

DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA — CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE. O encargo (*modus*) e a restrição de poder. Sub-rogação: possibilidade.

JACQUES RABELLO RIBAS

1º Curador, designado.

1. Bem lembrado (fl.) que o pedido de sub-rogação é procedimento de jurisdição voluntária, mesmo porque assim dispõe expressamente o art. 1.112, inc. II, do Código de Processo Civil. E conquanto a jurisdição voluntária seja atividade judiciária, distingue-se da jurisdição contenciosa pelo seu caráter meramente administrativo. “A jurisdição voluntária é atividade administrativa, de caráter judiciário, em negócio jurídico onde a intervenção estatal é *conditio sine qua non* para que este se realize ou se complete. Como consequência, essa atuação estatal é substancialmente constitutiva, devendo acrescentar-se que a lei a exige como fim primacial de prevenir lides ou lesões futuras, como salienta CARNELUTTI.” (J. FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 307). E, na mesma obra, o eminente mestre faz esta diferenciação: “Distingue-se a jurisdição voluntária da contenciosa (ou jurisdição propriamente dita), porque embora atividade judiciária, o seu caráter é o de atividade estatal administrativa.” E a seguir afirma que “o pressuposto da jurisdição voluntária é, assim, um negócio ou ato jurídico, e não, como acontece na jurisdição contenciosa, uma lide ou situação litigiosa... O contraditório entre as partes é o traço exterior da jurisdição contenciosa. No procedimento de jurisdição voluntária, o que pode surgir é uma controvérsia ou dissenso de opiniões, que não se confunde com a situação contenciosa ou lide, como esclarece CARNELUTTI. Inexistindo a lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes. ALCALÁ-ZAMORA, atentando para esses caracteres da jurisdição voluntária, mostrou que nesta não há litígio, e sim negócio, participantes em lugar de partes, pedido ao invés de ação.” (Ob. cit. p. 310). Portanto, estando o pedido de sub-rogação dentro dos procedimentos de jurisdição voluntária, visa-se apenas a obter o deferimento do requerido, a despeito da manifestação contrária dos interessados, que terão ação própria para desconstituir a sub-rogação, se for o caso, mesmo porque, estribados na doutrina de JOSÉ ALBERTO DOS REIS (v. seus *Processos Especiais*), só é viável a desconstituição do ato judicial da sub-rogação, quando não acarretar prejuízos em virtude dos efeitos que foram produzidos.

2. Como quer que seja, porém, o cerne do problema suscitado nos presentes autos se cifra à interpretação desta disposição testamentária: “sobre esse quinhão de terras de minha herança imponho as cláusulas de inalienabilidade e de incomunicabilidade, por desejar que continue com meus filhos, enquanto viverem, um bem que se acha na minha família há cerca de cem anos” (fls.), dos autos do inventário.

3. A impugnação de fls., oposta pelas filhas do legatário, se atém fundamentalmente no aspecto de que contendo a aludida disposição testamentária um encargo, que fora cometido ao Requerente da sub-rogação por sua falecida progenitora, estão elas — as fi-

lhas – legitimadas para o ato da impugnação, eis que herdeiras necessárias. Ora, desde que se entenda, como as Impugnantes o entendem, que há um *modus* naquela disposição por testamento, e, ainda, considerando que “qualquer interessado poderá constrangê-lo à execução do encargo” (CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro interpretado*, v. 23, p. 230), parece ao signatário que as filhas do legatário têm legitimidade para impugnar a sub-rogação.

4. Todavia, convém examinar a raiz do dissenso: trata-se, na espécie dos autos, de um encargo cometido ao Dr. José Maria Borges de Almeida e a seu irmão, ou se trata apenas de uma restrição de poder?

5. Complexa pela sua própria natureza, a matéria demanda análise bem mais detida do que eventualmente poderia parecer. Com efeito, partindo do conceito do encargo, ou modo, dado por CARLOS MAXIMILIANO (*in Direito das Sucessões*, v. 2, p. 187), tem-se que o mesmo é uma obrigação acessória, aposta à cláusula testamentária, e pela qual do beneficiado se exige uma prestação real ou pessoal, ou o adimplemento de um ônus. *In casu*, gravando o imóvel com as cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade, manifestou a testadora o desejo de que dito imóvel ficasse sob o domínio da família, que o tinha há cerca de um século. A oração subordinada temporal inserida na disposição – enquanto viverem –, *data venia*, não tem outro sentido senão o de estabelecer o tempo de duração do gravame, o que de maneira nenhuma poderia se confundir com modo ou encargo, que, segundo o conceito de CARLOS MAXIMILIANO antes referido, exige do beneficiado uma obrigação acessória, uma prestação real ou pessoal, ou o adimplemento de um ônus. No entanto, pelos termos da disposição, ao que é lícito inferir-se, a testadora tão somente pretendeu que os filhos, os legatários, mantivessem o imóvel enquanto vissem; nada exigiu mais do que isso, pois caso contrário teria instituído o fideicomisso, tanto mais que para o testamento teve a assistência de um jurista do quilate de ADAUTO LÚCIO CARDOSO, que honrou sobremodo o Pretório Excelso, quando de sua passagem pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Ademais, não será preciso penetrar nos umbrais sombrios das discussões doutrinárias sobre encargo, ou sobre condições, para entender que a restrição imposta pela testadora nada mais é do que uma mera recomendação. Pois como muito congruamente assevera o douto PONTES DE MIRANDA (*in Tratado de Direito Privado*, v. 56, p. 369), “regras para distinguirem *modus* e *nuda praecepta*, aquele juridicamente eficaz (obrigatório) e este só moralmente: a. procurar saber se, pelas circunstâncias, ainda que a favor do beneficiado, a intenção do testador era *obrigar*, isto é, conferir eficácia jurídica. Um dos elementos é a intensidade do *interesse* que mostra o disponente na execução do que recomenda...”

7. Ora, no caso, ao que tudo indica, o interesse da disponente não foi além de uma simples recomendação: a de que o imóvel, como acontecia há cem anos, continuasse com a família. Não há, rigorosamente, nenhuma obrigação, pois não se pode interpretar a expressão “enquanto viverem” como um encargo; seria forçar demais a vontade da testadora, dizer-se que com aquela expressão ficara estabelecida uma obrigação, que é própria do *modus*. Mas que obrigação? A de não alienar? Bem, esta não é um encargo, senão uma cláusula do testamento, e como tal suscetível de sub-rogação, desde que provadas a necessidade e a conveniência.

8. Assim, em última análise, a expressão inserida no testamento “enquanto viverem”, ligada àqueloutra “por desejar que continue com meus filhos um bem que se acha na minha família há cerca de cem anos”, transparece, lucidamente, *data venia*, que mais se trata de uma simples recomendação, de um mero capricho da testadora, do que de um encargo, pois se fosse mesmo sua intenção que o imóvel permanecesse na família, teria instituído, como já se disse, o fideicomisso.

9. Em verdade, o que se contém naquela disposição nada mais é, tecnicamente, do que uma restrição de poder. E o que significa “restrição de poder”? Ninguém melhor do que PONTES DE MIRANDA para respondê-lo: “Também não se deve confundir o *modus* com as restrições de poder, a que a lei brasileira chama *cláusula* (inalienabilidade, incomunicabilidade, venda só judicial ou se em leilão, impenhorabilidade). Errado, a respeito, CARMELO SCUTO...; certo, F. REGELSBERGER (...), que a todos advertiu quanto a de não alienar ou de não entregar aos credores: tal determinação, disse ele, não tem por fito um dever, mas restrição de poder. Acrescentemos: tais cláusulas cabem, precipuamente, ao testamenteiro, são *objetivas*, podem e devem ser averbadas, registradas, ainda contra a vontade do herdeiro legatário. Ora, o *modus* é obrigação do herdeiro ou legatário, é obrigação de ato ou omissão”. E, mais adiante, na mesma obra, adverte o insígne jurista: “As cláusulas de restrição de poder podem constar de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais entre vivos, ou de disposição a causa morte. Falamos de restrições, e não de limitações, porque, para terminologia inequívoca, só chamamos *limitações de poder* as que a lei faz. Trata-se, aqui, de determinações *mortis causa*, que não *condicionam* a disposição, nem a subordinam a *termo*, nem lhe anexam *modus*, mas incidem nos bens ou objetivamente, quanto à eficácia, os atingem. Seria erro confundi-las com as disposições modais, propriamente ditas. É de estranhar que as cláusulas de inalienabilidade, as de impenhorabilidade, as de incomunicabilidade e outras mais, que não constituem *fim*, nem *condição*, nem simples *termo*, fossem encobertas com essas e outras figuras jurídicas. Bem frisou F. REGELSBERGER (...) que as cláusulas gravativas (e devemos acrescentar: de efeitos pessoais e reais), como as de inalienabilidade e as de impenhorabilidade, não contém *modus*. Não há, nelas, um *dever*, mas sim restrição de poder (...). Não há obrigação.” (*In Tratado de Direito Privado*, v. 56, p. 303). Por outro lado, tendo-se a expressão “enquanto viverem” como uma mera recomendação da testadora, jamais como um encargo, “a inalienabilidade, a incomunicabilidade e a impenhorabilidade são cláusulas testamentárias; não podem considerar-se condições ou encargos; não se confundem com o *modus* em geral (*in* CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. 3, p. 112). Enfocando o problema da limitação de poder, o preclaro CARVALHO SANTOS assim doutrina: “O que o Código denomina cláusula de inalienabilidade não é senão uma limitação de poder; não constitui *modus*. É uma determinação que, uma vez aberta a sucessão, incide nos bens; os efeitos contra terceiros é que podem depender de exigências registárias.” (*Código Civil interpretativo*, v. 23, p. 320).

10. E por não se tratar, na espécie, de fideicomiso, como ressalta à toda evidência, é de todo despiciendo enveredar pelo estudo desse instituto. De *modus* já se viu que não se trata; de usufruto, muito menos ainda.

11. Cabe agora examinar-se da possibilidade de sub-rogação que é a *ratio essendi* do pedido. Antes, porém, atente-se para o fato de que o requerido na inicial dos autos apenas aos do inventário, foi deferido já pelo MM. Juiz do feito, consoante se vê a fls. É em razão de tal deferimento, o Requerente efetivou os negócios de que tratam os documentos dos autos da sub-rogação. Ora, tendo em vista a doutrina de JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*in Processos Especiais*), só é viável a desconstituição do ato judicial da sub-rogação, quando não acarretar prejuízos em virtude dos efeitos produzidos. E, nesse caso, o Alvará deve subsistir, ainda que oportunamente as Impugnantes tenham que promover a nulidade do ato, através de ação própria, de jurisdição contenciosa.

12. Diante dos termos da disposição testamentária, seria possível a sub-rogação? Positivamente sim, para esta Curadoria, mesmo porque não há tanto mistério nisso. Discorrendo a respeito, assevera o inigualável CLÓVIS BEVILÁQUA: “A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada. O Código Civil somente a permite temporariamente, ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da

vida de uma pessoa, são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas, é, portanto, anti-econômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem-estar da família, para impedir a delapidação dos pródigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens. Retirá-los, em absoluto e para sempre, do comércio, seria sacrificar a prosperidade de todos ao interesse de alguns, empobrecer a sociedade, para assegurar o bem-estar de um indivíduo, ou de uma série de indivíduos. A temporariedade deve ser aqui entendida num sentido restrito. Seria fraudar a lei, que proíbe a inalienabilidade perpétua, estabelecê-la por mil anos, por cem anos ou coisa assim. O conceito de temporariedade, na sistemática do Código Civil, corresponde a uma duração sempre inferior à de uma vida normal.” (CLÓVIS BEVILÁCQUA, *Código Civil*, v. 6, p. 136). É ainda o emérito jurista quem afirma, em prosseguimento: “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 provada (art. 146). 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.” Ora, quanto à conveniência que advirá para o Requerente, dadas as razões que ele apresenta — idade, condições de saúde, impossibilidade de arrendamento rendoso do imóvel — todas aceitáveis, é evidente que a sub-rogação convém. “O Código permite a sub-rogação da inalienabilidade em outros bens; não somente no preço da desapropriação por necessidade pública, no saldo dos executados por dívida de impostos relativos aos respectivos imóveis, como ainda no caso de real conveniência do proprietário do bem inalienável, reconhecida pelo juiz. A sub-rogação pode dar lugar a abusos, mas a sua proibição, em absoluto, seria injusta por lesiva de legítimos interesses. Muitas vezes o proprietário estará impossibilitado de utilizar o imóvel (é, precisamente, o caso do Requerente), por falta de recursos, pela situação do bem, ou por outra razão igualmente valiosa. O direito não pode querer o prejuízo do proprietário e a inutilização do bem, quando os fins da inalienabilidade se podem alcançar com o expediente da sub-rogação.” (in CLÓVIS, ob. cit., p. 137). Por sua vez, PONTES DE MIRANDA (in *Tratado de Direito Privado*, v. 57, p. 98), adverte: “O art. 1.676 não figurava no Projeto primitivo, nem no revisto. Procedeu de emenda do Senado, redigida por FELICIANO PENA. Porém não passou como redigira. Para o vermos, basta-nos comparar os textos. Dizia a emenda constitutiva de um artigo aditivo: “A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada, pena de nulidade por atos judiciais de qualquer espécie; sendo igualmente proibida, sob a mesma pena, existindo aquela cláusula, a sub-rogação dos bens. Se assim tivesse permanecido — prossegue PONTES DE MIRANDA — estaria contra as sub-rogações texto expresso de lei. Porém, na Câmara dos Deputados, opôs-se a parte final da Comissão: Esta emenda deve ser rejeitada, em virtude de sua segunda parte. É certo que a sub-rogação de bens inalienáveis tem dado lugar a graves abusos, mas, nem por isso, pode ser proibida. O adquirente de bens com essa cláusula, muitas vezes, está impossibilitado de conservá-los, e então a sub-rogação é necessária. Uma propriedade agrícola, por exemplo, é legada com a cláusula de inalienabilidade, mas pode suceder que o legatário, atenta a sua profissão e lugar de residência, não possa administrá-la, nem teria meios para fazer as despesas que sua exploração exige. Em tal caso, é indispensável a sub-rogação em outros bens ou títulos com o mesmo valor, a fim de não sofrer ele um prejuízo, muitas vezes, completo.”

(Ob. cit., p. 98). É, *data venia*, a hipótese dos autos: o Requerente, homem idoso e adoentado, não teria condições de cuidar satisfatoriamente do imóvel clausulado, donde a necessidade de sub-rogar-se o bem em outros de valor igual ou superior.

13. Enfim, esclarecida *quantum satis* a matéria, inexistente qualquer encargo, mas mera recomendação da testadora, são absolutamente pertinentes ao caso a jurisprudência de fls., e, especialmente, a doutrina do insigne Prof. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, constante dos autos por cópia xerografada da Rev. Forense (fls.). E por assim entender esta Curadoria, *data venia* de opinião contrária, ainda que emergindo esta de profissional do nível do ilustre patrono das filhas do Requerente, opina-se pela sub-rogação requerida, já deferida e com as conseqüências de transações acabadas, mas suspensa por provocação das Impugnantes, as quais, uma vez desconformes, terão as vias ordinárias para a postulação de seus direitos, em processo de natureza contenciosa.

*SIC MIHI VIDETUR, SUB CENSURA.*

Porto Alegre, 31 de outubro de 1980.