

CLAUSULA DE INCOMUNICABILIDADE — BENS MÓVEIS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.^a CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 4.176

Agravante: 1.º Curador de Resíduos

Agravado : Espólio de G. B. M., representado por sua inventarian-
te, C.M.P.

Agravo de Instrumento. Bens móveis gravados com cláusula de incomunicabilidade. Alienação. Indepe de sub-rogação.

PARECER

Insurge-se o ilustrado 1.º Curador de Resíduos contra a decisão reproduzida a fls. 39, deferitória do pedido xerocopiado às fls. 08/13.

Entende o ilustre Juiz *a quo* que “em passo algum impõe a lei a sub-rogação do bem gravado com a incomunicabilidade.”

Dispôs o finado G. B. M., em testamento, relativamente à C. M. P., sua filha, a cláusula seguinte:

“legítima livre e em plena propriedade, incomunicável, porém ao futuro e eventual cônjuge, ao convolar novas núpcias, seja qual for o regime por ela adotado em seu possível novo casamento, ficando sempre e em qualquer caso os bens sob exclusiva administração da mulher herdeira” (v. fls. 08).

Sustenta o douto Recorrente, invocando o inciso XI, do art. 263, do *Código Civil* — que, ao seu ver, há de ser entendido como o é o seu inciso II — que “permitir-se a alienação, pura e simples, do bem incomunicável seria sobrepor à vontade do testador a vontade do herdeiro ou legatário, ferindo-se, assim, o princípio basilar da sucessão testamentária que se assenta no mais absoluto respeito à vontade do *de cuius*” (*sic*, fls. 05).

Mantida, às fls. 49/51, a R. decisão agravada, com valiosos subsídios.

Afigura-se-nos, *data venia*, incensurável o douto *decisum* recorrido.

A Lei n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, no art. 58, ampliou e generalizou a regra das *Ordenações*, quanto à *incomunicabilidade*: se a mulher *solteira ou viúva*, com ou sem filhos, contasse mais de cinquenta (50) anos de idade, ou o marido mais de sessenta (60), não haveria comunhão de bens.

A chamada Lei Feliciano Pena (Lei n.º 1839, de 31-12-1907), alterou profundamente — como afirmou *Pontes de Miranda* — nosso direito substantivo, ao admitir a proibição de alienar — absoluta e vitalícia (não consagrada no regime pretérito), no seu art. 3.º, *verbis*:

“Art. 3.º — O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incurium incabilidadi, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus.”

Impressionaram ao autor do Projeto, convertido na Lei n.º 1.839, de 31-12-1907, os casos, segundo ele, *não raros*, “em que a incapacidade dos herdeiros aniquila, em pouco tempo, grandes fortunas adquiridas com enorme sacrifício, ficando imersos em profunda miséria.”

O *Código Civil*, na esteira da Lei Feliciano Pena, impõe limitações à legítima, ao dispor:

“Art. 1723 — Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, a estabelecer-lhes condições de inalienabilidade, temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos.”

O *Código Civil* prevê, nos arts. 1676 e 1677, exceções ao princípio da nulidade da alienação clausulada de inalienabilidade:

- a) por desapropriação por necessidade ou utilidade pública;
- b) a execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis;
- c) a sub-rogação autorizada pela autoridade judicial.

Tem sido, de longa data, alvo de preocupação de ilustres juristas, havendo respeitáveis divergências, a questão: se a cláusula de *inalienabilidade* envolve a *incomunicabilidade*.

Manifestou-se, a propósito, *Pontes de Miranda*, do seguinte modo:

“... Dizer-se que os bens inalienáveis são comunicáveis é negar-se a própria inalienabilidade porque a comunicação é alienação. Quem aliena metade de um bem, aliena; quem se casa e do casamento resulta comunicação de metade do bem, também aliena. Não seria possível conceber-se comunicação sem alienação.

Nem todos os bens incomunicáveis são inalienáveis; mas todos os bens inalienáveis são incomunicáveis.

É certo que se pode preferir que os bens sejam inalienáveis a terceiros, mas comunicáveis. Em tal caso, não se trata de verdadeira cláusula de inalienabilidade. Trata-se, sim, de cláusula especial, que concebe a inalienabilidade subjetivamente limitada; não se pode alienar a pessoa que não seja o outro cônjuge” (in *“Tratado de Dir. de Família”*, 3.^a ed., vol. II, págs. 220/221).

Como se infere da lição do emérito jurista *supra* mencionado, embora sejam comunicáveis os bens inalienáveis, não é, entretanto, verdadeira a recíproca, isto é: não são inalienáveis os bens gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

Trata-se na espécie, a interessada, de mulher ao que parece *viúva*, tendo em vista o teor da cláusula testamentária em exame (v. fls. 08) — de cinqüenta (50) anos de idade, que, se, porventura, vier a contrair matrimônio, estará, obrigatoriamente, sujeita ao regime da separação absoluta de bens, *ex vi* da norma contida no § único, inciso II, do art. 258, da lei substantiva.

Além disso, é inaplicável, *in casu*, o preceituado no inciso II, do art. 263, do referido diploma legal, eis que não se cogita de bens *doados* ou *legados*, mas de gravame imposto à legítima.

Como acentuado, outrossim, a fls. 13:

“A herança da Supte. é constituída de um título de clube e de ações, não existindo, por conseguinte, a hipótese de incidência do DL 6777, ainda que vigente estivesse. Não sendo o caso de restrição à propriedade da Supte., que poderá vender livremente os bens móveis incomunicáveis, inclusive sem a necessidade de sub-rogação, e sendo incontroverso que a Supte. somente poderia vir a se consorciar pelo regime da completa separação de bens, não se justificaria que sobre as ações herdadas pela Supte. viesse a incidir qualquer restrição ou embaraço à

livre negociabilidade, a qual, se existente, obrigaria a conversão de todas as ações herdadas pela Supte. em nominativas."

No lúcido Parecer da lavra do eminente e saudoso Dr. Romão Côrtes de Lacerda, emitido, ao tempo em que era Procurador-Geral da Justiça do antigo Distrito Federal, no Agravo de Instrumento n.º 6.117, datado de 11-02-1943, reproduzido às fls. 14/15, foi dito o seguinte:

... "A incomunicabilidade, porém, não abrange a inalienabilidade. Se se pode dizer que uma coisa deixa de ser inalienável se é comunicável, não se pode afirmar que uma coisa deixa, de ser incomunicável por ser alienável. Assim, por exemplo, uma jóia esponsalícia, não obstante incomunicável (art. 263, IX) é perfeitamente alienável. São coisas distintas a inalienabilidade e a incomunicabilidade: uma não importa na outra (Trib. de São Paulo, in Arq. Jud., vol. 18, p. 119), salvo a opinião que inclui a segunda na primeira. Não se argumente com o fato de ter o testador posto a cláusula de ficarem os bens confiados à livre administração da mulher. Essa cláusula não significa administração da mulher. Essa cláusula não significa inalienabilidade, não quer dizer que a mulher não possa alienar os bens. Ao invés, é por causa dela que o pode (Cód. Civ., art. 248, V). O testador usou da cláusula porque, se o não fizesse, os bens incomunicáveis passariam à administração do marido (Cód. Civ., artigo 233, II e 266, § único). Mas, conservando os bens herdados incomunicáveis sob sua administração, pode a mulher aliená-los por sua própria deliberação, se forem móveis, e mediante autorização do marido, se imóveis. Dí-lo o art. 248, V, expressamente:

"Independente de autorização, pode a mulher casada:

V — Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo imóveis".

"Tratando-se de imóveis, pode, ainda, a mulher alienar, mas com autorização do marido (art. 242, II). A mesma solução legal se verifica até no caso da incomunicabilidade resultante da separação absoluta de bens (art. 276). A doutrina consagra que os bens incomunicáveis podem ser alienados (Itabaiana, Sucessões, vol. 2, pág. 249)."

Como vimos, assim como inexistia disposição legal, obrigando a *sub-rogação* de bens móveis, havidos em herança, gravados com cláusula de incomunicabilidade, não há, também, porque negar-se à interessada, no caso em apreço, o direito de alienar livremente as ações que constituem a sua legítima.

Ex positis, somos por que, *permissa venia*, se negue provimento ao presente agravo.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 1981.

REGINA MARIA PARISOT

Procuradora da Justiça