

*Venda de bens fideicomitidos pelo fiduciário
e renúncia dos direitos do fideicomissário*

CONSULTA

Casado pelo regímen de separação de bens com D. Inocência Maria das Candeias, faleceu, sem deixar filhos, em 1931, o sr. Francisco Romão da Conceição, em cujo inventário foi apresentado e cumprido o testamento que insere a seguinte disposição:

— “Deixa à sua referida mulher Inocência Maria das Candeias o sítio de terras próprias, com cerca de cento e cinquenta coqueiros mais ou menos, denominado “Focinho do Boi”, no distrito de Prazeres, e as casas térreas de alvenaria, cobertas de telhas, números seis e sete, à rua denominada Focinho do Boi, no referido distrito de Prazeres, e por morte de sua referida mulher, passarão ditos sítios e casas, em partes iguais, à Dona Ernestina Maria Damasceno e sua filha Elisiária, respectivamente filha e neta da referida Inocência Maria das Candeias”.

Em Março de 1949 D. Inocência Maria das Candeias vendeu o sítio “Focinho do Boi”, prometendo por si, seus sucessores e herdeiros a fazer esta mesma venda boa, firme e valiosa obrigando-se a responder pela evicção, pondo o outorgado comprador a salvo de quaisquer dúvidas futuras e transmitindo à pessoa do mesmo desde já, todo o direito, domínio, ação e posse, que tinha em dito terreno ora vendido tudo

por bem desta escritura e da cláusula constituti". Salientando a escritura que "por disposição testamentária passará por sua morte (— da alienante) a propriedade a Elisiária Maria da Cruz e Ernestina Maria da Conceição, que é a mesma Maria Ernestina das Candeias, já falecida, tendo por isso a disposição caducado quanto a esta última por força do que dispõe o art. 1738, do Código Civil; que assim por força desta escritura e na melhor forma de direito, de acordo com a fideicomissária viva, devidamente assistida por seu marido Antônio Silvestre da Cruz, vende..." — dela constou que "pela terceira invertente D. Elisiária Maria da Cruz e seu marido, me foi dito que como fideicomissária estavam de pleno acordo com a venda do aludido terreno, desistindo de todo e qualquer direito aos mesmos pertencentes".

Isto posto, pergunta-se:

- I — A disposição testamentária é ou não, um fideicomisso?
- II — Na hipótese afirmativa, a venda da propriedade plena, efetuada pela fiduciária, não sujeita o adquirente à mesma condição resolutiva a que se subordinava o direito de propriedade do alienante, decorrendo daí que, falecida a fiduciária, possam os fideicomissários ou seus herdeiros reivindicar o imóvel?
- III — O fato de terem os fideicomissários declarado que "estavam de acordo com a venda do aludido terreno, desistindo de todo e qualquer direito aos mesmos pertencente", valerá como **renúncia** ou **desistência** dos seus direitos de fideicomissários?
- IV — Pode o fideicomissário, que receberá o bem por morte do fiduciário, renunciar, ceder ou transferir os seus direitos antes da morte do fiduciário? O direito do fideicomissário antes do óbito do fiduciário é apenas um direito **even-**

tual", um direito cuja aquisição só se completará com a morte do fiduciário", importando qualquer convenção feita, nesta fase, pelo fideicomissário, em pacto sobre sucessão futura?

- V — A concordância do fideicomissário à alienação feita pelo fiduciário, concordância em vida do fiduciário, é nula ou anulável?

Recife, 15 de agosto de 1949.

(Ass.) **MARDONIO COELHO** — Adv.

... e em virtude da falta de conhecimento da verdade dos fatos, não se pode considerar a vontade do testador livre e espontânea, nem a validade do testamento.

... e a consequente nulidade do testamento, bem como a consequente restituição dos bens e valores recebidos pelo herdeiro.

Recursos em desfavor de 1944

TESTAMENTO DE DOMINGOS DO RECURSO

PARTE II

A disposição testamentária é a vontade do testador de deixar a disposição dos seus bens a quem ele quiser, após a sua morte.

Não há dúvida alguma de que se apresenta, no caso da espécie, uma verdadeira subordinação da vontade do testador a uma vontade alheia, a saber, a vontade do herdeiro. Esta, que é manifestamente enganadora, a propósito do art. 1733 do Código Civil, pode também ser vista em outras disposições de legislação por meio de uma interpretação literal e estrita, a qual não leva em conta a intenção do testador, mas sim a intenção do herdeiro, transmitindo ao herdeiro a vontade do testador.

11

Em alguns casos, a vontade do testador pode ser considerada livre e espontânea, quando ele não está sob a influência de uma vontade alheia, nem sob a influência de uma vontade própria, mas sim sob a influência de uma vontade própria, a qual é a vontade do testador.

PARECER

I

A disposição testamentária é ou não, um fideicomisso?

Não há dúvida alguma de que se apresenta, no caso da consulta, uma verdadeira substituição fideicomissária: deixou o testador o imóvel a A., para que, por morte dêste, passasse a B.

Está, pois, perfeitamente enquadrada a hipótese no art. 1733 do Código Civil: "Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado".

II

Na hipótese afirmativa, a venda da propriedade plena, efetuada pela fiduciária, não sujeita o adquirente à mesma condição resolutiva a que se subordinava o direito de propriedade do alienante, decorrendo daí que, falecida a fiduciária,

possam os fideicomissários ou seus herdeiros reivindicar o imóvel?

Tem o gravado ou fiduciário a propriedade da herança, ou legado fideicomitido, embora restrita ou resolúvel (art. 1734 do Código Civil), ao contrário do usufrutuário, a quem cabe somente o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (art. 718 do Código Civil).

Assim, enquanto se não realiza a condição resolutiva, ou se não vence o termo final a que se acha subordinado o seu direito, exerce o fiduciário todos os poderes inerentes à propriedade: pode alienar os bens fideicomitados, hipotecá-los, grava-los com outros ônus reais, e mover quaisquer ações a respeito deles.

Escrevia o eminente Lafayete Pereira, sob o império do direito anterior ao Código Civil, que "o herdeiro fiduciário tem sem dúvida domínio sobre a coisa sujeita a fideicomisso, em regra não pode aliená-la, e os ônus reais, com que mais a grava, se resolvem desde que o fideicomisso se transfere ao herdeiro fideicomissário. A alienação que o fiduciário faz da coisa, objeto do fideicomisso, só pode ser anulada pelo fideicomissário, quando o fideicomisso lhe é deferido". (Direito das Coisas, § 28, pág. 72, nota 5).

Mas, se, como o reconhecia aquêle jurisconsulto, a alienação dos bens fideicomitados só podia, então, ser anulada quando êsses bens fossem adquiridos pelo fideicomissário, evidente e lógico é que, enquanto se não efetuasse a aquisição dependente da condição resolutiva imposta pelo testador, produzia tal alienação todos os seus efeitos jurídicos.

Era jurisprudência daquela época que o fiduciário podia hipotecar os bens sujeitos a fideicomisso (Acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo de 27 de outubro de 1906 e de 17 de outubro de 1913), o que importava em poder dispor deles.

Alguns escritores, entre os quais Lobão (Notas a Melo, vol. 3., pág. 436), Coelho da Rocha (Instituições de Direito Civil Português, 8.^a ed., aperf., 1917, vol. 2 § 718, págs. 493-494) e Ramalho (Instituições

Orfanológicas, 1874, págs. 64-65) pregavam a doutrina da inalienabilidade, naturalmente preocupados em impedir que o fiduciário pudesse servir-se do seu poder de disposição para lesar os fideicomissários e terceiros.

Também a aceitava o projeto primitivo do nosso Código Civil, ao dispor no art. 1900, que os poderes do fiduciário relativamente aos bens da herança se equiparavam aos de simples usufrutuário.

Esse princípio foi repellido, para se conceder ao fiduciário um direito de propriedade restrito e resolúvel sobre a herança, ou legado (art. 1734 do Código Civil), que envolve a faculdade de alienação.

Resolvido, entretanto, o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, com que o testador limitara a sua declaração de vontade ao instituir o herdeiro fiduciário (art. 1733 do Código Civil), entendem-se, outrossim, resolvidos, nos termos do art. 647 do Código Civil, os direitos reais concedidos na sua pendência; e o fideicomissário, como proprietário, em cujo favor se operou a resolução, pode reivindicar a coisa, objeto da herança, ou legado, do poder de quem a detenha. É a aplicação da conhecida regra: *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*

O ato de alienação do domínio, ou de constituição de outros direitos reais, praticado pelo fiduciário, acha-se vinculado ao caráter condicional e limitado do seu direito sucessório; e ninguém pode transferir mais direito do que possue. *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet.*

Determina o Código Civil alemão, no art. 2113, que a disposição do herdeiro anterior (fiduciário) sobre um imóvel, ou sobre um direito num imóvel pertencente à sucessão (do testador), é ineficaz no caso de abertura da sucessão posterior (devolução da herança ao herdeiro posterior (fideicomissário)), desde que ela fruste ou lese o direito do herdeiro posterior. ("Die Verfuegung des Vorerben ueber ein zur Erbschaft gehoerendes Grundstueck oder Recht an einen Grundstueck ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam als sie das Recht des Na-

cherben vereiteln oder beeinträchtigen wuerde").

Como se vê, só começa a ineficácia no momento da abertura da sucessão posterior.

Divergem os escritores em torno da natureza jurídica dessa ineficácia. Domina, porém, a opinião de que se não trata de um caso de proibição legal de alienação, estatuida como proteção a certas pessoas determinadas, à qual alude o art. 135, senão de um caso disciplinado pelos arts. 161 al. 2 e 163, relativos à condição e ao termo resolutivos, e que prescrevem a ineficácia dos atos de disposição praticados por aquele, cujo direito cessa de existir pela realização da condição ou o advento do termo, de que depende o direito do herdeiro anterior (fiduciário), e quando se deve operar a devolução da herança ao herdeiro posterior (fideicomissário).

Isto é o que resulta, no dizer de Helzfelder, dos motivos para o projeto do Código Civil, vol. 5º, 116, da redação dos arts. 2113 e 2115 contrária à proibição de alienação, e da condição, ou do termo resolutivo, que liga os direitos do herdeiro posterior. (V. sobre a controvérsia: F. Helzfelder, no Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, vol 5:, 7/8 ed., pág. 445; Planck's Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, vol. V, pág. 464; Th. Kipp, no Lehrbuch des Buergerlichen Rechts com L. Enneccerus e M. Wolf, vol. 2.º, 3.ª parte, 1921 § 93, pág. 293).

III

O fato de terem os fideicomissários declarado que "estavam de acôrdo com a venda do aludido terreno, desistindo de todo e qualquer direito aos mesmos pertencente", valerá como **renúncia** ou desistência dos seus direitos de fideicomissários?

Dos termos da consulta não se acha bem esclarecido se a venda, a que ela se refere, compreende todo o imóvel, único objeto do fideicomisso, ou somente parte dêle.

Na primeira hipótese, apresentar-se-ia, certamente, uma renúncia de D. Elisiária Maria da Cruz aos seus direitos de fideicomissária: além de concordar com a venda de todo o objeto sobre que recairia o seu direito, desistiria ela, expressamente, dêste. Haveria, pois, absoluta incompatibilidade entre a declaração da escritura e a vontade de conservar a qualidade e os direitos de fideicomissária.

Na segunda hipótese, ao revés, o assentimento à venda de parte do bem fideicomitido não implicaria, propriamente, em renúncia à sua qualidade de herdeira fideicomissária, e, por conseguinte, ao seu direito de espera à aquisição definitiva da parte não alienada; mas tornaria perfeitamente válida aquela venda: nem o próprio fideicomissário, nem qualquer terceiro poderia fazer valer a ineficácia dela.

Realmente, ensinam os escritores alemães, ao estudar o art. 2113 do BGB (Código Civil), que o consentimento (Zustimmung) do herdeiro posterior (fideicomissário) para o ato de disposição do herdeiro anterior (fiduciário) sobre um imóvel ou sobre um direito em um imóvel pertencente à sucessão (do testador), ou a sua aprovação (Genehmigung) posterior dêsse ato, dá-lhe plena eficácia.

Eis, aqui, a prova dessa afirmação.

Helzfelder: "Contudo, é indubitável (.....) que, no caso de consentimento ou aprovação do herdeiro posterior ao ato de disposição em aprêço, não pode mais o herdeiro posterior, ou qualquer terceiro fazer valer a ineficácia dêle" ("Jedoch ist zweifellos (...), dass im Falle der Zustimmung oder Genehmigung des Nacherben zur betreffenden Verfuegungshandlung deren Unwirksamkeit weder vom Nacherben noch von einem Dritten mehr geltend gemacht werden kann" — Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, vol. 5.^o, obs. com. aos arts. 2112 e 2115, pág. 445).

Planck: "O vício no direito de disposição do herdeiro anterior é sanado pelo consentimento do herdeiro posterior. A disposição é, por consequência, plenamente eficaz se ela se realiza com o consentimento do herdeiro posterior (art. 183, art. 185, al. 1, comp.

art. 2120), e torna-se plenamente eficaz se o herdeiro posterior a aprova". (Der Mangel in dem Verfuegungsrechte des Vorerben wird durch Zustimmung des Nacherben beseitigt. Die Verfuegung ist daher vollwirksam wenn sie mit Einwilligung des Nacherben erfolgt (§ 183, § 185 Abs. 1 vgl. 2120) und wird vollwirksam wenn der Nacherben sie genehmigt". — Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, com. ao art. 2113, pág. 464).

Dernburg: "O assentimento prévio, ou a aprovação ulterior do herdeiro posterior, ou fato equivalente à aprovação torna a disposição do herdeiro anterior plenamente eficaz, arts. 183, 185". (Die Zustimmung des Nacherben macht die Verfuegung des Vorerben von vornherein, die Genehmigung des Nacherben oder eine der Genehmigung gleichstehende Tatsache macht die Verfuegung des Vorerben nachtraeglich vollwirksam, §§ 183, 185. — Das buergerliche Recht, vol. 5.^o, 3.^a ed. § 58, pág. 172, nota 2). V. ainda no mesmo sentido: E. Strohal, Das Deutsche Erbrecht, 3.^a ed., vol. 1.^o § 28, pág. 181, nota 26, e C. Crome, System des Deutschen Buergerlichen Rechts, vol. 5.^o § 717, pág. 558, nota 92.

IV

Pode o fideicomissário, que receberá o bem por morte do fiduciário, renunciar, ceder ou transferir os seus direitos antes da morte do fiduciário? O direito do fideicomissário antes do óbito do fiduciário é apenas "um direito **eventual**", um direito cuja aquisição só se completará com a morte do fiduciário", importando qualquer convenção feita, nesta fase, pelo fideicomissário, em pacto sobre sucessão futura?

O fideicomissário pode renunciar o seu direito à herança, ou legado antes da morte do fiduciário, como se conclui, claramente, do próprio teor do art. 1735 do Código Civil: "O fideicomissário pode renun-

ciar a herança ou legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, ficando os bens propriedade pura do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador”.

Convém, ainda, salientar que se não cogita, na hipótese, de pacto sobre sucessão futura: a sucessão já se abria, antes de março de 1949, quando se outorgou a escritura de venda, objeto da consulta, com a morte do testador.

O fideicomissário é herdeiro do testador e não do fiduciário; e a herança, à cuja aquisição definitiva ele tem um direito subjetivo patrimonial de espera, que se não confunde com simples expectativa de direito (Endemann, *Lehrbuch des Buergerlichen Recht*, 8.^a e 9.^a ed., vol. 3.^o, 1.^a parte, págs. 384-385; Dernburg, *Das Buergerliche Recht*, vol. 5.^o, § 55, pág. 164), é a do testador, e não a do fiduciário. A morte deste é apenas o acontecimento a que o testador submete aquela aquisição. Em resumo: o fideicomissário é um herdeiro instituído para substituir o fiduciário na sucessão do testador.

“O herdeiro posterior, escreve Endemann, é herdeiro do testador e da sucessão que provém dele. Ele não é sucessor universal do herdeiro anterior e não herda na sucessão deste.....

“Só sobre este fundamento objetivo se pode afirmar e justificar que o herdeiro posterior deriva o seu direito sucessorial imediatamente do testador, e não do herdeiro anterior”. (Der Nacherbe ist Erbe des Erblassers und des von ihm stammenden Nachlasses. Er ist nicht Gesamtnachfolger des Vorerben und erbt nicht dessen Nachlass..... Nur auf dieser objektiven Grundlage laesst es sich behaupten und rechtfertigen, dass der Nacherbe sein Erberecht unmittelbar von dem Erblasser und nicht vom Vorerben ableitet. — Obr. cit., vol. 3.^o, 1.^a parte, § 51, pág. 371 e § 52 pág. 382).

Por outro lado, ensina Dernburg: “O herdeiro posterior é herdeiro depois do herdeiro anterior, art. 2100. Porque ele é designado como herdeiro do testador, declara-o a lei sucessor universal deste.

Se se pergunta, pois, de quem o herdeiro posterior é sucessor universal, se do testador, que tem disposto sobre a sucessão, ou do herdeiro anterior, a que êle sucede **de fato**, a resposta só pode ser esta: êle é sucessor universal do testador. Pois o objeto do seu direito é a sucessão do testador. Isto, sem dúvida, com a extensão e existência, que a sucessão tem ao tempo da abertura da sucessão posterior" (Der Nacherbe ist Erbe nach dem Vorerben, § 2100. Indem er als Erbe des Erblassers bezeichnet wird, spricht das Gesetz aus, dass er Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers ist. Fragt man also, wessen Rechtsnachfolger der Nacherbe ist, ob der des Testators, welcher die Nacherbfolge angeordnet hat, oder des Vorerben, dem er tatsaechlich nachfolgt, so kann die Antwort nur lauten: er ist Rechtsnachfolger des Testators. Denn der Gegenstand seines Rechts ist der Nachlass der Erblassers. Dies allerdings in dem Umfang und Bestand, welchen der Nachlass zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge hat — Obr. cit., vol. cit., § 56, págs. 165-166).

Comentando o art. 1735 do Código Civil brasileiro, diz Clóvis Bevilacqua: "Como qualquer herdeiro, ou legatário, pode o fideicomissário repudiar a herança. Não diz, porém, o Código, em que tempo lhe cabe exercer êsse direito. O Projeto primitivo, **acompanhando** o Código Civil Alemão, declarava: desde que a herança lhe seja devolvida.

Realmente só então se abre a sucessão para o fideicomissário" (Código Civil Comentado, 4.^a ed., vol. 6.^o, 1939, pág. 210).

Que o professor Clóvis, em 1900, ao apresentar o projeto do Código Civil, não tivesse compreendido o art. 2142 do Código Civil Alemão, cujo verdadeiro sentido seria fácil penetrar e apreender através da precisão, rigorismo e uniformidade de suas expressões técnicas, nos quarenta e sete artigos (2100-2146) dispostos sob o título terceiro intitulado — Instituição de um herdeiro posterior (Einsetzung eines Nacherben) —, é coisa bem estranhável em que se abalançara a empresa de tal envergadura.

Eis o art. 2142, fonte do nosso art. 1735, como o

indica o próprio Clóvis, respectivamente no original alemão e na tradução literal para o vernáculo:

“Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist”. — “O herdeiro posterior pode repudiar a herança, desde que se abra a sucessão”.

A que sucessão (Erbfall) se refere êsse dispositivo?

Clara e inquestionavelmente à sucessão do testador, que êle exprime com os termos **Erbschaft** e **Erbfall**. Para indicar a sucessão posterior, isto é, a devolução da herança ao herdeiro posterior, emprega o codificador civil tudesco a palavra **Nacherbfolge**.

Verifica-se a segurança dessa terminologia discriminadora ao cotejar-se o art. 2142 com outros artigos do Código Civil alemão, em cada um dos quais se contrapõem, evidentemente, os vocábulos **Erbschaft** e **Erbfall** (sucessão do testador) e **Nacherbfolge** (sucessão posterior).

Para isso, transcrevo, aqui, vários dêsses dispositivos:

ART. 2109: “Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablaufe von dreissig Jahren nach dem **Erbfall** unwirksam, wenn nicht vorher der **Fall der Nacherbfolge** eingetreten ist” (“A instituição de um herdeiro posterior torna-se ineficaz com o decurso de trinta anos após a **abertura da sucessão**, se se não operou antes a **devolução da herança posterior**”).

ART. 2113: “Die Verfuegung des Vorerben ueber ein zur **Erbschaft** gehoerendes Grundstueck oder Recht an einen Grundstueck ist im Falle des Eintritts der **Nacherbfolge** insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeintraechtigen wuerde”.

(“A disposição do herdeiro anterior sobre um imóvel, ou sobre um direito num imóvel pertencente à **sucessão**, é ineficaz no caso de **abertura da sucessão posterior**, desde que ela fruste ou lese o direito do herdeiro posterior”).

ART. 2125: "Macht der Vorerbe Verwendungen auf die **Erbschaft**, die nicht unter die Vorschrift des § 2124 fallen, so ist der Nacherbe im Falle des Eintritts der **Nacherbfolge** nach den Vorschriften ueber die **Geschaftshrung** ohne Auftrag zum Ersatze verpflichtet.

("Se o herdeiro anterior faz, sôbre a **sucessão**, despesas, que não estão compreendidas no art. 2124, é obrigado o herdeiro posterior a indeniza-lo, no caso de abertura da **sucessão posterior**, segundo os princípios da gestão de negócio sem mandato").

ART. 2135: "Hat der Vorerbe ein zur **Erbschaft** gehoerendes Grundstueck vermietet oder verpachtet, so finden, wenn das Miete oder Pachtverhaeltnis bei dem Eintritt der **Nacherbfolge** noch besteht, die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung".

"Se o herdeiro anterior locou ou arrendou um imóvel pertencente à **sucessão**, aplicam-se as prescrições do art. 1056 no caso em que as relações da locação ou do arrendamento ainda subsistam no momento da abertura da **sucessão posterior**").

ART. 2143: "Tritt die **Nacherbfolge** ein, so gelten die infolge des **Erbfalls** durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhaetnisse als nicht erloschen".

("Se se abre a **sucessão posterior**, as relações jurídicas extintas em consequência da abertura da **sucessão** pela confusão do direito e da dívida, ou do direito e do ônus, entram em vigor como se não tivessem sido extintas").

Ora, se era estranhável, diante de tão clara terminologia, o engano do professor Clóvis em 1900, mais estranhável ainda, — porque o não dizer inexplicável —, é que, publicando, em 1939, a 4.^a edição do seu Código Civil Comentado, após a elaboração de tão vasta literatura sôbre o Código Civil alemão, nele persistisse.

Com efeito, bastaria a Clóvis consultar as obras fundamentais do novo direito civil alemão, surgido

em 1896 com o BGB., para concluir que, ao contrário do que êle supunha, permite o art. 2142 daquela codificação ao fideicomissário, desde a abertura da sucessão do testador, renunciar o seu direito à herança.

Falem sôbre o assunto os mais eminentes civilistas alemães.

Dernburg: "Pode-se, em regra, renunciar o direito de espera. Por consequência, pode o herdeiro posterior repudiar a sucessão posterior após a abertura da sucessão e antes da abertura da sucessão posterior, art. 2142 al. 1. — (Auf Anwartschaften kann man in der Regel verzichten. Daher kann der Nacherbe die Nacherbschaft nach dem Erbfolge vor dem Eintritt der Nacherbfolge ausschlagen, § 2142 abs. 1. — Obr. cit., vol. cit. § 55, pág. 165).

Endemann (F): "A lei confirma isto pela mais forte disposição jurídica destruidora: logo que se abre a sucessão, pode o herdeiro posterior repudiar a herança (art. 2142, 1.º). Como, porém, ainda se não transmitiu, absolutamente, a "sucessão" ao herdeiro posterior, deve dizer-se mais exatamente: êle pode renunciar o direito de espera, que lhe pertence, com a consequência de que deixa de ser herdeiro completamente (Das Gesetz bestaetigt dies fuer die staerkste rechtsvernichtende Verfuegung: sobald der Erbfall eingetreten ist, kann der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen. Da jedoch dem Nacherben die "Erbschaft" noch gar nicht angefallen ist, so muss richtiger gesagt werden: er kann auf das ihm zustehende Wartrecht verzichten mit dem Erbfolge, dass er als Erbe insoweit voellig ausscheidet. — Obr. cit., vol. cit., § 60, pág. 459).

Helzfelder: "O herdeiro posterior (e, sem dúvida, também o herdeiro posterior instituído condicionalmente, ou sômente chamado em segundo ou ulterior lugar) pode repudiar a sucessão, não só após o momento da abertura da sucessão posterior, como devia ser admitido pelos arts. 1946 e 2139, mas logo de-

pois da abertura da sucessão, isto é, logo depois da morte do testador... — (Der Nacherbe (und zwar auch ein bedingt eingesetzter oder erst an zweiter oder spaeter Stelle berufener Nacherbe) kann die Erbschaft aber nicht erst, wie nach §§ 1946, 2139 angenommen werden musste, nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, sondern schon nach dem Eintritte des Erbfalls, d. h. schon nach dem Tode des Erblassers ausschlagen... — Obr. cit., vol. cit., com. ao art. 2142, pág. 471).

Planck: “A possibilidade dada, de acôrdo com isto, ao herdeiro posterior de repudiar a sucessão posterior, logo após a morte do testador, corresponde, de fato, a uma necessidade prática...”

É indiferente, para o direito de repúdio do herdeiro posterior que a sucessão posterior seja subordinada a um termo futuro, de advento certo, ou que a sua realização dependa de uma condição, pois, no último caso, o repúdio antes do implemento da condição é incondicionado, e, por consequência, eficaz apesar do art. 1947. — (Die danach dem Nacherben gegebene Möglichkeit, die Nacherbfolge sogleich nach dem Tode des Erblassers auszuschlagen, entspricht in der Tat einem praktischen Beduerfniss... Ob die Nacherbfolge auf einen kuenftigen Zeitpunkt abgestellt ist, dessen Eintritt gewisse ist, oder ob ihre Verwirklichung von einer Bedingung abhaengt, ist fuer das Ausschlagungsrecht des Nacherben gleichgueltig, denn auch im letzteren Falle ist die vor dem Eintritte der Bedingung erklarte Ausschlagung eine unbedingte und daher trotz des § 1947 wirksam. — Obr. cit., vol. cit., com. ao art. 2142, pág. 515).

Kipp (Th): “O direito de repúdio, antes da abertura da sucessão posterior, é conferido ao herdeiro posterior, em boa parte, para que se possa libertar o herdeiro anterior dos limites que lhe impõe a instituição do herdeiro posterior”. — (Das Recht der Ausschlagung vor dem Nacherbfall ist dem Nacherben zum guten Teil deswegen verliehen, damit der Vorerbe von den Schranken befreit werden koenne, die

ihm die Nacherbeeinsetzung auferlegt. — Obr. cit., vol. cit., § 62, pág. 182, nota 47).

V., também, a respeito: Crome, obr. cit., vol. cit., § 691, pág. 358, nota 43; Strohal, obr. cit., vol. cit., § 28, pág. 191, nota 3.

No engano de Clóvis não incorreu Carlos Maximiliano, que, expondo, sistematicamente, o nosso direito das sucessões, sustenta a boa doutrina defendida neste parecer, nos termos que se seguem: “Tanto o **gravado** como o **substituto** são herdeiros, ou legatários; assiste-lhes, portanto, o direito de **renunciar**. Como é vedado apenas o repúdio de sucessão ainda não aberta, desde que falece o testador, podem abrir mão da liberdade, validamente, não só o fiduciário, mas também o fideicomissário; este não precisa esperar pela data da substituição, nem pelo momento de se cumprir a condição suspensiva”. (Direito das Sucessões, 2.º vol., 1937, n.º 1279, pág. 447).

V

A concordância do fideicomissário à alienação feita pelo fiduciário, concordância em vida do fiduciário, é nula ou anulável?

Prejudicado pela resposta aos quesitos III e IV.

É este o meu parecer.

Recife, 10 de setembro de 1949.