

# Direito Civil

O fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario? No caso affirmativo a quem pertence o fideicommisso?

## I

Entre as multiplas theorias de direito civil, que mais têm occupado os civilistas de todos os tempos e de todos os paizes, avulta a relativa aos fideicommissos, como uma das mais difficeis, e que, talvez por isso mesmo, maior numero de divergencias tem produzido, até mesmo sobre pontos de doutrina em que parece impossivel a discordancia (1).

Foi porém, essa mesma difficuldade, insuperavel á primeira vista, e entretanto sempre relativa, como soem ser todas as que se referem ao *cosmos* psychologico em suas relações com os

---

(1) • Il n'y personne qui ne doive s'etonner quand il considerera que la matière des substitutions est celle qui a servi davantage à grossir les volumes de nos jurisconsultes, sur laquelle ils ont le plus travaillé, et qui a été plus fréquemment agitée dans l'E'cole, et qui, néanmoins, ce soit celle dans laquelle il reste plus d'obscurité. Ricard, Traité des substitutions.

factos da vida natural e civil, que nos fez escolher de preferencia a presente these, não porque pretendamos levar a luz e delimitar a verdadeira trilha no campo informe, em que os mestres caminham tacteando por veredas tortuosas e opostas, mas simplesmente porque, escolhendo-a para objecto de nosso trabalho, teriamos uma maior obrigação de estudar essa tão temivel esphinge, e adquirir ao menos algumas noções, que nos faltavão.

Sirva-nos esta ingenua confissão de excusa para as lacunas e imperfeições que necessariamente hão de ser notadas n'esta tão limitada quão ardua apreciação, a que nos vamos entregar.

O fideicommisso ou substituição fideicommissaria (que em nosso direito importa a mesma cousa), esse amigo dos governos monarchicos, na phrase de Montesquieu, teve sua origem no Direito Romano, não no tempo dos primeiros reis ou dos imperadores, mas no tempo da Roma republicana. Não foi porém a lei escripta, nem a lição dos jurisconsultos (*prudentes*) que creou-o e fel-o immiscuir-se no mundo juridico. Ao contrario, a causa occasional de sua existencia foi justamente a necessidade, que tem os povos, de oppôr-se ou illudir o rigorismo da lei, quando esta coarcta algum direito que decorre da propria liberdade individual, como é o direito de testar.

Sabe-se que o Direito Civil Romano, o *ipsam jus*, como o chamavão os jurisconsultos, tinha creado muitas incapacidades, quer quanto ao direito de testar, quer quanto ao de receber por testamento. Assim o peregrino, o latino, as mulheres nos casos determinados pela lei *Vocunia*, os proscriptos, os libertos *dediticios*, os filhos

familias, os posthumos ou quaesquer outras pessoas incertas, como as municipalidades, collegios etc., não podião ser objecto de liberalidades testamentarias, porque a lei as considerava incapazes.

Acontecendo frequentemente ficarem sem valor as disposições testamentarias pela incapacidade do herdeiro instituido ou legatario, procurou-se um meio de remover a difficuldade e nullificar a prohibição legal, e nada de melhor acharam os testadores do que instituir um herdeiro capaz, ou mesmo um legatario, e pedir-lhe para entregar a herança ou uma parte d'ella á pessoa designada, cuja incapacidade impedia-a de figurar no testamento no character do herdeiro ou legatario. Chamava-se isso—*commitere fidei heredes* (confiar na lealdade do herdeiro), ou simplesmente *fideicommitere*. D'ahi veio tambem que a herança ou qualquer objecto, confiado ao herdeiro com aquella condição, chamou-se *fideicommissum*, isto é, *confiado á fé ou lealdade*; porque, não podendo nem devendo, a lei prestar sua sanção a essas disposições que a infringião, sómente da lealdade do herdeiro ou legatario (*fiduciarius*) instituido dependia a realisação da vontade do testador.

Entretanto é preciso notar que o fideicommisso nem sempre era empregado para illudir as prohibições legais. Acontecia muitas vezes que um cidadão romano, estando fóra da patria e em lugar onde não podia testar com as solemnidades exigidas pelas leis romanas, escrevia a seu herdeiro *ab intestato*, pedindo-lhe para entregar toda ou parte da herança á pessoa (*fideicommissarius*) que lhe era designada (2).

(2) • Sed ide fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua

Por um outro motivo porém, o certo é que este modo de disposição de ultima vontade pareceu tão commodo, que em pouco tempo os fideicommissos adquiriram o assentimento publico, e tornaram-se extremamente numerosos. Mas, como os fiduciarios não são obrigados a restituir-senão por sua consciencia, acontecia que poucas vezes era cumprido o fideicommissio, embora já nos ultimos tempos da republica fosse considerado com desprezo o fiduciario que, abusando da confiança do testador, deixava de entregar os bens fideicommittidos.

O escandalo chegou a tal ponto que Augusto ordenou aos consules que interpuzessem sua autoridade para fazer executar o fideicommissio; e pouco depois foi preciso crear um pretor especial para julgar n'essa materia, prestando-lhe o soccorro de sua autoridade, toda a vez que o fideicommissio não violasse a lei, e sómente procurasse modificar o excessivo rigor do direito civil (3).

Chegado a este ponto o fideicommissio, é manifesto que, não podia deixar elle de perder o caracter de instituição cavillosa, que d'antes tinha, e tornar-se um verdadeiro meio legal de realizar uma disposição *causa mortis*. Mas tambem, tornando-se uma instituição sancionada

---

his relinquere legitimam hereditatem. » Dig. L. 8 § 1, de *jure codicil.*, Liv. 29 Tit. 7.

(3) E' o que diz Justiniano nas Instit. Liv. 2.º Tit. 23 § 1.º: « Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populore erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque errorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant. »

pela lei, não podia o seu exercício deixar de ser regulado pela mesma lei, que então procurou determinar-lhe a forma, condições, efeitos etc.

Não pretendemos, nem nos é possível, fazer uma verdadeira apreciação de todas as modificações que posteriormente soffreu essa instituição, nem das innumeradas leis que foram promulgadas com o fim de garantir os direitos, quer do testador, quer do fiduciario, quer do fideicommissario. Procuraremos sómente synthetisar em ligeiros traços essas modificações.

Nos primeiros tempos ainda os fideicommissos são empregados para illudir as prohibições da lei Voconia (4); mas no tempo de Ulpiano sómente podião receber por fideicommissos os que podião receber por legado, isto é, ficaram niveladas todas as incapacidades hereditarias. Entretanto os fideicommissos continuaram a ser uteis sob outros pontos de vista, visto como por meio d'elles podião-se realisar indirectamente certas disposições, cuja realisação directa era impossivel; assim, podia-se constituir herdeiro *ex certo die ou ad certum diem*, confiar uma restituição a um legatario, emfim beneficiar para o futuro uma pessoa que na epocha da abertura da successão era *alieni juris*, e portanto incapaz de herdar.

Convem tambem notar que, se na epocha em que os fideicommissos tornaram-se legaes e obrigatorios, o fiduciario (herdeiro ou legatario) devia entregar immediatamente ao fideicommissario o objecto do fideicommissos, posteriormente porém foi-lhe permittido conservar por algum

---

(4) A lei Voconia prohibia ao testador legar a cada legatario mais do que devia ficar ao herdeiro ou herdeiros. Foi abrogada pela lei Falcidia.

tempo, e mesmo até sua morte, os bens comprehendidos no fideicommissio (5).

Pouco a pouco tambem os fideicommissos tornaram-se graduaes, como o provão muitos textos do Digesto, e principalmente a Lei 32 § 6 *de legat* 2.<sup>o</sup> (6); por meio d'elles os bens erão perpetuados em uma familia, passando de um primeiro fideicommissario a um segundo, d'este a um terceiro, e assim por diante, sem que nenhum dos possuidores podesse alienal-os ou mesmo hypothecal-os.

Entretanto, sendo o fideicommissio perpetuo um grave attentado aos interesses sociaes, ordenou Justiniano na Novella 159 que o direito que tinha o testador de immobilisar os bens fideicommittidos, quer na propria familia, quer em familia estranha, não podia ir além do quarto gráo, e que portanto esses bens tornar-se-hião livres depois de quatro restituções (7).

Tal era o systema das leis romanas relativas ao fideicommissio, quando tornarão-se o typo da legislação de quasi toda a Europa, fornecendo

---

(5) E' o que se vê na L. 65 § 1.<sup>o</sup> Dig. *ad senatus cons. Treb.*, Liv. 36 Tit 1.<sup>o</sup> nas palavras: «Idem in cæteris quoque conditionibus Julianus probat, quæ similiter nisi sine vite expleri non possent»; e na L. 41 § 13 Dig. *de legat* 3.<sup>o</sup>, Liv. 32: Sævola respondit: quum heres scriptus rogatus esset, quum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.»

Essas duas leis podem ser consideradas como a origem legal da substituição fideicommissaria do direito moderno.

(6) «In fideicommissio quod familie reliquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, au post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ultteriores voluntatem suam extenderit.»

(7) «His vero etiam defunctis, ut quatuor generationes jam preeteriisse videantur, non pratiamur tam veterem causam in judicia deduci, etc.»

á antiga nobreza a melhor base para o estabelecimento do feudalismo.

A este respeito diz um notavel escriptor: « *C'est cette corruption d'une sorte de dispositions, excellente dans son principe puisq' elle avait ramené l'iniquité romaine aux conditions du droit véritable; c'est cette corruption, disions nous, qui étant allée toujours grandissant sous les Bas-Empire, fut évidemment recueillie par l'imbecilité aristocratique du moyen âge, et qui, qualifié à son tour de substitution devint l'un des plus importants-auxiliaires du système monarchique et-féodal* » (8).

Foi porém sómente pelo abuso a que se prestou essa instituição que levantou-se contra ella uma cruzada universal, dizendo-se que a substituição fideicommissaria é uma instituição contraria ao direito e ao interesse economico, porque gravando de immobildade os bens fideicommittidos, fere o direito de propriedade do fiduciario, e impede que este possa modificar ou melhorar esses mesmos bens, que ficarão estacionarios e ameaçados de anniquillamento. Foi por este mesmo motivo que quasi todos os codigos das nações modernas a têm considerado uma instituição prohibida, porque, como diz Stuart Mill, *o direito de testar pode ser exercido de modo a offender os interesses permanentes da raça humana* (9).

## II

Após as ligeiras apreciações, que acabamos de fazer sobre a origem e desenvolvimento do

(8) E'mile Acollas, *Manuel de Droit Civil*.

(9) « The phwer of bequest may he so exercised as to conflict wity the permanent interests of the human race. » *Principles of Political Economy*, Tom. 1.º pag. 273.

fideicommisso, precisamos consideral-o em nosso direito patrio.

E' quasi inutil dizer que a nossa legislação é absolutamente deficiente sobre este ponto. Apenas a Ord. Liv. 4.º Tit. 87, que dispõe acerca das substituições dos herdeiros, depois de tratar nos §§ 1.º a 11 acerca das substituições vulgar, reciproca, pupilar, e exemplar, define no § 12 o que seja *substituição compendiosa*: « *Substituição compendiosa é a que um testador faz ao herdeiro, que instituo, quando quer que elle fallecer. E chama-se assim; porque debaixo de um compendio de palavras contém em si muitas substituições de diferentes naturezas: a forma em que se faz é esta: Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, depois de sua morte, seja herdeiro Paulo.* »

Pela definição que acabamos de transcrever vê-se que aquella Ord. refere-se evidentemente á substituição fideicommissaria. Será porém essa instituição odiosa e enervante, abolida por quasi todos os codigos modernos, que foi adoptada por nossa Ordenação? E' realmente essa mesma instituição, privada, porém, de seu character odioso, e portanto juridica e conveniente; porquanto, como se vê da definição apresentada no principio da citada Ord. (10), a substituição fideicommissaria não se estende além da primeira geração, e portanto após a transmissão do fideicommisso do fiduciario para o fideicommissario, tornão-se os bens inteiramente livres, e completo o dominio do mesmo fideicommissario, que não póde mais ser sujeito a gravame algum.

Temos tambem a Ord. Liv. 2.º Tit. 26, § 23,

---

(10) « Substituição é a instituição do herdeiro feita pelo testador em SEGUNDO GRÃO. »

que mostra ter sido adoptada entre nós a substituição fideicommissaria do ultimo periodo do Direito Romano, que prohibia poderem receber por fideicommisso os incapazes de receber por legado; porquanto, tratando essa Ord. dos direitos Reaes ou da Corôa, diz no cit. §: « Item (Direito Real ) » toda a cousa, que é deixada em « testamento, codicillo, ou ultima vontade, a algum « herdeiro, testamenteiro, legatario, ou fideicommissario, e elle é rogado tacitamente pelo testador de a entregear depois de sua morté a « alguma *pessoa incapaz*; porque em tal caso « aquillo que assim é deixado tacitamente por « defraudar a Lei, é applicado ao Fisco, e feito « direito Real.»

Temos finalmente os Alvarás de 7 de Junho de 1755 § 50, de 10 de Setembro de 1756 § 46, e de 13 de Agosto de 1759 § 57, que permitem estabelecer *fideicommisso temporal ou perpetuo* em acções de certas companhias; bem como alguns Regulamentos e Avisos nossos, de que opportunamente fallaremos.

E' pois manifesto que em nosso direito patrio existe a substituição fideicommissaria em um só gráo, e com a condição de que o fideicommissario seja pessoa capaz de receber por testamento.

Sobre isto diz Almeida e Souza, annotando o Liv. 3.º, Tit. 5.º § 55 de Mello Freire: « Arguio « Mello os Philippistas, porque, não tratando os « Codigos Affonsino e Manoelino da espinhosa « materia das substituições, elles, guiados pelo « Direito Romano, deduzirão d'este e escreverão « na Ord. Liv. 4.º Tit. 87 as regras geraes ali « estabelecidas; porém, se a Ord. Affonsina e a « Manoelina fazião em geral subsidiario o Direito Romano sem o reprovarem n'esta parte,

« tão longe de ser n'elles censuravel estabelece-  
« rem essas regras omittas nas precedentes legis-  
« lações, foi n'elles louvavel estabelecel-as como  
« lei viva etc.»

Entendemos que os legisladores Philippistas serão sabios e previdentes, estatuindo aquellas regras sobre as substituições, e quiçá mais previdentes do que os legisladores estrangeiros que aboliram inteiramente as substituições fideicommissarias porquanto: 1.º Pelo facto de nada terem disposto as ordenações Affonsina e Manuelina sobre os fideicommissos, não se conclue que não tivesse elles existido no direito portuguez; sendo ao contrario certo que existiram; e o proprio Mello Freire nos dá noticia de alguns, dizendo que erão regulados *magis moribus quam legibus*. (11). 2.º A prohibição dos fideicommissos pelos Codigos estrangeiros tem dado origem a uma infinidade de demandas interminaveis, pelas difficuldades de se conhecer qual seja a instituição com character de fideicommissos, que a lei prohibe, e qual a que permite; tornando-se portanto maior a outros respeitos o mal que se pretendeu evitar. Regulada pois a substituição fideicommissaria, como o faz o cit. Ord. Liv. 4.º Tit. 87, entendemos que é ella uma instituição juridica, rasoavel e mais conveniente do que a prohibição dos Co-

(11) Alem do testamento da rainha Santa Izabel, em que institua sua filha D. Beatriz, como fiduciaria, e por morte d'esta, sua neta D. Maria, como fideicommissaria, de sua coroa de esmeraldas, alem de outras deixas d'esse character feitas por outros reis de Portugal, vê-se que no tempo das Ords. Affonsinas o proprio rei D. João 2.º no testamento por elle feito em beneficio de D. Manoel, inserio um verdadeiro fideicommissos, como consta das seguintes palavras: « Que nam hauendo ho dicto D. Emanuel Duque de Beja, filhos legitimos, que em tal caso seu filho dom George succedesse por fallecimento no Regno.» Damião de Góes, Chronica d'El-Rei D. Manoel, cap. 1.º.

digos modernos, que, querendo evitar abusos, o fizeram de modo a cair em outros, se não maiores, pelo menos iguaes.

A este respeito diz o Sr. Conselheiro Teixeira de Freitas em um notavel artigo, publicado no *Direito*. Vol. 9, pag. 15: « O direito moder-  
« no propende para o usufructo. Propendo eu  
« para o fideicommisso, para a substituição fidei-  
« commissaria, como no Direito Romano; com-  
« tanto que no espirito da nossa legislação, qual  
« a da Ord. Liv. 4.<sup>o</sup> Tit. 87 *princ.*, se não passe  
« de tres, a saber: do testador, do fiduciario e  
« do fideicommissario, nada mais além».

### III

Firmado por esse modo o que seja fideicommisso por nosso direito, encetaremos a apreciação da these, que escolhemos para dissertar.

A pergunta da Faculdade envolve duas questões absolutas, cada uma das quaes pode ser decomposta em outras questões relativas.

Pergunta-se em primeiro lugar: *O fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario?*

No vasto campo da theoria, e mesmo do direito constituido, o fideicommisso pode ser instituido, quer em disposições *causa mortis*, quer por actos *inter vivos*. N'elle devem sempre figurar, pelo menos, tres pessoas: o testador ou doador fideicommittente, o herdeiro, legatario ou doado fiduciario, e o substituto d'este, que é o fideicommissario.

Sendo assim, e perguntando-se de um modo absoluto se o fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario, sem precisar-se o momento juridico d'essa morte, é nos indispensavel

figurar diversas hypotheses, e vêr se, em todas ellas a solução deve ser a mesma.

Deixando de parte por desusados os fideicommissos constituídos por actos *inter vivos* e as varias especies dos estabelecidos *causa mortis* ( *puro, a prazo e condicional*), não só porque a redacção de nossa these parece excluil-os, como porque na linguagem juridica moderna o termo—fideicommisso,—desacompanhado de qualquer qualificativo, significa geralmente o fideicommisso condicional *quum morietur*, estabelecido por acto de ultima vontade, vejamos entretanto assim a quantas hypotheses se pode reduzir aquella these.

A morte do fideicommissario pode ter lugar ou antes da do testador, ou depois da morte d'este, mas antes da do fiduciario, ou finalmente depois da do fiduciario, porém antes de lhe serem entregues os bens fideicommittidos. D'ahi a existencia de tres questões em que aquella se pode subdividir:

1.<sup>a</sup> Morto o fideicommissario antes do testador fica pereímpto o fideicommisso?

2.<sup>a</sup> Morto o fideicommissario depois do testador, porém antes do fiduciario, fica pereímpto o fideicommisso?

3.<sup>a</sup> Morto o fideicommissario depois do testador e do fiduciario, mas antes de haver recebido os bens fideicommittidos, fica pereímpto o fideicommisso?

Parece-nos escusado declarar que, se por ventura respondermos pela affirmativa a todas ou a algumas d'essas questões, teremos necessariamente de responder á segunda parte da these, isto é, a quem pertence o fideicommisso, tambem de accordo com cada uma das hypotheses em que divimos a

primeira parte, além de algumas outras, que são especiaes a ultima parte.

Devemos tambem declarar, antes de encetar a discussão d'aquellas questões, que somente a segunda hypothese é controvertida, e que, parecidos, somente a esta referio-se a Faculdade, quando apresentou a these.

Entretanto, como preferimos peccar por excesso, a cahir em omissão, e como por outro lado a pergunta foi feita do modo mais vasto possível, trataremos de todas as hypotheses, começando pela

1.<sup>a</sup> *Questão. Morto o fideicommissario antes do testador, fica preempto o fideicommissio? No caso affirmativo, a quem pertence o mesmo fideicommissio, ao fiduciario (herdeiro ou legatario) instituido, ou aos herdeiros legitimos do testador?*

A nossa legislação é inteiramente omissa, quer quanto á solução d'esta questão, quer relativamente a todas as outras que temos de tratar. Por conseguinte na resolução das mesmas temos de recorrer, ou ao Direito Romano, ou aos Codigos das nações cultas, como manda a Lei de 18 de Agosto de 1769.

Recorreremos ao Direito Romano, combinadamente com a doutrina, principios de direito e opinião dos escriptores, e posteriormente provaremos ser esta a unica via juridica, que nos era dado seguir.

E' principio corrente e univversal em direito que o herdeiro instituido ou legatario adquire o direito á herança desde o momento da morte do testador; antes porem nenhum direito lhe assiste ainda mesmo que lhe sejam conhecidas as disposições testamentarias.

Ora, se o herdeiro ou legatario não tem di-

reito algum em vida do testador, com maioria de razão não o pode ter o fideicommissario, para quem nem mesmo existe ainda a *spes debitum iri*.

Consequentemente, morrendo o mesmo fideicommissario antes do testador, o fideicommissio cessa de existir, e considera-se mesmo como nunca tendo existido. E' tão clara e juridica esta doutrina que julgamos inutil insistir sobre ella.

Morrendo porém depois o testador, e encontrando-se no testamento essa instituição fideicommissaria, já caduca, a quem devem ser entregues os bens fideicommittidos, ao fiduciario ou aos herdeiros legitimos do testador?

Parece a primeira vista que, tendo o fiduciario somente uma propriedade provisoria e incompleta, e que devendo o fideicommissario ser posteriormente o verdadeiro senhor dos bens fideicommittidos, desde que caduca o fideicommissio, nenhuma razão ha para dar-se a propriedade plena ao fiduciario, com exclusão dos herdeiros legitimos do testador.

Todavia, analisando-se a substituição fideicommissaria, vê-se que ha n'ella duas disposições distinctas: uma pela qual o testador institue um herdeiro ou legatario de seus bens, e outra pela qual este herdeiro ou legatario é obrigado a conservar e transmittir por sua morte esses mesmos bens a um terceiro; portanto, ha no fideicommissio: 1.º uma instituição de herdeiro; 2.º uma substituição.

Pela morte do fideicommissario antes do testador, desaparece o substituto, e caduca portanto a substituição; nada porem concorre para que caduque tambem a instituição do herdeiro, que aliás pode perfeita e juridicamente existir sem aquella. Logo, se continúa a existir a ins-

tituição do herdeiro, não pode este deixar de ter direitos á herança ou legado, e esses direitos, a não ser que o testador os tenha expressamente limitado ao usufructo, não podem deixar de ser os de plena propriedade.

Esta era a theoria do Direito Romano, onde na L. 17 Dig. *de legat.* 2.<sup>o</sup> Liv. 31 se dispõe que, sendo fiduciario o legatario, e não o herdeiro, e morrendo o fideicommissario antes do testador, deve o legado pertencer ao fiduciario, e não ao herdeiro legitimo (12).

Vejamos porem a

2.<sup>a</sup> *Questão.* *Morto o fideicommissario depois do testador, porem antes do fiduciario, fica preempto o fideicommisso? No caso affirmativo, a quem pertence o mesmo fideicommisso?*

E' esta a magna questão comprehendida na these que nos apresentou a Faculdade, e cuja solução demanda um mais longo desenvolvimento.

As opiniões divergem e os escriptores e legisladores dividem-se para diversos lados. Entendem uns que tendo o fideicommissario adquirido desde a morte do testador um direito resolvel ao fideicommisso, deve transmittir esse direito a seos herdeiros se morrer antes do fiduciario, e que portanto não se extingue o fideicommisso. Outros entendem que o fideicommisso extingue-se ou fica preempto; mas nem todos, que assim pensam, estão de accordo sobre a pessoa a quem devam pertencer então os bens fideicommittidos, dizendo uns que ao fiduciario, e outros que aos herdeiros legitimos do testador.

(12) \* Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restitua Mœvio, Mœviusque fuerit mortuus: Titul commodo cedit, non heredis: nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit.

Antes de manifestar nossa opinião sobre a questão, faremos uma ligeira excursão no campo da doutrina e do direito moderno, a vêr como pensam os escriptores, e o que dispõem os Códigos das nações cultas sobre a especie de que nos occupamos.

Entre os escriptores que têm sustentado a inaducidade do fideicomisso, quando o fideicommissario morre antes do fiduciario, sobresae Mello Freire, como o primeiro que indirectamente introduzio essa doutrina no direito portuguez.

Diz esse escriptor no Liv. 3.<sup>o</sup> T. 6.<sup>o</sup> § 13 de suas Inst. Jur. Civ.: « Morto o herdeiro depois do testador, pendente condição da sua instituição, transmite-se para seos filhos, não a mesma herança, mas o direito hereditario, ou *spes de bitum iri*, que o Direito Romano concedeo nos contractos, e negou nas ultimas vontades. » O mesmo affirma no T 7 § 15 em relação ao legatario.

Convem desde já notar que dissemos ter Mello Freire introduzido *indirectamente* essa doutrina no direito portuguez, como se vê do texto transcripto, não se refere elle expressamente ao fideicommissario, mas sim ao herdeiro ou legatario condicional em geral; e o fideicommissario é, e não pode deixar de ser considerado um herdeiro ou legatario condicional.

Seguindo a Mello Freire, ensina Coelho da Rocha—Inst. de Dir. Civ. Port. § 719 — que « o fideicomisso não caduca, se o fideicommissario morre antes do fiduciario, porque passa o direito a seus herdeiros ».

« Correa Telles (Man. dos Tabell. § 225) diz que, « muito embora o fideicommissario morra antes de ser entregue do fideicomisso, trans-

« mitte a seus herdeiros o direito de o pedir », embora já tivesse dito em seo Dig. Port. Tom. 1.º art. 62 que « em regra a herança ou legado caduca, se o herdeiro ou legatario morre antes de verificada a condição ».

Loureiro (Inst. de Dir. Civ. Braz.) diz no « paragrapho 416 : « No legado e fideicommissio deixado debaixo de condição suspensiva, o legatario e o fideicommissario adquirem logo desde a morte do testador direito resolvel ao legado ou fideicommissio, e transmittem esse mesmo direito a seos herdeiros, se fallecem antes de verificar-se a condição ».

E acrescenta no § 418:

« O fideicommissio extingue-se: 1.º no caso em que o fideicommissario se torna incapaz, ou indigno, ou morreu antes do testador; não porém assim, se morreu antes do fiduciario, e depois do testador, porquanto n'este caso passa o direito para seos herdeiros ».

Esta mesma opinião seguem Gouveia Pinto (Trat. dos Test.), e alguns outros.

Vejamos agora quaes os escriptores, que pensam de modo contrario.

Velasco (Consultationes, consult. 139, n. 5) diz: « *Secundum multum suffragatur, quod licet relitum sub conditione vel die incerto, sive per viam legati aut fideicommissi aut hereditatis, decedente fideicommissario ante adventum conditionis, vel diei incerti, fiat caducum* ».

E acrescenta no n. 14

« *Si fideicommissarius moritur pendente conditione, non transmittatur etiam ad filios* ».

Meirelles (Repert. Jur. n. 1528) segue a mesma opinião: « *Fideicommissio: caduca si o fideicommissario fallece em vida do gravado* ».

Hintze Ribeiro, em seu tratado dos Fideicommissos, pag. 107, depois de ter apreciado a divergencia que sobre essa questão houve no foro de Portugal, antes da publicação do novo Código Civil Portuguez, conclue da seguinte forma: « De  
« todo o exposto se colhe que os principios pre-  
« dominantes na jurisprudencia patria, envol-  
« vido uma negação formal da successão no *spes*  
« *debitum iri*.

« E não era isto mais do que uma verdadeira  
« coherencia; a corrente dos doutores, pugnando  
« pelo aphorismo — *dies incertus pro conditio-  
« habetur*,— delle extrahia tres conclusões logicas  
« e irrecusaveis; taes forão: 1.º os fideicommissos  
« permittidos pela Ord. Liv. 4.ª Tit. 87, são todos  
« condicionaes; 2.º a propriedade pertence ao  
« fiduciario até cabal implemento da condição;  
« 3.º se o fideicommissario morre primeiro que  
« o fiduciario, a condição deixa de ser cumprida,  
« por isso caduca o fideicommissio ».

Entretanto, apesar de ultimamente ter sido firmada essa doutrina no fóro de Portugal, não se segue d'ahi que tivesse havido anteriormente uniformidade no modo de pensar entre os juristas, que se occuparam d'essa questão. E' assim que a propria Associação dos Advogados nem sempre resolveo-a do mesmo modo; e para prova disto apontaremos os seguintes factos, que menciona o mesmo escriptor.

Em 25 de Maio de 1842, affirmou aquella Associação que o fideicommissario, estando vivo ao tempo da morte do testador, adquiria direito á successão embora só realisavel no futuro, e que por isso, fallecendo antes do fiduciario, os seus herdeiros podião, posteriormente á morte

deste ultimo, intentar a acção de petição de herança.

Em Janeiro de 1844 affirmou o contrario, isto é, que o fideicomisso, de verificação ulterior á morte do fiduciario, era condicional, e como tal caducava, quando o fideicommissario morresse *antequam dies cederet*. Em 21 de Fevereiro do mesmo anno corroborou essa mesma affirmacão. Em 4 de Dezembro de 1847, decido de um modo ambiguo, invocando como suprema lei, para decidir a questào, a vontade do testador. Finalmente, em 26 de Outubro de 1855, firmou a doutrina de que, para a substituição ser valida, era mister que o fideicommissario sobrevivesse ao fiduciario.

Entre nós encontra-se a mesma divergencia. De um lado o Sr. Conselheiro Teixeira de Freitas ensina na nota 14 ao art. 420 (3.ª edição) de sua Consol.: « A cndição suspensiva, até que  
 « se cumpra, impede direito adquirivel, só dá ao  
 « credor a esperanza — *spes debitum iri* — trans-  
 « missivel *causa mortis* para o nú proprietario no  
 « usufructo; e uma esperanza theologal — *spes do-*  
 « *minium iri* — intransferivel (*in*) *causa mortis*,  
 « para o fideicommissario, na substituição fidei-  
 « commissaria ».

Por outro lado, o Dr. Felicio dos Santos em seu Projecto e Commentario do Cod. Civ. Braz., copiando o art. 1868 do moderno Cod. Civ. Por., diz no art. 1738: « O fideicommissario adquire  
 « direito á herança ou legado, desde o momento  
 « da morte do testador, ainda que não sobreviva  
 « ao fiduciario. Este direito passa a seus her-  
 « deiros. »

E no commentario a este artigo accrescenta:

« O direito, tanto do fiduciario, como do  
« fideicommissario é adquirido com a morte do  
« testador. Logo que este fallece, o fiduciario  
« torna-se usufructuario, e o fideicommissario  
« proprietario da herança ou legado. Logo, pois  
« que o fideicommissario é proprietario, se morrer  
« antes do fiduciario, seos direitos á herança ou  
« legado não se extinguem, mas passam a seos  
« herdeiros.»

Esta mesma opinião já era professada por Caudido Mendes (Cod. Philip.), e Loureiro (Inst. de Dir. Civ. Braz.), que acima transcrevemos.

Do exposto vê-se que é impossivel resolver a questão com a opinião dos escriptores portuguezes e brasileiros, desde que autoridades igualmente respeitaveis professão doutrinas oppostas. Seremos mais felizes com os Codigos e escriptores estrangeiros? Vel-o-hemos.

Já dissemos acima que o Dr. Felicio dos Santos copiara o art. 1868 do Cod. Civ. Port., e portanto que este artigo sanciona a inaducidade do fideicommisso, e a transmissibilidade do direito do fideicommisso e a transmissibilidade do direito do fideicommissario para seos herdeiros, quando elle morrer antes do fiduciario. Esta mesma theoria era já sancionada nos arts. 584 a 590 da Ord. de Báile, que consagravão a absoluta transmissão da *spes debitum iri*.

Isto mesmo parece tambem dispôr o Cod. Civ. da Hollanda, decretando no art. 1022 que os descendentes dos fideicommissarios fallecidos representem os direitos d'estes, ao tempo em que se abrir o fideicommisso, e isto quer tenham morrido todos os fideicommissarios, quer não.

Em contrario á estas disposições dispõe o Cod. Civ. do Cantão de Vaud, no art. 695, que

para o fideicomisso valer é mister que o substituto sobreviva ao substituído. Esta mesma regra parece ser adoptada pelos Codigos dos Cantões de Fribourg (arts. 836), de Tessino (art. 362) e de Valais (art. 735), que prohibem a successão nos direitos do fideicomissario em vida do fiduciario. Tambem o Cod. Civ. Chileno dispõe a mesma cousa, como se vê da comparação dos artigos seguintes:

Art. 738. « *El fideicomisso supone la condicion expresa o tacita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la epoca de la restitucion.* »

Art. 740. « *Si es la muerte del fiduciario la que determina el dia de la restitucion, se entenderá su muerte natural.* »

Art. 761. « *El fideicomisario, mientras pende la condicion, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.* »

Art. 762. « *El fideicomisario que fallece antes da restitucion, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto os sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.* »

Outros codigos ha que, tendo prohibido as substituições fideicommissarias e portando nada dispondo sobre a questão, offerecem todavia, na parte relativa á caducidade dos legados, disposições que têm inteira applicação á especie de que tratamos, e nas quaes felizmente não mais se nota a mesma divergencia, que temos apontado.

Assim dispõe o Cod. Civ. do Perú, no art. 866: « *Caduca la disposicion testamentaria en que se deja algo bajo de condicion, si el heredero ó el legatario a que se refiere, mueren antes de verificarse la condicion.* »

O Cod. Civ. da Republica Oriental do Uruguay

dispõe o mesmo, por outras palavras, no art. 807: « *El heredero y el legatario que mueren antes de complirse la condicion, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno á sus herederos.* »

O Cod. da Republica Argentina ainda é mais expresso, determinando no Liv. 4.º Tit. 17, art. 49: « *El legado caduca cuando el legatario muere antes que el testador, ó cuando la ejecucion del legado está subordinada a una condicion suspensiva ó á un TERMINO INCIERTO, y muere antes del cumplimiento de la condicion ó del vencimiento del termino.* »

Tambem a mesma disposição é sancionada pelo moderno Cod. Civ. Italiano, no art. 853: « *Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione suspensiva é privata d'effetto, se la persona á cui la vore é fatta, muore prima che siasi verificata la condizione.* »

Finalmente todos os mais Codigos, que conhecemos, contem mais ou menos a mesma disposição.

Até aqui, pois, temos achado uniformidade somente em um ponto; e é que caduca qualquer instituição testamentaria condicional ou a termo incerto, toda a vez que o instituido morre antes do implemento da mesma condição ou termo.

Embora porém já sob a fadiga de uma tão longa excursão, que temos realiado, não podemos entretanto deixar de ouvir e consultar alguns civilistas estrangeiros, antes de apresentar nossa opinião sobre a questão.

Começando pelos juriconsultos francezes, vemos logo que, se Duranton e Acollas (13) sustentão a caducidade do fideicomisso, quando

---

(13) Duranton, *Cours de Droit Français*, Tom. 9 n. 548.  
Acollas, *Manuel de Droit Civil*, Tom. 2.º pag. 624.

todos os fideicommissarios fallecem antes do fideuciario, Delvincourt (14) ao contrario ensina que n'esse caso deve ter lugar a representação dos descendentes, e não caducar o fideicommisso.

Entretanto a maioria dos escriptores d'essa nação opina pela caducidade do fideicommisso.

Assim Pothiers, Trait. des Subst. Vol. 8.<sup>o</sup> pag. 513: « *Que le substitut, 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 s'il meurt avant l'ouverture de la substitution il ne transmet rien à ses heritiers, et la substitution devient caduque, car n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avait rien qu'il pût leur transmettre; l'espérance s'évanouit par sa mort.* »

E em a nota 3.<sup>a</sup>: « *La condition resolutoire ne pouvant plus s'accomplir la propriété se consolide en la personne du grevé, et elle devient irrévocable.* »

Dalloz, Repert verb. Substitution n. 471: « *La substitution tombe également, si l'appelé n'existe plus ou est incapable au moment de l'ouverture; c'est l'appelé lui même, et non les heritiers de l'appelé, que le substituant a voulu gratifier.* »

Finalmente tal parece ser a doutrina de quasi todos os civilistas francezes, como affirma o mesmo Acollas á pag. 645 do Vol. 2.<sup>o</sup>: « *Tous les auteurs sont d'accord pour enseigner que la caducité de la substitution a lieu, du chef de l'appelé dans les trois cas suivants: 1.<sup>er</sup> Lorsque l'appelé meurt avant l'ouverture de la substitution; etc.* »

Entre os escriptores hespanhoes que tratão da theoria das substituições, em nenhum encontramos resolvida a questão, e apenas Escriche (Dicc. Raz. de Legisl. y Jurisp., verb. Sust. Fideic.) parece

(14) Delvincourt, Cours du Code Civil, Tom. 2.<sup>e</sup> nota 7.<sup>a</sup> á pag. 104. ~

inclinarse á opinião dos civilistas francezes quando diz: « *Muriendo el sustituto fideicomissario, antes de la adición y entrega de la herencia, passa a sus herederos el derecho que le compete, si la substitution es pura. Y NO SI ES CONDICIONAL.* »

Finalmente, entre os escriptores italianos, Luigi Borsari sustenta abertamente a caducidade do fideicomisso, quando o fideicomissario morre antes do fiduciario, e ensina que então passa ao mesmo fiduciario a propriedade plena dos bens fideicommittidos (15).

Resumindo pois todo o exposto, vemos: 1.º que não ha uniformidade nos Codigos das nações cultas, quanto á resolução da these, e que por consequente não podemos nos regular por elles, como subsidiarios do nosso direito nos casos omissos, para decidil-a; notando-se todavia que entre os codigos que se referem expressamente á questão, a maioria opina pela caducidade do fideicomisso, quando o fideicommissario morrer antes do fiduciario; 2.º que esta mesma opinião é professada por quasi todos os escriptores estran-

---

(15) « La sopravvivenza del sostituto é la condizione indispensabile di ogni sostituzione, ma come la volgare é semplice e si consuma in un attimo, e la fideicommissaria é duplice e progressiva, così la sopravvivenza si riguarda sotto una relazione di tempo affatto diversa. Rispetto alla prima, basta che il sostituto sopravviva all'instituto al momento della morte del testatore; non basta rispetto alla seconda che l'erede gravato sopravviva al testatore, má é d'uopo che il chiamato (nel quale soltanto si opera la sostituzione) sopravviva allo stesso gravato.

S'egli morisse prima di lui, svanirebbe la sostituzione della quale é, per così dire, piú faticosa la gestazione, dovendo rimanere piú lungo tempo in condizione d'attuabilità. Quindi alla morte del testatore si effectua la sostituzione semplice, e alla morte del gravato la fideicommissaria, talché la premorienza del sostituto durante la vita di quello produce che il gravato si emancipa dal vincolo che gli fu imposto ediventa erede libero. » Borsari, *Comment. del Cod. Civ. Ital.*, Tom. 3.º pag. 791 § 1946.

geiros; 3.º finalmente que os codigos, que não se referem terminantemente á hypothese, por considerarem prohibidas as substituições fideicommissarias decretão entretanto uniformemente a caducidade das instituições testamentarias condicionaes ou a termo incerto, toda a vez que o instituido fallecer antes do implemento do mesmo termo ou condição.

E' pois evidente que, se tivéssemos de decidir a questão por esses elementos, elles por si sós seriam sufficientes para firmar a nossa resposta affirmativa quanto á caducidade do fideicommisso.

Não o podemos porém fazer, mesmo porque, conforme já o dissemos, a nossa these é complexa, e essas disposições invocadas pouco adiantão quanto á 2.ª parte, isto é, a quem passa a propriedade do fideicommisso.

### §

E' nossa opinião que, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario, o fideicommisso fica perempto, e a propriedade plena dos bens fideicommittidos fica pertencendo ao mesmo fiduciario.

Dissemos acima que, para a resolução dessas questões, recorreríamos ao Direito Romano, e ser esta a unica via que nos era dado seguir.

Realmente, tendo disposto a Lei de 18 de Agosto de 1769 que o Direito Romano fosse subsidiario do nosso nos casos omissos, toda a vez que *suas disposições estivessem claramente de accordo com a boa razão*, ou antes toda a vez que *essas disposições não se oppuzessem aos dictames da boa razão*, como foi explicado pelos Estatutos da Universidade de

Coimbra de 28 de Agosto de 1772, é obvio que sendo omissa a nossa legislação sobre a questão, e tendo sido ella *rasoavel* e juridicamente decidida pelas leis romanas, e sendo por outro lado divergentes entre si os codigos estrangeiros, sómente a aquelle Direito devemos recorrer.

Antes porém, resolveremos uma questão preliminar, cuja solução prende-se estreitamente a da principal; é a seguinte:

*O fiduciario é simples usufructuario, e o fideicommissario é nú proprietario dos bens fideicommittidos, ou a propriedade, embora limitada, reside no primeiro, e somente por sua morte passa ao segundo?*

Compreende-se facilmente a relação que existe entre esta questão e a these que discutimos; porquanto, se o fiduciario é um simples usufructuario dos bens fideicommittidos, é manifesto que o direito de propriedade d'esses bens reside no fideicommissario, que, morrendo, o transmite a seus herdeiros; e no caso contrario, nenhum direito assistirá ao fideicommissario, e portanto nada transmittirá por sua morte.

Diz o Sr. conselheiro Teixeira de Freitas:

« Perguntar-se o fiduciario é usufructuario, e se o fideicommissario é nú proprietario, é perguntar se o fideicommissio é usufructo. Não ha qualidade sem substancia. »

Ninguém dirá que usufructo e fideicommissio sejam termos synonymos ou equivalentes na technologia juridica; além de que ha grande differença entre os direitos do usufructuario e os do fiduciario, bem como entre os do fideicommissario e os do nú proprietario, como passamos a mostrar.

1.º O usufructo é personalissimo, e por isso o usufructuario não pode alienal-o, podendo só-

mente arrendar a coisa fructuaria, ou fazer outros contractos semelhantes, puramente pessoaes, que não importem translação do *jus in re* (Lafayette, Dir. das Cous. § 101); entretanto que o fiduciario, embora pelo character resolúvel de seu dominio, não possa alienar perpetuamente as cousas do fideicommisso, pode entretanto alienal-as pelo tempo de sua vida, transferindo ao adquirente, não um simples direito pessoal, como faz o usufructuario na coisa fructuaria, mas o proprio direito real que lhe compete. (Merlin, Rep. verb. Subst. Fideic. Sec. XII, § 3.º art. 4.º).

2.º Contra o usufructuario não corre a prescripção, embora a coisa fructuaria esteja em poder de terceiro com justo titulo e boa fé, em sua presença, tanto assim que; se o nú proprietario estiver ausente, ou fôr domiciliario em comarca diversa, a usucapião só se opera em favor do possuidor depois de completo o praso da prescripção entre ausentes; e vice-versa, se o nú-proprietario estiver presente e ausente o usufructuario; ao passo que contra o fiduciario corre a prescripção acquisitiva do terceiro possuidor, assim como a extinctiva dos direitos e acções da herança fideicommissaria, prescripções essas, que, uma vez consummadas, prejudicão ao fideicommissario, o qual, chegada a epocha da substituição, nada mais tem do que uma simples acção *ex testamento* de perdas e damnos contra o fiduciario ou seus herdeiros. (Pothiers, Trait. des Subst. ns. 155 e 156).

3.º O usufructuario não pode estabelecer servidões passivas no immovel, nem hypothecal-o; ao passo que o fiduciario pode fazel-o, embora taes encargos venhão a resolver-se posteriormente com

o seu dominio (cit. Merlin, § 1.º, e cit. Pothiers § 160).

4.º Entre o nú proprietario e o fideicommissario dão-se as mesmas differenças essenciaes; porquanto o nú proprietario pode reivindicar a coisa de qualquer terceiro possuidor, que não o usufrutuário, assim como contra elle deve dirigir-se a reivindicação intentada por terceiro; entretanto que o fideicommissario, emquanto não se abre a substituição, apenas pode exercer os actos conservatorios, necessarios para resguardar a sua esperança, não lhe cabendo, porém, acção alguma contra terceiros, nem mesmo para annullar a alienação dos bens feita pelo fiduciario, annullação essa que só poderá promover depois de lhe ser deferido o fideicommissio. (Mackeldey, § 756, cit. Pothiers, § 178).

5.º Finalmente, se o fideicommissario fosse nú-proprietario dos bens fideicommittidos, a sua capacidade juridica hereditaria seria exigivel ao tempo da abertura da successão, visto como o seu direito seria desde logo adquirido; mas, ninguem ignora que a capacidade do fideicommissario só se requer ao tempo da abertura da substituição, tanto assim que os proprios nascituros, mesmo ainda não concebidos ao tempo da morte do testador, podem ser nomeados fideicommissarios, ficando o seu direito dependente da condição de existir na epocha da mesma substituição; logo o fideicommissario não é nú-proprietario.

E' por isso que os autores têm formulado a seguinte regra absoluta:

« A capacidade do nú-proprietario e a do usufrutuário exigem-se simultaneamente, ao passo que a do fiduciario e a do fideicommissario exigem-se em epochas differentes. »

Entretanto, apesar de grande distancia que medeia entre fiduciario e usufructuario, e entre fideicommissario e nú-proprietario, tem sido algumas vezes confundidas essas personalidades juridicas.

Foi Correia Telles o primeiro que introduziu no Direito Portuguez essa confusão, dizendo em seu Dig. Port. Liv. 3.º ns. 1628 e 1629: « E' permittido ao testador instituir um herdeiro, e para depois da morte deste substituir-lhe outro; a esta substituição chama-se *compendiosa* ou *fideicommissaria*. N'este caso, ao herdeiro instituido em primeiro lugar *quadrão os direitos e obrigações de um usufructuario.* »

Esta mesma equiparação era feita pela Cod. Civ. da Prussia, Parte 1.ª Tit. 12 n. 466, e pelo da Austria, art. 631; e foi posteriormente adoptada pela art. 1873 do Cod. Civ. Port., que é assim redigido: « Os herdeiros ou legatarios, cujas heranças ou cujos legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, *serão havidos por meros usufructuarios.* »

Não se pense porém que esta tão explicita disposição tenha resolvido a questão entre os commentadores do Codigo Portuguez.

E' assim que, conforme nos dá noticia o Sr. Hintze Ribeiro, a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tem por vezes entendido, menos coherentemente, o cit. art. 1873 do Cod. Civ., attribuindo ao fiduciario, já a propriedade, já o simples usufructo dos bens fideicommittidos. Tanto pode a verdadeira doutrina!...

E realmente, compulsando a legislação estrangeira, vê-se não só que a maioria dos Codigos, que ainda admitem a substituição fideicommissaria, reconhecem o fiduciario como pro-

prietario dos bens fideicommittidos, como tambem que os proprios Codigos, que não admittem taes substituições, adoptão implicitamente a mesma doutrina.

E' assim que o Codigo Oriental, no art. 830, diz: «*No se entiende contener sustitucion, la disposicion en que el testador deja la propiedad a uno, y el usufructo á otro ú otros, con sujecion á lo dispuesto en el titulo del usufructo.*»

Esta mesma disposição é consagrada pelo Cod. Hesp. art. 638, por outros codigos e pelo proprio Codigo Port., que no art. 1870 assim se exprime; «Não se entenderá como *fideicomisso* a «disposição, por que algum testador deixe o «*usufructo* de certa cousa a uma pessoa, e a «*propriedade* á outra; comtanto que o usufruc- «tuario ou *proprietario* não seja encarregado de «transmittir por sua morte a outrem o dito «*usufructo ou propriedade*.

E', pois, manifesto que conforme todos os codigos e o proprio Cod. Port., só póde existir a substituição fideicommissaria quando a propriedade do fideicomisso pertencer primeiramente ao fiduciario, e passar posteriormente por sua morte ao fideicommissario. Logo o fiduciario não é *méro usufructuario*, nem o fideicommissario é nú proprietario.

E nota-se ainda que em França, onde o Cod. Civ. é omisso acerca d'essa questão, todos os civilistas notaveis, como Marcadê, Dalloz, Demolombe, (16) Duranton, Delvincourt, Merlin

---

(16) Demolombe, Trait. des Donat. entre vifs et des Tes. Tom. 5.º n. 550, exclama: «Non! la propriété du grevé n'est pas resoluble dans la verité juridique des termes; c'est tout simplement une propriété *ad tempus*, qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient á s'ouvrir, mais qui n'est

e outros muitos sustentão a propriedade do fiduciario.

Mas não é só isto.

Quando não tivessemos a favor da nossa opinião a doutrina, a logica, as consequencias resultantes do estudo comparativo dos direitos do usufructuario e do fiduciario, a maioria dos Codigos estrangeiros, e a quasi universalidade dos escriptores, ainda assim não poderiamos deixar de sustental-a, desde que é ella professada pelo Direito Romano, subsidiario do nosso, como dissemos, e que este tem sido expressamente adoptado na especie em nossa legislação patria, como mostraremos.

E' preciso não esquecermos que os fideicommissos de effeito immediato á adição da herança, ou *ex certo die*, não são conhecidos por nossa Ord. Liv. 4.<sup>o</sup> Tit. 87, e que esta só considera como substituições fideicommissarias as que se devem verificar por morte do instituido, e portanto em *dia incerto*.

Sendo assim, resulta que, conforme o principio—*dies incertus pro conditione habetur* (17),

pas resoluë. Elle finit, dis je, donc elle a duré! elle meurt donc elle a vecu!»

(17) Este principio era firmado por diversas leis romanas. Assim a L. 75, D. *de eondif. et demonst.*, dispõe: «*Dies incertus conditionem in testamento facit.*»

A L. 1.<sup>a</sup> § 2.<sup>o</sup> D. *cod. accrescenta*: «*Dies autem incertus est, quum ita scribitur: heres meus, quum morietur decem-dato; nam diem incertum mors habet ejus, et, ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.*»

Tambem a L. 79 § 1.<sup>o</sup> D. *eod.*, dispõe o mesmo: «*Heras meue quum ipse morietur, centum Titio dato; legato sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legatis non cedit, et non est certum, adeum legatum perventurum.*»

Finalmente a L. 4 D. *quando dies legat. vel fideic. cedat* confirma a mesma cousa: «*Si quum heres morietur, lege-*

todos os fideicommissos de nosso direito são condicionaes. Ora, por direito romano é incontroverso que a propriedade dos bens fideicommitidos, no fideicommissão condicional ou a dia incerto, pertencia ao fiduciario, até o implemento da mesma condição ou termo (18).

Dissemos ter sido expressamente adoptada esta theoria por nossa legislação patria, e para prova d'isto basta nos apontar e transcrever as seguintes disposições:

1.º O Regul. n. 5.581 de 31 de Março de 1875, que regula o imposto de transmissão de propriedade, o qual dispõe no art. 31 § unico: «Os juros do imposto da propriedade separada do usufructo são devidos depois de um anno da extincção do usufructo; no caso de fideicommissão depois de igual praso contado do dia em que A PROPRIEDADE PASSAR DO DOMINIO DO FIDUCIARIO PARA O DO SEU SUCCESSOR.»

2.º O Aviso n. 136 de 28 de Maio de 1864, relativo ao mesmo imposto de transmissão, o qual depois de declarar que são devidos dous impostos de transmissão na substituição fideicommiss-

---

tur, conditionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.»

(18) A L. 45 § 1.º D. de legat. 1.º declara que: « Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit; ante conditionem vel diem certam, repudiare non possumus; nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat, vel conditio existat.»

Tambem a Const. 3.º § 3.º Cod. Comm. de legat. et fideic. prova a mesma cousa, autorisando e julgando validas as alienações feitas pelo fiduciario, até a resolução da condição.

Finalmente, ha outras leis, que dispõem implicitamente o mesmo, que tambem é ensinado por todos os commentadores.

« Ante restitutionem hereditatis fiduciarius quidem bonorum dominus est. » Warnkœnig, *Inst. Jur. Rom. Privati*, § 735.

saria, o primeiro do testador para o gravado, e o segundo do gravado para o fideicommissario, acrescenta: «Que em todo o caso não procede nas substituições d'esta natureza a regra de applicação do imposto do usufructo e da nua propriedade; porquanto os direitos do gravado de uma substituição differem do usufructo, consistindo elles em propriedade, sujeitos a uma clausula resolutoria, sendo puramente eventuaes os do substituto; entretanto que na disposição pela qual se deixa a um individuo o usufructo, e a outro a propriedade, ha duas liberalidades-, mas igualmente directas, sem nenhuma eventualidade e condição de sobrevivencia; que portanto embora hajão certas relações de semelhança entre a substituição e usufructo, existe todavia, e sempre existio, uma differença profunda entre a substituição fideicommissaria, e a disposição pela qual se deixa a nua propriedade a um individuo, e o usufructo a outro.»

3.º Finalmente o Aviso de 13 de Outubro de 1870, que segue a mesma doutrina, e reconhece que «o imposto devido nas substituições fideicommissarias se regula pelo grão de parentesco existente entre o fiduciario e fideicommissario, por considerar-se a transmissão feita directamente d'aquelle para este, embora a causa d'ella seja sempre a vontade do testador.»

Após considerações tão valiosas, disposições tão expressas, parece-nos estar resolvida a questão preliminar de modo que não mais é possível duvidar-se de que por nosso direito o fiduciario não é mero usufructuario, e sim proprietario dos bens fideicommittidos, e que portanto o fideicommissario nenhum direito tem em vida d'aquelle, além da *spes debitum iri*, isto é, além de uma esperança, que poderá não realisar-se.

É sendo assim, é obvio tambem que, morrendo o mesmo fideicommissario antes do fiduciario, fica perempto o fideicommisso, e nada transmite elle a seus herdeiros. (19)

Dada essa hypothese, é consequencia ainda de todo o exposto que o fiduciario adquire a livre propriedade do fideicommisso, porque caducando este, e desapparecendo a obrigação, que lhe era imposta, de restituir os bens por sua morte ao terceiro designado, fica valendo somente a sua instituição no caracter de herdeiro ou legatario.

Demais é esta a doutrina quasi geralmente acceita entre os escriptores, e professada pelas leis romanas, como vamos mostrar, embora pareça haver alguma duvida, quando o fiduciario fosse um legatario, e não o herdeiro instituido.

A L. 60, D. *de legat* 2.<sup>o</sup> assim dispõe: «*Si*

---

(19) Por Direito Romano nenhuma duvida havia quanto a este resultado.

A L. 11, § 6.<sup>o</sup> D. *de legat* 3.<sup>o</sup>, declara: «*Sed si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur: conditionale enim esse legatum nemini dubium est, et pendente conditione legali videri decessisse fideicommissarium.*

O mesmo dispõe a Const. Unic. §§ 4.<sup>o</sup> e 7.<sup>o</sup> Cod. *de caduc. tollend.*; bem como as LL. 1.<sup>a</sup> § 2.<sup>o</sup>, e 79 § 1.<sup>o</sup> D. *de condit. et demonst.*, e a L. 4 D. *quando dies legat.* etc., citados anteriormente na nota 17. a)

(a) Esta doutrina tem sido felizmente acceita por nossos juizes e tribunaes, de modo que se não podemos dizer que tal é a jurisprudencia patria, em razão do pequeno numero de casos d'esta especie, que se tem suscitado no foro, podemos porem affirmar que jamais houve discordancia quanto ao modo de decidir. Disto nos dão noticia alguns Volumes do—*Direito*—e principalmente o Vol. 37, pag. 67; notando-se que a ultima caderneta d'esta *Revista* (de 15 de Agosto do corrente anno), a pag. 591 e 592, transcreve dois Accordãos da Rel. de S. Paulo, o 1.<sup>o</sup> de 26 de Outubro de 1886, e o 2.<sup>o</sup> de Março d'este anno, que confirmão a doutrina das leis romanas quanto ao «*nenhum direito do fideicommissario durante a vida do fiduciario, e consequente caducidade do fideicommisso por morte d'aquelle.*

*a filio herede legatum sit Seio fideique ejus commes-  
sum fuerit sub conditione ut Titio daret, et Titus  
pendente condicione decesserit. fideicommissum defi-  
ciens apud Seium manet, non ad filium heredem  
perdinet; quia in fideicommissis potiore causam  
habere sum, cujus fides electa sit, senatus voluit.»*

Por esta lei, que é generica, e de uma clareza, tal que dispensa qualquer commentario, vê-se que o fideicommissario caduco (*deficiens*) por morte do fideicommissario ficava pertencendo ao fiduciario (herdeiro ou legatario), visto como determinou o senado e decidio a lei que devia preferir no fideicommissario aquelle, a cuja lealdade fôra confiado.

A duvida porem se assim será, quando o fiduciario fôr um legatario, origina-se da L. 88, § 13, D. *cod*, que parece contrariar aquella.

Diz esta Lei: *Sævola: Codicillis Gaius Seio centum le avit, ejusque fideicommisit, ut ancillæ testatores ea daret. Quæro an utile fideicommissum sit, quod legatarius ancillæ testatoris dare jussum est. Respondi, non esse. Item, si utile non est an legatarius heredi, cujus ancilla est, restituere compellatur. Respondit, non compelli: sed nec ipsum legatarum legatum petere posse.»*

Como vê-se dos termos em que é expressa a lei, o fideicommissario deixado a uma escrava do testador por intermedio de um legatario considerava-se caduco, e o legatario não podia pedir o legado ao herdeiro instituido.

Admiramo-nos mesmo de que essa lei tenha feito tão grande rumor entre os commentadores, que a tem procurado conciliar com a que acima citámos.

Gothofredo, *Series Digestorum ex-libro 32,*

procura harmonisal-as, fazendo a seguinte distincção. « se o legatario fiduciario possue já o « fideicommisso, conserva-o, *non compelli resti- « tuere*; se pelo contrario o não recebeu ainda, « tambem não tem o direito de o reclamar, *nec « legatum petere posse.*»

Essa interpretação parece ser autorizada pela letra da lei, porém não resolve a difficuldade, e deixa subsistir o unico ponto em que aquellas leis tendem a chocar-se, isto é, ser caduco o fideicommisso, e entretanto não reverter a sua propriedade para o legatario.

Por isso tambem achamos mais racional a interpretação de Pothiers, *Pandectes de Justinien*. Tom. 12 pag. 189, not. 6, onde invoca elle a L. 38 § 6, D. *de legat.* 3.<sup>o</sup> (20), que em um caso semelhante confere ao legatario fiduciario o direito de exigir o legado caduco do herdeiro instituido; e entende que melhor seria acreditar que as circumstancias do facto sobre que Sœvola respondeo, e que não forão por inteiro reproduzidas, assignavam mais propriamente ao fiduciario o character de testamentario, que o de legatario; a não ser que se prefira julgar viciosa a redacção da lei, devendo ler-se *sed et ipsum*, em lugar de *sed nec ipsum*.

E julgamos melhor esta interpretação alem dos motivos expostos; 1.<sup>o</sup> porque o fideicommisso a que se refere aquella lei parece ser puro, ao passo que o da Lei 60, que firma a regra geral, é condicional *quum morietur*; 2.<sup>o</sup> porque como

---

(20) Fideicommisit ejus, cai duo millia legavit, in hoc verba: a te, Petroni, peto uti ea duo milia solidorum reddas collegio cujusdam templi; quæsitum est, quid id collegium postea dissolutum sit. utrum legatum ad Petronium pertineat, an vero apud heredem remanere debeat. Respondit, Petronium jure petere.»

ensina Troplong, no fideicommisso puro pode-se ser encarregado, sem ser verdadeiramente instituído herdeiro ou legatário, sendo-se chamado a entregar no caracter de *simples ministro*, ou *fiduciario* no sentido proprio da palavra, que equivale apenas a *um testamenteiro*; 3.<sup>o</sup> finalmente, porque é de boa hermeneutica preferir a interpretação, que evita a antinomia entre as disposições legais.

Seja porem como fôr, é certo em todo o caso, que aquella lei, desde que se refere a um fideicommisso puro, e caduco desde seu principio pela incapacidade do fideicommissario nomeado, não pode jamais prejudicar á these que sustentamos, a qual se refere ao fideicommisso, condicional e valido em seu principio, tornado porém caduco pelo fallecimento do fideicommissario, e acerca do qual determina de um modo evidente a cit. L: 60, D. *de legat.* 2.<sup>o</sup>, que a propriedade pertence ao fiduciario.

Com estas considerações terminamos a resolução da segunda questão, que é a principal, se não a unica, de que cogitou a Faculdade.

Todavia, por amor ao methodo, diremos algumas palavras relativamente á

3.<sup>a</sup> Questão. *Morto o fideicommissario depois do testador e do fiduciario, porém antes de lhes serem entregues os bens fideicommittidos, fica preempto o fideicommisso?*

A resposta pela negativa parece incontrouversa, desde que se considerar que o momento da abertura da substituição é o da morte do fiduciario.

E realmente, se o fideicommissario sobreviveo, ainda que somente por alguns momentos, ao fiduciario, está preenchida a condição, e a

propriedade dos bens fideicommittidos passa *ipso facto* para elle, que logo adquire o *jus in re*.

Morando pois então, transmite a seus herdeiros o mesmo direito, que como todos os direitos e acções, faz parte de seu patrimonio.

Não caduca, portanto, o fideicommissão na hypothese figurada, porquanto, tendo-se extinguido o direito do fiduciario com sua morte, appareceu tambem a *spes debitum iri* do fideicommissario, a qual transformou-se em um verdadeiro direito transmissivel.

#### IV

Antes de concluir este tão penoso trabalho, devemos declarar que o modo por que resolvemos as diversas questões, em que subdividimos a these, que escolhemos para dissertar, applica-se com maioria de razão aos fideicommissos *de residuo*, ou *de eo quod supererit*, que julgamos não serem prohibidos por nosso direito.

E com esta observação damos por terminada a nossa tão longa, quão difficil viagem.

A doutrina, a logica, a lição dos escriptores, tanto nacionaes, como estrangeiros, o estudo comparativo dos Codigos das nações cultas, o Direito Romano, a nossa acanhada legislação regulamentar, finalmente a propria interpretação doutrinal, tudo fizemos valer em prol da theoria, que sustentamos.

Entretanto, se algumas vezes claudicamos, se não tivemos força para levar a convicção ao animo alheio, seja isto considerado antes como resultado de nossa fraqueza posta em prova contra

um assumpto de tanta magnitude, do que como effeito da inverdade da opinião que adoptamos.

Muitas vezes a verdade custa a ser comprehendida somente pela incompetencia de quem a expõe.

Recife, Setembro de 1887.

DR. ADOLPHO TACIO DA COSTA CIRNE (1)



---

(1) Havendo o Cod. Civ. Braz. conservado em nosso direito o instituto do fideicomisso, e se achando completamente exgotada a edição deste trabalho, publicado em 1887 pelo redactor chefe desta Revista e actual Director da Faculdade de Direito do Recife, a commissão de redacção julgou util a sua reedição, que ora se faz neste annuario.