

FIDEICOMISSO – Se, além do fideicomisso, há instituição de cláusula de inalienabilidade, é nula a renúncia do fiduciário em favor dos fideicomissários. Sendo inviável a declaração de nulidade sem prévio questionamento, é de julgar-se procedente a apelação, para que seja mantida a averbação das cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade, enquanto for viva a fiduciária.

Sérgio da Costa Franco
Procurador da Justiça

1. Na comarca de São Francisco de Paula, a falecida Valentina Soares Fogaça, através de testamento público, gravou os imóveis da legítima de sua filha Eulina Fogaça Schaeffer com as cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade vitalícias, e, simultaneamente, instituiu sobre os mesmos imóveis um fideicomisso em favor de seus netos Eunévia Fogaça Netto da Silva, Elpídio Fogaça Netto e Élvia Fogaça Schaeffer, sendo fiduciária a mesma Eulina Fogaça Schaeffer. Falecendo em 1960 a aludida testadora, cumpriu-se o testamento, como se vê a fls. e seguintes, dos autos apensos.

Através de escritura pública de 21/5/73, muitos anos mais tarde, veio a fiduciária a renunciar ao fideicomisso, em benefício dos fideicomissários, havendo, de conseguinte, requerido a homologação da extinção do fideicomisso. O MM. Juiz homologou a extinção, conforme sentença de fls., após o competente auto de partilha dos bens entre os fideicomissários. Do mandado, entretanto, fez-se constar que “em todos os pagamentos deverão ser respeitadas as restrições impostas pela testadora”, o que representava manter subsistente a averbação da cláusula de inalienabilidade, consoante, aliás, referência expressa na inicial.

2. Em outros autos, e já no decorrer do corrente ano, Eunévia Fogaça Netto da Silva, ora apelada, postulou do juiz de São Francisco de Paula o cancelamento da averbação da cláusula de inalienabilidade, por isso que dita ordem, constante do mandado de extinção do fideicomisso, extrapolara as disposições da sentença, e, ademais, implicaria vulneração à regra do art. 1.739 do Código Civil, que proíbe os fideicomissos de segundo grau.

O novo pedido também foi deferido. Porém diante da concessão se irredimiram a fiduciária Eulina Fogaça Schaeffer e os fideicomissários Elpídio e Élvia, que apelaram da decisão a esta superior instância, invocando a condição de terceiros prejudicados, para que, respeitada a vontade da testadora, e em consonância com a sentença homologatória da extinção do fideicomisso, fosse mantida a averbação das cláusulas restritivas. Da apelação desistiu, mais tarde, a fiduciária renunciante, porém persistiram no recurso os dois outros interessados.

3. A dúvida primeira que se oferece diz respeito à legitimidade do interesse dos recorrentes. Sustenta a recorrida que a liberação de bens clausulados só pode representar benefício econômico, infirmando dess’arte a legitimidade de recorrer, dos apelantes. E como nada obstará a que os recorrentes também obtivessem em juízo o cancelamento da

cláusula de inalienabilidade no que lhes diz respeito, é inadmissível que, em nome da isonomia de tratamento legal, pretendam obstaculizar a pretensão vitoriosa da recorrida.

Há, em primeiro lugar, um dever moral presente, qual seja o de defender a vontade da testadora contra pretensões unilaterais de uma das legatárias. Mas, afora isso existe interesse econômico a tutelar: se em área rural indivisa, gravada de inalienabilidade, um dos comunheiros obtém o cancelamento da cláusula e se dispõe a alienar a terceiros parcela da coisa comum (presente já uma proposta de compra a fls.), pode gerar para os demais condôminos situação prejudicial, qual a decorrente de condomínio com estranhos.

Temos por admissível o recurso dos terceiros interessados, tanto mais que o pedido em que foi prolatado o despacho recorrido devesse ter sido formulado nos mesmos autos da extinção de fideicomisso em que os ora apelantes foram partes, e não em autos apartados. Tratava-se, tão-somente, de execução da anterior decisão.

4. Parece-nos inseparável do exame da matéria, ainda que não questionada por qualquer das partes nem pelo Ministério Público perante o juízo de origem, a nulidade absoluta da escritura de extinção de fideicomisso por renúncia da fiduciária, celebrada em 21/5/73, em notas do Tabelionato de São Francisco de Paula.

Da extinção de fideicomisso pela renúncia do fiduciário não cogitou expressamente o Código Civil, nem a tinha por admissível o douto CLÓVIS BEVILAQUA. Entretanto, a doutrina que ora prevalece é no sentido de admitir-se como possível tal renúncia, sob a múltipla condição de que sejam conhecidos todos os fideicomissários e de que não haja a possibilidade da superveniência de outros, de que todos eles aquiesçam à renúncia, e de que inexista proibição por parte do testador ou do doador.

No caso, além do fideicomisso, a testadora instituiu cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade vitalícias, com a óbvia intenção de assegurar à fiduciária, até sua morte, bens insuscetíveis de dilapidação, e que ficaram confiados expressamente à sua livre administração. Da leitura do testamento não se infere, em absoluto, a intenção única de beneficiar os fideicomissários; ao contrário, a idéia dominante é o de manter em sua integralidade o patrimônio imobiliário da fiduciária, enquanto fosse viva, poupando-a dos azares eventuais do segundo matrimônio.

Diante dos termos do testamento, cuja parte dispositiva se acha transcrita a fls. do apenso, e especialmente da cláusula de inalienabilidade vitalícia que nele se inseriu, a renúncia ao fideicomisso contraria frontalmente a vontade da testadora e não poderia ter sido admitida. Não se trataria, a rigor, de uma renúncia, senão de uma doação, porquanto a fiduciária deu cumprimento ao testamento de sua mãe e exerceu a fidúcia durante vários anos, só vindo a “renunciar” onze anos depois do inventário e partilha dos bens da testadora.

A opinião de ORLANDO GOMES, invocada a fls. pelos apelados, no sentido de que a cláusula de inalienabilidade não inibe o fiduciário de exercer a renúncia, é isolada da doutrina brasileira. Trata-se, aliás, de afirmação lacônica e dogmática, apenas estribada em dois autores franceses cuja hostilidade às cláusulas restritivas é notória. E guarda coerência com as posições do próprio civilista baiano, partidário da abolição do instituto do fideicomisso.

CARVALHO SANTOS (in “Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XXIV, 3.^a ed., p. 204) é categórico em sentido contrário: “O fiduciário, porém, não pode renunciar ao fideicomisso, quando estipulada a cláusula de inalienabilidade, para o efeito de passarem os bens livres ao fideicomissário”. E cita acórdão do T.J. de São Paulo, constante de Revista dos Tribunais v. 102, p. 146.

Não é outro o sentir de OROZIMBO NONATO (in “Estudos sobre Sucessão Testamentária”, v. III, ed. Forense, 1967, p. 207):

“E se existe cláusula de inalienabilidade imposta ao fiduciário, a renúncia deste, para eliminar a cláusula, é ineficaz. Não lhe é dado, assim, cancelar os encargos, desatar os vínculos com que recebeu a coisa.

A propriedade, pela renúncia do fiduciário, passa ao fideicomissário, mas com os caracteres com que a recebeu, pois *NEMO DAT QUOD NON HABET*.

Verdadeiro, assim, o asserto de Carvalho Santos, em escólio ao art. 1.735, de não poder o fiduciário ‘renunciar ao fideicomisso quando estipulada a cláusula de inalienabilidade, para o efeito de passarem os bens livres ao fideicomissário’ ”.

O Prof. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO, em “O Fideicomisso no Direito Pátrio” (ed. Saraiva, 1973, p. 101), ao arrolar posições assumidas pela jurisprudência em face da renúncia do fiduciário, também aceita o ponto de vista de que a cláusula de inalienabilidade a torne inviável:

“Outro acórdão, ainda do mesmo Tribunal, diz que os bens objeto de fideicomisso não são, só por isso, inalienáveis, e que a menos que, ao instituir o fideicomisso, o testador estabeleça essa inalienabilidade, é livre ao fiduciário alienar o bem recebido.

Um juiz singular do Rio, o Dr. Antônio Pereira Pinto, proferiu jurídica decisão em que afirmou que, embora não disponha o Código Civil sobre a renúncia do fiduciário, a doutrina e a jurisprudência a admite e acrescenta: Tendo a fiduciária a propriedade resolúvel, nada impede que a transmita por qualquer título de direito, como a renúncia, salvo se o testador tiver gravado a herança ou legado com inalienabilidade”.

O egr. T.J. de SÃO PAULO, em 21/11/39, decidiu que “ao fiduciário não é lícito renunciar ao fideicomisso, quando estipulada a cláusula de inalienabilidade, para o efeito de passarem os bens livres ao fideicomissário (REV. DOS TRIBUNAIS, v. 125, p. 551). Outrossim, em acórdão recente da egr. 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que foi relator o Des. EMÍLIO A.M. GISCHKOW (RJ. TJRGS, v. 42, p. 311), se lê que “o fiduciário pode renunciar, quando não existe restrição quanto à inalienabilidade”.

Do exposto, vê-se que a extinção do fideicomisso se consumou através de doação ou renúncia nula, nos termos taxativos do art. 1.676 do Código Civil, combinado ao art. 145, V, do mesmo Código.

5. Ainda assim, parece-nos que somente em ação própria seria possível declarar essa nulidade, tanto mais que a matéria não foi sequer aflorada na instância “*a quo*”.

Entretanto, mesmo sem declarar-se a nulidade do negócio jurídico originário, cabe ser provida a apelação, para declarar-se subsistente, até a morte da fiduciária, a cláusula de inalienabilidade imposta pela testadora. A já citada lição de OROZIMBO NONATO é por demais elucidativa: “A propriedade, pela renúncia do fiduciário, passa ao fideicomissário, mas com os caracteres com que a recebeu. . .”

Na mesma linha de orientação, o egr. T.J. de Minas Gerais, em 25/5/61, em grau de embargos infringentes, decidiu: “Renunciando o fiduciário ao fideicomisso, o fideicomissário recebe a coisa com os ônus e cláusulas impostos pelo fideicomitente”. Tratando-se de espécie muito assemelhada à dos presentes autos, permitimo-nos juntar a este parecer cópia xerográfica do julgado do tribunal mineiro, extraída da REVISTA FORENSE, v. 154.

b. Em face de todo o exposto, é o nosso parecer pelo conhecimento da apelação e pelo seu provimento.

Porto Alegre, 7 de setembro de 1976.