

FIDEICOMISSO

Doutor J. M. GOMES COUTINHO
(Prof. de Direito Civil)

1 — *Generalidades, origem, evolução e razão de ser.* 2 — *Deveres e direitos do fiduciário e do fideicomissário.* 3 — *Extinção do fideicomisso.*

I

1 — Fideicomisso é a disposição de última vontade em que o testador transmite bem a outrem com a obrigação de êsse, por sua morte, a certo tempo e sob indicada condição, transferir o domínio e a posse sôbre êle à pessoa determinada.

2 — Constitui uma das espécies de substituição, a denominada fideicomissária. Alguns professores chamam-no de substituição oblíqua ou incidente, em virtude do segundo beneficiado receber através do primeiro a deixa, transversalmente.

Uma pessoa recebe o objeto da liberalidade para, conservando o mesmo na sua substância, entregá-lo mais tarde à outra. Não se permite substituição de substituição, pois o art. 1739 do Código Civil declara a nulidade dos fideicomissos além do segundo grau, o que já era princípio vigorante no direito ante-

rior. Há beneficiado em primeiro e em segundo lugar, não sendo possível de 3º, porque não se admitem dois fideicomissos sucessivos. O segundo grau a que se alude é o da instituição de beneficiários, o qual equivale ao primeiro da substituição.

Figure-se que lego a Ulisses a chacara Troia, que, falecendo êle, se transferirá a Aquiles e por morte dêsse será de Andrômaca. A disposição em favor da última não tem validade, pois constitui terceiro grau na instituição de legatários. Por isso, morto Aquiles, depois de Ulisses, o referido imóvel será partilhado entre os seus sucessores. Não assiste razão a Ferreira Alves (Suc. n. 271) ao argumentar que o Código Civil admite dois substitutos. Seria uma substituição fideicomissária *além do segundo grau*, absolutamente contrária ao aludido art. 1739 e á história de sua formação, á tradição do direito brasileiro e a preceitos das legislações avançadas dos povos civilizados. O texto mencionado refere-se a grau da instituição e não da substituição. O segundo grau da instituição corresponde ao primeiro da substituição e o segundo dessa ao terceiro daquela.

Aí está, parece, o engano do egrégio jurista.

O substituto não tranfere a terceiro o que recebeu do primeiro beneficiado, por ser nula a disposição testamentária que lhe atribua tal obrigação.

A instituição não se prejudica, em relação a qualquer dos dois beneficiados, com a nulidade da substituição além do segundo grau, valendo ela como de um só grau, sem encargo resolutorio, na forma do art. 1740 do cit. Código.

3 — Por três modalidades, consoante o art. 1733, apresenta-se o instituto — simples com a morte do primeiro beneficiado, a termo e condicional — sendo comum a primeira, a propriamente dita, e raras as outras duas.

O assunto melhor se esclarece com exemplos: Lego a casa de minha residência a Orfeu, a qual, por morte desse, transmitir-se-á

a Agis; deixo o sitio Pindo a Hermes, que o transferirá a Hera ao completar 21 anos de idade; fica a fazenda Grécia a Helen, para passar a Tales, se êle casar-se com Artemis. Vê-se, portanto, que o fideicomisso se subordina a condição e a termo, em relação a ambos os beneficiários.

Nos dois casos, têm applicabilidade as normas que regem a herança ou legado condicional, e o legado a termo.

Diferem, convindo acentuar, o fideicomisso e a herança a termo, porquanto naquêle o primeiro beneficiário é proprietário do bem da liberalidade, tem obrigação de conservar e entregá-lo mais tarde, e, na última, o encarregado da entrega do objeto, a qual fica protraída, não exerce sôbre o mesmo o domínio, segundo o art. 1.665 do Código Civil.

4 — São três as suas entidades: a) — o fideicomitente, disponente, ou testador; b) — o fiduciário, gravado, 1º beneficiado, e o fideicomissário, substituto, 2º beneficiário.

O primeiro, que faz liberalidade, age de acordo com a autonomia de sua vontade, respeitadas os preceitos sôbre matéria de ordem pública; êle póde dispensar ao fiduciário a caução de restituir os bens gravados e vedar-lhe a sua alienabilidade; fica, porém, inibido de eximir ao gravado o inventário dos objetos do fideicomisso e estabelecer a inalienabilidade do direito do fideicomissário, cujo domínio não admite clausula limitadora.

Tem ainda poder, conforme sustenta Carlos Maximiliano, para “onerar com encargos e legados o fiduciário e o fideicomissário”, como mostram estes exemplos: Instituo herdeiro universal a Zeus, que sustentará Tespis até sua formatura em Direito, e, ao falecer passará á Zeusina a herança de mim recebida; deixo meu único herdeiro a Alceu, que, por sua morte, transmitirá o patrimônio a Alcina, com a obrigação de ela dar a propriedade Eleusis a Zenon.

O segundo, o fiduciário, cuja palavra vem de fidúcia (con-

fiança), é um herdeiro em primeiro grau, a cuja fé o disponente comete o encargo de receber os bens constantes da cedula testamentária e entregá-los ao fideicomissário — *heredis fidei committere*.

O terceiro, o fideicomissário, constitui um herdeiro de 2º grau e prosseguidor do fideicomitente, recebe os bens do gravado, sem que seja seu continuador.

Uma pessoa jurídica pode figurar como fiduciário, ou fideicomissário.

5 — Admite-se a nomeação de diversos fiduciários e de vários fideicomissários, havendo tódos de cada classe, ao mesmo tempo, o benefício: Instituo a Tirteu herdeiro de meu patrimônio, que, por seu falecimento, passará a Anacreonte e Píndaro; nomeio a Hesíodo e Safo meus herdeiros universais, transmitindo-se essa herança com a morte de ambos, a Homero.

Póde ocorrer a chamada de um na falta de outro, uma vez que êsse morra, ou não aceite a liberalidade, como se vai concretizar: Deixo a quinta Itaca a Heitor, que a dará a Teócrito, e, se êle recusar a deixa, ou morrer antes de mim, ela ficará transferida a Friné; lego a herdade Hêlade a Sócrates, a qual, por traspasse dêle, passará a Platão, e, no caso de sobrevivência daquele a êsse, será de Aristóteles.

Nessas hipoteses, há um só fideicomisso na primeira dois fiduciários e na segunda dois fideicomissários.

6 — O direito de acrescer dá-se no fideicomisso, quando existem diversos fiduciários, passando a parte dos bens do renunciante, ou do falecido, aos gravados sobreviventes. Ocorre ainda o crescimento, no fideicomisso a termo, ou sob condição, até a realização do fato resolutório.

Com o óbito, ou a renuncia do ultimo fiduciário, faz-se a transmissão do objeto constante da disposição testamentária ao fideicomissário.

7 — A capacidade dos beneficiados — aptidão para suceder — exige-se em momentos diferentes: a do fiduciário com a abertura da sucessão e a do fideicomissário ao abrir-se a substituição.

A sucessão dá-se, por falecimento do testador, implemento da condição a que se acha subordinado o gravado, ou advento do termo estabelecido pelo disponente.

O fiduciário deve existir, ou estar concebido ao tempo do óbito do fideicomitente.

A substituição verifica-se ao falecer o gravado, ao ocorrer o fato resolutorio do seu direito, ou efetuar-se a condição imposta ao fideicomissário, que deve sobreviver ao testador e ao fiduciário.

Admite-se que o substituto ainda não se encontre gerado ao falecer o disponente, sendo imprescindível a sua concepção na ocasião do falecimento do gravado. O Código Hespanhol, art. 781, determina que a substituição se faça em benefício de pessoa ainda não existente ao morrer o fideicomitente.

Adquirem capacidade, de modo excecional, como beneficiários, as fundações, no momento de sua organização e os filhos de pessoas determinadas ao virem á luz, mesmo após o perecimento do testador e do fiduciário.

8 — O fideicomisso tem por objeto a herança, ou o legado, de imóveis, móveis, inclusive dinheiro, títulos de crédito, rendas a serem capitalizadas, dividas de terceiros, do fiduciário e do fideicomissário.

Não lhe serve de objeto um simples usufruto, por ser êsse de carater inalienavel, exceto ao nú proprietário, e naquêle há a livre disposição por parte do fideicomissário.

Se possivel fosse, admitir-se-ia, em contraposição á sistemática do Código, o usufruto sucessivo, isto é, o uso e gozo de um bem por certa pessoa e sua transferênciã, por morte dessa,

a outrem, sem a transmissão da plena propriedade, quando o usufruto se extingue com o falecimento do usufrutuário.

Excluem-se também do gravame do fideicomisso as legítimas de herdeiros necessários.

9 — As espécies de fideicomisso são duas: universal, se abrange todo o patrimônio do hereditando, ou uma fração dele e corresponde á herança; singular, quando versa sobre coisa determinada dos haveres do *de cujus* e corresponde a um legado.

D'ai, a aplicação a elas das regras da sucessão geral, ou singular.

Os juristas denominam fideicomisso tácito para as situações jurídicas que se assemelham ao instituto em estudo.

10 — Na doutrina italiana, os caracteres constitutivos do fideicomisso resumem-se a três: dupla disposição; obrigação de o primeiro beneficiado conservar o objeto da liberalidade, para, no momento certo, transferí-lo ao segundo; ordem sucessiva, *ordo successiva*, substituição do primeiro sujeito do direito pelo segundo.

A dupla disposição — diversas disposições — consiste em determinações distintas do testador em relação ao mesmo objeto, a favor de duas pessoas, de modo que a última o receba, por intermedio da primeira.

Não constituem substituição fideicomissária as disposições, cumulativas a diversos; para administrar patrimônio destinado á entrega de herdeiro, oportunamente, e quanto á fidúcia espontanea.

A obrigação de conservação e entrega provém da inalienabilidade do bem fideicometido.

A ordem sucessiva resulta da substituição do fiduciário pelo fideicomissário, passando os bens da liberalidade, do fideicomitente diretamente ao primeiro e ao segundo mediata e indiretamente.

II — O fideicomisso constitui-se por testamento e antes do Código era admitido em codicilo.

Tanto no direito anterior como no atual há controvérsia quanto ao seu estabelecimento por ato entre vivos.

Admitiam-no Melo Freire, Gouvêa Pinto, Lobão, Coêlho da Rocha, Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho; impugnavam aquele modo de constituição Lis Teixeira, Trigo Loureiro, José Tavares, José Ulpiano e Teixeira de Abreu.

Na vigência do Código pertencem á corrente afirmativa Lafaiete, Alfrêdo Bernardes, Francisco Morato, Estevam de Almeida, Correia de Míra, Paulo Lacerda, Vieira Ferreira e Antônio Paiva e são pela negativa Clovis Bevilaqua, Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda, Carvalho Santos, Levi Carneiro e grande maioria dos juristas pátrios.

Sobredoira em plausíveis razões a doutrina que só aceita o fideicomisso como instituído em testamento.

O Código Civil estrutura-o nos artigos 1733 a 1740, capítulo XIV (Das substituições) e título III — Da sucessão testamentaria.

O primeiro dos textos mencionados ocupa-se exclusivamente da instituição de *herdeiro*, ou *legatário* e da transmissão de *herança* ou *legado*.

Não existe no direito hereditário uma só referência a fideicomisso por atos entre vivos.

A intenção do legislador foi certamente não admiti-lo, pois nessa parte do direito podia ferir o assunto, como fê-lo concernente á clausula de inalienabilidade, imposta aos bens pelos *testadores*, ou doadores (art. 1.676), ao tratar “Das disposições testamentarias”, no cap. VI do cit. título.

O Código, regulando a doação como contrato, no direito das obrigações, tit. V, cap. III, permite estipulação no sentido da reversão dos bens dados ao doador sobrevivente ao donatário; entretanto nada preceitua a respeito de doação com fidei-

comisso, admitida expressamente pelos códigos português e hespanhol, proibida no francês e italiano, e não prevista pelo alemão e suíço.

Exclui-se da legalidade o instituto jurídico que não consta da codificação, como no direito positivo da atualidade não há a doação *causa mortis*, que existia na legislação anterior.

Compreende-se da leitura atenta do assunto que houve propósito do legislador em só aceitar o fideicomisso na sucessão testamentária e como um direito singular, uma exceção, que só abrange os casos expressamente especificados, e, por isso, êle não pôde ser constituído por atos entre vivos.

Convém atender que na doação falta a fidúcia, a *fides*, que é o elemento fundamental da substituição fideicomissária.

12 — O fideicomisso originou-se em Roma em consequencia de necessidades individuo-sociais.

Certas condições de vida e desenvolvimento do homem e da sociedade exigiam a garantia de um sistema de legalidade.

Avultava o número de pessoas privadas do direito de sucessão testamentária, a *testamentifactio passiva*, como os celibatários, os estrangeiros (*peregrinus*), as pessoas incertas e as sujeitas ás proscricções de Sila e ás disposições da Lei Vaconia *de mulierum hereditate*, 169 anos antes de Cristo, a qual, promulgada em combate ao luxo e á corrupção, prohibia a sucessão testamentária por mulher e quem tivesse fortuna de cem mil asses ou mais, cabendo-lhe apenas beneficiar-se até cem mil sestercios, e ao legatário alcançar maior liberalidade do que o herdeiro.

Como meio de amparar êsses incapazes e todos afastados, em virtude das leis caducárias, do *jus capiendi ex testamento*, e, por falta de tempo, fazer novas disposições de ultima vontade, — uma pessoa *sui juris* confiava a alguém, de igual aptidão, bens

para entregá-los oportunamente a outrem, que não tivesse o direito de suceder testamentariamente.

Tratava-se de um modo indireto de corrigir o rigorismo da lei. Era o pedido (*rogatio*) a outrem (*rogatus*), para entregar a terceiro um objeto ou uma porção de haveres. Consistia no *fidei tuae committo* — “confio, cometo, entrego á tua bôa fé, à tua lealdade”.

Na Inglaterra, refere Glasson, dominou em certa época o fideicomisso duplo que era a doação de bens a terceiro, com o encargo de entregá-los a mulher casada, que, então, considerada de absoluta incapacidade, perdia o seu patrimônio em benefício do esposo, podendo ser êsse, ou um parente dela, o doador.

Impulsionado por justas exigências da sociedade em satisfazer interesses individuais que se tornavam da coletividade, o fideicomisso apareceu com o caracter de favor de amigo a amigo de absoluta confiança.

Afigurava-se a uma substituição a termo, acumulada com mandato ao interesse diário entre o autor da liberalidade e o beneficiário.

Denominava-se fideicomisso secreto, que, contornando iniquidades, violava a lei escrita, que não satisfazia as condições existenciais do pôvo romano.

Para Carle, êle surgiu como um caso de *survival* — reprodução dos testamentos fiduciários dos primeiros tempos.

Apresentava-se, de princípio, como ato extra-legal e, por isso, só gerava obrigação moral, assegurada na opinião pública.

Generalizou-se nos costumes dos patrícios, que correspondiam honradamente à merecida confiança.

Sextus Puduceus recebeu de um amigo e a cuja viuva entregou grande riqueza.

Vieram depois os abusos de confiança, surgiram as desonestidades.

Sextilius Rufus tornou-se opulentíssimo, porque só restituiu à filha de Quintus Fadius Galus da enorme fortuna recebida a parte que permitia a citada *Lex Vaconia*.

O poder constituído procurou amparar o fideicomisso, no sentido de assegurar-lhe a exata execução, certo de que êle refletia a consciência geral.

Augusto concedeu aos interessados o direito de recurso aos consules, para trazerem os intermediários relapsos ao cumprimento do dever. Gláudio creou o pretor fideicomissário, *proeter fideicomissarius*, com especial atribuição para resolver os assuntos de fideicomisso, como sua validade, execução e as controvérsias pertinentes à fidelidade, cabendo aos governadores solucioná-los nas províncias.

Um *senatusconsultum* (decreto com força de lei) de Vespasiano, e outro de Adriano, dando força ao instituto, extinguiram as sucessões dos incapazes de recolher a herança, ou legado, a exemplo de pessoas incertas e dos peregrinos.

Essa reforma e as inovações subsequentes transformaram consideravelmente o sistema primitivo.

O *senatusconsultum Trebellianum* (da herança fideicomissária) isentava de responsabilidade o encarregado da herança, de logo a tivesse entregue ao competente dono.

O *senatusconsultum Pegasianum* (extensão da lei Falcídia, —o herdeiro tem direito ao menos a um quarto dos legados— aos fideicomissos) facultava ao fiduciário ficar com um quarto da fortuna em seu poder. Concedeu-se a êle, também, o uso e gozo dos bens da liberalidade.

O fideicomisso era a termo, ou condicional; depois ficou perpetuo, e, nessa feição, aplicado aos bens de famílias importantes, serviu de esteio ao regime aristocrático.

Justiniano, *legislador coroado*, fixou a sua duração até o quarto grau, reconhecido da inconveniência de imobilização dos bens materiais.

As legislações européas receberam-no, sob a especie de perpetuidade, conservando o esplendor da nobreza, favorecendo o catolicismo feudal e fortalecendo as monarquias absolutas.

Constituia uma modalidade do vínculo ou instituto jurídico que incorporava perpetuamente bens indivisíveis e inalienáveis ao poder de determinada família, passando êles aos sobreviventes por sucessão especial para manutenção de sua fidalguia e lustre.

O fideicomisso repontou nos primeiros tempos da monarquia portugueza e lá existiu, mas de pouco uso, até o meado do século XIX.

Não mereceu, no glorioso Reino, o trato das leis antigas.

Escapou aos textos das Ordenações, tanto afonsinas como manuelinas, e sómente as filipinas, 2, tit. XXVI, item 23, ao tratar dos direitos do rei se refere ao fideicomissário, e 4, tit. LXXXVII, se ocupa das substituições dos herdeiros, limitando até o *segundo grau*, e no seu § 12 dispõe: “Substituição compendiosa he a que hum testador faz ao herdeiro, que instituiu, quando quer que elle fallecer”.

Assistia, pois, razão a Pascoal de Mélo Freire, em afirmar que, nas terras lusas, o fideicomisso se regia *magis moribus quam legibus*.

A história narra que a rainha Isabel legara a sua corôa de esmeralda á nora Da. Beatriz, para transmití-la á filha Da. Maria; que D. João II, da dinastia de Aviz e 14º rei, “instituiu um fideicomisso em favor de D. Jorge, para o caso de D. Manuel falecer sem descendência legitima”.

A revolução democrática de França (1789), combatendo os privilégios, as desigualdades sociais e políticas, mirando á equidade econômica, destruiu umas e transformou outras das instituições do feudalismo medieval.

Iniciou-se a idade dos direitos do homem, infelizmente perturbada no tempo por excessos de condenável egoismo.

Limitou-se, em geral, a liberdade de substituição.

O fideicomisso, em face da nova orientação do mundo, sofreu as investidas de juristas, legistas e economistas.

A França o recebeu, mediante profundas modificações e sua lei de 14 de novembro de 1792 aboliu a substituição.

O Código Napoleão, que, no art. 896, declara a nulidade de qualquer dispositivo sobre substituição, proíbe o fideicomisso, exceto em benefício de descendentes e de filhos de irmãos (897, 1048 e 1.049).

Bigot-Préameneu, na sua justificativa ao Código, aponta as objeções contra o fideicomisso, as quais se resumem: a) — a concentração de bens em poder de um membro de família opulenta provoca discordias com os demais, que ficam desfalcados nos seus direitos; b) — a aparência de opulência do fiduciário leva terceiros, que com êle tratarem de negócios, a erros e enganos; c) — colocação fóra do comércio de bens, que se tornam condenados ao esgotamento; d) — o maior aproveitamento do objeto da liberalidade pelo beneficiado em primeiro grau, o qual, só contando com o usufruto, não tem zelo na administração e não procura melhorá-lo; e) — entravamento á liberdade de disposição, com prejuizo do interesse geral e contrariedade á ordem de sucessão.

Desapareceram todos êsses inconvenientes, com o moderno fideicomisso em que não há encadeiamento nas substituições, nem ideia do vínculo, outrora razão política da manutenção da nobreza hereditária.

Estabeleceu-se a divergência em relação ao discutido instituto, entre as codificações posteriores, de modo a êle ser: a) — abolido por umas — italiana (art. 899), argentina (3.732), uruguaia (865), boliviana (503) e mexicana (3.448); b) — recebida excepcionalmente por algumas — portugêsa (art. 1.867), a favor de netos e de descendentes de irmãos do testador; venezuelana (954), só em benefício de pessoas existentes ao fa-

lecer o testador, mesmo que se chamem diversas, sucessivamente; c) — admitido com modificações por outras — alemã (art. 2.100), austriaca (608), suíça (488), hespanhola (781) e chilena (1.164).

No Brasil, antes do Código, o fideicomisso, sem preceitos próprios, regulava-se pela substituição compendiosa da Ord. 4, tit. 87, § 12 (Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, art. 1.051; Carlos de Carvalho, Dir. Civ. Bras. Recopilado, art. 1.794 e seguintes), com recurso ao Direito Romano á luz da bôa razão e aos códigos das nações modernas, especialmente o alemão, o hespanhol e chileno.

Os projetos do Código admitiram o fideicomisso — o de Clóvis, no art. 1898, revisto (2097), tendo a opposição do Cons. Olegário Herculano; da Camâra (1.740).

O Senado, pela emenda 1687, que mereceu aprovação, propôs a sua abolição, por iniciativa de Feliciano Pena e apoiada por Sá Freire, alegando não haver mais motivo para tal existência, porquanto êle, na parte útil, pôde ser substituído pelo usufruto.

Na Camâra, apesar da defesa de Joaquim Pires, Nicanor do Nascimento e Maximiano de Figuerêdo, a proposta não mereceu aceitação, em vista de não se confundirem os aludidos institutos.

O Senado, em contrário ás opiniões de Epitácio Pessôa, Adolfo Gordo, José Augusto e Gonçalves Maia, sustentou a sua votação.

A Camâra, finalmente, manteve o fideicomisso.

13 — O fideicomisso tem razão de ser na jurística hodierna. Falta fundamento ás argumentações levantadas para inutilizá-lo.

Acha-se livre de qualquer resquício aristocrático, não serve de causa á discórdia entre as famílias, á immobilização de haveres materiais, pondo-os fóra do comércio, ao engano a terceiros

com a aparente situação do fiduciário, e nem se identifica com o usufruto a ponto de ser por êle substituído.

Não existe a perpetuidade do fideicomisso, que se limita ao 2º grau da instituição, admitindo apenas dois herdeiros — o fiduciário, que retém o objeto da liberalidade com o encargo de transferi-lo a outrem; o fideicomissário, a pessoa designada para receber a herança, ou legado.

Apresenta-se êle sem nem uma ideia do vínculo e serve a ricos e pobres.

O benefício que traz aos instituídos, fundado em textos legais, não prejudica os direitos dos demais herdeiros, a quem cabe a conformação com a espontanea vontade do testador.

A possibilidade de provocar desharmonias entre membros da mesma família ocorre também quanto a todas as disposições testamentárias; nesse caso, para evitá-las, a única medida consistiria na extinção do testamento.

O fideicomisso, pelo contrário, traz a ordem ao seio do agregado familiar, assegurando-lhe a estabilidade econômica.

Em nada impede a circulação da riqueza, tanto que o fiduciário usa e goza os seus bens, os aliena e onera sob condição resolutória, e o fideicomissário dispõe dêles livremente.

A aparência enganosa do gravado, capaz de iludir a terceiros para a realização de negócios, desaparece em face do sistema de registro público, adotado pelo Código Civil, como aparelho de publicidade.

Motivos plausíveis tiveram os senadores Adolfo Gordo, Gonçalves Maia e Epitácio Pessoa para acentuarem que “o fideicomisso não se confunde com o usufruto, nem pôde ser por este substituído, sem que se ressintam as relações jurídicas”.

São várias as diferenças entre os dois institutos: a) — no primeiro há o domínio, posto que restrito e resolúvel, com os três poderes de usar, gozar e dispôr, em relação ao fiduciário, e, aberta a substituição, a propriedade plena do fideicomissário;

no segundo existem, quanto ao gravado, que não é senhor, as faculdades de uso e gozo, pelo que só faz transferência ao nú proprietário, extinguindo-se então o seu direito, para consolidar-se na propriedade; b) — o fideicomisso tem dois sujeitos sucessivos — o fiduciário ou gravado, que aceita, conserva e transmite a coisa ao segundo beneficiário, e o fideicomissário ou substituto, que recebe a herança, ou legado, em segundo lugar; no usufruto os dois sujeitos são simultaneos, de modo que cada um, ao mesmo tempo, exerce seu direito concernente ao objeto gravado, e chama-se nú proprietário, que retém a substância da coisa, e usufrutuário, a quem cabe o uso e gozo do mesmo bem; c) — o primeiro faz parte do direito de sucessão testamentária; o segundo direito real sôbre a coisa alheia, enquadra-se no direito das coisas.

Clovis, doutissimo Mestre, invoca razões poderosas para justificar a procedência do instituto:

“E o fideicomisso, além de crear uma forma jurídica especial, corresponde a uma necessidade do direito que o usufruto não pôde satisfazer. Quando o testador quer deixar a sua quota disponivel para a prole eventual dos seus filhos, ou de outras pessoas de sua estima, recorre, naturalmente, ao fideicomisso. É legítimo interesse da família que essa vontade benéfica se possa realizar; porém não pôde a mesma adaptar-se ao usufruto, no qual se faz necessária a existênciã simultanea do seu proprietário e do usufrutuário. O fideicomisso preenche, magnificamente, êsse fim, conservando os bens para serem entregues aos beneficiados ainda não existentes no momento da abertura da sucessão (Cód. Civ. Comentado, vol. VI, pag. 195, n. 5).

II

14 — Da situação jurídica do fideicomisso decorrem deveres e direitos principais ou especiais, comuns e derivados.

As obrigações principais e especiais do fiduciário resumem-se em: a) — proceder ao inventário dos objetos gravados (§ único do art. 1734 do Cód. Civ), para fundamentar as reclamações futuras do fideicomissário em relações a êles; b) — prestar caução de restituir os bens, móveis ou imóveis, da liberalidade, se o exigir o substituto, exceto dispensa do testador, a qual modaliza um penhor especial, com a finalidade de assegurar o direito eventual do fideicomissário, e perdura até a liquidação do fideicomisso, não respondendo nem mesmo por dívidas do testador; c) — administrar os objetos do fideicomisso, com o zelo de um bom pai de família, um *bonus pater familias* e a atividade e previdência de quem cuida do que é seu, *diligentia quam suis*; d) — conservando a coisa fideicometida, como um homem providente, transmití-la, nos casos legais, ao substituto, no estado em que se achava ao tempo da abertura da sucessão, exceto depreciações ocorridas com o seu uso normal pelo exercício do direito.

Filiam-se as obrigações derivadas ou comuns: a) — responder, na qualidade de herdeiro, ou legatário, pelos encargos na sucessão, até a verificação do fato resolutorio dos seus direitos, fazendo assim as despesas de custeio e conservação, os reparos ordinários, pagando juros de hipotecas e os impostos; b) — responsabilizar-se pelas determinações resultantes de sua culpa, ou dolo; c) — suportar os onus e os encargos estabelecidos pelo fideicomitente; d) — inscrever o fideicomisso no Registro de Imóveis, sem que a sua falta prejudique o fideicomissário.

O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel (artigo 1.734 do Cód. Civil), porque é limitada, a primeira, na sua extensão pela obrigatoriedade de conservar a substância da coisa, e a segunda, na sua duração, por extinguir-se, com a morte do gravado, o implemento da condição, ou o advento do termo.

Cumprе notar que o testador pôde declarar a inalienabilidade dos objetos do fideicomisso pelo gravado.

Compendiam-se os direitos do fiduciário: a) — usar e gozar, *uti frui*, plenamente, sem abusar; b) — dispôr, mantida a substância da coisa, *salva substância rerum*, visto como, sendo resolúvel o seu domínio, prevalece o principio — *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, quando se resolve o direito do outorgante, fica resolvido o do outorgado; c) — onerar os bens com hipotéca, penhor, servidão, usufruto, uso e habitação; d) — alienar definitivamente os haveres imprescindíveis ao pagamento de despesas com encargos da herança, ou legado, e os feitos por determinação do fideicomitente; e) — indenizar-se dos gastos com as benfeitorias úteis e as necessárias, que valorizem os objetos correspondentes, e levantar as volutárias, sem detrimento da coisa; f) — reter a coisa até o pagamento das despesas com as benfeitorias úteis ou necessárias que fizer; g) — adquirir, a título resolutivo, os aumentos naturais dos bens, o direito de acrescer, nos mesmos casos em que êle ocorre entre herdeiros e legatários, e os valores nas subrogações, provenientes de seguro, por perda total ou parcial, desapropriação, ou outro prejuízo; h) — receber os gastos fóra do comum e de real necessidade, mesmo com obra conservatória; i) — propôr ações e fazer defesa a acervo gravado; j) — renunciar o direito á liberalidade do testador.

15 — São deveres do fideicomissário: a) — responder pelos encargos da herança anteriores á sucessão (art. 1737 do Cód. Civil), quando, dentro das forças dela, o fiduciário não os satisfez integralmente; b) — cumprir os encargos creados pelo gravado, com seu consentimento expresso; c) — indenizar ao primeiro beneficiado as benfeitorias úteis e as necessárias, que produziram grande valorização dos bens, e as despesas com uma administração proveitosa.

A maioria dos escritores qualifica de eventual o direito do fideicomissário, applicando-lhe as normas testamentárias sob condição suspensiva, *ex-die*; alguns referem-se a êle com a qualidade

de contingente, e outros, dentro da tradição romana, consideram-no hipotético, *espectativa de haver, spes debitum iri*.

O fideicomissário, posto que adquira direitos á herança, ou ao legado ao mesmo tempo que o fiduciário, verificando-se o poder de ação de cada um em momentos diferentes, não tem domínio sôbre o objeto da liberalidade, e por isso não lhe compete, além de outras faculdades, alienar, transigir, hipotecar e reivindicar.

Cabem-lhe êsses direitos: a) — exigir a prestação da caução de restituição dos bens e requerer que ela, constatada sua insuficiência, seja suprida; b) — renunciar a herança, ou o legado, depois de se dar a substituição, salvo impugnação de credor (art. 1.735 e 1.590 do Cód. Civil); c) — os aumentos naturais ao patrimônio fiduciário; d) — recolher a parte da herança, ou do legado que o gravado, em qualquer tempo, tiver acrescido (Cód. cit., art. 1.736), em virtude da sucessão; e) — pleitear atos conservatórios de direitos e interromper lapso prescricional; f) — promover o registo do fideicomisso, ou sua correção; g) — ação de petição de herança; h) — a propriedade plena dos bens do fideicomisso, aberta a substituição, e, em consequência, a ação de reivindicar dos adquirentes os haveres alienados pelo fiduciário e ainda interpelar judicialmente o locatário, ou o mutuario, para restituir a coisa de seu contrato com o gravado.

III

16 — O fideicomisso extingue-se por caducidade de direito, morte dos beneficiados e prescrição.

I — Distinguem-se vários casos de caducidade: a) — renuncia tanto do fiduciário como do fideicomissário, sendo expressa e sobre a totalidade do direito, respectivamente, após as aberturas da sucessão e da substituição, ficando os bens de

propriedade pura do sobrevivente, exceto disposição diferente no testamento (art. 1.735 do Cód. Civil); b) — a morte do fideicomissário antes do fiduciário ou de realizar-se a condição resolutória do direito do último, em quem se consolida a propriedade (art. 1738), materia essa em que, no direito anterior, divergiam os mestres — uns, em franco apoio á doutrina que o Código veiu adotar, como Velasco, Meireles, Borzari, Adolfo Cirne e Clóvis, esteiados nos preceitos gerais do direito hereditário e princípios da lógica, na legislação chilena e no direito romano; outros — Mélo Freire Correia Teles, Coêlho da Rocha e Trigo Loureiro, tendo o Código alemão a animá-los, sustentaram que a morte do substituto, antes do primeiro beneficiário, transmitia os bens aos seus herdeiros; c) — falecimento do fiduciário, antes do testador, ou de efetuada a condição, reduzindo-se a sucessão a um só grau com a devolução do direito do primeiro ao segundo beneficiário; d) — o perecimento total do objeto do fideicomisso, sem culpa ou dolo do gravado, que, por essas faltas, se sujeita á indenização do prejuizo; e) — a incapacidade do fideicomissário, e tambem sua indignidade reconhecida antes do recebimento; f) — incapacidade e a indignidade do fiduciário, transferindo-se as coisas direta e imediatamente ao substituto; g) — a nulidade, ou anulação da clausula que o instituiu; h) — a inoperancia do testamento, notada no aparecimento de filho ao fiduciário descendente do testador e sem prole no momento da nomeação, por se presumir ser a falta de descendência a *causa determinante* da designação do segundo beneficiário.

Na extinção inclui-se um caso interessante, tratado pelo insigne Carlos Maximiliano, cujo período se traslada *ipsis verbis*: “Morto o substituto juntamente com o testador (em naufrágio, incêndio, batalha, etc) cessa o fideicomisso; quando fiduciário e fideicomissário sucumbem lado a lado, depois do *de cujus*, applica-se, por analogia, o preceito relativo aos *comorientes*:

não existe a pessoa a quem o gravado deveria entregar os bens havidos com essa obrigação; nêle e nos seus herdeiros se consolida a propriedade; nada percebem os sucessores do fideicomisário (Direito das Sucessões, vol. III, 2a ed., nº 1281, pag. 138).

2 — Como qualquer outro, é prescritível o direito dos interessados diretos no fideicomisso, sendo seu prazo de 30 anos, a começar do óbito do testador, abertura da sucessão.

Consubstanciam essa verdade os modelos explicativos: Lego o sítio Esparta a Pitagoras, que o transmitirá ao Ginásio Municipal a ser fundado em Independência; deixo a Dido a metade dos meus bens, devendo ela dar a anuidade de . . . a Fedra, se essa vier a ter filho.

Não se instalando o Ginásio e nem aparecendo a prole a Fedra, decorridos os 30 anos, Pitagoras será legatário unico e Dido herdeira pura, integrando-se nêles o domínio pleno sôbre os bens da disposição testamentária.

Ocorre a hipótese, como se vê, se a herança, ou o legado, depende de fato concernente a pessoa jurídica ainda não existente, ou física por ser gerada.