

CIVIL E PROCESSUAL - APELAÇÃO - FUNGIBILIDADE RECURSAL - FIDEICOMISSO - CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA - INCIDÊNCIA SOBRE A LEGÍTIMA - INCOMUNICABILIDADE DE BENS ENTRE CÔNJUGES RECONHECIDA EM JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL ANTERIOR - CC, ART. 1.733 - VONTADE DO TESTADOR - CC, ARTS. 1.733 E 1.666

I. Admissível a fungibilidade recursal quando existente razoável dúvida, à época, sobre qual a via processual para impugnar decisão que admite incidência de fideicomisso.

II. Reconhecida, em julgamento anterior, a total incomunicabilidade de bens entre a filha falecida do testador e seu esposo, em respeito à vontade do testador de manter o patrimônio no seio familiar, a situação reflete sobre o fideicomisso, afastando-se a pretensão do cônjuge supérstite em vê-lo nulificado sobre a parte legítima, visto que sobre ela não teria direitos.

III. Recurso especial conhecido em parte e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 345.668-SP - Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Recorrente: Francisco Vidal de Castro e outros. Advogado: Maércio Tadeu J. de Abreu Sampaio e outros. Recorrente: Vera Maria Pereira de Castro - Assistente. Advogado: Maércio Tadeu Jorge de Abreu Sampaio e outros. Recorrido: Benedicto Arthur Salles Pacheco - Inventariante. Advogado: Cláudio Antônio Mesquita Pereira e outros.

Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta

Brasília (DF), 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Aldir Passarinho Junior* - Relator.

Relatório

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - Francisco Vidal de Castro e Maria Alice de Castro Rocha interpõem, pela letra *a* do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (f. 245):

“Testamento. Instituição de fideicomisso sobre a legítima de herdeira necessária. Descabimento. Recurso provido.”

Alegam os recorrentes que se habilitaram nos autos do inventário dos bens de Odete Alice de Castro Pacheco, na qualidade de fideicomissários e herdeiros na linha colateral; que, no primeiro caso, fizeram-no em razão de um fideicomisso instituído no testamento do pai da inventariada e, no segundo, com base no testamento da mãe da inventariada, que deixou bens com cláusulas expressas de incomunicabilidade e inalienabilidade; que o acórdão objurgado entendeu que o fideicomisso era nulo, pois incidira na herança necessária de Odete, de modo que não poderia o testador estabelecê-lo. A decisão de primeiro grau foi proferida em sede interlocutória, que deferira o pedido de habilitação dos recorrentes apenas a título de fideicomissários e indeferira a pretensão de serem admitidos como herdeiros na linha colateral. Daí, foi interposto agravo de instrumento pelos recorrentes, pelo seu não-reconhecimento na qualidade de herdeiros colaterais, questão que se acha pendente em outro recurso especial.

Em contrapartida, dizem que o recorrido, também inconformado com a mesma decisão que reconheceu o fideicomisso, interpôs, ao inverso, apelação, que, além de indevidamente recebida, foi provida pela Corte *a quo*.

Afirmam que o erro – interposição de apelação, e não agravo de instrumento – foi grosseiro, de sorte que não poderia ter sido conhecido o recurso, sob pena de afronta, como aconteceu, dos arts. 513 e 522 do CPC.

No mérito, salientam que também foram contrariados os arts. 1.733 e 1.666 da Lei

Substantiva anterior, visto que não há restrição no fideicomisso quanto aos bens não poderem exceder a parte disponível do patrimônio que compõe a legítima, argumentando que (f. 279):

Se o legislador permitiu, no artigo 1.723, do mesmo Estatuto, que, em benefício do próprio herdeiro e da família, à herança necessária se impusesse até mesmo a inalienabilidade e a incomunicabilidade, com muito maior razão esteve a admitir a instituição do fideicomisso, que sequer restringe esses poderes de disposição: ‘Quem pode o mais pode o menos’. Constituiu regra basilar de interpretação a de que ‘restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa não se presumem’.

Argumentam, mais, que é princípio do art. 1.666 o respeito à ordem do testador na interpretação da cláusula testamentária, destacando que os termos do testamento indicavam a real vontade do testador sobre a prevalência do fideicomisso em qualquer circunstância, “no sentido de não permitir que o Sr. Benedicto Arthur de Salles Pacheco venha a receber a herança ora disputada, para que se mantenha no âmbito familiar” (f. 280).

Assim, concluem, não importa que os gravames e a substituição venham a atingir a legítima, pois podem alcançar a universalidade dos bens, de sorte que o fideicomisso pode e deve ser mantido como estabelecido, destacando que, no caso dos autos, não há herdeiros necessários, e sim cônjuge sobrevivente, terceiro na vocação hereditária, o que não se enquadra na definição do art. 1.721 do Código Civil.

Contra-razões às f. 295/305, afirmando que, não obstante interposta apelação, ela o foi sob os cuidados de ser aviada em dez dias, expôs a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da dubiedade sobre qual o recurso cabível e ainda argüiu o princípio da fungibilidade; e que a exegese do art. 1.733 dada pelo acórdão está correta, pois não poderia ser admitida a liberalidade além do que o testador poderia dispor.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de f. 307/308.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às f. 314/319, pelo Dr. Henrique Fagundes Filho, no sentido do não-conhecimento do recurso.

À f. 355, foi deferida por decisão irrecorrida a admissão de Vera Maria Pereira de Castro, como substituta processual de Francisco Vidal de Castro, em relação à metade dos direitos hereditários por ele postulados, ante a separação do casal recorrente.

É o relatório.

Voto

O. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - Trata-se de recurso especial, aviado pela letra a do autorizador constitucional, decorrente de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que acolhendo apelação interposta pelo recorrido, declarou “nulo o fideicomisso instituído sobre a legítima da autora da herança deste inventário” (f. 249).

Inicialmente, rejeito a alegada ofensa aos arts. 513 e 522 do CPC, visto que demonstrada a existência de razoável dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca do recurso cabível contra a decisão que admitiu parcialmente o fideicomisso, o que torna admissível a fungibilidade, e interposta a apelação, pelo ora recorrido, no prazo do agravo de instrumento.

No julgamento do REsp nº 246.693/SP, esta Turma, por maioria, decidiu que:

Civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Inventário. Testamento. Quinhão de filha gravado com cláusula restritiva de comunicabilidade. Habilitação de sobrinhos e netos. Discussão sobre a sua extinção em face da cláusula, pelo óbito, anterior, da herdeira, a beneficiar o cônjuge supérstite. Prevalência da disposição testamentária. CC, Arts. 1.676 e 1.666. I. A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1.666 do Código Civil anterior. II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabili-

dade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da *de cujus*.

III. Recurso especial conhecido e provido (Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 17.05.2004).

Proferi voto que prevaleceu à ocasião, nos seguintes termos:

Em apertada síntese, Vidal Antônio de Castro deixou testamento gravando o quinhão da legítima de sua filha Odete Alice de Castro Pacheco da seguinte forma (f. 28):

‘c) – tudo quanto, a qualquer título, sua citada filha, dona Odete Alice, receber, quer de quota legítimária, quer da cota disponível, impõe ele testador expressamente que fique vinculado vitaliciamente de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, esta extensiva aos frutos e rendimentos e livre e exclusiva administração por ela herdeira, para que, por morte dela dona Odete Alice, tudo seja transmitido aos filhos seus, se existirem, e, não existindo, seja transmitido, em partes iguais e por cabeça, aos sobrinhos, netos do testador, filhos de Fernando.’

A filha Odete era casada com Benedicto Arthur de Salles Pacheco.

Com o falecimento do testador e, mais tarde, da filha Odete, abriu-se a sucessão desta última, que faleceu sem deixar ascendentes ou descendentes, nem testamento.

Aberto arrolamento pelo viúvo de Odete, Benedicto, os sobrinhos da *de cujus* e netos de Vidal, requereram a sua admissão no inventário na qualidade de herdeiros e fideicomissários relativamente à parte dos bens do espólio, que, originariamente, advinham da legítima deixada pelo avô.

Em 1ª instância obtiveram êxito, porém a decisão que os admitira foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao entendimento de que as cláusulas restritivas se extinguíram com o óbito da herdeira Odete, de sorte que os bens deveriam ser sucedidos pelo seu cônjuge, Benedicto.

O recurso especial foi interposto pelos sobrinhos por violação aos arts. 535, II, 458, I e II, do CPC, e 1.666 e 1.676 do Código Civil, a par de dissídio jurisprudencial. O eminente Relator, Min. Ruy Rosado de Aguiar, não conheceu do recurso, afastando o defeito processual sustentado pelos recorrentes, e, no mérito, entendeu

na mesma linha de pensamento da Corte *a quo*, ou seja, pela incidência dos arts. 1.603, 1.611, 1.721 e 1.723 da Lei Substantiva Civil. Pedi vista para melhor exame da matéria e passo a proferir o voto.

Quanto à preliminar de nulidade do acórdão, também rejeito-a porque não se cuidou de omissão ou de falta de fundamentação, apenas de ponto de vista contrário ao interesse da parte, nada mais.

No tocante ao mérito, rezam os arts. 1.676 e 1.666 do Código Civil que:

‘Art. 1.676. 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 por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade’.

(...)

‘Art. 1.666. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.’

Os termos legais são, indubitavelmente, fortes. Quis o legislador, muito expressamente, salvaguardar a manutenção das restrições à disponibilidade do bens, chegando quase a advertir o próprio Judiciário sobre eventuais decisões que tenham o escopo de contornar o desejo daqueles que já se foram, em relação ao patrimônio que deixaram para seus herdeiros ou sucessores.

Não cabe ao intérprete, por melhor intencionado que possa estar na avaliação dos fatos, penetrar na vontade subjetiva dos testadores e doadores, que, de seu lado, devem ter tido suas razões para instituir tais cláusulas: medo de um filho estróina ou aventureiro; sem equilíbrio emocional ou ingênuo; casado com alguém que não inspira a confiança dos sogros; simples querer que o patrimônio permaneça atrelado aos parentes consanguíneos, e mais inúmeros outros motivos que poderiam ser aqui elencados.

Seja qual a razão, ela é íntima do testador ou doador, na sua subjetiva avaliação das circunstâncias que cercam sua família mais próxima. Tenho certeza, é muito mais cômodo para nós, intérpretes da lei, decidirmos a respeito, do que para o próprio instituidor, quando deliberou, em determinado momento de sua vida, estabelecer cláusulas tão vigorosas, e que, por serem também muito

desconfortáveis para o próprio, pelo constrangimento por que passou ao estabelecê-las, em face da reação que geram sobre as pessoas gravadas ou prejudicadas, devem, tais cláusulas, por isso mesmo, ser consideradas e respeitadas.

Se a vontade do testador se dá, sempre, *post mortem* obrigatoriamente, em meu pensamento pouco importa que o herdeiro tenha, mais tarde, também desaparecido. Importa, sobretudo, a restrição, que transcende tais vidas, porquanto o efeito prático da incomunicabilidade é o de evitar que o cônjuge do herdeiro fique com o bem do testador. Assim, o efeito prático de tal cláusula, seu objeto, só se perde com o óbito do outro cônjuge, pois o seu apoderamento sobre aquele patrimônio da testadora é o que ele, testador, desejou evitar. Observe-se, inclusive, que, no caso dos autos, o testador, Vidal, possuía dois filhos: Odete e Fernando Vidal de Castro, ambos falecidos. Os filhos deste, portanto sobrinhos de Odete e netos do testador é que disputam os bens em comento. E restou explícito, na passagem do testamento que de início se reproduziu, que a intenção do testador Vidal era que apenas sua filha Odete e, após sua morte, seus filhos, se existissem, ou os filhos de Fernando, todos seus netos, é que ficassem com os bens, que eles permanecessem em família (f. 28).

É certo que na hipótese não se cuida de interpretação de cláusula; porém, se há tal orientação na lei, de máximo respeito à disposição do testador, por que se criar limitação a sua vontade, impedindo a sua eficácia plena e efetiva, já que, como acima frisado, no caso da incomunicabilidade, importa é a não-sucessão do bem pelo cônjuge do herdeiro, e, se aquele é supérstite, fica frustrado o desejo do testador.

Aliás, a cláusula de incomunicabilidade, por si só, é bastante para revelar tal intenção. No caso, a destinação secundária aos netos ou sobrinhos foi um *plus*.

Tenho, de outro lado, que o art. 1.723 do Código Civil restringe, em sua parte final, a inalienabilidade (‘A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará...’), mas não a incomunicabilidade a que versa a espécie em comento. A incomunicabilidade é prevista na primeira parte da citada norma, e, no tocante a ela, não se pode dizer que a expressão da segunda parte ‘...livre e desembaraçado de qualquer ônus...’ se enderece. Fosse assim, a redação dessa segunda parte do art. 1.723 seria outra.

Portanto, ficam excluídos esses bens incomunicáveis da ordem sucessória do art. 1.603. Ante o exposto, pedindo vênua ao ilustrado Relator, cujo voto, reconhecido, se acha respaldado em forte doutrina, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para autorizar a habilitação dos sobrinhos agravantes no inventário de Odete Alice de Castro Pacheco.

Como visto, o entendimento da maioria turmária, à época, foi a de que deveria prevalecer a vontade do testador Vidal Antônio de Castro, de sorte que tinham os netos daquele, sobrinhos de Odete, direito à habilitação no inventário como herdeiros na linha colateral – aliás únicos herdeiros – dos bens do citado Vidal Antônio de Castro, excluído o esposo de Odete, porque incomunicáveis tais bens, segundo cláusula que se houve por respeitar, consoante o mesmo aresto deste Colegiado, já transitado em julgado.

Agora, como visto, a questão se refere à nulidade do fideicomisso declarada sobre a legítima de Odete, em razão do testamento de Vidal Antonio de Castro.

Mas a solução, tenho eu, com a devida vênua, há de ser a mesma.

É que, se, no aludido precedente, considerou-se que não havia comunicação de bens entre Odete e seu esposo, Benedicto, portanto este não era dela sucessor, a mesma cláusula testamentária que impôs a não-comunicação e o fideicomisso, antes transcrita, há de prevalecer por inteiro. Em outras palavras, se não houve comunicação, o que alcançou inclusive a legítima mesmo após a morte de Odete, não há como se afastar dessa mesma situação o fideicomisso, exatamente na linha da vontade do testador, que deve ser privilegiada, ao teor do disposto no art. 1.666 do Código Civil.

Não impressiona o argumento de que a cláusula de fideicomisso seria nula por invadir a legítima, pois, no caso específico dos autos, a vindicação da nulidade não parte da filha Odete, que faleceu antes, mas de seu esposo, que não

seria sucessor dada a incomunicabilidade de bens já cancelada por esta Turma no REsp nº 246.693/SP. Portanto, a confirmar a decisão do Tribunal estadual, incidir-se-ia em contradição, pois seria como contornar o que já ficou declarado naquele julgamento, sobre a incomunicabilidade dos bens em geral. Se Benedicto não sucede Odete porque os bens deixados por Vidal são incomunicáveis, também não pode afastar o fideicomisso sobre a legítima de Odete, porque teria, para tanto, primeiramente, que ser titular daquela mesma legítima, e já disse este STJ que não é.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para negar provimento ao recurso de f. 158/185, restabelecendo, nesse ponto, a decisão monocrática de f. 142.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília, 7 de dezembro de 2006. -
Claudia Austregésilo de Athayde Beck -
Secretária.

(Publicado no DJU de 26.03.2007)

---:-