

NULIDADE DA CLAUSULA TESTAMENTARIA. INSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA ALÉM DO 2.º GRAU. INCARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA VERBA

1.ª VARA DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES

PROCESSO N.º 31.366

AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE CLAUSULA TESTAMENTÁRIA

A autora, com a aquiescência de seu marido, pretende anular, por intermédio desta ação, cláusula do testamento público deixado por seu sogro A. B. da S., alegando, em suma, que conteria ele a instituição de um fideicomisso além do segundo grau.

A cláusula em exame é a seguinte:

“A minha cota disponível será repartida, igualmente, pelos meus três filhos acima mencionados; porém, as que couberem aos meus filhos C. B. da S. e R. B. da S. V. T. serão completamente isentas de qualquer restrição. Mas, a que for atribuída ao meu filho R. B. da S. será sujeita a um fideicomisso, do qual, enquanto vivo for, terá todas as rendas e proventos que os ditos bens proporcionarem. Morrendo ele — R. B. da S. sem prole legítima, pois essa recolherá os seus bens, excluindo deste legado filhos legitimados ou adotivos — os seus haveres serão divididos igualmente pelos seus pré-citados irmãos e substituindo-se um ao outro. Se o meu filho R. B. da S. sobreviver aos seus dois irmãos supramencionados — C. B. da S. e R. B. da S. V. T., os seus bens serão aquinhoados também em partes iguais *per capita*, por entre os meus netos, minhas netas, minhas bisnetas, meus bisnetos, então vivos.”

Acrescenta mais, que, tendo falecido a herdeira e fideicomissária R. B. da S. V. T., no curso do inventário, em razão da nulidade dessa disposição testamentária, proporcionalmente, teria ocorrido a consolidação da propriedade na pessoa do fiduciário R. B. da S., seu marido.

Aduz, finalizando, resumidamente, que, estando “demonstrada exhaustivamente que é nula, de pleno direito, a cláusula testamentária, contemplando os netos, netas etc. do testador, por morte da fideicomissária R., devendo passar para o fiduciário R. a metade da herança, livre e desembaraçada, observando-se rigorosamente a lei (arts. 1.738 e 1.739 do Código Civil)”.

Contestando a ação, o outro herdeiro e fideicomissário C. B. da S. e as herdeiras legítimas (filhas) da falecida R. B. da S. V. T.,

alegam que a verba testamentária indica um fideicomisso simultâneo, em que os fideicomissários constituídos substituem-se um ao outro.

Concluem pela improcedência da ação, pois é legal essa substituição, não ocorrendo a caducidade de parte do fideicomisso, nem se consolidando a propriedade, parcialmente, na pessoa do marido da autora.

Preliminarmente, estando *irregular a representação processual* do contestante C. B. da S., caso não ocorra a sanabilidade, deverá ele ser considerado *revel* (art. 13 e inciso II, do CPC).

Ainda como *preliminar*, esta relativa ao direito de ação, aponta a Curadoria de Resíduos a *ilegitimatio ad causam* das rés S. M. de B. e V. M. F. S.

Com a morte da fideicomissária e herdeira R. (fls. 17), foi aberto o seu inventário (fls. 93 dos autos do processo de inventário de A. B. da S.), a quem deverá ser transferido o quinhão correspondente, eis que ainda não julgada a partilha referente a este último inventário.

Equívoca, porque contrária à lei, a referência constante da petição de fls. 81, dos autos do procedimento de inventário de A. B. da S. de que as ora rés integram o processo na condição de herdeiras por representação.

Desse modo, a ilegitimação deverá ser reconhecida por decisão desse Juízo e determinada a integração subjetiva à lide do Espólio de R. B. da S. V. T.

No mérito, impõe-se, como questão subordinante, a exata interpretação da cláusula testamentária, para que se possa aquilatar a pretensão autoral.

Estabeleceu a cláusula testamentária que a cota cabível ao herdeiro R. (da porção disponível, pois respeitada foi a legítima) era deixada em fideicomisso para C. e R., passando a ter validade a instituição somente com a morte do fiduciário (R.).

Previu mais, que verificado o termo (morte, dele fiduciário) não mais existindo seus irmãos C. e R., seriam fideicomissários os netos e bisnetos, dele, testador, então existentes, sem distinção de sexo.

Herdeiro fiduciário é, assim, R. (1.º grau).

Herdeiros fideicomissários são, subseqüentemente e supletivamente, C. e R. (irmãos do fiduciário) e os netos e bisnetos do testador (2.º grau).

Conseqüentemente, plenamente válida a instituição fideicomissária, ocorrendo no 2.º grau, uma substituição vulgar.

O testador não determinou que a livre propriedade dos bens coubesse a C. e R. e, depois deles, aos netos e bisnetos sobreviventes, sem distinção de sexo.

Ficou instituído que, com a morte de R., a propriedade dos bens fideicomitidos incumbiria a C. e R., ou aos netos e bisnetos do testador, sem distinção de sexo, na hipótese da pré-morte dos herdeiros anteriormente nomeados.

Vê-se, assim, que tais pessoas encontram-se no mesmo grau.

Não há que se falar, portanto, em nulidade da disposição testamentária em razão de ter estabelecido um fideicomisso além do segundo grau, não desobedecendo, assim, ao disposto no art. 1.739 do Código Civil, que não proíbe a designação de vários fideicomissários para serem chamados um na falta do outro.

Proíbe, sim, é que sejam chamados um depois do outro, além do segundo grau.

Continuando a interpretação da cláusula testamentária, vemos que, indubitavelmente, os fideicomissários nomeados inicialmente o foram em disposição conjunta, admitindo o testador que eles se substituíssem um ao outro.

Contudo, tal situação nenhum valor tem para o deslinde da questão, nem mesmo para afastar a pretensão da autora, no sentido da caducidade do fideicomisso relativamente à metade dos bens fideicomitidos, em razão da morte da fideicomissária R. com a consolidação desta parte da propriedade dos bens na pessoa do fiduciário R., seu marido.

E isso porque o fideicomisso em apreço somente se constituirá com a morte do fiduciário R., quando, então, se identificará o fideicomissário (ou fideicomissários).

Ou o acervo dos bens fideicomitidos será cometido ao nominado fideicomissário C., ou será ele repartido entre os netos e bisnetos do testador, sem distinção de sexo, que então existirem. O fideicomissário C. tudo arrecadará, acrescentando-lhe a parte da falecida fideicomissária R., ou, se já tiver desaparecido o fideicomissário C. quando da morte do fiduciário R. os substitutos serão os netos e bisnetos do testador, que então existirem.

Concluindo: só se pode saber quem vai recolher os bens objetos do fideicomisso, diante da redação da cláusula testamentária, com o falecimento do fiduciário.

Andará bem esse douto Juízo se julgar improcedente o pedido da autora, com fundamento na verba testamentária, em sendo ultrapassadas as preliminares.

É o que opina a Curadoria de Resíduos.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 1977.

VALNEIDE SERRÃO VIEIRA
Curador de Resíduos