

## QUESTÃO DE FIDEICOMMISSO

(EXCERPTO)

JOAQUIM AMAZONAS

Do facto de se dizer que o *dies incertus* é um termo e não uma condição, duvidas foram levantadas em determinar o momento preciso da abertura da successão para os fideicommissarios, isto em casos de fideicommissos instituidos por testadores fallecidos antes do Codigo Civil de 1916 entrar em vigor.

Alguns poucos têm pretendido que, no direito brasileiro anterior ao Codigo Civil, essa abertura tinha logar por occasião da morte do testador, que instituiria o fideicommisso, argumentando-se, na sustentação de tal modo de ver, com a distincção que se faz, e deve fazer, entre o *dies incertus quando* e o *dies incertus an*.

Admitta-se, contra todas as fontes, contra todos os autores que têm escripto sobre o assumpto, que o dia incerto da morte do fiduciario seja um termo e não uma condição.

Mas, a tal termo, davam as fontes romanas, os *mesmos effeitos da condição*. Assim, *Papinianus*

na L. 75, *Dig.*, Liv. 35, Tit. 1.º, escreveu e estabeleceu:

*“Dies incertus conditionem in testamentum facit.”*

e, explicando que assim é porque —

*“Quamvis enim heredem moriturum certum sit tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum ad eum legatum perventurum.”*

como estatuiu ainda no *Dig.*, Lei 79, § 1.º h. t.

Ou em vernaculo:

*“Ainda que seja certo que a morte do herdeiro tem de se realizar, comtudo, ha incerteza se o legatario estará vivo a esse tempo para receber a cousa legada.”*

Eis pois ahi: A morte do fiduciario será certa, fatal, mas não se sabe quando acontecerá nem si, a esse tempo, estará vivo o legatario para receber o legado.

E si não é vivo, si nunca chegou mesmo a viver, nada receberá.

E na doutrina duvida não existe de que o termo, *dies incertus*, vale como condição suspensiva.

O fideicommissario é herdeiro sob condição suspensiva; si sobreviver ao fiduciario.

Portanto, como escreveu *Mourlon*, *Rep. Écrites*, Vol. II, n.º 938, commentando o artigo 1053 do *Codigo Civ. Nap.*:

*“L’ouverture de la substitution est le moment où le droit éventuel et IN-*

*TRANSMISSIBLE des appellés se transforme, lorsqu'ils sont capables à ce moment, en un droit désormais acquis, et, à ce titre, susceptible de passer de leur personne en la personne de leurs héritiers.*

*La substitution s'ouvre, ou, en d'autres termes, le droit des appellés commence, lorsque, par quelque cause que ce soit, le droit du grevé cesse: tel est le principe posé en tête de l'article 1053."*

Ou em vernaculo:

"A abertura da substituição é o momento em que o direito eventual e *intransmissivel* dos fideicommissarios se transforma, sendo capazes nesse momento, em um direito adquirido, e, a este titulo, susceptivel de passar de sua pessoa á pessoa de seus herdeiros.

*A substituição se abre, ou em outros termos, o direito dos fideicommissarios começa, quando por uma causa qualquer, o direito do fiduciario cessa: tal é o principio estabelecido pelo artigo 1053."*

Ou como escreveu tambem o inimitavel *Démolombe*, em seu *Cours de Droit Civil*, Vol. 22 (4.<sup>a</sup> edição), n.º 603, pags. 538:

*"Régulièrement, la substitution ne s'ouvre que par la mort naturelle du grevé."*

Ou passando para a lingua nacional:

“Regularmente, a substituição se abre pela morte natural do fiduciario.”

Entre nós, antes do Codigo Civil, escreveu *Clovis Bevilacqua*, em seu *Direito das Successões*, edição de 1899, a paginas 347:

“Abre-se a substituição fideicommissaria, por morte do fiduciario.”

E tanto assim é, como não podia deixar de ser, que se não indaga da *incapacidade* do fideicommissario por ocasião da morte do testador e sim na da morte do fiduciario.

Mas não foi somente *Clovis*; o conhecidissimo professor de São Paulo, *José Ulpiano Pinto de Souza*, escreveu na *Revista de Direito*, de Bento de Faria, a pags. 32, do Vol. 5.º, as seguintes palavras, claras e insophismaveis, depois de mostrar como a instituição encerra *duas* liberalidades:

“A primeira liberalidade abre-se no momento mesmo da disposição, si é feita por doação inter-vivos, e somente por morte do testador, si feita por testamento ou doação mortis-causa; a segunda liberalidade se não abre, porém, senão por morte do fiduciario ou gravado. E d’ahi resultam duas consequencias: a) — basta que o fideicommissario esteja concebido no momento da morte do fiduciario; não é necessario que o esteja no momento em que se abre o direito deste; b) — é neces-

*sario que o fideicommissario sobreviva ao fiduciario, porque ninguem póde adquirir um direito, não existindo na época de sua abertura. Portanto, si o fideicommissario fallecer antes do fiduciario, a substituição se não abrirá, e este se tornará proprietario incondicional, visto desaparecer o encargo de entregar, a que estava eventualmente obrigado.*”

E mais adiante um pouco, na mesma pagina:

*“Vê-se que a substituição se não abre senão pela sobrevivencia do fideicommissario ao fiduciario.*

*Este facto, ao mesmo tempo que dá nascimento ao direito do fideicommissario, opera a resolução do direito do fiduciario.”*

Si a substituição se abrisse por morte do testador, para que o fideicommissario *adquirisse* nesse momento o direito á successão, é claro que precisaria existir tambem nesse momento, sem o que não poderia recolher a herança ou legado.

Do contrario, no caso, por exemplo, de serem instituidos fideicommissarios filhos ou netos do fiduciario, que ainda fosse *infans*, ou mesmo nascituro, impossivel seria saber *quaes* nem *quantos* esses fideicommissarios, para ser por elles adquirido o direito.

Ninguem adquire direitos sem ter personalidade juridica. E ninguem adquire essa personalidade sem ter nascido, ou, em certos casos, sem ter sido, ao menos, concebido.

*Logo, si tal theoria da abertura da substituição se dar no momento da morte do testador pudesse prevalecer, não poderia ser tido como instituído fideicommissario quem não estivesse, ao menos, concebido nessa época.*

Mas, é incontestabilissimo que, em se tratando de fideicommisso, basta ao fideicommissario se achar concebido no momento da morte do fiduciario. Porque? Inquestionavelmente porque é nesse momento que se abre a substituição.

\*\*\*

Essa questão de se saber o momento da abertura da substituição e, portanto, de se saber se o fideicommissario tem um direito adquirido e transmissível aos seus herdeiros, desde a morte do testador, ou si somente o tem a contar da morte do fiduciario, não foi resolvida por nenhum texto de lei brasileira, anterior ao Código Civil de 1916, entrando em vigor em 1.º de Janeiro de 1917.

Tinha, pois, semelhante questão de ser resolvida de accordo com o Direito Portuguez anterior á independencia do Imperio.

Pelo Direito Portuguez, até o advento de *Mello Freire*, nunca houve duvidas sobre o assumpto, sendo incontestavel que, até então, jamais jurista ou praxista algum sustentou ou pretendeu, em Portugal, que o fideicommissario transmittisse qualquer direito aos seus herdeiros, si pre-fallecia ao fiduciario.

Foi *Mello Freire* quem lançou primeiro a duvida. Foi o insigne jurista quem primeiro quiz eliminar da legislação portugueza os fideicommiss-

sos. Foi elle quem escreveu, primeiro que todos, as seguintes palavras:

“...a bem da Republica, o uso das substituições devera ser proscripto por lei especial da cidade”, —

principio que foi acceito pela Lei de 9 de Setembro de 1769, para ter a execução suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, aquella da época Josephina, ou d'El Rei *D. José I*, tão sob a influencia do grande espirito de *Pombal*, este da época de sua filha, a Rainha *D. Maria I*, inteiramente dominada pelo clericalismo.

O ephemero dominio da legislação Josephina, d'aquella lei de 1769, foi, portanto, substituido logo, revogado, para *ser restabelecida* a doutrina das *leis romanas*, até antes dominantes, voltando a serem mais protegidas as successões testamentarias, em vez das legitimas, como na legislação Josephina revogada.

*Mello Freire*, assim, foi o inspirador das ideias do tempo de *D. José I*, pleiteando a eliminação, a proscricção das substituições. Mas, com o afastamento do poder do grande ministro, que foi o *Marquez de Pombal*, encarregado ao tempo de *D. Maria I*, quando as ideias dominantes nas altas esferas eram já outras, seguiu um caminho singularissimo na elaboração do *Codigo Civil*, cujo projecto lhe pedira a Rainha, porque, não podendo revogar abertamente as substituições, o que contrariava o espirito clerical da Rainha e da época, *indirectamente* o fazia, proscrevia-as. Mas esse projecto de Codigo não chegou nunca a ser lei. As ideias de *Mello Freire*, assim, não passaram de projecto, não passaram de doutrina, que elle quiz implantar em

seu paiz, sem o lograr, pois que, ainda hoje, as substituições existem em Portugal.

No ar ficaram as ideias de *Mello Freire*, o que não impediu a alguns autores tomarem-n'as de passagem, sem o menor exame, sem attentar que eram de *jure constituendo*, e não de *jure constituto*. O que *Mello Freire* apresentava como *direito a crear*, diverso do existente, tomaram elles como direito vigorante na época.

Assim *Coelho da Rocha*, assim *Gouveia Pinto*, em Portugal; assim *Trigo de Loureiro*, no Brasil; todos se tendo limitado a *copistas* da theoria de *Mello Freire*, unica fonte a que se soccorreu e que citou *Coelho da Rocha*. E os dous, unicas fontes que citaram *Gouveia Pinto* e *Trigo de Loureiro*.

*Coelho da Rocha*, *Gouveia Pinto* e *Trigo de Loureiro*, sem a coragem precisa para sustentar, ou para apresentar, a theoria e a opinião puras de *Mello Freire*, *proscrevendo inteiramente as substituições e fideicommissos*, introduziram, nos fideicommissos, indevidamente, a theoria da *spes debetum iri*, para sustentarem que o herdeiro ou legatario condicional, fallecendo antes do gravado ou pendente a condição, transmite aos seus herdeiros dita *spes*.

E isto contra a opinião da torrente formidavel dos autores estrangeiros e nacionaes, aquelles com *Pothier* á frente, estes com os celebrados *Velasco* e *Perez*.

Assim *Pothier*, seguido de *Marcadé*, *Dalloz*, *Demolombe*, *Duranton*, *Merlin*, etc., etc., em seu "*Tratado das Substituições*", Vol. 8.º, pags. 513, da edição de 1861, escreveu:

“Que le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a, par rapport au

bien substitué, aucun droit formé, mais une simple espérance. D'où il suit que, si le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, il ne transmet rien a ses héritiers, et la substitution devient caduque, car, n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avait rien qu'il put leur transmettre; l'espérance s'évanouit par sa mort."

Tambem é o mesmíssimo *Coelho da Rocha* quem reconhece que essa *spes debitum iri*, em direito romano, não era transmissível nas successões "causa-mortis", mas somente em se tratando de convenções *inter-vivos*.

E o nosso incomparavel *Teixeira de Freitas*, o jurista maximo da latinidade americana de todos os tempos, que é terminante, na Nota 14 ao artigo 420 de sua *Consolidação das leis civis*, nega expressamente a existencia, no caso, de uma *spes debitum iri*, porquanto o fideicomisso dando ao fiduciario o dominio, ainda que resolvel, o que se dá é uma *spes dominium iri*, cousa bem diversa da *spes debitum iri*. Na passagem que acabamos de citar, escreve o grande jurisconsulto :

"A condição suspensiva, até que se cumpra, impede direito adquirivel, só dá ao credor a esperança — *spes debitum iri* —, transmissível "causa-mortis" para o nú proprietario no usufructo; e uma esperança theologal — *spes dominium iri* —, intransmissível "causa-mortis" para o fideicommissario na substituição fideicommissaria."

Eis ahi o que ensina o nosso grande e incomparavel mestre: que a *spes debitum iri do fideicommissario é intransferivel "causa-mortis"*. O que equivale a dizer com *Pothier*: "*L'espérance s'évanouit par sa mort*", ou em lingua vernacula: "*A esperança desapparece por sua morte.*"

Assim tambem demonstrou irrefragavel e incontestavelmente, no mais profundo trabalho que já se escreveu no Brasil a respeito da hypothese, o nosso *Adolpho Cirne*, o saudoso professor do Recife, em a dissertação que sustentou em 1887 perante a Congregação da Faculdade de Direito do Recife, a qual se encontra reeditada na *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, volume 25, correspondente ao anno de 1917, paginas 102 e seguintes.

Assim ainda escrevera o commentador illustre do *Codigo Civil Portuguez*, que, como é sabido, adoptou doutrina contraria, mostrando que, nesse ponto, o direito antigo era diverso. No volume IV, pois, de seu *Codigo Civil Portuguez Annotado*, escreveu *Dias Ferreira*, a paginas 249, da primeira edição:

"Por direito anterior ainda houve alguns julgados decidindo que o fideicommissario, que fallecia antes do fiduciario, transmittia o direito hereditario aos seus herdeiros, com o fundamento de que o fiduciario era simples usufructuario, e de que era inadmissivel entre nós a doutrina dos Romanos, pela qual a *spes debitum iri* se transmittia nos contractos, e não nas disposições de ultima vontade.

*No entretanto não era essa a opinião mais seguida.* Ainda que houvesse analogia apparente entre o fiduciario e o usu-

fructuario, a differença juridica era profunda e cabal. No usufructo passava, á morte do testador, este direito ao usufructuario, e na mesma occasião o direito de propriedade ao proprietario; no fideicommisso passava inteiro "propriedade e usufructo" ao fiduciario, com a clausula resolutiva apenas. No usufructo ha uma só instituição, simultanea, e não successiva; *no fideicommisso havia duas instituições, e não simultaneas, mas successivas.*

Por isso antes da morte do fiduciario nenhum direito tinha adquirido o fideicommissario, mas sim uma simples expectativa, que não podia transmittir aos seus herdeiros.

*Essa doutrina foi sancionada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em accordam de 19 de Novembro de 1852, e seguida por todos, depois d'aquelle julgado, como declara o illustrado redactor da Gazeta dos Tribunaes, em o numero 1932 d'aquella folha. Esta mesma opinião era sustentada pela Associação dos Advogados de Lisbôa; e apparece reconhecida pela Relação do Porto em Accordam de 4 de Maio de 1869, publicado na Gazeta dos Tribunaes, n.º 4334."*

Essa doutrina, *Dias Ferreira*, o commentador que acabamos de transcrever acima, a confirmou na segunda edição de seu trabalho, Vol. III, a paginas 396, escrevendo:

"Por direito velho que era o direito romano, visto ser omisso sobre o caso o

direito portuguez, caducava o fideicommisso fallecendo o fideicommissario antes do fiduciario por ser incerto o dia da morte do fiduciario e ter nas disposições de ultima vontade o character de condição e incerteza do dia — *dies incertus conditionem in testamentum facit* — dizia a lei romana.”

Eisahi, pois, que nem mesmo em Portugal vingaram as ideas de *Mello Freire*, senão depois do Codigo Civil, ou com este.

*Mello Freire* opinava *de jure constituendo*; de seu parecer foram *Coelho da Rocha* e *Gouveia Pinto*, mas querendo fazer lei da simples opinião de *Mello*. Seus pareceres não vingaram, e os tribunaes portuguezes, depois de ligeira vacillação, ficaram firmes com a doutrina romana, até que o Codigo Civil mudou inteiramente a situação, acceitando a doutrina de *Coelho da Rocha* e *Gouveia Pinto*, que não era exactamente a de *Mello Freire*, porquanto este pretendia a proscripção completa das substituições e não simplesmente a sua limitação, como acceitou o Codigo Civil Portuguez.

Mas, si em Portugal, com a promulgação do Codigo Civil foi abolida a theoria romana, entre nós assim não succedeu, porquanto com o *Codigo Civil Brasileiro*, de 1916, em vigor desde 1.º de Janeiro de 1917, foi mantida a doutrina do Direito Romano; maior prova de que, não obstante havel-a *Trigo de Loureiro* ensinado a duas ou tres gerações, em sua cadeira de Direito Civil, a doutrina de *Mello Freire*, modificada por *Coelho da Rocha* e *Gouveia Pinto*, não vingou no espirito da nacionalidade e de seus juristas.

Realmente, o Código Civil, em seu artigo 1738, derime a questão, de accordo com os ensinamentos e as leis romanas, estatuinto a caducidade do fideicommisso si o fideicommissario fallece antes do fiduciario. Isto prova ter sido, evidentissimamente e sempre, essa a jurisprudencia patria, como realmente foi e é. E é de notar-se que, havendo o Senado, ao votar o Código Civil, approvado uma emenda eliminando toda a materia e por consequente o instituto do fideicommisso, a Camara dos Deputados regeitou *unanimemente* dita emenda.

Portanto, o Código Civil estatuinto de tal maneira, não fez mais que compendiar o nosso direito antigo, que, em vista de ser omissa a legislação, era o mesmo Direito Romano, neste particular de accordo com a lei da Bôa Razão e conforme o direito vigente na maioria das nações modernas.

\*\*\*

A abertura da substituição se fazendo por morte do substituido ou *fiduciario*, quando cessam os direitos deste e começam os do *fideicommissario*, cabe estudar a quem vão caber os direitos do *fideicommisso*, si dito *fideicommissario* premorre ao *fiduciario*.

A regra estabelecida, que veio do Direito Romano, e que tambem é a da maioria dos Codigos modernos, que ainda aceitam as substituições, compendiada em nosso Código Civil, artigo 1738, já citado, é que caduca o legado, consolidando-se a propriedade do bem na pessoa do fiduciario.

O Codigo Civil Chileno, é expresso, em plena conformidade com o nosso, quando dispõe:

“Art. 762 — El fideicommissario que fallece antes de la restitución, *no transmite por testamento ó abintestato derecho alguno sobre el fideicommisso, ni aun la simple expectativa...*”

Eguals disposições existem em muitos outros Codigos como os do Perú, do Uruguay, da Argentina, de Vaud, de Friburgo, de Tessino, de Valais, etc.

O Codigo Civil Italiano não discrepou, quando dispõe da seguinte maneira:

“Art. 853 — Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione suspensiva *é privata d'effeto, se la persona à cui favore é fatta, muore prima che siasi verificata la condizione.*”

E o modernissimo *Codigo Suisso*, na sua edição franceza, em seu artigo 489 assim dispõe:

“Art. 489 — *La substitution s'ouvre, sauf disposition contraire, à la mort du grevé.*

.....”

\*\*\*

De tudo quanto se disse, pois, se verifica que, sendo *intransmissivel* a *spes* do fideicommissario aos seus herdeiros, porque a substituição só se abre

com a morte do fiduciario, — porque nada possuindo elle até esse momento, não pôde transmittir aquillo que não tem, — porque o fideicommissario premorto não recolhe o fideicommisso — *caduca este*.

Portanto, a morte do fideicommissario occorrendo antes da do fiduciario, impede que tenha elle adquirido qualquer direito ao legado, nada transmittindo aos seus herdeiros, nem mesmo uma simples expectativa, porque a *spes debitum iri*, do direito romano, não era transmissivel nas successões *mortis-causa*, nem a sua theoria era applicavel aos fideicommissos, em que, em vez della, o que havia, segundo a lição de *T. de Freitas*, era a *spes dominium iri*.

E' o ensinamento das fontes romanas. E' a doutrina incontestavel da unanimidade dos autores, escrevendo *Dalloz*, em *Verb. Substitution*, n.º 471:

“La substitution tombe également, si l'appellé n'existe plus ou est incapable au moment de l'ouverture; c'est l'appellé lui-même, et non les héritiers de l'appellé, que le substituant a voulu gratifier.”

E' o que escreve *Demolombe*, em seu “*Cours de Droit Civil*”, vol. 22, pags. 385, ed. cit.:

“La règle est que la représentation n'a pas lieu dans les dispositions à titre gratuit; et, par conséquent, la substitution s'éteint par le décès, avant le grevé, de ceux qui seuls lui avaient été personnellement substitués; . . . . .”

A regra, pois, do Direito Brasileiro, anterior ao Código Civil, é a mesma compendiada no dito Código, isto é, que fallecendo o fideicommissario antes do fiduciario, caducava o fideicommissio, que consolidava na pessoa do fiduciario, salvo o direito dos instituidos conjunctamente, ou quando a verba testamentaria não determina a parte a tocar a cada fideicommissario, ou tambem não determina quaes nem quantos os fideicommissarios instituidos.

Nesses casos, de haver uma instituição conjuncta, si premorre um dos fideicommissarios, nos termos da lei, tanto a anterior, o Direito Romano, como a actual, o Código Civil, *accresce* aos demais co-legatarios conjunctos a parte que tocaria ao premorto, si vivesse.

