

CAPÍTULO VI

AS ANTIGAS E NOVAS FACETAS DO FIDEICOMISSO E O ATUAL CÓDIGO CIVIL

*Nilza Reis**

Sumário • 1. Noções Introdutórias – 2. O usufruto e o fideicomisso: distinções necessárias – 3. Direitos do Fiduciário e do Fideicomissário – 4. O fideicomisso no atual Código Civil: A inovação no instituto – 5. Conclusões Necessárias – 6. Referências Bibliográficas.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

No sistema do Código Civil de 1916, o fideicomisso estava previsto no art. 1.733, autorizando o testador a instituir herdeiros ou legatários através dele, mediante imposição “a um deles, 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 o legado”.

A palavra fideicomisso, bem como todos os termos que dela derivam, tem origem no direito clássico, em cujo âmbito encontrava-se o termo *fideicommissum*, e de *fideicommittere*, significando confiar, entregar por fideicomisso, como também *fideicomissarius*, vocábulo do qual procede a palavra fideicomissário, como a herança fideicomissária do Digesto ou *fideicommissaria hereditas*.

Segundo os estudiosos do tema, o fideicomisso finca as suas raízes no Direito Romano, haja vista que, segundo LUIS PUIG FERRIOL¹, “o instituto adquiriu um amplo desenvolvimento a partir da época imperial, pois surge como algo acessível a todos, independentemente do requisitos do *civitas*, e portanto amparado pelas normas do *jus gentium*”.

Em determinado estágio, o direito romano retirava de certas pessoas a capacidade de receber por testamento, fazendo com que alguém que desejasse beneficiá-las confiasse os bens a uma outra, dotada de capacidade, rogando-lhe que os entregassem posteriormente para quem, efetivamente, almejavam transferir, contando, então, apenas com a sua honestidade e com a confiança nela depositada, pois era livre para executar ou não a vontade do instituidor.

* Professora de Direito Civil da UFBA e Juíza Federal/BA

1. in *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965, p. 19 – apud PINTO FERREIRA, Enciclopédia Saraiva de Direito, vol 37, p.170)

Na Inglaterra, em certa época, “as mulheres casadas estavam submetidas a um regime de incapacidade absoluta com o casamento, os bens da mulher entravam para o patrimônio do marido, daí ter-se imaginado a instituição de fideicomissos duplos: o parente da mulher doava os bens a um terceiro, que os entregava à mulher casada beneficiada a título de fideicomisso², não havendo dúvida que, em qualquer caso, dependia, fundamentalmente, da honestidade ou da *fides* do sujeito que os arrecadava inicialmente, para transmiti-los, em momento subsequente, ao seu verdadeiro dono: o fideicomissário. Não havia, porém, normas legais destinada à disciplina do instituto, daí porque o *rogatus*, vale dizer, aquele que recebia os bens para entregá-los ao fideicomissário, não estava vinculado à vontade do testador senão através da sua honestidade e fidelidade. Era, portanto, livre para cumpri-la ou não. Depois, em razão dos abusos, esse panorama foi sendo alterado, e, mesmo em Roma, chegou-se a reconhecer ao fideicomissário a possibilidade de recorrer aos cônsules, pedindo-lhes que aquele fosse obrigado a cumprir a vontade do testador, nomeando-se, então, sob o império de Cláudio, um magistrado especialmente incumbido deste mister e que era o *praetor fideicommissarius*.

No direito medieval, o fideicomisso encontrou um vasto campo, proliferando, juntamente com o morgado, que, por sua vez, acarretava a transferência de bens, por sucessão, ao filho primogênito e, assim, sucessivamente, em caráter perpétuo e indivisível, sem possibilidade de alienação, em homenagem “ao nome e esplendor da família.”³

Consagrado em Portugal e rejeitado pelo individualismo da Revolução Francesa que, todavia, não conseguiu eliminá-lo completamente, eis que o Código de Napoleão o prevê (art. 897), o fideicomisso passou, finalmente, ao nosso Código Civil de 1916, no qual era disciplinado no título III, capítulo XIV, do Livro IV, que era destinado às substituições de herdeiros ou legatários.

Definindo o instituto, CARLOS MAXIMILIADO afirma que o fideicomisso consiste na “designação de uma pessoa para recolher herança ou legado, na falta ou depois de outros”⁴

Considerado no direito contemporâneo uma espécie de substituição oblíqua ou indireta de herdeiro ou legatário, o fideicomisso faz surgir três sujeitos distintos: o testador ou instituidor, chamado, na relação, de fideicomitente; o fiduciário ou gravado, que mantém consigo a herança ou o legado para, depois, efetuar a sua transmissão, segundo a vontade do primeiro, a outro herdeiro ou legatário, ao qual se denomina fideicomissário.

2. Ob. cit, p.171.

3. in DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, p. 1.038, São Paulo:Forense, 1979.

4. *Direito das Sucessões*, vol.II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1952, p.58.

Morto o testador, o fiduciário adquire a herança ou o legado “durante toda a sua vida, durante certo tempo, ou mediante determinada condição”, a depender dos termos da manifestação de vontade testamentária emitida pelo fideicomitente⁵, para transferi-lo, posteriormente, ao seu segundo sucessor, que é o fideicomissário.

Há, pois, no fideicomisso, uma dupla disposição testamentária, de caráter sucessivo, traço que o distingue do usufruto instituído através de testamento, cujos termos nem sempre são claros, já que a declaração de vontade manifestada pelo testador muitas vezes contém expressões inadequadas, ambíguas e duvidosas, impondo a necessidade de interpretação, da qual pode resultar a conclusão da existência do fideicomisso ou ao usufruto, daí a importância de apreendermos a dimensão conceitual destes dois diferentes institutos jurídicos.

2. O FIDEICOMISSO E O USUFRUTO: DIFERENÇAS NECESSÁRIAS

O fideicomisso, como sabemos, é uma forma de substituição de herdeiro ou legatário que se concretiza na sucessividade: primeiro sucede o fiduciário ou gravado, e depois o fideicomissário. E aí se consolida o instituto, ante a nulidade de fideicomisso que ultrapasse o segundo grau, de modo a projetar-se no futuro indefinidamente. Caso não haja qualquer fato capaz de eliminar ou interromper a relação fideicomissária, os dois sucessores – fiduciário e fideicomissário – serão titulares da propriedade da herança ou do legado que receberam em decorrência da morte do fideicomitente, embora o primeiro, que é o gravado, só a titularize em caráter resolúvel, pois em algum momento deve transmiti-la ao segundo – também designado pelo testador. Sendo assim, cada um, a seu tempo, será proprietário da herança ou do legado que o beneficia.

No usufruto tudo opera de modo diverso, porque, sendo um direito real na coisa alheia, impõe a aquisição simultânea de dois diferentes direitos pelos sujeitos envolvidos na relação constitutiva, que, guardando, aqui, uma certa correspondência com o fideicomisso, também são três, a saber: o testador que, no caso, o instituiu através de negócio jurídico unilateral de última vontade; o sujeito a quem este transfere, por força da sucessão decorrente da sua morte, a propriedade de todo o seu patrimônio ou cota parte indeterminada dos seus bens (herança) ou de coisa determinada e certa (legado), e, afinal, a pessoa à qual busca assegurar, primordialmente, meios por intermédio dos quais possa garantir a sua sobrevivência, que é o usufrutuário.

Diz-se, então, que o fideicomisso pode ser universal ou singular, conforme incida, respectivamente, sobre a herança ou o legado.

5. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, -Pinto Ferreira, vol.37, p. 172.

Nesse contexto, o sujeito gravado – fiduciário – passa a ser titular da propriedade, mas exercerá o seu direito de forma limitada, uma vez que as faculdades que lhe são inerentes serão parcialmente esvaziadas em benefício do usufrutuário, a quem são transmitidos, grosso modo, o uso e a fruição (gozo) da herança ou do legado, ficando aquele apenas com a faculdade de dispor, motivando a sua denominação de nu-proprietário, dando lugar ao fenômeno do desdobramento, que é justificado pelo princípio da elasticidade do domínio.

Sendo assim, não há dúvida de que, operando diferentemente do fideicomisso, quando o testador pretende instituir o usufruto através de testamento, mas a redação da sua declaração de última vontade suscita dúvida, o operador do direito há de buscar o seu verdadeiro sentido através do manejo dos traços distintivos desses dois institutos. A tarefa não é fácil, tanto que foi considerada por TEIXEIRA DE FREITAS como “um tormento para os juristas”, concluindo que:

“Em casos de dúvida, podendo ter-se constituído fideicomisso ou usufruto, entender-se-á a constituição de fideicomisso sempre que o constituidor ordenar passagem dos bens a outrem por morte do primeiro nomeado, embora em relação a este fale em usufruto.”⁶

Haverá fideicomisso, então, quando uma pessoa é beneficiada com uma herança ou legado para efetuar, em momento subsequente, a sua transferência a outro, fazendo surgir, assim, a aquisição sucessiva dos direitos conferidos por cada um desses sujeitos. Deste modo, tem-se que entre a aquisição do primeiro e a do segundo haverá o *tractus temporis*, vale dizer, um lapso de tempo que medeia entre a propriedade do fiduciário e a do fideicomissário. No usufruto, ao contrário, os sujeitos beneficiados pelo testador, seja herdeiro ou legatário – adquirem os seus direitos ao mesmo tempo, ou seja, simultaneamente. E mais: enquanto o fiduciário e o fideicomissário são titulares da propriedade e têm, portanto, um direito real sobre coisa própria, o usufruto acarreta o desmembramento de um só domínio, que é do nu-proprietário, retirando do seu conteúdo, em caráter temporário, as faculdades de usar e fruir da coisa que integra o seu patrimônio em benefício do usufrutuário. Este, por sua vez, não é proprietário nem titular de um direito real na própria coisa, pois o seu direito incide sobre coisa alheia.

Assim, conclui-se que haverá usufruto quando o testador impõe a aquisição dos direitos dos beneficiados de forma simultânea: o nu-proprietário e o usufrutuário exercitam concomitantemente os seus direitos. No fideicomisso, não. O fideicomissário só passa à condição de proprietário depois da extinção do direito do fiduciário, havendo, no caso, uma imperiosa sucessividade no exercício dos seus direitos.

6. Ob. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 37, p.179.

A par disso, as faculdades legalmente conferidas aos sujeitos da relação de usufruto são totalmente distintas daquelas outorgadas aos sujeitos do fideicomisso.

Com efeito, quando um bem é gravado de usufruto, o titular não ignora que a respectiva propriedade não é sua, mas de outro: o nu-proprietário, assim chamado porque, no curso da duração do usufruto – que será no máximo vitalício –, fica destituído de importantes faculdades que integram o seu domínio. O usufrutuário, ao contrário do fiduciário, não é titular de um direito real na coisa própria, mas na coisa alheia. E preenchendo o conteúdo do seu direito, mantém consigo exatamente algumas faculdades que são extraídas do conteúdo da propriedade de outrem, mas que voltarão ao respectivo titular quando o seu direito for extinto, revelando, assim, um fenômeno justificado pelo princípio da elasticidade do domínio.

Quando instituído através de testamento, o usufruto não é uma forma de substituição imediata ou obliqua de herdeiro ou legatário. É simplesmente uma forma de designação de sucessores simultâneos, sejam herdeiros ou legatários, com direitos diversos e que serão exercitados ao mesmo tempo. Sob este ângulo, o fideicomisso também é uma forma de nomear herdeiros ou legatários, mas de um modo diferente, porque, neste caso, o testador manifesta a sua vontade no sentido de beneficiar sucessivamente dois sucessores – herdeiros ou legatários – com todo o seu patrimônio ou quota parte indeterminada do seu patrimônio (fideicomisso universal), ou, ainda, com bem certo e determinado (fideicomisso singular), conferindo-lhes, assim, um mesmo direito, que será exercitado, porém, em tempo diverso.

Na realidade, no usufruto há o desmembramento do domínio atribuído, exclusivamente, ao nu-proprietário, mas o instituidor assegura a outro, que é o usufrutuário, o direito de usar e fruir as utilidades da herança ou do legado que, na verdade, não lhe pertence. Por isto o usufruto é um direito real na coisa alheia, já que esta integra o patrimônio do outro sujeito, qual seja, o nu-proprietário, e fica temporariamente desfalcado de algumas faculdades. No fideicomisso, indiscutivelmente, tanto o fiduciário quando o fideicomissário têm a propriedade da herança ou do legado, embora a natureza do direito assegurado ao primeiro esteja submetida às suas próprias contingências, tornando a sua propriedade, em consequência, restrita e resolúvel, já que também é temporária, porque submetida à determinação do instituidor, cujo desejo é torná-la definitiva para o último beneficiado. Este, por sua vez, nem sempre certo e conhecido, eis que pode ser uma pessoa ainda não concebida (prole eventual), diversamente do que acontece no usufruto, no qual a dualidade simultânea dos direitos conferidos aos sucessores – propriedade e usufruto – exige que esses existam e tenham capacidade para adquiri-los no momento da abertura da sucessão do instituidor.

A par desses aspectos, vale recordar que o usufruto tem finalidade alimentar e, por isto, o seu titular não pode transferi-lo a outrem, fazendo com que, inspirados em ENNECCERUS, alguns autores o classifiquem como um direito

real subjetivamente pessoal, uma vez que a existência do usufrutuário reflete na continuidade ou extinção do próprio direito, diversamente do que acontece com os direitos reais subjetivamente reais, tais como a servidão e a enfiteuse⁷. Diante disso, quando beneficia uma pessoa física e desde que não haja a fixação de outro prazo de duração, o usufruto será vitalício e se extinguirá, obrigatoriamente, com a morte do titular, acarretando o retorno das faculdades que até então exercitava ao domínio do nu-proprietário.

No fideicomisso, as conseqüências da morte dos sucessores designados pelo testador são completamente distintas.

De fato, quando o fiduciário morre antes do fideicomissário, a propriedade do bem fideicomitado passa aos seus próprios sucessores, desde que este fato não seja a causa da transmissão da propriedade decorrente da vontade do fideicomitente, embora alguns sustentem que a situação conduz à antecipação do momento da aquisição do direito do segundo sucessor, mas acreditamos que os efeitos jurídicos dependerão da hipótese concreta, até porque o fideicomissário pode não aceitar a herança ou ao legado que lhe foi atribuído em testamento, provocando a permanência do domínio do primeiro beneficiado e, por conseguinte, dos seus próprios sucessores, salvo disposição em contrário do instituidor.

Morrendo o fideicomissário em momento anterior ao evento, termo ou condição prevista pelo fideicomitente para a aquisição do seu direito, este, logicamente, não chegou a configurar-se, fazendo com que a propriedade seja consolidada no fiduciário, adquirindo, então, uma qualidade diversa da que tinha até então, uma vez que originalmente era resolúvel e, em razão daquele fato, passa a ser definitiva.

3. DIREITOS DO FIDUCIÁRIO E DO FIDEICOMISSÁRIO

Sendo o primeiro titular da propriedade da herança ou do legado, o fiduciário será beneficiado com a transmissão operada pelo princípio da *saísine*, mas deve promover a transcrição do título, vale dizer, a sentença que julgou a partilha, no registro público competente, que será o imobiliário se o bem tem esta natureza, e o de títulos e documentos se o seu objeto for bem móvel, conferindo, assim, eficácia *erga omnes* ao seu direito.

Deve conservar o bem, já que deve transferi-lo ao segundo sucessor – fideicomissário –, ainda que o testamento no qual foi nomeado não faça qualquer menção a este fato. Também deve administrar com zelo o que recebeu, pois pode ser responsabilizado pelas deteriorações ou danos decorrentes de seu procedimento culposo, cabendo-lhe, ainda, as obrigações de inventariar os bens fideicomitados

7. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 7ª edição, 1980, São Paulo: Forense, p.08.

e de prestar caução, a qualquer tempo, neste caso último se lhe exigir o fideicomissário.

O fiduciário tem, ainda, o direito de consolidar o fideicomisso quando ocorrem algumas situações, entre as quais vale referir as hipóteses de renúncia, exclusão por indignidade ou deserção, falta de legitimação ou morte do fideicomissário antes da realização do evento ou do implemento da condição prevista para a aquisição do seu direito, conduzindo o fideicomisso à caducidade, importando recordar que estas hipóteses não têm caráter exaustivo, ante a existência de outras referidas pelos doutrinadores⁸.

Uma tormentosa questão parece aflorar em derredor da possibilidade ou não de o fiduciário alienar a sua propriedade, matéria na qual surgem divergências, pois enquanto alguns sustentam que o fiduciário está habilitado a transmitir o seu direito, “na medida em que o tem”⁹, outros negam esta possibilidade¹⁰.

Nos filiamos à primeira corrente, uma vez que não conseguimos entrever a existência de qualquer obstáculo à transferência da propriedade pelo fiduciário que, logicamente, só poderá efetivá-la de acordo com a própria natureza do seu direito. Como ocorre em qualquer situação, só pode dispor, na verdade, do que tem. E o que tem é uma propriedade resolúvel e, portanto, temporária, daí porque somente assim poderá transferi-la a terceiros. Se dela dispõe, quem quer que a tenha adquirido ficará vinculado aos termos do título constitutivo, razão pela qual, substituindo o fiduciário, tem a obrigação de transmiti-la ao fideicomissário quando ocorrer o evento, o termo ou a condição prevista pelo testador para a aquisição do seu domínio, uma vez que não ignora a resolubilidade inerente ao direito que lhe foi transmitido.

Certo é que uma das características da propriedade é sua duração ilimitada, a sua perpetuidade, mas não se pode negar a existência da exceção consistente naquela dotada de natureza resolúvel e “que se configura quando, no próprio título de sua constituição, por sua própria natureza ou pela vontade do agente ou das partes, se contém condição resolutiva”,¹¹ à semelhança do que acontece com a propriedade do fiduciário.

8. Eduardo de Oliveira Leite afirma que “o segundo requisito necessário da substituição fideicomissária, a obrigação de conservar e restituir, está implícito na proibição de alienar, uma vez que, é titular da herança ou legado, mas propriedade restrita e resolúvel, pois deve conservá-la para a transmitir oportunamente ao fideicomissário, mas, em momento subsequente, sustenta que o fiduciário “pode dispor dos bens, como lhe convenha e até aliená-los, se não houver proibição expressa”(pp. 610 e 611).

9. ORLANDO GOMES. ob. cit., p. 295.

10. RT 262:210-211.

11. ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 96.

Creemos, portanto, que, inexistindo vedação prevista pelo testador, no sentido de fixar a inalienabilidade do objeto do fideicomisso, não há óbice à sua alienação ou oneração pelo primeiro sucessor – fiduciário –, até porque este pode ser convocado pelo fideicomissário a prestar caução, com o objetivo de assegurar a efetividade do seu eventual direito à propriedade do acervo ou do bem fideicomitado, eliminando, assim, os riscos aos quais possa eventualmente ser submetido, em razão do comportamento negligente do fiduciário.

Importa recordar, ademais disso, que, em razão da sua própria natureza, o direito do fideicomissário é eventual, porque depende “*da verificação, ou realização, dos elementos constitutivos que lhes faltam para se erigirem em direitos subjetivos e, assim sendo, nitidamente se distinguem dos direitos pertencentes aos que podem exigir, de outrem, a prática do ato constitutivo final*”¹². O Direito e a vida dos Direitos, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p.574, São Paulo:1991. E o elemento constitutivo que se encontra ausente, no caso, é o evento previsto pelo testador como causa eficiente da aquisição do seu direito.

Com a morte do fiduciário, o advento do termo ou o implemento da condição prevista pelo testador como elemento imprescindível à transferência da herança ou do legado ao fideicomissário, o direito deste¹³, que até então era eventual, passa, então, a existir, outorgando-lhe qualidade de titular da respectiva propriedade. Configura-se, aí, a substituição fideicomissária, impondo ao segundo sucessor do fideicomitente, ou instituidor, a obrigação de assumir os encargos remanescentes da herança, desde que vinculados à sua qualidade.

4. O FIDEICOMISSO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL: A INOVAÇÃO NO INSTITUTO

No Código Civil de 2002, o instituto do fideicomisso manteve alguns dos seus contornos antigos, como atesta o art.1.951, no qual foram introduzidas pequenas variações de redação, mas não há dúvida de que no art. 1.952, *caput* e parágrafo único, surgem novidades de grande significado, como atesta a simples leitura do seu texto, *in verbis*:

“Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único – Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.”

12. VICENTE RAO

13. Sobre os direitos do fiduciários e do fideicomissário recomendamos a análise da obra de Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 21ª edição, revista e atualizada, Editora Saraiva, 2007, pp. 344/348)

Qual será o verdadeiro sentido dessas normas? É o que temos buscado alcançar, meditando sobre o conteúdo dos preceitos contidos no atual Código Civil, que alteram, de forma substancial, a dimensão conceitual do fideicomisso disciplinado no sistema anterior.

Com efeito, admitindo que o testador possa “instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião da sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”, nos termos do art. 1.951, o atual Código Civil traz ao cenário jurídico nacional uma nova regra legal que impõe a sua constituição apenas em favor de pessoa ainda não concebida no momento da morte do instituidor. Indo mais além, determina que, se, nesta ocasião, o beneficiado já houver nascido, o fideicomisso desaparece, surgindo, em seu lugar, o usufruto para o primeiro sucessor e o direito de propriedade para o segundo.

Entendemos que, a partir de duas situações, as determinações contidas no art. 1.952 do Código Civil conduzem o intérprete a dois diferentes destinos, isto porque, no momento da abertura da sucessão do instituidor do fideicomisso, deve verificar se o segundo herdeiro ou legatário, que é o fideicomissário, já nasceu ou não, uma vez que as soluções oferecidas para estas hipóteses serão totalmente distintas. Sim, porque, se o fideicomissário já houver nascido ao tempo da morte do testador não haverá fideicomisso, pois ele terá direito à propriedade da herança ou do legado, conferindo-se, em consequência, ao primeiro indicado, antes qualificado de fiduciário ou gravado, apenas o direito ao respectivo usufruto, do que resulta, imediatamente, a eliminação da aquisição sucessiva dos direitos referidos no testamento. Neste caso haverá, portanto, a aquisição e o exercício simultâneos de diferentes direitos pelos herdeiros ou legatários do testador: um, na qualidade de proprietário; outro, de usufrutuário, remetendo a matéria à esfera dos direitos reais, na coisa própria e na coisa alheia.

Analisando o tema, Eduardo de Oliveira Leite¹⁴ ressalta, com percuciência, que a possibilidade da prole eventual de uma pessoa ser beneficiada na sucessão testamentária já era prevista no Código Civil anterior (art. 1.718), concluindo que a novidade é a sua inserção na seara das substituições. Ilustra o seu entendimento com a doutrina de PONTES DE MIRANDA que, ao comentar o dispositivo, sustentou: “Quando o testador instituiu pessoa por ser concebida (art. 1.718) em fideicomisso e dá substituto, esse só sucede, *demonstrada a ineficácia da verba da instituição*, e.g., se a pessoa designada, cuja prole foi contemplada, já *morreu* ou *não pode ter filhos*”.

14. in *Comentários ao Novo Código Civil*, 2ª edição, Do Direito das Sucessões, Vol. XXI, pp. 612/613, Editora Forense, 2003)

A citação, cujos grifos são originais, serve ainda hoje à hipótese de fideicomisso, que, como vimos, só pode ser instituído em benefício da prole eventual de uma pessoa, valendo recordar, todavia, que a menção à impossibilidade de de uma pessoa indicada ter filhos não absorve aqueles que provêm dos liames civis (filhos adotivos), salvo se o testador de logo os excluiu.

Tudo será diferente, porém, quando aquele que foi indicado como segundo sucessor e, por conseguinte, na qualidade de fideicomissário, ainda não houver nascido no momento da morte do instituidor, situação na qual o fideicomisso produz os seus efeitos, seguindo os seus antigos contornos e tornando necessária a adaptação das normas estabelecidas no Código Civil ao caso concreto. Agora, a herança ou o legado passa ao fiduciário, o primeiro sucessor designado no testamento, que será, então, titular de uma propriedade de natureza restrita e resolúvel, nos moldes explicitados anteriormente, aplicando-se à hipótese, e somente nela, os preceitos contidos nos arts. 1.953/1.957 do Código Civil.

Entre esses dispositivos existem três que, em nossa compreensão, merecem um exame detalhado. São os arts. 1.955, 1.957 e 1.958, cujos termos seguem transcritos:

“Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.”

“Art. 1.957. Ao sobrevir a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem”.

“Art. 1.958. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutiva do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.”

Quanto ao primeiro, entendemos ser importante observar que a exceção contida no final do preceito – se não houver disposição contrária do testador – pode ser absorvida na hipótese em que existem vários fideicomissários nomeados conjuntamente, mas apenas um ou alguns renunciam, jamais como a possibilidade de transmissão da herança ou do legado a um terceiro, uma vez que esta interpretação esbarra na proibição contida no art.1.959, do mesmo diploma legal, que veda a instituição de fideicomisso além do segundo grau.

Orientação similar deve ser adotada quando o testador designar um ou vários substitutos para o fideicomissário e este renunciar, caso em que o efeito retroativo da sua manifestação de vontade abdicativa colocará o primeiro substituto no seu lugar, e, assim, sucessivamente, mantendo a restrição legal estabelecida pelo art. 1.959, do Código Civil, *“uma vez que o fideicomissário, que estava no segundo grau, desaparece, e seu substituto ocupará a mesma posição; logo, não há um*

*terceiro grau de substituição*¹⁵, desde que, sendo vários os substitutos, ao final, logicamente, apenas um deles aceita a herança ou o legado.

No que se refere ao segundo dispositivo – art. 1.957 –, cremos que a expressão “ao sobrevir a sucessão” refere-se, naturalmente, àquela que foi deferida pelo testador ao segundo herdeiro ou legatário, vale dizer, a sucessão fideicomissária, que somente ocorrerá com a morte do primeiro – fiduciário – ou com o advento do termo ou o implemento da condição indicada pelo instituidor, que opera como fato gerador da aquisição do seu direito subjetivo. Sendo assim, o direito do último beneficiado surge, inicialmente, apenas em caráter eventual, como antes mencionado, pois ainda depende da configuração do evento referido pelo testador. No momento em que este se verifica, portanto, buscará a adoção das providências legais necessárias à regularização da sua qualidade de proprietário definitivo da herança ou do legado que recebeu, em decorrência da morte do instituidor, entre as quais está o pagamento do imposto de transmissão e das despesas imprescindíveis à concretização jurídica da sua nova qualidade, das quais poderá ter sido eximido, se assim foi ordenado pelo testador.

Certo, porém, é que, se não foi beneficiado com a dispensa do pagamento dessas verbas, não poderá ser compelido ao adimplemento de remanescente devido por outrem, salvo se a exigência aparece no testamento como um encargo, embora haja quem pense de modo contrário, admitindo, inclusive, que o segundo herdeiro ou legatário responda pelas despesas que o fiduciário não pôde satisfazer¹⁶.

Pensamos, todavia, que, salvo disposição testamentária em sentido contrário, o fideicomissário só deve responder pelas despesas remanescentes da herança ou do legado quando guardam vinculação e compatibilidade com a sua qualidade de proprietário dos bens fideicomitidos.

Finalmente, quanto ao art. 1.958, vê-se que o legislador fez uma opção que, além da hipótese prevista no art. 1.955, também provoca a caducidade do fideicomisso quando o segundo sucessor morre antes do fiduciário ou do implemento da condição resolutória imposta ao seu direito, eliminando, assim, as controvérsias existentes acerca da possibilidade ou não de transmissão dos bens fideicomitidos aos sucessores do primeiro herdeiro ou legatário (fiduciário), quando este falece antes do fideicomissário.

5. CONCLUSÕES NECESSÁRIAS

Nessa breve análise do fideicomisso, pode-se verificar a possibilidade do seu surgimento de acordo com os antigos contornos que sinalizam a sua existência, o

15. DINIZ, Maria Helena. ob.cit., p. 348.

16. Maria Helena Diniz, referindo Itabaiana de Oliveira, ob, cit, p. 348.

que somente ocorrerá quando aquele que o instituiu desejou e, ao final, conseguiu beneficiar prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sua sucessão. Do contrário, ou seja, quando o herdeiro ou legatário indicado como segundo sucessor já houver nascido no tempo decorrido entre a feitura do testamento, no qual foi designado, e a sua morte, não há que se falar no fideicomisso, uma vez que, nesta hipótese, confirmando a determinação no sentido de que o instituto só pode ser utilizado para beneficiar prole eventual, o sistema jurídico pátrio faz surgir em seu lugar dois direitos totalmente distintos: um direito real na coisa alheia para o primeiro sucessor (usufruto), e um direito real na coisa própria para o segundo (propriedade). Nesta situação, que é nova, o fideicomisso desaparece, surgindo em seu lugar, por força de lei, esses dois diferentes direitos, que são adquiridos e exercitados de forma simultânea.

Finalmente, peço permissão aos leitores para dedicar este artigo aos meus queridos alunos da Faculdade de Direito da UFBA., Direito das Sucessões, Turma 01, dos semestres 2007.1 e 2007.2, com os quais aprendi e venho compreendendo, a cada dia, a grandeza do horizonte ao qual as suas indagações e reflexões nos podem conduzir.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Armando Dias de, *O fideicomisso no direito pátrio: doutrina, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- DINIZ, maria helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 6. *Direito das Sucessões*. 21ª edição, revista e atualizada de acordo com a Reforma do CPC. Editora Saraiva. São Paulo: 2007.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 1980.
- FERREIRA, Pinto. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 37, pp.169/183, Editora Saraiva, São Paulo:
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XXI, *Direito das Sucessões*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol II, 3ª edição, Rio de Janeiro Edit. Freitas Bastos, 1952,
- RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 574, São Paulo: 1991.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, Atualizado por Paulo Roberto Benasse, vol 3, Bookseller Editora e Distribuidora. Campinas, SP: 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, São Paulo: Forense, 1979

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil, Parte Especial. *Direito das Sucessões. Da sucessão Testamentária; do inventário e da partilha (arts. 1.857 a 2.027)*, vol. 21, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, Editora Saraiva, São Paulo: 2003.

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil. Vol 7, *Direito das Sucessões*. 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo: 2007.