assim sendo, as restrições voluntárias ao direito de propriedade são úteis à preservação do patrimônio familiar contra incertezas futuras. Entretanto, elas devem ser utilizadas considerando-se as previsões legais e de maneira razoável, não impossibilitando a livre circulação de riquezas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1932.

BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) *et alii. A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

CATEB, Salomão de Araujo. *Direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=694>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *et al. Atualidades Jurídicas*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Código civil anotado*. 9. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Sistemas de registros de imóveis*. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESTIGARA, Adriana. *A insubsistência das restrições à legítima: ante a não declaração da justa causa no prazo estabelecido pelo artigo 2.042 do Código Civil*. Informe Jurídico Consulex. Brasília, ano XIX, n. 31, p. 19-31/4 a 19-31/5, Ago. 2005

FARIAS, Cristiano Chaves. *et al. Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FILHO, Nicolau Balbino. *Registro de Imóveis – Doutrina – Prática - Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito registral imobiliário*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

FRANÇA, Júnia Lessa (coord.) et al. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 4. ed. (revisada e aumentada). Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. (atualizada / por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sucessões*. 12. ed. (revisada, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 / por Mário Roberto Carvalho de Faria). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: comentários ao código civil português*. V. 11. Coimbra: Coimbra, 1936.

LAMY, Marcelo. Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. *Revista Internacional d'Humanitats*. Barcelona, ano XIX, n. 31, 2007. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/rih11/lamy.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

_____. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Freitas Barros, 1958, v. II, p. 25.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. v. 6. 35. ed. rev. atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil: direito de família*. V. 2. 28. ed. rev. atual. (atualizada / por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

MORATO, Francisco. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. *Direito*, ano 4, v.20.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. v. 5. 27. ed. (atualizada de acordo com o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. v. 7. 25.ed. (atualizada de acordo com o novo Código Civil; Lei nº 10.406, de 10-01-2002 / com a colaboração de Zeno Veloso). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 27.ed. (atualizado / por Francisco José Cahali; com anotações sobre o novo Código Civil; Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das Cláusulas Restritivas de propriedade: Inalienabilidade, Impenhorabilidade, Incomunicabilidade, Conversação e Administração ou Commentario ao art. 3º da lei successoria n. 1839 de 31 de dezembro de 1907*. São Paulo: Escolas Prof. Salesianas, 1910.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das coisas*. v. 5. 27. ed. (atualizada de acordo com o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. v. 7. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito civil: direitos reais*. v. 5. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXVII, n. 91, Mai. 2007.

<www.stf.gov.br>