

MBD  
N° 70003200631  
2001/CIVEL

**Cópia**



**INVENTÁRIO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE.**

Ante a nova ordem constitucional vigente, que ressalta a função social da propriedade e consagra o direito à herança, não mais se justifica a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida mediante a fixação por testamento de cláusulas restritivas de propriedade.

**Agravo desprovido.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

N° 70003200631

BAGÉ

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVANTE

ESPÓLIO DE R.M.G.,  
Representado por seu inventariante,  
A.M.G., e  
B.C.M.

AGRAVADOS

M.G.A. e A.F.A.

AGRAVADOS

D.G.P.C. e J.L.V.P.C.

AGRAVADOS

E.C.C., W.A.C. e V.C.

AGRAVADOS

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, desprover o agravo.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Porto Alegre, 27 de fevereiro de 2002.

**DESª MARIA BERENICE DIAS,**

**Relatora-Presidente.**

## RELATÓRIO

### **DESª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –**

O MINISTÉRIO PÚBLICO interpôs agravo de instrumento contra a decisão judicial da fl. 80, proferida nos autos do inventário que se processa pelo falecimento de R.M.G., que deferiu a retificação da partilha para excluir herdeira e incluir cessionários.

Sustenta o agravante que o pedido de retificação não possui eficácia processual, porque subscrito por advogada sem procuração. Alega que, conquanto obrigatória a sua intervenção no feito, face à existência de testamento cerrado, não foi intimado da partilha nem de sua posterior retificação, nulidade que merece superada com relação à primeira, já que feita com observância aos gravames impostos pela testadora, o que não ocorreu na segunda, quando substituída uma herdeira pelos cessionários. Sinala que o quinhão alienado pela herdeira aos cessionários estava gravado com cláusula de incomunicabilidade vitalícia, gravame esse que restou desconsiderado quando do negócio, não havendo sido observada a necessária sub-rogação. Aduz, ainda, inexistir demonstração de ter havido recolhimento do tributo devido pela transmissão do quinhão da herdeira aos cessionários, o que implica violação da legislação tributária. Requer o provimento do agravo, com a desconstituição da decisão que deferiu a retificação da partilha, anulando-se o termo de re-retificação e determinando o retorno à situação anterior.

Os agravados deixaram transcorrer *in albis* o prazo para resposta (fl. 95).

A Procuradoria de Justiça, com vista, opinou pelo provimento do agravo (fls. 96/101).

É o relatório.

## VOTO

### **DESª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –**

Improcede a inconformidade.

Primeiramente, tem-se que o fato de o pedido de retificação da partilha ter sido subscrito por advogada sem poderes para representar os requerentes, uma vez que inexistente instrumento de mandato nos autos, não implica “ineficácia processual” do pedido, já que dita advogada compareceu perante o juízo expressamente representando os requerentes quando da lavratura do termo de re-retificação, resultando suprida a irregularidade.

De outro lado, ao contrário do que alega o agente do Ministério Público recorrente, houve, sim, a sua intimação sobre o pedido de retificação da partilha, em observância à obrigatoriedade de sua intervenção no feito face à existência de testamento, tendo inclusive, por cota nos autos, se manifestado pelo indeferimento do pedido (fl. 77 e v.). Em verdade, não houve intimação do acolhimento do pedido pelo juízo, o que, no entanto, não

implicou prejuízo algum, uma vez que o agente ministerial trouxe a matéria a reapreciação judicial por meio do presente recurso.

Rejeitam-se, pois, as preliminares invocadas.

No mérito, o recurso não dispõe de melhor sorte.

Esta Relatora tem posição firmada no sentido de que as cláusulas restritivas de propriedade previstas nos arts. 1.676 e 1.723 do CC resultaram revogadas com o advento do novo sistema constitucional, não mais se justificando limitação à livre disposição dos bens.

Tal possibilidade restou sufragada pela legislação, com o fim de evitar que o patrimônio, amealhado pelo *pater familiae*, venha a ser dissipado por atitudes impensadas ou afoitas dos herdeiros ou legatários. Consoante leciona Orlando Gomes, *in* *Direitos Reais*, 9ª ed., Ed. Forense, pp. 118/20, essas limitações foram criadas “*com o objetivo de proteger o herdeiro, o legatário, ou o donatário, contra si próprio, contra sua própria inexperiência ou leviandade*”.

No entanto, mister atentar-se em que o estatuto civil veio a reger a sociedade do início do século, quando a família configurava verdadeira unidade de produção. Além de patriarcal, matrimonializada, hierarquizada, sua característica mais acentuada era sua patrimonialização. Havia, inclusive, a consagração da primogenitura, em que o acervo imobilizado era sempre deixado ao filho mais velho para manter-se intacto o patrimônio da família. Esse viés, além de ter levado à exacerbação do poder marital, com certeza é a causa da violência doméstica, o delito de maior incidência no mundo. O homem era o chefe da sociedade conjugal, a mulher ao casar se tornava relativamente capaz e era obrigada a adotar o nome do marido. A sacralização da virgindade e a exigência de recato e castidade visavam tão-só a dar a segurança da origem da filiação, que só se legitimava no casamento.

Contudo, os tempos mudaram. A emancipação da mulher, a descoberta dos métodos contraceptivos, o alargamento do conceito de família, a igualdade dos filhos independente das circunstâncias da concepção e o surgimento de diversos métodos procriativos acabaram por alterar com profundidade as relações familiares. O casamento deixou de ter o *status* de único legitimador do exercício da sexualidade, que, por seu turno, deixou de ter exclusiva finalidade reprodutiva. Agora é aceito o sexo fora do casamento. Tornou-se possível tanto o sexo sem procriação como procriação sem sexo, passando o afeto a ser a razão dos vínculos familiares.

Portanto, não mais se justifica a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida, quando a própria Constituição Federal ressalta a função social da propriedade e consagra o direito à herança, razão por que se entende plenamente válida a cessão onerosa e, por conseqüência, a retificação da partilha levada a efeito, pela qual se procedeu à substituição da herdeira cedente pelos respectivos cessionários.

Por fim, eventual violação da legislação tributária pelo não-recolhimento do tributo decorrente da transferência do quinhão da herdeira aos cessionários é de ser objeto de fiscalização pelo órgão fazendário respectivo, não incumbindo ao juízo tal zelo.

Por tais fundamentos, desprovê-se o agravo.

**DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS** –

Sra. Presidente, vou acompanhar V. Exa. nas circunstâncias do caso concreto, ressalvando, entretanto, que dirijo quanto à revogação, pela Constituição Federal, das cláusulas restritivas de propriedade previstas no ordenamento civil.

Apenas em situações específicas – como, aliás, tem sido o entendimento deste colegiado – é que tenho como possível tal afastamento, o que não se faz presente aqui.

Entretanto, no caso concreto, o que me faz acompanhar a eminente Relatora, no mérito, é que se trata de cláusula de incomunicabilidade, e não de inalienabilidade.

Ora, a cláusula de incomunicabilidade, a meu ver, não obsta, evidentemente, a disponibilidade do bem nem torna obrigatória a sub-rogação em outros bens, como, aliás, informa Carlos Alberto Maluf em sua obra *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*, 1986, Ed. Saraiva, São Paulo, 3ª ed., p. 73, onde está explicitado: “É preciso deixar bem claro que, na hipótese de o testador gravar os imóveis somente com as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, não se há de falar em sub-rogação de vínculo. Só haverá necessidade de que esta se realize no caso de inalienabilidade, que é a única das três cláusulas que tira do proprietário a faculdade de dispor do imóvel da maneira que melhor lhe aprouver (venda, doação, permuta, etc.)”.

Dessa forma, nada impedia que o imóvel fosse alienado, e nada torna obrigatório que haja a aquisição de um outro bem com o produto dessa venda. Não vejo, portanto, sentido na preocupação manifestada pelo agravante de que seja comprovado o destino do numerário obtido com a venda, a fim de evitar sua comunicação. Não há, parece-me, nenhuma base legal para tal preocupação ministerial.

Por isso é que estou, embora por outros fundamentos, acompanhando, na conclusão, o voto da eminente Relatora.

**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES** – De acordo com o Revisor.

**DESª MARIA BERENICE DIAS – PRESIDENTE** – AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 70003200631, de BAGÉ.

**“DESPROVERAM. UNÂNIME.”**

Decisor(a) de 1º Grau: José Antônio Prates Piccoli.