

DOS

FIDEICOMMISSOS

NO

DIREITO CIVIL MODERNO

DOS

FIDEICOMMISSOS

NO

DIREITO CIVIL MODERNO

COMMENTARIO AOS ARTIGOS 1866 A 1874
DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POŔ

Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro

LICENCIADO EM DIREITO

COIMBRA

Imprensa da Universidade

1872

À MEMORIA

DE

MEUS PAES

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O

ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DOS
FIDEICOMMISSOS

NO
DIREITO CIVIL MODERNO

~~~~~  
COMMENTARIO AOS ARTIGOS 1866 A 1874  
DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POR  
**Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro**

LICENCIADO EM DIREITO

# INDICE

## INTRODUÇÃO HISTÓRICA À DOUTRINA DOS FIDEICOMMISSOS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Pag. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Summario.</b> — I Origem e caracteres dos primeiros fideicommissos.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |      |
| — II Estipulações fideicommissarias, anteriores ao Senatus-Consulto Trebelliano.— III Senatus-Consulto Trebelliano.— IV Senatus-Consulto Pegasiano.— V A Lei Falcidia não vigorou nos fideicommissos singulares, antes do Senatus-Consulto Pegasiano.— VI Modificações introduzidas pela legislação justineanêa nos fideicommissos singulares.— VII Disposições de Justiniano ácerca das heranças fideicommissarias.— VIII Phases por que passaram os fideicommissos entre nós..... | 11   |

## CAPITULO I

### NATUREZA E CARACTERES DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMMISSARIA

#### Commentario ao art. 1866.º do Código Civil

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Summario.</b> — I Acepção jurídica da palavra — <i>substituição</i> .— II Classificação das substituições, segundo Domat, Liz Teixeira, Coelho da Rocha e Corrêa Telles.— III Classificações perfilhadas pelas nossas Leis; opinião que seguimos.— IV Definição do fideicommisso, consoante as Ordenações e o Código Civil.— V Apreciação dos caracteres distinctivos, que o Código Civil assigna á substituição fideicommissaria..... | 53 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## CAPITULO II

### DOS FIDEICOMMISSOS PROHIBIDOS PELO CODIGO CIVIL

#### Commentario aos artt. 1867.º pr., 1871.º, 1872.º, e 1869.º do Código Civil

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Summario.</b> — I Proibição geral dos fideicommissos.— II Proibição especial das disposições, com interdição do direito de alienar,— III e do legado <i>de eo quod supererit</i> ,— IV e dos encargos periodicos, constituídos em prol de mais de uma pessoa, successivamente;— V excepção a esta ultima prohibição.— VI Effeitos geraes das prohibições, que affectam as deixas fideicommissarias ..... | 75 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## CAPITULO III

## DOS FIDEICOMMISSOS PERMITTIDOS PELO CODIGO CIVIL

## Commentario ao art. 1867.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Modificações introduzidas, pelo art. 1867.º do Código Civil, na jurisprudencia antiga.—II O Código Civil só permite fideicommisso, que tenha por fiduciario um filho, ou irmão do fideicommittente,—III por fideicommissarios os filhos do fiduciario,—IV con tanto que o sejam todos, sem distincção de sexo ou de idade, quer seja nascidos, quer nascituros,—V e que recáia sobre bens, de que o fideicommittente tenha a livre disposição; todos os outros fideicommissos são prohibidos.....

## CAPITULO IV

## DA CONSTITUIÇÃO DOS FIDEICOMMISSOS

## Desenvolvimento do art. 1867.º, n.ºs 1 e 2, e commentario aos artt. 1473.º e 1874.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Fideicommissos universaes e particulares,—I tacitos;—III testamentarios;—IV *per signa*;—V verbaes;—VI con vencionaes;—VII puros e condicionaes;—VIII reaes e pessoaes;—IX perfeitos e electivos;—X perpetuos e graduaes;—XI disposições transitorias, ácerca dos fideicommissos graduaes de preterito.....

## CAPITULO V

## DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS FIDUCIARIOS

## Commentario ao art. 1873.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Por Direito Romano, a propriedade dos fideicommissos pertencia ao fiduciario, *pendente conditione*.—II O mesmo principio avultou no antigo Direito Patrio.—III Disposições da legislação estrangeira, sobre este assumpto.—IV Segundo o Código Civil, o fiduciario é, em tudo, equiparado ao usufructuario.—V O direito do fiduciario á quarta trebellianica, acabou completamente.—VI Analogias e differenças, que existem entre a velha e a moderna jurisprudencia quanto aos direitos e obrigações do fiduciario.....

## CAPITULO VI

## DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO FIDEICOMMISSARIO

## Commentario ao art. 1868.º do Codigo Civil

**Summario.**—I O fideicommisso extingue-se, se os fideicommissarios morrem antes do testador.—II A propriedade plena radica-se logo no fideicommissario, se o fiduciario repudia a herança;—III o mesmo acontece, se o fiduciario fallece antes do testador: assim se converte

em vulgar a substituição fideicommissaria.—IV Por Direito Romano, o fideicommissio extinguiu-se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario.—V Identica idéa avultou outr'ora no fôro de Portugal.—VI A legislação estrangeira, sobre este assumpto, é pouco firme e philosophica.—VII O nosso Codigo Civil acabou completamente com a questão do *spes debitum iri*.—VIII Resolução das questões transitorias, relativas aos direitos do fideicommissario;—IX e das questões de prescripção dos mesmos direitos.—X O fiduciario e o fideicommissario podem contractar livremente sobre os bens fideicommittidos..... 183

## CAPITULO VII

ANOMALIAS NOTAVES, PROVENIENTES DA DIFFERENÇA, PURAMENTE LEGAL, QUE HOJE EXISTE ENTRE O FIDEICOMMISSO E O LEGADO DE USUFRUCTO

### Commentario critico ao art. 1870.º do Codigo Civil

**Summario.** — I Existirão diferenças *substanciaes*, consagradas pelo Codigo Civil, entre o fideicommissio e o legado de usufructo? prolegomenos.—II A antiga Jurisprudencia Patria, e a moderna da França, firmaram, em geral, diferenças precisas e salientes.—III Ao revez d'isto, a distincção, estabelecida no art. 1870.º do Codigo Civil, é puramente legal, e nunca *substancial*; refutação do parecer, emitido pelo *Direito*, 1.º anno, n.º 43.—IV Consequencias, que d'aqui derivam: o Codigo *permitt*e e *prohibe* as substituições de usufructo, *especialmente as temporarias*; notavel desharmonia, que se dá entre os artt. 1872.º e 2244.º (as censuras, feitas pelo sr. Alexandre de Seabra, ao art. 1871.º, n.º 1 e 2, foram, todavia, exaggeradas).—V O Codigo *permitt*e e *prohibe* as substituições de usufructo, em varios graus (são, porém, immerecidas, algumas das incriminações, dirigidas pelo sr. Alberto Moraes de Carvalho, aos artt. 2199.º e 2250.º).—VI Contestação do alvitre, proposto pelo sr. Silva Ferrão, acerca da combinação dos artt. 1867.º e 1870.º com os artt. 2199.º e 2250.º.—VII Tambem não perfilhamos a intelligencia, que lhes dá a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 165.—VIII E, pela mesma forma, rejeitamos a doutrina, ventilada no *Direito*, 1.º anno, n.º 27.—IX As palavras do testador não obstem, antes favorecem a arbitrariedade dos tribunaes,— breve exposição das difficuldades, com que os nossos antigos jurisconsultos se viram a braços, para distinguir practicamente os fideicommissos dos legados de usufructo.—X Hoje, a arbitrariedade sobe de ponto, pois que a intenção do testador é cousa accessoria, sendo que tal intenção é nulla ou valida, consoante se exprime ou não por palavras, que se julgue traduzirem a *clausula de conservar e transmittir por morte*..... 211

## CAPITULO VIII

BASES EM QUE DEVE ASSENTAR A REFORMA DA LEGISLAÇÃO FIDEICOMMISSARIA

As substituições fideicommissarias devem ser eliminadas da nossa legislação, conservando-se apenas o legado de usufructo, em proveito de uma ou mais pessoas, simultaneamente.

**Summario.** — I Sustentamos, em these, a liberdade de testar.—II Mas a Moral e a Jurisprudencia exigem que o exercicio d'esta liber-

dade nem sempre seja absoluto e pleno. — III Mas a Philosophia Juridica reprova as substituições, em mais de um grau, como abusivas consequencias da liberdade de testar. — IV Não menos as condemna o espirito de familia, — V e as legitimas conveniencias da agricultura, — VI e os incontestaveis interesses do commercio. — VII Da illimitada liberdade de testar, na Inglaterra e nos Estados Unidos. — VIII Os legisladores francezes, e o sr. Visconde de Seabra, comprehenderam os inconvenientes das substituições indefinidas. — IX Mas os legisladores francezes incorreram no grave erro de legitimarem as substituições de propriedade, em primeiro grau; peccaram contra a logica, peccaram contra os dictames da Philosophia do Direito, que foi sempre adversa ao dominio resoluvél; — por isso rejeitamos as substituições de propriedade, em primeiro grau. — X Defendemos, porém, como unicas substituições fideicommissarias, que se possam admittir, os legados de usufructo, em favor de uma ou mais pessoas, simultaneamente. . . . . 2

### CONCLUSÃO

PROJECTO DA REFORMA . . . . . 2

*N. B.* Quem pretender esta obra, pode dirigir-se ao sr. Manuel d'Almeida Cabral, em Coimbra, rua da Calçada, n.<sup>os</sup> 100 a 104, enviando a quantia de 760 réis por cada exemplar, em vale do correio, afim de lhe ser remetido franco de porte.

«Lorsque l'idée de propriété aura été mieux analysée et mieux comprise, la corrélation de cette idée avec celle de la liberté éclatera au grand jour, et il deviendra manifeste que toute atteinte à la liberté de la propriété est en même temps une atteinte à la liberté de la personne.»

EMILE ACCOLAS — *Manuel de Droit Civil*,  
tom. 2, pag. 617, nota 1.

## ARGUMENTO

**As substituições fideicommissarias devem ser eliminadas da nossa legislação, conservando-se apenas o legado de usufructo em proveito de uma ou mais pessoas simultaneamente.**

# INTRODUÇÃO HISTÓRICA

## À DOCTRINA

DOS

## FIDEICOMMISSOS

«Je veux parler du fideicommiss, institution équitabile, qui dénaturée par les coutumes du •moyen-âge toutes fondées sur le privilège et par •les passions aristocratiques des familles patri- •ciennes et de la haute bourgeoisie, avait fini •par donner naissance à cette jurisprudence fidei- •commissaire si compliquée, si subtile, si bi- •zarre, qui obscurcissait et défigurait le droit •commun d'un grand nombre de pays.»

Rossi — *Cours d'Economie Politique*,  
cinquième leçon, pag. 153.

**Summario.** — I Origem e caracteres dos primeiros fideicommissos. — II Estipulações fideicommissarias, anteriores ao Senatus-Consulto Trebelliano. — III Senatus-Consulto Trebelliano. — IV Senatus-Consulto Pegasiano. — V A Lei Falcidia não vigorou nos fideicommissos singulares, antes do Senatus-Consulto Pegasiano. — VI Modificações introduzidas pela legislação justineanêa nos fideicommissos singulares. — VII Disposições de Justiniano ácerca das heranças fideicommissarias. — VIII Phases por que passaram os fideicommissos entre nós.

I A doutrina dos fideicommissos filia-se no Direito Romano. Roma, que começara por offerecer direitos de cidadão aos foragidos que n'ella se abrigavam, cresceu em zelos pelas realias que prodigalisara, á medida que os seus limites se distendiam, que as suas instituições se firmavam, que a sua po-

litica predominava sobre a dos restantes povos, que os seus feitos d'armas se inscreviam com celebridade nos fastos da historia.

Fôra obscura na origem, mas a propria commixtão de raças, importando-lhe elementos caracteristicos de civilizaçõs diversas, lhe communicou a energia e o orgulho indomavel que no correr dos seculos a engrandeceram. E d'aqui nasce o respeito subido e sempre crescente que os nativos como estrangeiros, os vencedores como os vencidos, tributaram *Jus Civium Romanorum*.

N'este direito, ou, antes, complexo de direitos, se comprehendia o *Jus Quiritarium*, que, a seu turno, continha o *Jus Testamenti*.

Facil é, pois, concluir que a *Testamenti-factio* não era um attributo extremamente vulgar dos que pisavam o solo romano; e, ainda depois do Imperio as Leis Cornelia *de sicariis* e *de falsis*, Aelia Sentia, Julia e Pappia Poppêa, e outras cuja enumeração fôra prolixa, continuaram a cercear aquella faculdade, aliás de tamanho alcance.

Accrescente-se a isto que os legados, como as heranças *ex testamento*, careciam, para sua validade, de serem feitas mediante os preceitos e as solemnidades rituaes prescriptas por lei; que, pois, era mister que se dessem cumulativamente a *testamenti-factio* activa, e a passiva — e sem esse se poderá concluir que, em não poucos casos, as disposições de ultima vontade não passariam de intimos desejos do testador, não chegando a traduzir-se, ou, quando formalizadas, seriam inuteis e estereis, por motivos de incapacidade dos beneficiados.

Mas a experiencia de todos os tempos tem sobejamente mostrado que sempre que a lei coarcta, alem dos verdadeiros limites, o exercicio de um direito, tão consentaneo com a indole do espirito humano, qual o de testar, pullulam por todos os lados, embora escondidos na sombra, os meios de a postergar.

Foi o que aconteceu em Roma. Do desejo, bastas vezes repetido, de fazer chegar uma herança ás mãos de uma pessoa, legalmente inhabil para succeder, nasceu o *fideicommisso*.

O testador, não podendo dispor abertamente em favor do incapaz, instituia legitimamente um herdeiro, commettendo á sua lealdade (*fidei-committens*) o encargo de transmittir áquelle os bens, que lhe designava quasi em sigillo. Este pacto tacito e puramente de fé, este expediente subtil, precipuamente destinado a contrariar os preceitos legaes, mereceu o nome de *fideicommisso*.

Pedia-se, rogava-se por favor e a furto, o que não era licito ordenar de plano e a descoberto; e assim se illudia a vigilancia legal.

Tal é a feição caracteristica dos primeiros fideicommissos.

E todavia, embora cavilloso como meio, o fideicommisso nascia, por vezes, de causas tão extremadamente justas e relevantes, que, medrando na estima do povo romano, grangeou por fim o assentimento dos defensores mais acrysolados dos rigores do Direito Quiritario.

É assim que, já pelos ultimos tempos da republica, se levava a mal que o fiduciario, abusando da confiança que n'elle depositara o testador, se recusasse a transmittir ao inhabil os bens fideicommittidos.

Cicero exprobra a Sextilio o haver-se enriquecido com a herança, que tão só lhe fôra confiada para a devolver a filha.

Valerio Maximo lança em rosto a Cornelia o não restituir um fideicommisso a Pompeu, ausente de Roma, porque Roma o proscrevêra <sup>1</sup>.

Aos proprios pretores desagradava a inobservancia das prescripções fideicommissarias, embora filiada na severidade das leis.

Foi então que: — *«divus Augustus semel iterumque, et aetia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, auctoritate consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, aequum videbatur et populare erat paulatim conversurum in assiduam jurisdictionem»* <sup>2</sup>.

Logo ao alvorecer do Imperio creou, pois, o fideicommissario as raizes na legislação romana; e ao passo que esta progredia mais e mais solidas se tornavam aquellas.

Crearam-se pretores para o exclusivo fim de manterem e integralmente as deixas fideicommissarias <sup>3</sup>.

Nas Provincias pertencia esta attribuição aos Praesides

<sup>1</sup> Vide Pereira e Sousa — *Esboço de um Diccionario Juridico*, v. *fideicommisso*.

<sup>2</sup> Inst. § 1.º de *fideicommissariis hereditatibus*.

<sup>3</sup> A este respeito, diz Heineccio — *Elementa Juris sec. ord. Instituti (Opera Omnia, tom. 5)* pag. 178 § 662: — «duos praetores fideicommissarios constituit Claudius, quamvis Titus unum iterum detraxerit.»

<sup>4</sup> O Imperio trouxera a distincção entre *Provinciae Populi* e *Provinciae Caesaris*. As primeiras eram governadas pelos *Consules* e *Praetores*, e as segundas pelos *legati Caesaris*, á excepção porem do Egypto, cujo governo

De então por diante, o fideicommisso foi havido como um meio legal de effectuar uma disposição *causa mortis*<sup>1</sup>. Escriptores de nomeada o têm mesmo considerado tão legitimo, em face do Direito Natural, como qualquer doação *inter vivos*<sup>2</sup>.

II Assentados estes principios, vejamos como se realisava a transmissão da herança para o dominio do fideicommissario.

De todos é publico que a instituição de herdeiro idoneo era uma condição primordial da validade do testamento romano. Segundo a natureza, que attribuímos ao fideicommisso, fica, pois, evidente que o fiduciario era, aos olhos da lei, o *legitimo herdeiro*; mas, como os bens eram devolvidos ao fideicommissario, não menos palpavel se torna, tambem, que era este o *verdadeiro herdeiro*.

O direito pretoriano, vindo em auxilio dos fideicommissos,

tava confiado a um magistrado especial, denominado *Præfectus Augustalis*. A todos estes Governadores de Provincia cabia, porem, o nome de *Præses*. É explicita, sobre este ponto, a *L. 1, D., de officio præsidis*, quando diz: «*Praesidis nomen generale est: eoque et proconsules, et legati Caesaris, et omnes provincias regentes, licet senatores sint, praesides appellantur.*» Demais, podem consultar-se sobre isto: —Coelho da Rocha —*Historia do Direito Patrio*, pag. 8, 10 e not. resp.; e Ortolan —*Histoire de la Législation Romaine*, pag. 258 e 259.

<sup>1</sup> É por isso que Voet — *Compendium Juris*, pag. 390, n.º 1 — diz: «*Hereditas vel directo relinquitur, vel per fideicommissum.*»

<sup>2</sup> Strykio — *Tractatus de Successionibus ab intestato*, Dissert. 7, cap. 1, § 1 — claramente defende tal parecer, nos seguintes termos: «*Fideicommissorum originem non aliunde, quam ex ipso Gentium Jure accersimus. Quemadmodum enim, æquitate naturali adstipulante, successores rerum nostrarum in casum mortis decernimus, pari, si non majori, licentia, qua dominia eorum per negotia inter vivos in alios transferimus.*»

consagrou uma pura ficção, admitindo duas pessoas diversa a completarem uma só entidade jurídica: o herdeiro.

Assim, o fiduciario, como herdeiro legal, tinha a seu cargo o pagamento das dividas e a cobrança dos creditos hereditarios; forçoso era, todavia, que dividas e creditos revertessen sobre o fideicommissario, possuidor real da herança.

Como lograr este intento? A jurisprudencia romana, tão profundamente affeita, como então o era, á cultura dos symbolos e das ficções<sup>1</sup>, não hesitou perante esta difficuldade; dirimiu-a, soccorrendo-se a uma venda ficticia.

Simulava-se entre o fiduciario e o fideicommissario um contracto de compra e venda de herança; servia de symbolo a este contracto uma moeda denominada *nummum*<sup>2</sup>.

Mas, como, em geral, é licito aos pactuantes o revestirem seus contractos das condições em que se accordarem, por isso na compra e venda, de que nos occupamos, se convencionava o seguinte: o fiduciario obrigava-se para com o fideicommissario a entregar-lhe a herança, a cobrar-lhe as dividas activas, que estivessem em aberto, e a pugnar em juizo pelos seus interesses, tanto nas acções rei-persecu-

<sup>1</sup> Roma muito a custo se emancipou d'este prurido. Só mais tarde é que: «plaçant sa religion principalement dans le droit..., elle accomplissait, avec une gravité pontificale, l'immolation progressive des symboles. De symbole en formule, de formule en langage vulgaire, elle amenait le droit à la clarté, à l'équité.» Michelet — *Origines du Droit Français cherchées dans les Symboles et Formules du Droit Universel*, tom. 1, Introdução, pag. 104.

<sup>2</sup> «Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno cum hereditatem dicis causa venire.» Gaio — *Institutiones*, Com. 2, § 252.

torias, como nas defensivas; por outro lado, o fideicommissario obrigava-se para com o fiduciario a indemnisar-lhe as perdas e damnos, provenientes do seu encargo legal de herdeiro.

Estas convenções tinham o nome de *emptae et venditae hereditatis stipulationes*.

Ortolan <sup>1</sup> affirma que foram estas as unicas estipulações que então existiram, em relação aos fideicommissos; e que as *stipulationes partis et pro parte* só mais tarde é que foram introduzidas pelo SC.<sup>10</sup> Pegasiano, o qual collocou o fideicommissario *loco legatarii*.

Pedro Gomez de la Serna <sup>2</sup> egualmente assevera que por estes tempos: «el fideicomisario no se reputaba como sucesor universal del difunto, sino como un adquirente singular por titulo de compra, à quien se transferia la propiedad por la tradicion que se le hacia de lo que se le habia vendido.»

Identico parecer formúla Du-Caurroy <sup>3</sup>, alem de varios outros romanistas, que mais adiante teremos occasião de citar.

De encontro a isto sustentam, porém, illustrados escriptores que, mesmo anteriormente ao SC.<sup>10</sup> Trebelliano, tiveram logar, quanto ao assumpto que nos occupa, as *stipulationes partis et pro parte*.

Vejamos, de primeiro, em que consistiam estas estipulações. Define-as Ulpiano como sendo rigorosamente um con-

<sup>1</sup> *Explication Historique des Institutes*, tom. 2, liv. 2.<sup>o</sup>, tit. 23.<sup>o</sup>, pag. 632, nota 2.

<sup>2</sup> *Curso de Derecho Romano comparado con el Español*, pag. 590.

<sup>3</sup> *Institutions de Droit Justinien*, pag. 240, § 792.

venio, pelo qual o herdeiro e o legatario combinavam repartir entre si as perdas e lucros hereditarios, na proporção das quotas partes a que tinham direito <sup>1</sup>.

Mackeldey <sup>2</sup> procura afeiçãoar estas estipulações á indole dos fideicommissos, anteriores ao SC.<sup>10</sup> Trebelliano. Ponderando que o fideicommissario, com direito a uma quota parte da successão, ficava em circumstancias analogas ás do legatario parciario, ensina que as *stipulationes partis et pro parte* se verificavam tambem entre elle e o herdeiro directo, até á promulgação do SC.<sup>10</sup> Trebelliano, o qual, collocando o fideicommissario *loco heredis*, tornou inuteis semelhantes estipulações. Em abono d'esta sua doutrina cita Mackeldey os seguintes textos: Ulpiano, XXV, 14, 16 — Gajus, II, 251, 259 — Inst. II, 23 — Dig., XXXVI — Cod., VI, 49.

Etienne <sup>3</sup> é tambem expresso a este respeito. Admitte a existencia das *emptae et venditae hereditatis stipulationes* quando o fideicommissio abrangia a herança inteira, e as *stipulationes partis et pro parte* quando o direito do fideicommissario se limitava a uma parte d'ella. Isto antes do SC.<sup>10</sup> Trebelliano. Esta proposição fundamenta Etienne com a auctoridade de Gajus II, 252 e III, 83.

Warnkœnig <sup>4</sup> vai até mais longe, escrevendo: «*Antiquo*

1 ULPIANO — *Fragmenta Libri Singularis Regularum*, tit. 25.º, § 15.º: «Partis autem et pro parte stipulationes proprie dicuntur, quae de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium, id est, cum quo partitus est heres.»

2 *Institutes du Droit Romain*, part. spec., sec. 4, cap. 3.º, § 751.

3 *Institutes de Justinien*, liv. 2.º, tit. 23.º

4 *Institutiones Juris Romani Privati*, pag. 274, § 730.

«*jure talis fideicommissarius heredis loco non erat, sed post restitutionem hereditatis ut legatarius partiaris habebatur.*»

É, porém, convencimento nosso que nunca as *stipulationes partis et pro parte* tiveram logar nos fideicommissos anteriores ao SC.<sup>1o</sup> Pegasiano. Temos a peito comprovar esta asserção com os próprios argumentos, em contrario adduzidos <sup>1</sup>.

Ulpiano, *loc. cit.* § 14, figura duas hypotheses: 1.<sup>a</sup> a de não intervir a Lei Falcidia <sup>2</sup> na restituição da herança, e neste caso diz Ulpiano que o herdeiro «*ex trebelliano senatusconsulto restituit;*» 2.<sup>a</sup> a de se applicar a Lei Falcidia, e então: «*ex pegasiano senatusconsulto restituit.*» O § 14 é, pois, inteiramente alheio ao nosso assumpto. O § 15 estabelece, verdade é, as estipulações *partis et pro parte*, mas só, e exclusivamente, quando «*ex pegasiano senatusconsulto restituta hereditate.*» O § 16 occupa-se apenas do caso em que o herdeiro recusava adir a herança, temendo que ella lhe fosse prejudicial. Em conclusão, pois: os §§ 14 e 16 são inteiramente alheios ao ponto que discutimos; o § 15 evidencia a verdade da asserção que assentámos.

Gaio, *loc. cit.*, § 251, diz: «*Restituta autem hereditate is qui restituit nihilominus heres manet; is vero qui recipit he-*

<sup>1</sup> Taes são: Ulpiano — *Fragmenta Libri Singularis Regularum*, tit. 25.<sup>o</sup>, §§ 14 a 16; Gajus — *Institutiones*, Com. 2, §§ 251 a 259, e Com. 3, § 83; Inst. § 3 *de hered. fideic.*; Digesto liv. 36; e Cod. liv. 6, tit. 49.<sup>o</sup>

<sup>2</sup> Esta Lei permittia ao herdeiro o chamar a si a quarta parte da herança, como indemnisação dos encargos fideicommissarios.

«reditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. Mas Gaio, para demonstrar que **estas expressões** se referiam tão sómente aos fideicommissos posteriores aos SC.<sup>tos</sup> Trebelliano e Pegasiano, *acrescenta* logo, no § 252: «Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris.» Qu prova mais concludente poderíamos nós invocar da veracidade da opinião que professamos?

Gaio frisa, quanto possível, a idéa de que o fideicommissario, ou fosse universal ou não, era puramente *in emptor*.

A citação que Mackeldey faz do Digesto, no liv. 36, é sobre modo vaga: este liv. contém 4 títulos, de entre cujos numerosissimos preceitos mui difficil fóra o discriminar aquelle em que Mackeldey se estriba, a fim de avaliar a sua força.

No Código, liv. 6.º, tit. 49.º, *ad SC.<sup>um</sup> Trebellianum*, não encontrámos proposição alguma, que, de leve sequer, podess firmar um alvitre sobre a controversia proposta.

Resta-nos o § 3.º, Inst., *de hered. fideicom.* São palavra d'este §: «Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.»

Advirtamos, desde já, que as Institutas, embora sejam perfeitamente idoneas para decidir, com sua auctoridade de lei, questões concernentes ao Direito Justinianêo, não podem, todavia, revestir-se da mesma força em questões de historia, porque jámais consegue uma lei alterar a natureza de factos que lhe são anteriores, ou assignar-lhes caracteres que os não distinguiram.

Posto isto, busquemos interpretar, em boa fé, o citado texto

das Institutas. Blondeau <sup>1</sup> faz d'elle a seguinte traducção :  
 «Malgré la restitution de l'hérédité, l'institué n'en reste pas  
 «moins héritier. Quant à celui à qui elle a été restituée, il  
 «était assimilé *autrefois* tantôt à un héritier, tantôt à un lé-  
 «gataire.»

Blondeau, mediante o termo *autrefois*, deixa perceber que o citado § 3.º das Institutas respeitava aos antigos fideicommissos.

Se julgássemos ao de leve, deixando-nos levar pelo que aparentemente se offerece como verdadeiro, dariamos razão a Blondeau. Effectivamente, a Inst., tit. 23.º *de fid. hered.*, historiando, nos §§ 1.º a 7.º, as phases por que atravessaram os fideicommissos, só no § 4.º se occupa do SC.º Trebeliano; d'onde parece poder logicamente concluir-se que a doutrina do § 3.º é, em verdade, relativa aos fideicommissos anteriores a este SC.º

Sendo assim, inconveniente algum haveria em se acceitar com Mackeldey, Etienne e Warnkœnig, a opinião de que o fideicommissario parciario, por isso que estava *loco legatarii*, entrava com o herdeiro em estipulações *partis et pro parte*.

Quem mais accuradamente reflectir sobre este assumpto, convencer-se-ha de quão leviano fôra semelhante juizo.

Confrontando-se o § 2.º e seg. das cit. Inst. com o § 248.º e seg. do Comm. 2.º de Gaio, vê-se que aquella lei Justinianêa copiou numerosos textos da obra d'este juriconsulto. Entre estes apparece o citado § 3.º das Inst., quasi litteralmente transcripto do § 252.º do Comm. 2.º de Gaio: este é irrecusavelmente a fonte d'aquelle.

<sup>1</sup> *Institutes de l'Empereur Justinien, traduites en Français*, pag. 173.

As Inst., no § 3.º, apresentam uma asserção puramente historica, que, por ambiguidade de formula, dá margem á duvida. Como esclarecel-a, como interpretal-a? evidentemente, pelos elementos d'onde emanou. Ora, se estes se resumem nos Commentarios de Gaio, claro fica, em face do que já expoze-mos, que o cit. § 3.º das Inst. não pode referir-se aos tempos que precederam o SC.º Trebelliano, muito embora as appa-rencias pareçam indicar o contrario.

Demais, é este o voto dos grandes tractadistas de Direito Romano.

Theophilo <sup>1</sup>, explicando o cit. § 3.º das Inst., ensina que, nos primeiros tempos, o fideicommissario foi considerado como *emptor hereditatis*, e só mais tarde, umas vezes como herdeiro, outras como legatario.

Eduardo Otton <sup>2</sup>, commentando tambem o mesmo §, escreve: «Qui autem eam (hereditatem) recipiebat, antiquis-simis quidem temporibus emptoris vicem obtinebat, post illa «vero interdum heredis, interdum legatarii...»

Vinnio <sup>3</sup>, precisando o valor dos termos *aliquando heredis*, *aliquando legatarii*, diz que: «Loco heredis habebatur, si re-stituta esset hereditas ex *Senatusconsulto Trebelliano*, loco legatarii, si ex *Pegasiano restitutio fieret.*»

Finalmente, Accursio <sup>4</sup> glosa pela seguinte forma o cit. § 3.º: — «1.º *aliquando*. i secundum vnum ius: vt per Treb. «vt statim dicet, nam omnia transibant.—2.º *aliquando*. i se-

<sup>1</sup> *Paraphrase des Institutes* (traduzida por Frégier).

<sup>2</sup> *Ad Justiniani Institutionum* lib. 4, pag. 290.

<sup>3</sup> *Inst. Imp. Comment.* ad lib. 2.º, tit. 28.º, § 3.º

<sup>4</sup> *Institutionum* lib. 4, *Glossis illustrati*, pag. 356.

«*secundum aliud ius non erat locò heredis, sed legatarij, vt per Pegasiano: secundum quod retinet institutus quartam.*»

Entendido, pois, o citado § 3.º das Inst. nos seus devidos termos, claro se torna que o fideicommissario só depois do SC.<sup>1º</sup> Pegasiano é que foi equiparado ao legatario, e que só então se poderiam realisar as estipulações *partis et pro parte*.

Fundamentada a opinião que formulámos, avancemos mais um passo neste ligeiro esboço historico dos fideicommissos.

III Imperava Nero em Roma, quando se promulgou o SC.<sup>1º</sup> Trebelliano, que recebeu esta denominação de Trebellio Maximo, participe com Annæo Seneca no consulado.

Este SC.<sup>1º</sup>, ponderando a injustiça de sujeitar o fiduciario ás vicissitudes e alternativas dos pleitos judiciaes, que se movessem sobre os bens commettidos á sua boa fé, prescrevia:—«*placet ut actiones, quæ in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidae suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent; sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*<sup>1</sup>»

Das palavras d'este SC.<sup>1º</sup>, que adréde sublinhámos, parece dever-se concluir que nem o fiduciario podia ser judicialmente accionado pelos credores da herança, nem tinha direito algum de perseguir em juizo os devedores; d'onde claramente lhe resultaria o perder, pela restituição da herança, a qualidade legal de herdeiro.

<sup>1</sup> Este Senatusconsulto vem transcripto na l. 1.ª, § 2.º, D., *ad Senat. Treb.*

De encontro a isto diz, porém, Vinnio <sup>1</sup>: *Regula est juris antiqui, QUI SEMEL HERES EXSTITIT, NON POTEST DESINERE HERES ESSE.* Isto mesmo confirma Gaio no Comm. 2.º, § 251.º

Nem outra coisa podéra ser. Como bem o observa Etienne <sup>2</sup>, o *universum jus* do fallecido arreigava-se na pessoa do herdeiro *necessario* ou *ab intestato*, desde o fallecimento d'aquelle; e na pessoa do herdeiro *externo* ou *voluntario*, a contar da adição da herança. O herdeiro não podia alienar este *jus* nem pela *mancipatio*, nem pela *in jure cessio*; não pela *mancipatio*, pois que a herança, sendo coisa incorporea, jámais seria *mancipi*; não pela *in jure cessio*, porque — ou esta especie de alienação se verificava anteriormente á adição hereditaria, e então o herdeiro, não tendo ainda percebido o direito sobre a herança, debalde cederia o que ainda lhe era estranho, — ou posteriormente á adição, e então apenas poderia ceder os objectos corporeos, em cuja propriedade houvesse succedido, mas não a qualidade de herdeiro. D'ahi a maxima: *qui semel heres, semper heres.*

Como harmonisar, porém, a disposição do SC.<sup>o</sup> Trebeliano com o rigor juridico de semelhante maxima?

O Direito Romano, fertil em expedientes, prodigo de subtilidades, perfilhou o seguinte alvitre: o herdeiro instituido conservava esta qualidade, ainda depois da restituição da herança <sup>3</sup>; sendo assim, os credores da herança podiam intentar contra elle acções *directas*, bem como os devedores podiam

<sup>1</sup> Cit. *Inst. Imp. Comment.* ad lib. 2.º, tit. 22.º, § 3.º

<sup>2</sup> *Institutes de Justinien*, liv. 2.º, tit. 23.º

<sup>3</sup> «*Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet*» cit. § 3.º *Inst. de fid. hered.*

ser por elle *directamente* accionados; mas contra aquelles se oppõe, e a estes aproveita a *restitutae hereditatis exceptio* <sup>1</sup>. Finalmente, pelo fideicommissario, e contra o fideicommissario, devem ser intentadas as acções *uteis* <sup>2</sup>.

Uma subtil distincção entre acções *directas* e acções *uteis* veio harmonisar os dois preceitos dissidentes; não é, pois, sem razão que Michelet exclama: *Rome est l'artiste du Droit* <sup>3</sup>.

Em puridade diremos, todavia, que os jurisconsultos imparciaes têm sempre exprobrado á jurisprudencia romana o sophistico expediente de que se valeu <sup>4</sup>.

De resto, é bem de ver que o SC.<sup>to</sup> Trebelliano, declinando, do herdeiro instituido para o fideicommissario a competencia

<sup>1</sup> «Qui ex Trebelliano senatusconsulto hereditatem restituet, sive petat a «debitoribus hereditatis, sive ab eo petatur: exceptione restitutae hereditatis «adjuvari vel summoveri potest.» L. 2.<sup>o</sup>, § 7.<sup>o</sup> D. *ad Sctum Treb.*

<sup>2</sup> «Post quod senatusconsultum prætor *utiles* actiones ei et in eum qui «recipit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.» § 4 fin. *Inst. de fid. hered.*

<sup>3</sup> Origines du Droit Français, cherchées dans les symboles et formules du Droit Universel, Introd. pag. 74.

<sup>4</sup> Permitta-se-nos individuar entre todos Mello Freire — *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 7.<sup>o</sup>, § 20, not., — que sem rebuço fórmula, nos seguintes termos, o seu voto de censura: «Quod si jure Romano fiduciarius nec «agere utiliter, nec conveniri potest, eique, et in eum competit exceptio «restitutae hereditatis, cui bono jus Romanum ei, et in eum concedit actio- «nes directas, quae, eodem jure inspecto, effectu omnino destituuntur? Et «quid est quod dicamus heredem eum adhuc esse, si jus nullum hereditarium «apud eum manet, illudque totum *active*, et *passive*, ut loquuntur, in fidei- «commissarium fuit translatum? Vana igitur est, ne dicam derisoria, distinctio «inter actiones directas et utiles.»

das acções uteis, inutilisou as *emptae et venditae hereditatis stipulationes*.

IV O SC.<sup>o</sup> Trebelliano não attingiu, comtudo, o fim a que mirava, qual o de revalidar a execução das deixas fideicommissarias. Gaio <sup>1</sup> observa que os herdeiros fiduciarios, instituidos em testamento, e encarregados de restituir a herança no todo ou na maxima parte, se recusavam em geral a adil-a, pelo pouco ou nenhum beneficio que d'ahi percebiam; e tanto bastava para esterilisar disposições de ultima vontade, com manifesto prejuizo dos fideicommissarios.

Em virtude d'isto, durante o Imperio de Vespasiano se publicou um novo SC.<sup>o</sup>, por nome *Pegasiano*, que, permitindo ao fiduciario o reter a quarta parte dos bens hereditarios, estendeu aos fideicommissos a concessão, já anteriormente estatuída, em relação aos legados, pela Lei Falcidia.

Detenhamo-nos um pouco sobre este ponto. O legado, entre os Romanos, podia ser definido *in specie*, ou assignado em certa proporção, ou mesmo não expressamente delimitado: n'este ultimo caso a lei mandava dividir a herança pelo herdeiro e pelo legatario, em partes eguaes.

Ora, tanto o legado -proporcional, como o indeterminado, tomavam o nome de *partitio* <sup>2</sup>; d'ahi a designação especial de *legatario parciario*.

<sup>1</sup> Cit. Comment. 2.<sup>o</sup> § 254.

<sup>2</sup> É expresso, n'este particular, Ulpiano—*cit. Frag. libri Regularum Singularis*, tit. 24.<sup>o</sup>, § 25.<sup>o</sup>; ibi:—«Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest... quo casu dimidia pars honorum legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta, legari: quae species partitio appellatur.»

Por outro lado, as Leis das XII Tabuas, sancionando a amplissima liberdade de testar, davam azo a que o testador, instituindo um herdeiro apenas *pro forma*, distribuisse, com-tudo, o seu patrimonio em legados.

Para obviar a estes inconvenientes, se promulgou a Lei Furia, a qual resolveu que a ninguem fosse permittido o receber, a titulo de legado ou disposição *causa mortis*, mais do que mil asses.

A Lei Furia não logrou, porém, o seu intento, porquanto, a não fixar o numero dos legatarios, que ao testador era licito nomear, jámais poderia impedir que as heranças se exhaurissem em legados.

Veio em seguida a Lei Voconia, que prohibiu que o quinhão do legatario excedesse o dos herdeiros. A Lei Voconia não foi, todavia, mais feliz do que a Lei Furia: bastava que o testador instituisse muitos legatarios, para a parte hereditaria ser tão escassa, que mal compensasse o herdeiro do incommodo de adir a herança <sup>1</sup>.

A impotencia das Leis Furia e Voconia, em reprimir os abusos testamentarios, era evidente. Baixou-se, pois, uma nova lei, a Lei Falcidia,—«*qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum honorum; id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum, eosve, pars quarta remaneret.*» pr. Inst., *de lege falcidia*.

A Lei Falcidia veio, pois, augmentar, mediante esta retenção da quarta, o numero dos legatarios parciarios. Entre estes

<sup>1</sup> Pode consultar-se, ácerca d'estes dados historicos—Gaio, *cit. Comm.* 2.º, § 224.º a 226.º

legatarios e os herdeiros intervinham, como em outro logar dissemos, as estipulações *partis et pro parte*.

Foi esta Lei Falcidia que o SC.<sup>10</sup> Pegasiano veio applicar aos fideicommissos, collocando o fideicommissario *loco legatarii partiarum*.

Otton <sup>1</sup>, commentando este SC.<sup>10</sup>, diz:— «Post hoc autem decretum, heres solus subiacebat oneribus hereditatis, non vero fideicommissarius. Sed *deinde* <sup>2</sup> placuit fideicommissarium vicem obtinere legatarii partiarum, id est partem dimidiam accipientis <sup>3</sup>.»

Effectivamente, do SC.<sup>10</sup> Pegasiano resultou a interveniencia de estipulações *partis et pro parte* entre o herdeiro e o fideicommissario <sup>4</sup>.

Vejamós, porém, quem era o competente para as acções hereditarias, tanto activas como passivas: o fideicommissario ou o herdeiro?

<sup>1</sup> *Ad Justiniani Institutionum libros 4*, pag. 291.

<sup>2</sup> Parece concluir-se d'esta palavra que, segundo Otton, as estipulações *partis et pro parte* não se verificaram logo após o SC.<sup>10</sup> Pegasiano, mas só posteriormente. Entendemos, todavia, que a palavra *deinde* tem aqui a significação de *alem d'isso, por outro lado, etc.*

<sup>3</sup> Otton, desenvolvendo depois o seu pensamento, mostra que com as palavras —«*id est partem dimidiam accipientis*»— não quiz exprimir que o herdeiro ficasse com metade da herança e o fideicommissario com outra metade, como aconteceria no legado parciario, mas sim que, a exemplo d'este legado, se dava, entre o herdeiro e o fideicommissario, uma divisão de dividas activas e passivas, proporcional á parte de cada um.

<sup>4</sup> Ulpiano—*oper. cit.*, tit. 25.º, § 15.º— explica-as pela seguinte forma: «Ex Pegasiano senatusconsulto restituta hereditate, commoda et incommoda hereditatis communicantur inter heredem et eum cui reliquae partes restitutae sunt, interpositis stipulationibus *ad exemplum partis et pro parte stipulationum.*»

Paulo<sup>1</sup> assevera que: «Inter heredem et fideicommissarium, cui ex Pegasiano hereditas restituitur, partis et pro parte stipulatio interponitur: *ut heredi instituto pro quarta actiones, pro ceteris vero portionibus fideicommissario competant.*»

E pois, segundo Paulo, tanto o herdeiro como o fideicommissario era competente para as acções correlativas á sua quota hereditaria<sup>4</sup>.

Contra esta doutrina se alevantam, comtudo, as palavras de Otton: «*heres solus subjacebat oneribus hereditatis, non vero fideicommissarius,*» pois que o perseguir os credores em juizo, e o repellir as exigencias dos devedores, são puros encargos hereditarios?

Qual das proposições será, pois, verdadeira? a de Paulo, ou a de Otton?

Afeiçoamo-nos ao parecer de Otton, como sendo o mais geralmente seguido. O § 5.º Inst. *de fid. hered.* diz explicitamente: «Post quod Senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat.»

E, já antes da Inst. fôra o mesmo sustentado por Gaio<sup>2</sup> Ulpiano<sup>3</sup> é sobre todos bem frisante, quando ensina: «*ut deducta parte quarta, ipsi qui scriptus est heres, et in ipsum actiones conserventur.*»

Demais, esta opinião inteiramente se molda pela feição característica do SC.<sup>1º</sup> Pegasiano, qual a de assegurar o cumprimento das disposições fideicommissarias, compensando com o beneficio da quarta os encargos inherentes á qualidade de

<sup>1</sup> *Sententiarum Receptarum*, liber 4, tit. 3.º, § 1.º

<sup>2</sup> *Comm.* 2.º, § 254.º

<sup>3</sup> *Tit.* 25.º, § 14.º fin.

herdeiro. Além do quê, as estipulações *partis et pro parte* nham manifestamente por fim o resarcirem o herdeiro d perdas que tivesse soffrido, e que fossem pertencentes fideicommissario, bem como o fazer reverter, para este ultim a parte de lucros a que tivesse direito.

O SC.<sup>to</sup> Pegasiano, como respeitante a um caso particul qual o de o fideicommisso exceder tres quartas partes da l rança, e de o fiduciario se querer aproveitar do beneficio quarta, instituido em seu favor, não veio abrogar o SC.<sup>to</sup> T belliano, mas tão sómente derogal-o.

Da combinação dos dois SC.<sup>tos</sup> resultavam os seguintes p ceitos:

1.º Se o fideicommisso não excedia tres quartas partes herança, tinha cabimento o disposto no SC.<sup>to</sup> Trebelliano. acções hereditarias *directas* pertenciam *in solidum* ao herde fiduciario; porem, as acções *uteis*, especialmente relativas fideicommisso, competiam ao fideicommissario<sup>1</sup>;

2.º Se o fideicommisso excedia tres quartas partes da l rança, podia verificar-se uma de tres hypotheses: ou o fi ciario adia a herança e retinha a quarta; ou adia a heran e rejeitava o beneficio da quarta; ou se recusava a adiu herança.

Na primeira hypothese, vigorava em toda a sua extensã SC.<sup>to</sup> Pegasiano: o fideicommissario era havido como legatar parciario, e entre elle e o fiduciario se davam as *partis et p parte stipulationes*, na conformidade do que atrás expozem

<sup>1</sup> É isto o que resulta da comparação dos seguintes textos: Ulpiano, *op cit.*, tit. 25.º, § 14.º, pr.; Gaio, *Comment.* 2.º, §§ 253.º e 255.º; §§ 4. 6.º pr., *Inst. de fid. hered.*

Na segunda hypothese verificava-se a praxe seguida anteriormente ao SC.<sup>10</sup> Trebelliano: o fiduciario era considerado como herdeiro legal, e por isso ficava sujeito aos onus hereditarios; mas os lucros e as perdas recahiam sobre o fideicommissario, por meio das estipulações *emptae et venditae hereditatis*<sup>1</sup>.

Finalmente, dada a terceira hypothese, o herdeiro podia ser compellido *jussu prætoris* a adir a herança, sempre que o fideicommissario o exigisse; mas a restituição effectuava-se segundo o SC.<sup>10</sup> Trebelliano, passando todas as acções uteis

<sup>1</sup> Ainda sobre este ponto existe divergencia entre a opinião de Paulo e a de Gaio. Paulo — *Sentent., lib. 4.º, tit. 5.º, § 2.º*—diz: «Totam hereditatem restituere rogatus, si quartam retinere nolit, magis est ut eam *ex Trebelliano debeat restituere*. Tunc enim omnes actiones in fideicommissarium dantur.» Todavia, Gaio—*Com. 2.º, § 257.º*—escreve: «Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive noluerit retinere, ipsi universa onera hereditaria sustinet: si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum *emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*» A Inst. § 6.º *de fid. hered.* copiou textualmente estas palavras.

O alvitre de Gaio affigura-se-nos mais racional, mais logico. Por um lado, as estipulações *partis et pro parte* não podiam ter logar no presente caso, pois que a herança passava toda para o fideicommissario; mas, por outro, tambem as acções não podiam recahir sobre o fideicommissario, porquanto o herdeiro, adindo voluntariamente a herança, não tinha declinado nem responsabilidade, nem encargos hereditarios, ao revés do que aconteceria se se tivesse recusado a adil-a, e fosse a isso obrigado pelo pretor. Logo, não vigorando neste caso o SC.<sup>10</sup> Pegasiano ou o Trebelliano, resuscitava o antigo Direito, e com elle advinham as estipulações *emptae et venditae hereditatis*.

Pareceu-nos, ainda, dever acceitar a asserção de Gaio, como amplamente recebida pelos commentadores das Institutas, e nomeadamente por Du Cauroy, *Inst. de Droit Justinien*, pag. 239, n.º 789.º; e por Ortolan, *Explication Historique des Institutes*, tom. 2.º, tit. 23.º

para o fideicommissario, **sem estipulação** alguma. Isto em virtude da **letra terminante do SC.<sup>10</sup> Pegasiano**<sup>1</sup>.

V Tem sido **assumpto de questão se** o SC.<sup>10</sup> Pegasiano veio introduzir, **em prol do herdeiro, o beneficio da quarta;** tanto nos fideicommissos **universaes, como nos particulares;** ou se, **pelo contrario, tal beneficio existira já,** nestes ultimos, em virtude da Lei Falcidia.

O § 5, *Inst. de fid. hered.* diz: «Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permessa est.»

Vinnio<sup>2</sup>, commentando estas palavras das *Inst.*, diz que muitos auctores têm d'ellas inferido que antes do SC.<sup>10</sup> Pegasiano não era licito ao herdeiro o reter a quarta hereditaria, mesmo nos fideicommissos particulares; mas Vinnio, paraphraseando as expressões *ne plus legare...* da *Inst. pr. de lege falcidia*, pugna pela opinião adversa<sup>3</sup>.

Hunnio<sup>4</sup>, pugnando tambem pela opinião de Vinnio, sustenta que nos fideicommissos particulares se fazia a deducção da quarta em virtude da Lei Falcidia, e não do SC.<sup>10</sup> Trebelliano<sup>5</sup>, o qual só legislara para as heranças fideicommissarias.

<sup>1</sup> Gaio, *Comm.* 2.º § 258.º; § 6.º, *Inst. de fid. hered.*

<sup>2</sup> *Inst. Imp. Comment.*, ad lib. 2.º, tit. 22.º, § 15.

<sup>3</sup> Vinnio escreve: «Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Coeterum & ad alia producta est, & statim quidem ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum.»

<sup>4</sup> *Jus Civile Justinianeum*, tom. 2.º, pag. 1200.

<sup>5</sup> Como vimos, foi o SC.<sup>10</sup> Pegasiano que permittiu a deducção da quarta, e não o Trebelliano; todavia, Justiniano, declarando que sómente o SC.<sup>10</sup> Trebelliano ficaria de pé, levou a *coherencia* a ponto de chamar *quarta*

Hunnio não contesta que a Lei Falcidia, no começo de sua vigencia, fosse puramente applicada aos legados; mas o que affirma é que a corrente dos tempos a foi levando até aos fideicommissos singulares, pela similhaça que os prendia aos legados.

Não compartilhamos estas idéas.

Uma de duas: ou a applicação da Lei Falcidia aos fideicommissos particulares era arbitraria e anti-legal, ou fundamentada e legitima. No primeiro caso, haveria abuso, corruptéla, menosprezo dos preceitos juridicos, mas nunca uma praxe que se possa racionalmente invocar. No segundo caso, assiste-nos o direito de perguntar qual a chancellia de similhante applicação: se o uso, se a lei; e nós, esmerilhando os argumentos aventados por Vinnio e Hunnio, não lhes encontramos o valimento de um costume bem assentado, nem a sancção de uma lei.

Senão, vejamos. Vinnio argumenta pelo seguinte teor:

1.º—O SC.<sup>to</sup> Pegasiano veiu cem annos mais tarde do que a Lei Falcidia; ora, se esta Lei exigia que ao herdeiro fosse deixada a quarta parte, pelo menos, dos bens hereditarios, se esta parte lhe não podia ser tirada, nem diminuida, *directamente* pelo testador, como acreditar que o pudesse ser *indirectamente*, a pretexto de fideicommisso,—e isto durante todo o tempo que decorreu desde a promulgação da Lei Falcidia até á do SC.<sup>to</sup> Pegasiano?

*trebellianica* ao que mais rigorosamente se deveria appellidar quarta pegasiana; d'ahi a viciosa terminologia de Hunnio, e, o que mais é, a confusão do SC.<sup>to</sup> Trebelliano com o Pegasiano.

A base d'esta argumentação é viciosa: a Lei Falcidia não determinou em absoluto, como o representa Vinnio, que ao herdeiro fosse sempre deixada a quarta parte, pelo menos, dos bens hereditarios, mas tão sómente declarou que: «*dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant*<sup>1</sup>.»

Mas se o argumento colhesse, provava então de mais, pois que d'elle se concluia que, todas as vezes que uma herança fosse deixada em fideicommisso, teria o herdeiro direito á retenção da quarta; a Lei Falcidia seria applicavel, não só aos fideicommissos singulares, mas tambem aos universaes, o que manifestamente contrariaria a intenção de Vinnio.

2.º—O § 5.º, Inst., de *hered. fideicom.*, nas palavras: «*ex singulis quoque rebus...*», não diz que o direito de reter a quarta fosse estatuido pelo SC.<sup>to</sup> Pegasiano, não especifica a Lei que o estabeleceu: consagra, apenas, a existencia de tal direito.

Basta-nos, porem, uma ligeira interpretação grammatical das Inst., no logar citado, para desvanecermos esta illusão. As Inst., estabelecendo o beneficio da quarta *nos fideicommissos universaes*, diz: «*perinde liceret quartam partem retinere, atque lege falcidia ex legatis retinere conceditur;*» e logo após formúla as expressões: «*ex singulis quoque rebus...*» A interpretação grammatical, invocada por Vinnio, dá, pois, o seguinte resultado:—a Lei Falcidia irrogou o direito da quarta nos legados; o SC.<sup>to</sup> Pegasiano estendeu-o individualmente,

<sup>1</sup> São palavras textuaes da Lei Falcidia, transcriptas na *L. 1 pr., D. ad leg. falcid.*

primeiro aos fideicommissos geraes, e em seguida aos singulares.

3.º—Nas obras dos Jurisconsultos *tractava-se promiscuamente dos legados e dos fideicommissos singulares*, o que evidencia a communhão dos preceitos reguladores d'uns e outros, *muito embora Triboniano affirme expressamente o contrario*.

Aproveitemos as confissões uteis de Vinnio. Triboniano, o principal auctor do Digesto e das Institutas, assevera que a Lei Falcidia não tinha cabimento nos fideicommissos singulares.

Mas a promiscuidade de doutrinas, que se encontra nas obras dos outros jurisconsultos, exclama Vinnio?! Nós respondemos, invocando Ulpiano e Gaio :

O tit. 24.º das *Regras* de Ulpiano inscreve-se — *de legatis*, e o tit. 25.º — *de fideicommissis*. Sendo assim:—ou Ulpiano desmente o dizer de Vinnio;—ou, promettendo tractar sómente dos legados, se occupa tambem dos fideicommissos singulares; mas então, porque é que no cit. tit. 24.º, para melhor explicar a doutrina dos legados, começa por os segregar de todo e qualquer fideicommissio <sup>1</sup>? porque é, ainda, que no tit. 25.º, em que, segundo Vinnio, só devêra fallar dos fideicommissos universaes, diz: «*Libertas dari potest per fideicommissum?*» Por ventura o fideicommissio de liberdade não é singular?

Gaio, no § 246.º do seu *Comment.* 2.º, escreve: «*Hinc trans-eamus ad fideicommissa;*» estes devem, pois, ser os universaes; e, todavia, tal não acontece, pois que, no § 260.º, declara

<sup>1</sup> O § 1.º do cit. tit. 24.º diz: «*Legatum est, quod legis modo, id est, imperativo, testamento relinquitur; nam ea quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.*»

Gaio que: «*Potest autem quisque etiam res singulas per fidei-  
« commissum relinquere, velut fundum, hominem...*»

Em face d'isto, permitta-se-nos revocar em duvida a aucto-  
ridade de Vinnio sobre a questão controversa.

Nem mais feliz é Hunnio. Os principaes fundamentos, em  
que se estriba, são os seguintes:

1.º—A L. 1, D., *ad SC.<sup>ta</sup> Trebellianum*, diz: «*Explicato  
tractatu, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet,  
transeamus nunc ad interpretationem SC.<sup>a</sup> Trebelliani;*» logo,  
o SC.<sup>to</sup> Trebelliano dizia respeito ás heranças fideicommissa-  
rias, e a Lei Falcidia, de que o Digesto até alli se occupára,  
é que vigorava para os fideicommissos singulares.

Nós retorquimos que a doutrina é verdadeira, mas que só  
tem a sua origem na legislação Justineanêa, e nunca em tem-  
pos que lhe sejam anteriores.

Para isto, basta reflectir, de primeiro, em que o Direito Jus-  
tinianêo equiparou completamente os legados aos fideicom-  
missos singulares; e, pois, revigorando a Lei Falcidia, não po-  
dêra deixar de a applicar, indistinctamente, a uns como a ou-  
tros. Demais, as proprias palavras: — «*transeamus ad inter-  
pretationem SC.<sup>a</sup> Trebelliani*» — demonstram, de todo o ponto,  
que o Digesto, nesta parte, amoldou os antigos preceitos ás  
modificações que lhes introduziu, aliás respeitaria os dictames  
da historia, e jámais representaria o SC.<sup>to</sup> Trebelliano como  
atribuindo ao fiduciario o beneficio da quarta, quando é certo  
que d'este beneficio só fallou o SC.<sup>to</sup> Pegasiano, o qual, segundo  
vimos, respeitava tanto aos fideicommissos universaes, como  
aos particulares.

A L. 1, D., *ad SC.<sup>ta</sup> Treb.* prova, pois, que o parecer de

Hunnio só é veridico, quando referido á legislação Justiniana, mas nunca em relação a tempos anteriores.

2.º—A Lei Falcidia teve por fim o impedir que a herança fosse inteiramente alheada do herdeiro, e que por isso elle a repudiasse *ob nullum aut minimum lucrum*; mas isto tanto pode acontecer, exaurindo-se a herança em legados, como em fideicommissos.

Argumento identico a este refutámos nós já, quando nos occupámos de Vinnio. Em verdade, a Lei Falcidia legislou tanto para os legados singulares, como para os parciarios. Ora, entre os legados parciarios e os fideicommissos proporcionaes, ou mesmo geraes, e até universaes, existe precisamente a mesma analogia, que entre os legados singulares e os fideicommissos singulares. Que nos diga, pois, Hunnio qual a razão por que conclue dos legados singulares para os fideicommissos da mesma especie, e não conclue dos legados parciarios para os fideicommissos proporcionaes, geraes, ou universaes.

Se o argumento *a pari* colhe, porque recúa Hunnio ante as suas legitimas consequencias?

3.º—Não importa que a Const. 2, § 5.º, Cod., *de veteri jure enucleando*, declare que a Lei Falcidia era applicavel aos legados, e o SC.<sup>1º</sup> Trebelliano aos *fideicommissos*, porquanto se deve entender que esta ultima palavra comprehende tão só os universaes, como o indicam os termos da cit. L. 1, D., *ad SC.<sup>1um</sup> Treb.*, e o § 4.º, Inst., *de fid. hered*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Effectivamente, a Const. 2 § 5.º, Cod. *de veteri jure enucleando*, diz: «Cumque nihil tam peculiare fuerat quam (ut) *legatis quidem legis Falcidia* narratio, *fideicommissis autem Senatusconsulti Trebelliani*...»

Não é assim. A L. 1, D., *ad SC.<sup>um</sup> Treb.*, não pode explicar a Const. 2, § 5.º, Cod., *de vet. jur. enuc.*; a primeira legisla, a segunda história. Além do que, nenhuma tem para aqui cabida, por isso que a questão tem lugar entre o SC.<sup>o</sup> Pegasiano e a Lei Falcidia, e não entre esta e o SC.<sup>o</sup> Trebelliano. Pelo mesmo motivo, rejeitamos a citação do § 4.º, Inst., *de fid. hered.*

A nossa convicção fica, pois, de pé. A Lei Falcidia não teve legitima applicação aos fideicommissos singulares antes do Direito Justineanêo, e *a fortiori* muito menos antes do SC.<sup>o</sup> Pegasiano.

VI Proseguindo n'este ligeiro esboço historico, experimentaremos agora descrever, a largos traços, as modificações introduzidas, pelo Direito Justinianêo, nos preceitos até alli vigentes no tocante a fideicommissos.

Para maior facilidade de exegese, buscaremos destrinçar, com a clareza que ao nosso alcance estiver, os fideicommissos singulares das heranças fideicommissarias.

Cumpre-nos, porém, n'este intuito, descer ao previo exame das raias, que extremavam os fideicommissos dos legados, antes da grande reforma que se elaborou na legislação imperial, pelos tempos de Justiniano.

Ulpiano <sup>1</sup> precisa, n'este particular, uma differença radical entre uns e outros, no concernente á forma de sua constituição:—«*Legatum est, quod legis modo, id est, imperative, a testamento relinquitur; nam ea quae precativo modo relinquantur, fideicommissa vocantur.*»

Uma outra estabelece, ainda, relativa á sancção juridica, quando, depois de dizer:— «*Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur,*» — accrescenta: «*nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*<sup>1</sup>.»

Em boa verdade se deve, todavia, advertir que esta ultima differença, apontada por Ulpiano, com quanto reconhecida por existente na legislação romana, não passava, comtudo, de uma das muitas subtilizas, que foram apanagio d'esta legislação. Tanto o legado, como o fideicommisso, provinham *ex voluntate relinquentis*; mas, uma vez chegado o momento de realisar esta vontade, o legado era devido *ex rigore juris civilis*, ao passo que o fideicommisso só o era *ex jure pretoriano*, por isso que, como sabemos, o SC.<sup>10</sup> Pegasiano permittia ao fideicommissario o obrigar o fiduciario, *jussu prætoris*, a acceitar a herança, a fim de lh'a devolver. Legados e fideicommissos tinham, pois, egualmente, uma sancção rigorosa e juridica; a differença provinha, tão sómente, da indole do Direito, que os chancellava.

Uma terceira distincção, irrogada por Lesparat<sup>2</sup>, é que a propriedade do legado pertencia ao legatario desde a adição da herança, ao passo que a do fideicommisso passava primeiro para o herdeiro, o qual então a devolvia ao fideicommissario. No legado o herdeiro era *possessor*; no fideicommisso era *dominus*. O legado era transmittido *recta via*; o fideicommisso *non recta sed obliqua via*. Esta distincção, porém, é, para nós, inteiramente falsa, sendo que, no decurso d'este trabalho, teremos occasião de demonstrar que a propriedade dos

<sup>1</sup> *Eod. loc. tit. 25 § 1.*

<sup>2</sup> *Dictionnaire du Digeste*—vbo. *Fideicommissis*.

legados e fideicommissos *puros* pertencia, por Direito Romano ao legatario, ou fideicommissario, desde a morte do testador e a dos condicionaes ao herdeiro ou fiduciario, até total implemento da condicção.

O que deixamos dicto era applicavel a todos os legados e fideicommissos.

Justiniano veio, porém, estabelecer, logo no Digesto, uma notavel alteração no antigo Direito, segregando os fideicommissos singulares das heranças fideicommissarias, e equiparando aquelles aos legados.

A L. 87, D., *de legatis* 3.º, declara explicitamente que: — «Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur.» E a isto acrescenta a L. 1, D., *de legatis* 1.º:—«*Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.*»

O Digesto, nos liv. XXX, XXXI e XXXII, occupou-se, pois *de legatis et fideicommissis*; e no liv. XXXVI, tit. 1.º, das heranças fideicommissarias, como amplamente o provam as LL 1 e 27, § 8, D., *ad SC.ªm Treb.*

Não obstante isto, as differenças entre os fideicommissos e os legados ainda persistiram bem salientes em face do proprio Digesto.

As *verba precativa* ficaram de pé, como distinguindo mais especialmente o fideicommissos. Basta-nos, a fim de o paten-tearmos, citar a L. 108, § 15, D., *de legatis* 1.º<sup>1</sup> e a L. 11 § 15, D., *de legatis* 3.º<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L. 108, § 15.º, D., *de leg. 1.º* «Aufidius filii sui *fidei commissit*, ut certam pecuniam quatuor libertis suis mutuam daret, et usuras leviores taxaverat: placuit *hoc fideicommissum* utile totum esse.»

<sup>2</sup> L. 11, § 15.º, D., *de leg. 3.º*. «Si heres *rogatus* sit certam summam usuris certis fœnori dare, utile est *fideicommissum.*»

Façamos a applicação d'este principio.

Thévenot <sup>1</sup> sustenta que, pelo Direito Justiniano, os legados condicionaes eram verdadeiros fideicommissos; o mesmo parecer segue Liz Teixeira <sup>2</sup>, quando affirma que o testador, mandando restituir o legado, ou uma parte d'elle, *depois de um tempo qualquer*, constituia um fideicommisso perfeito. O contrario é, todavia, sustentado por Lesparat <sup>3</sup>.

Não perfilhamos nenhuma d'estas opiniões extremas. Para nós, é fora de duvida que a disposição, que Liz Teixeira tomou por exemplo, podia valer como legado condicional, sempre que fosse escripta *verbis directis et civilibus*. Para isto nos fundamos na L. 4 pr., D., — *quando dies legat.* <sup>4</sup>, e na L. 79 pr., D., *de condition. et demonst* <sup>5</sup>.

Sendo, porem, concebida *verbis precativis*, tornava-se então fideicommissaria, como se pode inferir das mesmas Leis.

Devemos, comtudo, advertir que o fideicommisso, deixado *precativo*, necessitava, para a sua validade, da promessa do fiduciario <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Traité des Substitutions Fideicommissaires* — pag. 236.

<sup>2</sup> *Curso de Direito Civil Portuguez* — Parte 2.<sup>a</sup>, Div. 1, tit. 7, § 1.<sup>o</sup>

<sup>3</sup> *Dictionnaire du Digeste* — vbo. *fideicommis*.

<sup>4</sup> L. 4 pr., D., *quando dies legat.* — «*Si cum hæres morietur legatur, aconditionale legatum est.*»

<sup>5</sup> L. 79 pr., D., *de condition. et demonst.* «*Hæres meus, cum ipse morietur centum Titio dato; legatum sub conditione relictum est.*»

<sup>6</sup> Heineccio — *Elementa Juris sec. ord. Inst. (oper. omnia, tom. 5)*, pag. 178, § 662 — diz terminantemente: — «*Quandoquidem vero fideicommissa a verbis precativis relinquuntur ea vero, nisi accedat promissio, obligationem ahaud producent.*»

Voltemos, porém, ás diferenças sancionadas pelo Digest Baldo <sup>1</sup>, glosando a citada L. 1, D., *de legatis* 1.º, ajuiza q os legados e fideicommissos só «*virtualiter habent eandem naturam & virtutem.*» Em seguida, torna bem frisante a differença que acabámos de apontar, dizendo:—«In hoc quod dicit «*nomine, non est verũ; quia adhuc hodie remanet differēt inter libertatem legatam, & per fideicommissum relictã; quã libertas legata est directa, sed relictã per fideicommissu est obliquã & et ideo nõ puenit ipso jure.*»

As consequencias oriundas d'esta diversidade de disposições eram sobremaneira importantes, mórmente no que toca á libertação dos escravos.

Evidencia-o Bartholo <sup>2</sup> quando, ao advertir que os legados e os fideicommissos singulares foram equiparados, accrescenta:—«sed ã libertate differunt, an ab herede relinquãt p fideiã ex testatore directo, quia ã primo *servus manumissus, eã libertus heredis, in secundo casu est libertus testatoris, sic in fideicõ. ante restitutionẽ, sed ã legato hereditatis vel partã hereditatis, ab adita hereditate transeunt jura hereditaria in legatariũ...*»

Alem do quẽ, disposições havia, que, não podendo val como instituições de herdeiro, nem como legados, vigoravam todavia, como fideicommissos.

É assim, que a disposição, pela qual se incumbia ao legatario o encargo de transmittir a outrem os bens, que em t qualidade recebêra, seria nulla como legado, e, todavia, con

<sup>1</sup> Baldi Comment. ad lib. 50 Digestis,—tom. 3, pag. 120.

<sup>2</sup> Bartholi Glosa Super Institutam,—tom. 9, pag. 8.

fideicommisso era valido, segundo o attesta a *Inst. pr. de sing. reb. per. fid. relictis* <sup>1</sup>.

Pela mesma forma, as disposições que oneravam o herdeiro com transmissões hereditarias, em prol de nascituros, só como fideicommissos podiam valer.

Se, porem, no Digesto as differenças eram notorias, o mesmo não podemos dizer do *Codex Repetitae Praelectionis*.

A Const. 21, Cod., *de legatis*, dispoz que: — «In legatis et fideicommissis necessaria non sit verborum observantia.»

A Const. 2, Cod., *com. de legat. et fideicom.*, completou o sentido d'esta phrase, determinando que: — «Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis... sive precariis... sive juramentum interposuerit.» O resultado foi que a differença entre as *precativa verba* e as *civilia verba* desapareceu.

A Const. 1, Cod., *com. de leg.*, reduziu as quatro especies de legados, que havia <sup>2</sup>, a uma só, e confundiu-os, legislando pelo seguinte teor: — «Rectius igitur esse censemus....: omnibus... tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere.»

Tornou-se, por consequencia, difficil o extremar o legado do fideicommisso. No emtanto, subsistiu a já apontada differença de que o legado só podia ser encarregado ao herdeiro, ao

<sup>1</sup> A *Inst.*, no logar citado, diz o seguinte: «Potest autem quis... vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.»

<sup>2</sup> Estas especies eram: — *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, e *per praeceptionem*.

passo que o fideicommisso o podia ser a todo o que fosse beneficiado pelo testador, comtanto que a importancia do fideicommisso não excedesse a de tal beneficio. E alem d'isto Ducaurroy <sup>1</sup> observa que o legado só podia ser deixado em testamento, ou codicillo roborado por testamento, ao passo que o fideicommisso podia ser committido ao herdeiro *ab intestato*, e mesmo ao Fisco. Legados e fideicommissos foram pois, não *per omnia*, mas *per omnia fere exaequata*, em virtude da legislação Justinianea.

Jurisconsultos houve, comtudo, que reprehenderam as assignar mais remota origem a tal disposição, fundando-se em que a citada L. 1, D., *de legatis* 1.º, fôra extrahida de un *Fragmento* de Ulpiano, o que denotava que já no tempo d'est insigne escriptor estavam juridicamente irmanados os legados e os fideicommissos; accrescendo, ainda, que a tal não obstava a Const. 2, Cod., *com. de legat.*, visto ser frequent o alcunhar-se de innovação, introduzida por Justiniano, o que a mais não passava de mera sanção de preceitos, anteriormente estabelecidos.

Contra esta doutrina se alevanta Hunnio <sup>2</sup>, — «cum ex testimonio Justiniani, cui omnino fides habenda, contrarium patescat.»

De resto, Hunnio, confrontando o Digesto com o Codex diz que, pelo primeiro, os legados e os fideicommissos — «exce quata fuisse quoad naturalia: Jure vero Codicis, cum quoad accidentia, actiones nempe, quae de utrisque competebant

<sup>1</sup> *Institutes de Droit Justinien*, n.º 786.

<sup>2</sup> *Cit. Jus Civile Justinianum*, pag. 1133.

«*cum quoad verborum etiam formulas quibus utrisque re-  
linquebantur inter ea relicta estet differentia, etiam quoad  
haec Justiniani constitutione factam fuisse exaequationem.*»

VII Examinemos, agora, as alterações que soffreram os fideicommissos universaes.

Justiniano declarou abrogado o SC.<sup>10</sup> Pegasiano, revalidando plenamente o Trebelliano<sup>1</sup>. Foi este o meio, que julgou dever perfilhar, a fim de attingir o alvo em que puzera fito, qual a extincção das *stipulationes partis et pro parte*<sup>2</sup>.

Estas estipulações foram, pois, substituidas pelas acções, tanto *directas* como *uteis*, implantadas pelo SC.<sup>10</sup> Trebelliano, consoante o que em outra parte deixamos dicto<sup>3</sup>.

No emtanto, Justiniano conservou o direito do herdeiro á quarta, que denominou *trebellianica*; e isto, não em virtude do SC.<sup>10</sup> Pegasiano, mas sim *ex nostra auctoritate*.

É fundado na combinação d'estes preceitos que Heineccio<sup>4</sup> diz: — «*fluit semper hodie obligationes tum activas, tum pas-*

<sup>1</sup> São notaveis as palavras do § 5.º, Inst., *de fid. hered.*: «*omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso Senatusconsulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus.*»

<sup>2</sup> Prova-o o mesmo § 5.º, Inst., *de fid. hered.*, o qual principia do seguinte modo: «*Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes aet ipsi antiquitati displicuerunt, et quibus casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet...*»

<sup>3</sup> Basta, para isto, lembrar a L. 27, § 7.º, D. *ad SC.<sup>um</sup> Treb.* transcrita a pag. 25, nota 1.<sup>a</sup>

<sup>4</sup> *Elementa Juris sec. ord. Inst. (oper. omnia, tom. 5), pag. 178.*

«sivas inter heredem fiduciarium et fideicommissarium pro rata dividi.»

Vejamos, porém, como isto se realisava nas principaes hypotheses occorrentes :

Sobre o fiduciario, como herdeiro, pesavam as acções hereditarias *directas*, e as *uteis* concernentes á parte que lhe coubesse da herança.

No que toca ás acções *directas*, o fiduciario tinha o direito: ou de as repellir, mediante a excepção *restitutae hereditatis*, segundo o permittia a citada L. 27, § 7.º, D., *ad SC.<sup>um</sup> Treb.*; ou de lhes seguir os tramites, fazendo reverter sobre o fideicommissario a parte que lhe coubesse em lucros e perdas, conforme a expressa disposição da Const. 1, Cod., *ad SC.<sup>um</sup> Trebellianum* <sup>1</sup>.

Pelo que respeita ás acções *uteis*, verificava-se o seguinte:— se o fiduciario retinha a quarta, as acções competiam tanto a elle, como ao fideicommissario, na proporção de suas quotas partes <sup>2</sup>; se o fiduciario restituia voluntariamente a herança

<sup>1</sup> Esta Const. diz: «Si ex SC.<sup>to</sup> quartam partem hereditatis retinuisti: quod a creditoribus hereditariis, pro novem unciis prestiteris, a fideicommissario petere potes.»

<sup>2</sup> Inst., § 7, *de fid. hered.*:—«quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata a portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus.» Guerreiro—*Tract. 1.º de Inventariis*, liv. 3.º, cap. 2.º, n.º 80—aponta, todavia, uma excepção a esta regra: «Quæres tertio, an quando heres a gravatus totam restituit hereditatem, *retenta aliqua re certa de testatoris a mandato*, teneatur ad debita hereditaria, habita ratione rei retentae? Respondetur negative, *etsi res retenta aequet quartam Trebellianicam, vel ipsam a superet*. Ratio est: quia facta restitutione reliquorum, *hæres re retenta est a loco legatarii & fideicommissarius loco heredis.*»

toda, as acções uteis recaham plenamente sobre o fideicommissario; finalmente, se o fiduciario recusava adir a herança, o fideicommissario podia compellil-o a isso, mas *nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente*<sup>1</sup>. É a disposição do SC.<sup>10</sup> Pegasiano, attribuida ao Trebelliano.

Do exposto se conclue que Justiniano, sem embargo das palavras «*expulso SC.<sup>10</sup> Pegasiano*», nada mais fez do que aproveitar, de um e outro SC.<sup>10</sup>, o que de melhor se lhe deparou, teimando, comtudo, em afirmar que sómente o Trebelliano ficava de pé. Revalidou as acções consagradas por este ultimo; e do Pegasiano manteve a restituição da quarta, e o direito, pertencente ao fideicommissario, de coagir o fiduciario a acceitar a herança a fim de lh'a devolver.

E, pois, como bem o adverte Pedro Gomez de la Serna, o fideicommissario foi collocado, por Justiniano, *loco heredis*<sup>2</sup>.

Taes são as basés fundamentaes da legislação Justiniana, em materia de fideicommissos; dos preceitos especiaes, que d'ellas são o desenvolvimento, teremos occasião de nos occupar, á medida que progredirmos n'este trabalho.

VIII. Vicente Hernandez de la Rua<sup>3</sup>, fallando dos fideicommissos, confessa que:—«en derecho español apenas se en-

<sup>1</sup> Cit. § 7.º Inst. de herede fid.

<sup>2</sup> «Porque si el fiduciario acepta la herencia, las acciones que hay en favor ó contra ella, corresponderán, por lo que hace á las tres cuartas partes, á, ó contra, el fideicomisario; y si el fiduciario no quiere aceptar, el fideicomisario será unico heredero.» [Pedro Gomez de la Serna—*Curso de Derecho Romano comparado con el Español*, pag. 590].

<sup>3</sup> *Lecciones de Derecho Español*, tom. 2, leccion 28.

«cuentran leyes que hablen de esta clase de substituciones; de  
 «manera que casi no se pueden fijar reglas que tengam su  
 «apoyo en la ley.»

Este dizer é de todo o ponto applicavel ao nosso antigo Direito.

Os fideicommissos, de ha longos tempos, existem entre nós. Lançaram mão d'elles os nossos Reis, ainda os da primeira dynastia.

Mello Freire dá-nos noticia de um, constituido em testamento, pela Rainha Santa Isabel, a favor de sua filha D. Beatriz, como fiduciaria, e de sua neta D. Maria, como fideicommissaria <sup>1</sup>.

Um segundo exemplo nos fornece Fr. Antonio Brandão, extrahido da doação fideicommissaria que El-Rei D. Diniz fez da villa de Leiria á mesma Rainha Santa Isabel, em reconhecimento dos esforços que ella empenhára em o congraçar com seu filho D. Affonso, após as dissidencias que entre estes se alevantaram <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> São palavras d'este fideicommissio, transcriptas por Mello Freire — *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 7.º, nota ao § 18.º —: «Mando a minha coroa de esmeraldas á Rainha D. Beatriz, minha filha, e rogo-lhe que a leixe á Infanta D. Maria, sa filha.»

<sup>2</sup> Fr. Antonio Brandão — *Monarchia Lusitana*, liv. 17.º, cap. 56.º — traslada a escriptura de doação da cidade de Leiria, onde se encontra o seguinte: «Em nome de Deos, Amen. Conhoscam quantos esta carta virem, & lcerem que eu D. Diniz pela graça de Deos, Rey de Portugal, & do «Algarve, de meu prazer, & de minha livre vontade dou, & outorgo a vos «Rainha Dona Isabel inha molher emsembra com o infante D. Affonso meu «filho primo herdeiro em todolos dias de vossa vida a inha Villa de Leiria «com todos seus termos... E outro si vos dou em todolos dias de vossa vida «a Alcaidaria dessa Villa, em tal guisa, que vos metades hy Alcaide, & to-

Finalmente, Damião de Goes faz-nos menção de um testamento de El-Rei D. João II, feito em beneficio de D. Manuel, e no qual ia inserto um fideicommisso <sup>1</sup>.

Estes fideicommissos, porém, eram regulados *moribus magis quam legibus*, como o adverte Mello Freire.

As nossas leis foram, n'esta parte, absolutamente deficientes. Apenas a Ordenação do liv. 4.º, tit. 87.º, define o que sejam *substituições compendiosas*, as quaes assimilou aos fideicommissos, embora com pouco rigor e fundamento, segundo mais tarde observaremos.

O estylo, a praxe do fóro, e muito principalmente o Direito Romano, foram as verdadeiras normas, por que se regularam as disposições fideicommissarias <sup>2</sup>.

«lhades quando vos prouguer, que seja homem filho dalgo... *E essa doação vos faço & outorgo por ende toda vossa vida... E depois vossa morte a dita Villa com seus termos, & pertenças... & melhoramentos que hy fizerdes, devem ficar a my, & a meus successores, que depois my regnarem em Portugal, & livremente, & sem embargo nenhum.*»

<sup>1</sup> Damião de Goes, — *Chronica d'El-Rei D. Manuel*, cap. 1.º — historizando e descrevendo o testamento d'El-Rei D. João II, apresenta, entre outras, as duas seguintes clausulas, onde se revela um fideicommisso condicional: «Que instituia, & declaraua por herdeiro de todos seus regnos, & Senhorios ao dicto dõ Emanvel Duque de Beja, seu presado & amado primo, nam lhe dando Deos filho ou filha legitima, ou falecendo dentro de um anno da feitura do seu testamento. *Que nam hauendo ho dicto dom Emanvel Duque de Beja, filhos legitimos, que em tal caso seu filho dom George succedesse per falecimento no Regno.*»

<sup>2</sup> A diversidade e encontro de subsidios da nossa Jurisprudencia fideicommissaria foram causas de esta se tornar sobremaneira embaraçosa e confusa, e de se pejarem os tribunaes de numerosas questões de difficil solução practica. Guerreiro — *Tr. 2, De Divisionibus*, liv. 5.º, cap. 13.º, n.º 1, — conhecedor d'estes escolhos, que tanto faziam perigar a uniformidade das

Por isso os reinícolas largamente se esforçaram por tornar applicaveis entre nós os preceitos da legislação romana, cujas subtilzas, porém, nem sempre se compadeciam com a indole da nossa Jurisprudencia.

A carencia de principios seguros e fixos, que regessem este assumpto, era tão manifesta e reconhecida, que Lobão chegou a exprimir o desejo de que no nosso paiz fosse recebida, como lei, a Ordenação franceza de Luiz xv, datada de 1747, e commentada por Furgole!!

O nosso moderno Codigo Civil pretendeu dissipar o estado de incerteza, oriundo das omissões do nosso antigo Direito, legislando, nos artt. 1866.º a 1874.º, sobre as substituições fideicommissarias.

Lograria o Codigo Civil o seu intento? O nosso juizo e convencimento envolvem uma negação formal. O Codigo Civil, se cortou por algumas difficuldades existentes, veio, todavia, crear novos embaraços, ambiguidades deploraveis, contradicções de difficil solução.

sentenças judiciaes, confessa a impossibilidade de resolver todas as duvida suscitadas, escrevendo: «non est animi totam fideicommissariam materiam «pertractare; est enim vastissima et excurrit per tot ac tam varias questio nes, ut integra desideret volumina, nec ad brevius compendium facile revo «cari potest.»— Corrêa Telles — *Manual dos Tabelliães*, § 229. — ponde rando, ainda, na subida difficuldade de interpretar os testamentos, e mói mente as clausulas fideicommissarias, acrescenta: «() que deixo dicto sob: «substituições sirva sómente para notar *que ellas fazem a interpretação d «testamentos complicadissima...* Portanto ou o testador se abstenha de faz «substituições, ou não as faça sem maduro conselho, e sem acautelar as d «vidas mais obvias, que possam nascer da sua disposição... Portanto *as d «posições testamentarias mais simples são não só as melhores, mas ainda «mais prudentes.»*

Eis o que nos fazemos cargo de demonstrar, commentando, á luz da historia e da philosophia, as disposições dos citados artt. 1866.º a 1874.º

Não seremos, porém, acintosos n'este empenho. Procederemos em pura boa fé, não adulterando, antes esforçando-nos por conciliar as idéas do legislador, e alimpal-as de aberrações e anomalias, a fim de que bem se possa conhecer: por um lado, qual a verdadeira interpretação e applicação, que o Codigo deve ter no fóro, em quanto vigorar; por outro, qual a reforma de que instantemente carece.

# CAPITULO I

## Natureza e caracteres da substituição fideicommissaria

Commentario ao art. 1866.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Accepção juridica da palavra — *substituição*.—II Classificação das substituições, segundo Domat, Liz Teixeira, Coelho da Rocha e Corrêa Telles.—III Classificações perfilhadas pelas nossas Leis; opinião que seguimos.—IV Definição do fideicommisso, consoante as Ordenações e o Codigo Civil.—V Apreciação dos caracteres distinctivos, que o Codigo Civil assigna á substituição fideicommissaria.

I Pedem os dictames de uma boa methodologia que, a rapidos traços, precisemos o que em linguagem juridica se entende por *substituição*, determinando as suas mais salientes especies, a fim de melhor podermos apreciar a indole da que, entre todas, releva em importancia — a fideicommissaria.

A Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, pr., definia *substituição*: «*a instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo gráu.*»

Similhantes termos não traduzem, porem, a substituição em toda a sua amplitude, nem lhe assignam uma idéa precisa e clara.

A substituição não tem só cabida no testamento; pode verificar-se, tambem, nas doações *inter vivos*, ou *causa mortis*. E, pois, tanto pode ser feita pelo testador, como pelo doador.

Não ~~respeita~~ **exclusivamente** ao herdeiro, estende-se até ao legatário, **pode affectar o proprio** donatário.

De resto, **as palavras «em segundo grau»** pouco ensinam a quem da substituição não tiver formado um prévio juízo.

Coelho da Rocha <sup>1</sup> **emprega uma locução** diversa, dizendo que a substituição: «é a designação, feita pelo testador, da pessoa, para quem deve passar a herança ou legado, na *falta* do herdeiro, ou legatário.»

Em dois vícios principaes labora segundo crêmos, esta definição de Coelho da Rocha.

O primeiro é tornar a substituição absolutamente **estranha** á doação, o que, segundo mais tarde veremos, não é de todo o ponto juridico, pois que, sendo aliás o fideicomisso um das especies de substituição, pode, todavia, constituir-se **em** convenio de interessados.

O segundo é ser meramente applicavel ao caso em que o primeiro beneficiado não queira, ou não possa *adir* os bens que foram objecto do fideicomisso: é o que indica a palavra *falta* quando rigorosamente entendida; d'onde resultaria que apenas a substituição vulgar caberia nos limites da definição.

Para nós, a *substituição* é simplesmente: «a subrogação de uma pessoa nos direitos de outra».

II As leis, como os escriptores, têm diversa e **encontram** mente dividido as substituições. Releve-se-nos, pois, o **tratarmos** no exame dos principaes alvitres propostos, a fim apurarmos a categoria de substituições, em cujo gremio se **contra** o fideicomisso.

<sup>1</sup> *Inst. de Direito Civil Portuguez*, § 713.

Domat<sup>1</sup> estabelece duas primordiais classes de substituições: uma abrangendo as disposições, pelas quaes os testadores, tendo designado os seus herdeiros, mas temendo que elles o não queiram ou não possam ser, nomêam outros, para o caso em que semelhante receio se realise; e outra comprehendendo as prescripções testamentarias, que revelam o desejo, que o testador teve, de que seus bens fossem transmitidos, pelo primeiro successor instituido, ao segundo.

Á primeira classe pertencem as substituições *vulgares*; á segunda as *fideicommissarias*.

Da combinação d'estes dois typos primarios de substituição, o da vulgar, e o da fideicommissaria, resulta um terceiro, que é o da *pupillar*. Este abrange aquelles dois, porque compartilha com ambos os seus effeitos. Tem a natureza da substituição vulgar, emquanto chama o substituido á successão do testador, caso o filho d'este não seja herdeiro; e tem o character de fideicommisso, emquanto faz passar os bens da pessoa do impubere para a do substituto.

Como variedade da substituição vulgar<sup>2</sup>, apresenta Domat a *reciproca*, por isso que: «on peut aussi substituer les co-héritiers entre eux réciproquement.»

Como variedade da pupillar<sup>3</sup>, nomeia a *exemplar*, que foi

<sup>1</sup> *Les Loix Civiles*, liv. 5.º, preamb.

<sup>2</sup> «La substitution vulgaire est une institution d'un héritier appelé au défaut d'un autre, qui ne pourra ou ne voudra prendre cette qualité.» Domat — *Oper. cit.*, liv. 5.º, tit. 1.º, sec. 1, n.º 1.

<sup>3</sup> «La substitution pupillaire est une disposition que fait un père, qui ayant un enfant impubère sous sa puissance, l'institue son héritier; & lui substitue une autre personne pour succéder au défaut de cet enfant, s'il

introduzida, em relação aos desassizados, pela analogia que existe entre a sua condição jurídica e a dos impuberes.

Finalmente, como synthese das tres substituições: a vulgar, a pupillar e a fideicommissaria, aponta Domat a *compendiosa*, pela qual os bens devem passar para o substituto, em qualquer tempo em que o substituido falleça. Esta substituição produz effeito: 1.º quando o filho não quer, ou não pôde adir a herança; 2.º quando, tendo-a percebido, fallece antes da puberdade; 3.º quando morre pubere, mas dentro do prazo, marcado para a substituição.

Por isso Domat afirma que as tres substituições, junctas no mesmo testamento, tomam o nome de uma só que as synthetisa, e esta é a *compendiosa*.

A mesma idéa é abraçada por Du Barry <sup>2</sup>.

«n'était pas héritier de son père: ou s'il l'était pour succéder aussi à cet enfant, en cas qu'il meure avant l'âge de puberté.» Esta definição de Domat — *Oper. cit.*, liv. 5.º, tit. 2.º, sec. 1, n.º 1 — não é a que verdadeiramente compete á substituição pupillar; esta só implicitamente contém a vulgar, e nunca a sua formula a abrange tão expressamente, como o figura Domat; e, em puridade, se a segunda parte da definição, transcripta, tacitamente envolve a primeira, para que fazer alarde de palavras inuteis?

1 Du Barry — *Tractatus de Successionibus*, liv. 7.º, tit. 4.º, n.º 1 — diz: «Compendiosa substitutio non est species substitutionis de per se, sed prout casus euenerit, censetur vel vulgaris, vel pupillaris, vel fideicommissaria... Unde dicitur <sup>1</sup> *solent*, judicari de compendiosa prout casus euenerit, aut si casus vulgaris euenerit, de ea sit judicandum prout de vulgari iudicatur; & sic quoque si euenerit casus pupillaris, vel exemplaris, vel fideicommissarius.» D'aquí conclue Du Barry que a substituição compendiosa se deve exprimir por palavras, d'onde se induzam differentes substituições; e, pois, deve designar o dia, ou a condição, o tempo da idade pupillar, e o da puberdade, por isso que: «necesse est ut contineat plura tempora & haec tempora interpretantur doctores esse ante et post pubertatem instituti.»

Achamos pouco rigorosa a classificação de Domat.

O fideicommisso não é um typo *simples* de substituição. Se a substituição pupillar contém implicitamente a vulgar, o mesmo acontece com o fideicommisso, porque se o fiduciario não poder, ou não quizer, adir a herança ou o legado, elle passa, de plano, para o fideicommissario. Como asseverar que a pupillar é composta da vulgar e da fideicommissaria, se o fideicommisso assigna á substituição o prazo da morte do fiduciario, o qual se pode realizar antes ou depois da puberdade?

Tambem não é exacto que a substituição compendiosa seja uma variedade da pupillar, como o figura Domat; a compendiosa não se applica sómente ao caso, em que o substituido seja filho do auctor da substituição; é, pois, mais generica; e sendo assim, fóra melhor dizer que a pupillar era uma variedade da compendiosa.

Finalmente, para não accumularmos defeitos, diremos que jámais pode a substituição reciproca ser havida como variedade especial da vulgar; a reciproca denota uma correlação entre varios substitutos e substituidos, que tanto se pode dar na vulgar como na pupillar, na exemplar como na fideicommissaria.

Liz Teixeira<sup>1</sup> conforma-se com Domat, emquanto apresenta, como generos da substituição, a directa e a fideicommissaria. Em seguida, subdivide a directa em quatro especies, mais salientes: — a vulgar, a pupillar, a exemplar, e a reciproca, cujas accepções conhecemos já.

<sup>1</sup> *Curso de Direito Civ. Port.*, part. 2.<sup>a</sup>, div. 1.<sup>a</sup>, tit. 5.<sup>o</sup>, § 55.<sup>o</sup>

Esmerilhando individualmente cada uma d'estas especies, Liz Teixeira recenseia tres variedades da pupillar: — a expressa, a tacita, e a compendiosa.

A expressa tem por fim exclusivo o nomear substituto ao filho, para o caso em que falleça posteriormente ao pae, mas antes da puberdade. A tacita dá-se na puramente vulgar, feita pelo pae, por isso que o substituido, vulgarmente, se presume chamado pelo testador á herança, não só quando o filho não queira ou não possa recebê-la, mas ainda quando falleça em quanto impubere. A formula da pupillar expressa, é a seguinte: «Se meu filho morrer impubere, seja *Ticio* seu herdeiro.»; a da tacita é: «*Instituo a meu filho herdeiro, e em qualquer tempo que elle morra, lhe substituo Ticio.*»

Finalmente, a compendiosa comprehende, em resumo, a vulgar e a pupillar, mediante esta locução: «*Instituo a meu filho herdeiro, e em qualquer tempo que elle morra lhe substituo Ticio.*»

Da reciproca, expõe Liz Teixeira duas variedades: a directa, e a fideicommissaria.

Esta classificação das substituições é, aos nossos olhos, inteiramente viciosa.

Liz Teixeira, accetando os typos primordiaes, apurados por Domat, incorreu no defeito que já attribuímos a este, aliás eminente, escriptor, e no qual por isso não insistimos.

Muitos outros accrescem, porém.

A substituição directa, identificando-se com a vulgar, é uma especie distincta da pupillar, e por isso não pode ser um genero, que em si contenha não só a vulgar, mas todas as outras, descritas por Liz Teixeira.

Depois a pupillar expressa abrange a vulgar, pois que, se o filho não adir a herança, é Tício o herdeiro; a pupillar expressa não é, por consequencia, uma substituição simples, como se afigura a Liz Teixeira.

Além d'isto, a pupillar tacita, como elle a descreve, vem a confundir-se inteiramente com a vulgar; nem mesmo se pode considerar como pupillar, pois que, instituindo-se n'ella um substituto, apenas para o caso em que o filho não possa ou não queira adir a herança, é evidente que se este a adiu, e falleceu antes da epocha, em que podia fazer testamento, passam os bens aos herdeiros *ab intestato*. A pupillar contém a vulgar; esta é que não contém aquella.

Demais, que differença quer Liz Teixeira que se faça practicamente entre a pupillar tacita e a compendiosa, se para uma e outra apresenta a mesma fórmula, e se a intenção do testador só pode ser conhecida pelas suas palavras?!

E depois, que contradicção! Liz Teixeira diz, mais ao diante, que a *compendiosa* é: «uma disposição concebida em termos implicitos, que contém, ao mesmo tempo, a substituição *directa* e a *fideicommissaria*, ou aquella que se faz em termos *geraes*, proprios para comprehender *todas as especies de substituição: vulgares, pupillares e fideicommissarias.*» Mas, se assim é, como pode a compendiosa ser uma *variedade* da pupillar, não só distincta de todas as outras especies de substituição, mas ainda de todas as outras variedades?

E, por ultimo, perguntaremos como é que a reciproca tem, como variedades, a *directa* e a *fideicommissaria*, se estas são os generos, d'onde dimanam todas as substituições, e, pois, a reciproca?

Coelho da Rocha<sup>1</sup> diz que a substituição: «pode ser determinada de duas maneiras: ou para o caso em que o herdeiro não chegue a aceitar a herança, ou morra no estado de pupillo ou demente, e então chama-se *directa*; ou designando aquelle para quem devem passar os bens por morte do herdeiro, que aceitou, e chama-se *fideicommissaria* ou *compendiosa*.»

A *directa* comprehende, pois, a vulgar, a pupillar, e a exemplar. Alem d'isto, toma o nome de *reciproca*, quando ha correlação entre herdeiros e substitutos<sup>2</sup>. /

Tambem não concordamos com esta classificação.

Examinando as palavras transcriptas, vêmos que as substituições, pupillar e exemplar, não devem ser havidas como *directas*, mas sim por *compendiosas*, por isso que em ambas se designa *aquelle para quem devem passar os bens por morte do herdeiro*, pupillo ou demente. Alem do que, se a pupillar e a exemplar contêm a vulgar, como já o assentámos, são perfeitamente *compendiosas*.

Corrêa Telles<sup>3</sup> limita-se a recensar, como especies de substituição: a *vulgar*, a *pupillar*, a *exemplar*, a *reciproca*, e a *fideicommissaria* ou *compendiosa*; mas sem delinear a ligação que as prende, entroncando-as ou ramificando-as. Por isso nos limitaremos a notar que nem só a *fideicommissaria* é *compendiosa*, como o quer fazer valer Corrêa Telles.

<sup>1</sup> *Inst. de Direito Civil Portuguez*, § 713.º

<sup>2</sup> Esta divisão de substituições foi tambem consignada no *Codex Maximilianus*, publicado em 1756 pelo barão de Kreittmeyer, e do qual St. Joseph extrahiu os preceitos juridicos, vigentes na Baviera.

<sup>3</sup> *Digesto Portuguez*, tom. 3, artt. 1618.º, 1621.º, 1624.º, 1626.º e 1628.º

III A Ord., liv. 4.º, tit. 87.º pr., depois de definir a substituição, diz:—«E pode ser uma de cinco, que em Direito se chamam *vulgar, reciproca, pupillar, exemplar, compendiosa.*»

No tocante á fideicommissaria, guarda silencio a Ord.

Todavia, alguns dos nossos reinicolas têm buscado identificar a substituição compendiosa com a fideicommissaria, em face da mesma Ord.

Vejamos, pois, como lá se define a *compendiosa*:—«Substituição compendiosa é a que um testador faz ao herdeiro que instituiu, quando quer que elle fallecer. E chama-se assi, porque debaixo de um compendio de palavras contém em si muitas substituições de differente natureza: a forma em que se faz é esta: *Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo.*»

O Acc. do S. T. J., de 8 de junho de 1846, concluiu, d'estas palavras, que a Ord. houvera como synonymas as substituições compendiosa e fideicommissaria <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O Acc. do S. T. J. de 8 de junho de 1846, transcripto na *Gazeta dos Tribunaes*, 5.º anno, n.º 733, exprime-se pelo seguinte teor: «Considerando que a Ord. liv. 4.º, tit. 89.º, § 12.º, declara que é substituição compendiosa a que o testador faz ao herdeiro que instituiu, *quando quer que elle fallecer, ou por sua morte*, comprehendendo-se debaixo de um compendio de palavras muitas substituições differentes: que no caso presente são no accordão recorrido reconhecidas, emquanto ao facto, as circumstancias: 1.º de que o testador tomou a terça, e a deixou a D. Isabel; 2.º de que o mesmo testador dispoz que esta a conservasse em sua vida, e passasse por sua morte a mesma terça para seu filho Diogo: *Que taes circumstancias constituem a ordem successiva, caracter essencial d'esta substituição fidei-*

Concyol deixa perceber que a substituição fideicommissaria está sempre comprehendida na compendiosa<sup>1</sup>.

Corrêa Telles<sup>2</sup> diz que a substituição compendiosa, definida e exemplificada pela Ord. citada, comprehende a vulgar, a pupillar (dando-se os requisitos que a distinguem), e a fideicommissaria. Para este illustrado juriconsulto, a differença, que extrema a *fideicommissaria* da *compendiosa*, é que esta emprega as palavras *imperativas*, e aquella as *precativas*;— «mas como os rogos do testador equivalem a um preceito, «*d'ahi vem que tanta virtude tem uma como outra phrase, e «é por isso que a Ord., L. 4.º, tit. 87.º, não tractou da substituição fideicommissaria.*»

Em primeiro lugar, Corrêa Telles é contradictorio, por isso que: ou a fideicommissaria é, como a vulgar e a pupillar, uma *especie* da compendiosa; ou, identificando-se com esta, um *genero*, a que pertencem, *como especies*, a vulgar e a pupillar.

Em segundo lugar, não logramos perceber o motivo, por que Corrêa Telles, afim de interpretar a Ord., recorreu á antiga differença entre verba *directa* e *precativa*, usada no antigo Direito Romano, mas já abolida na Const. 2, Cod. *com. de leg.*; tanto mais, que a nossa Ord. não auctorisa o interprete a revalidar esta distincção caduca

«*commissaria*, feita em termos inteiramente conformes á expressa disposição do cit. § 12.º...»

<sup>1</sup> Concyol — *Allegationes Forenses*, alleg. 41, n.º 1:— *alicet substitutio reciproca non contineat regulariter fideicommissariam*; n.º 2— *cum tamen illa sit concepta in casum mortis filiorum, dicitur illa adjecta compendiosa*; n.º 3:— *et ideo continet etiam: fideicommissariam.*»

<sup>2</sup> *Manual dos Tabellães*, § 224.º

Quanto a nós, entendemos que a citada Ord., no § 12.º, teve, effectivamente, em vista a substituição fideicommissaria, e, se houvessemos de fazer obra pela Ord., não duvidariamos applical-a neste sentido. Levam-nos a esta conclusão as palavras genericas: — «e... por sua morte seja herdeiro Paulo.» Bem julgado foi, pois, em nosso parecer, no citado Acc. de 8 de Junho de 1846.

Mas, se do campo de applicação revertermos para o da exegese, convencer-nos-emos de que a Ord. não foi extremamente cautelosa nas idéas que expendeu. A substituição fideicommissaria não contém muitas outras de natureza differente; envolve, é verdade, a vulgar, mas nenhuma outra; a pupillar e a exemplar segregam-se d'ella, como respeitando a hypotheses nimiamente restrictas.

E senão, vejamos: Um testador nomeou, por seu herdeiro, um impubere, que lhe é estranho, devendo a herança passar, por morte d'este, para um terceiro. Esta substituição, nos termos de Direito, é fideicommissaria. Supponhamos que o impubere adiu a herança, mas falleceu dentro da impuberdade; a substituição, que então se verifica, será pupillar? ninguem o sustentará; e, todavia, o substituido falleceu impubere! Supponhamos, porém, que o testador era pae do substituido: neste caso, dizem os interpretes, tem logar a substituição pupillar, *porque o substituido falleceu dentro da impuberdade!*

A incoherencia é notavel; a sua origem está, comtudo, na pretensão de que a substituição fideicommissaria implicitamente contenha a pupillar, quando é certo que procedem de causas diversas, e conferem direitos differentes.

A substituição pupillar tem o seu fundamento n'uma circum-

stancia, que lhe é peculiar: o menor, emquanto impubere, não pode testar; d'ahi a regalia, concedida ao pae, de dispôr, em prol de terceiros, *mesmo da legitima pertencente ao filho*, sem prejuizo, claro é, de outros herdeiros legitimarios. Com o fideicommisso não acontece o mesmo; o fideicommittente jámais pode dispôr, em favor do fideicommissario, da legitima deixada ao fiduciario.

Os direitos do impubere, substituido pupillarmente, são os do proprietario; se o tutor e o conselho de familia se accordarem em alienal-os, por conveniencia do menor, alienam-os. Pelo contrario, os direitos do impubere, substituido fideicommissariamente, não envolvem uma propriedade perfeita. No primeiro caso, se o impubere fallece, transmite ao substituido a *propriedade*; no segundo caso, não. Logo, a substituição fideicommissaria não pode abranger a pupillar, nem ser-lhe equivalente, mesmo quando o fideicommittente seja pae de um impubere fiduciario.

O que deixamos dicto da substituição pupillar, tem inteira cabida na exemplar.

O nosso moderno Codigo Civil seguiu as pisadas de Corrêa Telles: nos artt. 1858.º, 1859.º, 1861.º, 1865.º e 1866.º, especificou as substituições: *vulgar* ou *directa*, *pupillar*, *quasi pupillar*, *reciproca* e *fideicommissaria*, mas sem lhes estabelecer ligação.

N'este labyrintho de classificações, mais ou menos erroneas, salteou-nos a mente uma, que julgámos dever perfilhar, como mais exacta e rigorosa. Propômol-a em toda a sua singeleza:

As substituições, consideradas em relação á sua natureza especifica, *simples* são (vulgares) ou *compendiosas*; pertencem

ás compendiosas as pupillares, as exemplares, e as fideicommissarias.

Consideradas sob o ponto de vista da correlação existente entre substitutos e substituidos, podem ser *singulares* ou *reciprocas*.

Tanto as *singulares*, como as *reciprocas*, podem ser vulgares, pupillares, exemplares, ou fideicommissarias.

IV Assentados estes principios, busquemos agora definir o sentido e alcance juridico da substituição fideicommissaria, assim no velho, como no moderno Direito.

Do já citado § 12.º da Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, se infere que o character especial d'esta substituição consistia em ella se realisar ao tempo da morte do substituido, qualquer que elle fosse, e em qualquer epocha que fallecesse. N'isto se distinguia da pupillar, que era relativa ao impubere, filho do disponente, e tinha, como condição, a morte dentro da impuberdade; e da exemplar, que só respeitava a um filho desassizado, caso morresse n'este estado.

Foi tambem assim, que Corrêa Telles <sup>1</sup> interpretou a Ord., quando, tendo ensinado que ao testador era licito o instituir um herdeiro, e substituir-lhe outro, *para depois da sua morte*, deu a esta substituição o nome de fideicommissaria.

O mesmo não aconteceu, porém, com Coelho da Rocha, o qual n'este ponto se nos antolha contradictorio, pois que, tendo primeiro dicto que a substituição era fideicommissaria, quando n'ella se designava aquelle, para quem deviam passar os bens, *por morte do herdeiro*, rão duvidou asseverar, pos-

<sup>1</sup> *Digesto Portuguez*, tom. 3, art. 1628.

teriormente, que n'esta substituição se podia assignar, ao encargo de transmittir os bens hereditarios, o prazo da morte do herdeiro, *ou outro qualquer* <sup>1</sup>.

E, por ultimo, Liz Teixeira, definindo esta substituição, tambem não julgou dever tornal-a dependente da morte do substituido <sup>2</sup>.

Sem embargo d'isto, a Ord. marca tão explicitamente o prazo da morte do fiduciario, para a realisação da substituição, que julgamos ser vedado ao interprete o alevantar duvida, quando a lei é clara.

O nosso Codigo civil, tendo em mira a prohibição das substituições fideicommissarias, entendeu dever definil-as. Em consequencia d'isto, o art. 1866.º propoz-se a synthetisar os requisitos, a que deve satisfazer uma disposição, afim de ser propriamente considerada como fideicommissaria. No emtanto, reconhecendo a existencia de outras disposições, que, não se pautando inteira e rigorosamente pelos requisitos apontados, deviam comtudo ser prohibidas, o mesmo Codigo, no art. 1871.º, especializou as que desejava fossem havidas por fideicommissarias, afim de entrarem na regra geral que as prohibiu.

<sup>1</sup> Comparem-se os §§ 713.º e 718.º das *Inst. de Dir. Civ.* de Coelho da Rocha.

<sup>2</sup> A definição, que Liz Teixeira dá de substituição fideicommissaria, é a seguinte: «disposição do homem, que, beneficiando alguem, o encarrega de «dar o que lhe dá, ou outra cousa, a terceiro, beneficiando este em segundo «grau ou ordem.» Claramente se percebe que Liz Teixeira se deixou levar, nesta parte, pelas doutrinas do Direito Romano, com manifesto desprezo da nossa Ordenação.

O art. 1866.º definiu, pois, genericamente os fideicommissos propriamente dictos, e o art. 1871.º individuou os havidos como taes, em virtude do expresso preceito da lei.

N'este capitulo nos limitaremos a apreciar o art. 1866.º, deixando para mais tarde a analyse do art. 1867.º pr., onde se irroga a prohibição geral dos fideicommissos, e do art. 1871.º, onde se consagra a especial ás disposições alli indicadas.

O art. 1866.º diz o seguinte:— «A disposição testamentaria, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de *conservar e transmittir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, diz-se substituição fideicommissaria ou fideicommisso.*»

O Cod. civ. dá, como assentada, a synonymia da substituição fideicommissaria e do fideicommisso.

Todavia, Demolombe<sup>1</sup> assevera que tal synonymia não existe, pois que o fideicommisso pode ser constituido a termo fixo, e a substituição não, donde se deprehende o sentido mais amplo, em que aquelle deve ser tomado.

Não sômos precisamente d'esta opinião. Em Roma, o fideicommisso podia verificar-se logo que o fiduciario adisse a herança, ou só passado certo tempo, ou pela morte do fiduciario. No primeiro caso, não havia verdadeiramente substituição, pois que a epocha da adição da herança e a da transmissão dos bens fideicommittidos deviam ser simultaneas, e não successivas. Esta hypothese, entre nós, mal se comprehende, porém; e isto porque ou o herdeiro instituido devia

<sup>1</sup> *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 1, n.º 85 e 86.

entregar só parte dos bens; e então haveria legado, mas não fideicommisso, ou todos; e então deixaria de ser herdeiro para ser executor testamentario; o herdeiro seria o supposto fideicommissario.

Nos outros dois casos, é evidente que ha substituição: o primeiro instituido usufrue os bens até ao prazo prefixo, ou até á sua morte, e então é substituido pelo segundo nomeado. Substituição fideicommissaria e fideicommisso são, pois, hoje, cousas identicas.

V Revertamos, porém, á accepção, que o Codigo civil lhes liga.

Do art. 1866.º se deduz que o fideicommisso importa a coexistencia de duas disposições ou liberalidades: uma em prol do fiduciario, outra em favor do fideicommissario; no dizer do Codigo, a herança ou legado deve primeiro passar para aquelle, e em seguida volver para este.

Foi levado por identica doutrina do Cod. civ. Francez, que Demante<sup>1</sup> considerou caracter, distinctivo do fideicommisso, a transmissão successiva de uma cousa a varias pessoas, por effeito de uma só vontade.

Ha, pois, aqui uma dupla alienação, a qual Cyriaco teve provavelmente em vista, quando escreveu<sup>2</sup>: «Fideicommissum dicitur multiplicata alienatio & continet plures gradus alienationis.»

Mas o que o nosso Codigo civil reputou, mórmente, caracteristico da substituição fideicommissaria, foi a obrigação

<sup>1</sup> *Cours Analytique du Code Napoléon*, tom. 4, n.º 10, bis, III.

<sup>2</sup> *Controversia Forense*, contr. 100 n.º 20.

imposta ao fiduciario de *conservar, e transmittir por sua morte*, os bens fideicommittidos.

Compulsando os Codigos das nações estrangeiras, sobre o assumpto que nos occupa, vemos que d'elles se podem formar tres grupos distinctos, pois que uns tornam a substituição dependente da morte do fiduciario, outros deixam ao disponente a ampla faculdade de lhe assignar um prazo, outros, emfim, formulam preceitos, que por ambiguos se podem interpretar diversamente.

O Cod. civ. da Austria, no art. 608.º, declara terminantemente que, na substituição fideicommissaria, incumbe ao successor o *conservar, e transmittir por sua morte*, a successão para o terceiro designado. Identica prescripção envolve o Cod. civ. da Bolivia, no art. 969.º

Pelo contrario, o Cod. civ. do cantão de Berne, no art. 578.º, appellida de fideicommisso a disposição, pela qual o testador encarrega os seus successores da transmissão da herança, na epocha por elle determinada. O mesmo dispõem: o Cod. civ. do Tessino, no art. 354.º; a Lei sobre successões, de 9 de dezembro de 1808, do cantão de St. Gall.; e o Direito Americano, compendiado, por Amyot, na Collecção dos Codigos de St. Joseph, tom. 2.º

O Cod. civ. do cantão de Valais, artt. 725.º e 728.º; do cantão de Vaud, artt. 685.º e 686.º; e do cantão de Fribourg, artt. 830.º e 835.º— foram ainda mais providentes, permitindo, por um lado, ao disponente o assignar prazo á substituição, e resolvendo, por outro, que, na falta de fixação de prazo, vigorasse o da morte do fiduciario.

O moderno Cod. civ. Italiano diz, no art. 899.º: «Qualun-

«que disposição colla quale l'erede o il legatario é gravato  
«con qualsivoglia espressione di conservare e restituere ad  
«una terza persona, è sustituzione fedecomessaria.» Com esta  
doutrina se conformaram: o Cod. civ. das Duas Sicilias, art.  
941.<sup>o</sup>; e o Cod. Civ. das Ilhas Jonias, art. 791.<sup>o</sup>

Finalmente, o art. 896.<sup>o</sup> do Cod. civ. Francez, annun-  
ciando que: «*les substitutions sont prohibées,*» diz: «Toute  
«disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou  
«le légataire, sera chargé *de conserver et de rendre à un tiers,*  
«sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier insti-  
«tué, ou du légataire.»

Esta redacção ambigua do art. 896.<sup>o</sup> do Cod. Nap. tem  
dado azo a interpretações encontradas.

Demante <sup>1</sup> affirma que este artigo contém dois preceitos:  
o primeiro prohibe, em absoluto, as substituições <sup>2</sup>; o segundo  
annulla completamente a disposição, pela qual alguém é en-  
carregado de conservar e transmittir. A segunda regra refe-  
re-se á primeira, fortifica-a, mas não lhe restringe a appli-  
cação.

Resultam d'aqui as seguintes consequencias: todo o en-  
cargado de *transmittir* a outrem, muito embora não haja clau-  
sula de *conservar*, é substituição, e como tal prohibido; a

<sup>1</sup> *Cours Analytique du Code Napoléon*, tom. 4, n.<sup>o</sup> 8.

<sup>2</sup> O *Cod. Nap.*, fallando das substituições, refere-se ás fideicommissa-  
rias, pois que, segundo o observa Delsol, em França: «la dénomination gé-  
«nérale de fideicommiss fut remplacée par celle de substitution fideicommiss-  
«saire, laquelle fut à son tour remplacée par celle, plus brève, de substi-  
«tution.» Delsol — *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, tom. 2,  
pag. 194.

instituição de herdeiro ou legatario fica, porém, de pé; pelo contrario, se ao encargo de transmittir accresce o de conservar, dá-se então uma substituição, que, além de ser prohibida, e por isso nulla, vai ainda invalidar a instituição de herdeiro ou legatario <sup>1</sup>.

Emile Accolas <sup>2</sup> combate, porém, esta opinião, mostrando que a segunda parte do art. 896.º teve, evidentemente, por fim o explicar a primeira.

Em abono d'isto, Rogron <sup>3</sup>, commentando as palavras: «*de conserver et de rendre,*» diz ser este o character especial das substituições prohibidas, por isso que o disponente, alienando duplamente os seus bens, estabelece uma ordem successoria, diversa da prescripta por lei. Assim o ajuizaram, tambem, quasi todos os demais commentadores.

Do que temos exposto se infere, que o nosso Codigo civil, considerando a obrigação, imposta ao fiduciario, de *conservar e transmittir* os bens fideicommittidos, como essencial á definição generica de fideicommissos, seguiu as pisadas dos modernos Codigos das nações estrangeiras.

No que, porem, se afastou de alguns, foi em reputar necessario, para haver fideicommissos, que a conservação e transmissão se effectue por morte do fiduciario.

<sup>1</sup> Demante confessa que o encargo de conservar e transmittir é que produz os principaes inconvenientes, a que a lei quiz obviar, prohibindo as substituições; mas assevera que, além d'estes inconvenientes, outros motivos houve, que poderosamente influiram na prohibição, e entre estes apparece, em primeiro plano, o principio de que o direito de regular a successão propria jámais implica o de estatuir sobre a successão alheia.

<sup>2</sup> *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 616.

<sup>3</sup> *Code Civil Expliqué*, Comm. ao art. 896.º

Afigura-se-nos que esta restricção do nosso Codigo civil teve a sua origem no desejo de impedir que, para a nossa jurisprudencia, se estendessem os largos debates, sobre este assumpto, travados no fôro francez.

Effectivamente, a generalidade dos termos, em que se acha concebido o art. 896.º, dá logar a crêr-se que toda a disposição, pela qual alguém seja encarregado de conservar, e transmittir por sua morte, ou *em outro qualquer prazo*, bens que lhe sejam deixados, se deve haver como fideicommisso.

Contra este entendimento se insurgem, porém, os juriscultos francezes. Duranton <sup>1</sup> diz que a prova de que a transmissão do fideicommisso, prohibida pelo citado art. 896.º, se deve effectuar por morte do fiduciario, está em que o Cod. Napoleão, depois de ter declarado illicitas as substituições, veio, no art. 897.º, exceptionar a regra geral. Ora, é evidente que a indole das disposições exceptuadas ha de ser precisamente identica á das prohibidas; mas dos artt. 1048.º e 1049.º, onde estas excepções se encontram, se vê que a transmissão se deve verificar *por morte do fiduciario*: logo, este é o caracteristico principal das substituições prohibidas.

Marcadé <sup>2</sup> terminantemente ensina que, todas as vezes que o encargo de conservar e transmittir é definido *ad tempus*, existe, verdade é, um fideicommisso ordinario, mas não uma *substituição prohibida*.

<sup>1</sup> *Cours de Droit Français, suivant le Code Civil*, tom. 8, n.º 81 (edição franceza).

<sup>2</sup> *Explication du Code Civil*, Comm. ao art. 896.º

E, emfim, Dalloz <sup>1</sup>, enumerando os caracteres distinctivos das substituições prohibidas, refere o *tractus temporis*, que se dá entre a abertura dos respectivos direitos do substituido e do substituto, accrescentando que este *tractus temporis* é o que decorre desde a adição do fideicommisso até á morte do fiduciario.

Com quanto a estreiteza d'este trabalho nos não permitta entrar em largas divagações, exporemos, todavia, com a possível concisão, o nosso parecer, adverso ao que acabamos de expender.

Os fideicommissos a prazo fixo, e os vitalícios, taes como existiram no Direito Romano, assim foram recebidos no antigo Direito Francez <sup>2</sup>. O Codigo Napoleão, porém, tendo em mira a emancipação da propriedade, como o evidenciam as discussões travadas no Conselho de Estado, decretou genericamente, no art. 896.º, a prohibição de taes fideicommissos. Nada mais simples; nada mais logico. A incoherencia está em presumir que o Cod. Napoleão, depois d'esta prohibição geral, daria dos fideicommissos uma definição incompleta, que apenas abrangesse os vitalícios.

Demais, o argumento, que Duranton extrahe dos artt. 1048.º e 1049.º, está longe de colher, porquanto, em taes artigos, nem uma palavra se diz, no tocante á epocha da transmissão dos

<sup>1</sup> *Répertoire de Législation*, —vbo. *substitution*, sec. 2, art. 1.º pr.

<sup>2</sup> Domat — *Les Loix Civiles*, liv. 5.º, tit. 3.º, sec. 1, n.º 1 — demonstra-o á saciedade, escrevendo: «on appelle fideicommis une disposition qui fait «passer une succession, ou une partie, ou de certains biens, de la personne «de l'héritier ou d'un légataire à un autre successeur, après le temps réglé «par le testament.»

bens fideicommittidos; e, pelo contrario, o art. 1053.º amplamente roborá a nossa opinião.

Em virtude do exposto, parece-nos poder affirmar que o nosso Codigo civil, pondo fito em impedir que no nosso fóro lavrassem as mesmas discussões, que se levantaram em França, sobre a intelligencia do art. 896.º, a ponto tal se deixou levar d'esta idéa, que foi incorrer num erro de dicção: em face do art. 1866.º d'este Codigo, a disposição, pela qual o testador commette a um herdeiro o encargo de conservar a herança, durante um prazo mais ou menos longo, não é uma substituição fideicommissaria!

E, todavia, quem lhe poderá recusar similhante natureza?

Bem sabemos nós que o Codigo, estatuinto, no art. 1747.º, que:— «a designação do tempo, em que deva começar ou cessar o effeito da instituição de herdeiro, ter-se-ha por não «escripta»— implicitamente converte as substituições, a prazo fixo, nas substituições, de que falla o art. 1866.º Sendo assim, claro está que taes disposições:—ou se moldam pelas exigencias dos n.ºs 1.º e 2.º do art. 1867.º, e então são validas; ou d'ellas se distanciam, e então são nullas, em virtude dos artt. 1867.º pr. e 1871.º A restricção do art. 1866.º não irroga, pois, effeitos funestos na praxe do fóro; mas a verdade é que esta restricção, cerceando a accepção juridica da substituição fideicommissaria, vicia o rigor terminologico do art. 1866.º

Se o Codigo tinha a peito definir os fideicommissos, devia satisfazer ás prescripções da logica, abrangendo na definição todo o definido.

Em materia de legislação, antes não definir, que definir mal.

## CAPITULO II

### Dos Fideicommissos prohibidos pelo Codigo civil

Commentario aos artt. 1867.º pr., 1871.º, 1872.º e 1869.º do Codigo civil

**Summario.**—I Proibição geral dos fideicommissos.—II Proibição especial das disposições, com interdição do direito de alienar.—III e do legado *de eo quod supererit*.—IV e dos encargos periodicos, constituídos em prol de mais de uma pessoa, successivamente.—V excepção a esta ultima prohibição.—VI Efeitos geraes das prohibições, que affectam as deixas fideicommissarias.

I O Codigo civil, julgando ter definido cabalmente, no art. 1866.º, os fideicommissos ordinarios, formulou, no art. 1867.º pr., esta regra geral: — «São prohibidas para o futuro as substituições fideicommissarias.»

Salvas, pois, as excepções, que o mesmo art. 1867.º assigna a esta regra, é evidente que toda a disposição, cujos caracteres se moldem pelos especificados no art. 1866.º, tem a natureza de fideicommissio ordinario, e, como tal, é, de Direito, nulla.

A jurisrisprudencia estrangeira dá largas á critica, n'este particular. Nada mais variavel, mais encontrado, do que as prescripções exaradas nos Codigos dos povos cultos, sobre o assumpto que nos prende. Desde a prohibição absoluta dos

fideicommissos, até á sua inteira permissão, têm os preceitos legislativos assumido numerosas cambiantes de forma e doutrina.

O Cod. civ. da Austria, nos artt. 604.º e seg.; o Cod. civ. da Servia, nos artt. 464.º, 465.º, 467.º; a Ordenação de Bâle, nos artt. 584.º a 590.º; o Cod. civ. de Fribourg, nos artt. 930.º e seguintes; e o Cod. civ. do Valais, no art. 721.º — consagram a absoluta permissão dos fideicommissos.

Na Inglaterra, onde a liberdade de testar é illimitada, encontram elles ampla cabida, como se deprehende do art. 556.º e seg. do trabalho emprehendido por Amyot, revisto por Blaxland, e publicado na Concordancia dos Cod. Extrangeiros.

No Direito Commum Allemão, compilado por Bergson, encontramos-lhes egual assentimento, no art. 338.º pr.

Da confrontação dos artt. 354.º e 355.º do Cod. civ. do Tessino resulta que a validade do fideicommisso depende da capacidade do fideicommissario.

A Lei de 13 de abril de 1836, promulgada no Hanovre, permittiu a constituição dos fideicommissos, ainda que perpetuos, impondo, todavia, a estes ultimos, a condição restrictiva de que o producto liquido dos bens immoveis, sobre que elles versassem, attingisse 1:200 escudos.

De encontro a isto, se offerece o Codice Italiano, que, definindo, como vimos, a substituição fideicommissaria, accrescenta: «tale sostituzione é vietata.»

Identico alvitre perfilhou o Cod. da Lucerna, no art. 4431.º; e o Cod. da Bolivia, que, preceituando-o, nos artt. 969.º e 971.º, apenas, nos artt. 965.º a 968.º, deixou de pé a substituição vulgar, a pupillar, e a exemplar.

Codigos ha, finalmente, que abraçaram a prohibição, como regra, irrogando-lhe, todavia, as excepções que houveram por justas e convenientes.

O Cod. civ. de Soleure, no art. 564.º, permite sómente o fideicommisso, cujo fiduciario seja pae dos fideicommissarios.

Na Dinamarca, segundo se infere dos artt. 269.º e 270.º do Compendio Juridico de Stenfeld, sómente aos paes é permittido o providenciarem de modo, que os filhos percebam os rendimentos dos bens que lhes são deixados, sem que, contudo, possam alienar a propriedade de taes bens.

Emfim, o Cod. Napoleão, no art. 896.º; o Cod. civ. das duas Sicilias, no art. 942.º; o Cod. civ. das Ilhas Jonias, no art. 791.º; o Cod. civ. da Hollanda, no art. 926.º; e o Projecto do Cod. civ. Hespanhol, nos artt. 629.º e 635.º, — as-sentaram, como regra, a prohibição, exceptuando-a apenas, em hypotheses restrictas e definidas.

Foram estes últimos Codigos, que o nosso tomou por modelos de doutrina.

Em outro capitulo, que não em este, puramente de exegese, exporemos os principios, que, em nosso parecer, deveriam ser consignados na jurisprudencia patria.

II O Codigo civil não se limitou a proscreever genericamente os fideicommissos. Pondo fito em extirpar do nosso fóro toda a convenção, toda a liberalidade, que simuladamente podesse involve uma substituição fideicommissaria, desceu, no art. 1871.º, a especialisar, e prohibir, as disposições, que julgou estarem em tal caso.

N'este intuito, o art. 1871.º declarou que:—«Serão ha-vidas por fideicommissarias, e, *como taes, defesas* :

• 1.º *As disposições com prohibição de alienar.* »

Poderíamos encontrar a fonte d'este preceito no Cod. civ. do Valais, art. 726.º, e no Cod. civ. da Hollanda art. 931.º A differença está em que o Cod. civ. do Valais reputa fideicommissaria a disposição, pela qual o testador prohibe ao herdeiro, ou legatario, o alienar a herança, ou o legado, mas não invalida esta disposição; ao passo que o Cod. civ. da Hollanda, sem explicitamente a alcunhar de fideicommissaria, lhe irroga completa nullidade.

Demais, a doutrina do nosso Codigo civil está, n'este ponto, inteiramente de accordo com a do Projecto do Cod. civ. Hespanhol, pois que este, no art. 635.º, considera como fideicommissaria, e nulla, toda a substituição não especificada nos artt. 629.º, 630.º e 638.º; e no art. 636.º faz comprehender na prohibição do art. anterior:—« 1.º La disposicion por la « que se declare inalienable toda ó parte de la herencia. »

O Cod. civ. Italiano não foi tão explicito, o que deu causa aos seus commentadores não considerarem a prohibição de alienar como um fideicommisso, mas sim como uma prescripção sem effeito algum <sup>1</sup>.

Sem embargo d'isto, o disposto no n.º 1.º do art. 1871.º póde dar logar a varias duvidas, de não pequeno alcance practico.

A primeira questão, que se nos offerece, é a seguinte: toda

<sup>1</sup> Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda, glosando o art. 909.º do Cod. civ. Italiano, dizem effectivamente: «Di regola la proibizione d'alienare, opposta «in uno testamento, non forma un fedecommeso, essendo in massima nulla, «e non costituendo che il nudum preceptum dei romani giuristi.»

a disposição, com prohibição de alienar, será havida por fideicommissaria, e, como tal, nulla? Será, pelo contrario, mistér que similhante disposição tenha por fundamento explicito, ou implicito, o desejo, concebido pelo disponente, de favorecer um terceiro, para o qual os bens devam passar por morte do herdeiro instituido? N'uma palavra, a regra formulada no n.º 1.º do art. 1871.º do Cod. civ. será universal, ou simplesmente generica?

Esmiuçemos as bases, sobre que tem assentado esta questão.

Por Direito Romano a simples prohibição de alienar não importava fideicommisso<sup>1</sup>; o contrario se dava, porém, na prohibição de alienar *fóra da nação* ou *da familia*<sup>2</sup>. Pela mesma fórma, o simples conselho, e a simples recommendação de não alienar, não induzia fideicommisso; mas o contrario acontecia, tambem se o conselho era dado ao herdeiro ou legatario, *em interesse de seus filhos*<sup>3</sup>.

Esta doutrina do Direito Romano foi perfilhada, assim pelo velho, como pelo moderno Direito Francez. Dubarry discus-

<sup>1</sup> Isto se infere das LL. 38, § 4.º e 93.º pr., D. *de leg. 5.º*, as quaes, figurando a hypothese de existir, em testamento, uma clausula prohibitiva da alienação dos objectos testados, por forma alguma dão margem a suppor-se que similhante clausula seja fideicommissaria.

<sup>2</sup> É expressa, a este respeito, a L. 69, § 3.º, D. *de leg. 2.º*, quando diz: «Fratre herede instituto petit *ne domus alienaretur sed ut in familia relinqueretur*: si non paruerit heres voluntati sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes *fideicommissum* petent, qui in familia fuerunt.»

<sup>3</sup> Comprovam estas asserções as LL. 11, § 2.º e 9.º, D. *de leg. 5.º*; a L. 77, § 24.º, D. *de leg. 2.º*, e a Const. 12, Cod. *de fideicom. libert.*

tindo se a prohibição de alienar importa fideicommisso, distingue a *simples* prohibição da que tem por origem uma causa legitima, expressa ou tacita. A prohibição era reputada *simples*, todas as vezes que se fazia sem designação de pessoa ou de causa; não induzia fideicommisso, tinha-se como não escripta; se a alienação se effectuava a despeito d'ella, ficava de pé e era valida. A prohibição *fundamentada* importava fideicommisso, e, pois, invalidava toda e qualquer alienação dos bens fideicommittidos <sup>1</sup>.

Pothier <sup>2</sup> ensina que a prohibição de alienar é fideicommissaria, «lorsqu'il *parait* par le testament que c'est en faveur de quelque autre que celui à qui la défense est faite, que le testateur l'a faite.» Não é todavia mister, segundo Pothier, que o testador expresse a causa da prohibição: basta que ella se possa conhecer por qualquer meio.

Este mesmo parecer é defendido, no moderno Direito Francez, por Demolombe <sup>3</sup>, salvo no que toca á prohibição de alienar *extra familia*, a qual Demolombe julga não ser fideicommissaria, já por não haver designação de substituto, já por não ser absoluta a prohibição.

<sup>1</sup> Da *prohibição* diz Dubarry — *Tractatus de Successionibus*, liv. 8.º, cap. 3.º, n.º 1: «nullius momenti est tanquam nudum preceptum, quod consilium tantum importat... cui renunciare potest: ideo valet alienatio.» Ao revez d'isto, bastava, para a prohibição de alienar ser havida como fideicommissaria, que fosse feita: «ut bona in familia, vel in agnatione serventur, vel quia prohibita ut *extra suos, extra descendentes, extra denique certum genus personarum*, aut quod in pœnam alienationis alius vocatus sit.»

<sup>2</sup> *Œuvres*, tom. 5.º — *Traité des Substitutions*, sec. 3, art. 3.º, § 1.º

<sup>3</sup> *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 1, n.º 147.

Finalmente, o Cod. Civ. de Fribourg, no art. 842.<sup>o</sup>, sancionando a opinião de Pothier e Demolombe, restringiu-a, comtudo, á hypothese de ser designado o terceiro, em favor do qual teve logar a prohibição <sup>1</sup>.

Agora, que temos procurado inteirar-nos do estado da questão, vejamos como resolvel-a, em face do nosso Codigo Civil.

É facil inferir do exposto que tres hypotheses principaes se podem dar: a primeira é a de o disponente designar a pessoa, em attenção á qual estatuiu a prohibição de alienar; a segunda é a de não ser expressa esta designação, mas deprehender-se o proposito do disponente da qualidade e circumstancias dos herdeiros *ab intestato* do adquirente; a terceira é a de existir uma simples prohibição.

Sendo assim, afigura-se-nos que, em todas as tres hypotheses, será, hoje, havida por nulla a clausula prohibitiva da alienação. Na primeira, por isso que contém um fideicommisso ordinario, nos termos do art. 1866.<sup>o</sup>, existe a obrigação de conservar e, pois, a de transmittir por morte ao terceiro designado, que forçosamente é o herdeiro *ab intestato* mais proximo. Na segunda, a obrigação de conservar é evidente; quanto á de transmittir por morte, resulta ella logicamente, por um lado, da impossibilidade, em que se acha o segundo proprietario, de alienar *causa mortis*, e, por outro, da propria lei, que regula a ordem natural da successão. Quanto á terceira, muito embora se possa, com razão, duvidar de que a

<sup>1</sup> O art. 842.<sup>o</sup> do Cod. de Fribourg diz o seguinte: «La défense d'aliéner, qui est une espèce de substitution fideicommissaire, lorsqu'elle est faite pour l'avantage d'un tiers designé, est soumise aux règles établies ci-dessus.»

simples prohibição de alienar envolva um fideicommisso, o que é certo é que, já pelo Direito Romano, já pelo Direito Francez, já pelo Codigo de Fribourg, que são as bases da questão proposta, é nulla, e de nenhum effeito, similhante prohibição.

Resolver o contrario, fôra dar margem a numerosos pleitos, tendentes a decidir se o disponente tivera em mira o favorecer um terceiro; e todo o juriconsulto comprehenderá, sem esforço, a difficuldade e o melindre das provas, que se poderiam adduzir em assumpto, de si tão delicado.

Uma outra questão se pode ainda ventilar :

O Cod. Civ. da Austria, no art. 610.º fin., e o Cod. Civ. do Tessino, no art. 356.º, consignam estas duas proposições, que entendemos não dever passar em silencio:—a prohibição de alienar não exclue o direito de dispor testamentariamente; a prohibição de testar encerra em si uma substituição fideicommissaria.

Comprehende-se perfeitamente que a simples clausula, prohibitiva de alienação, não invalide o direito de testar. Não repugna conceber que o disponente, conhecendo o character leviano e as tendencias desregradas d'aquelle, em favor do qual dispõe, queira impedir os effeitos provaveis d'estes vicios, assegurando-lhe vitaliciamente a propriedade dos bens de que se desparte, sem com isto pretender, por forma alguma, coarctar-lhe o direito de testar. Nada mais natural, mais frequente, mesmo. Se a lei obsta á realisação d'este desejo, é porque tem em vista considerações d'outra ordem, taes como a responsabilidade das transacções, e a liberdade do dominio.

Mas a simples prohibição de testar deverá, em face do art. 1871.º do nosso Código Civil, ser considerada como substituição fideicommissaria? Se em testamento se consignar uma clausula condicional d'esta natureza, será nulla?

Entendemos que sim. De nada valeria ao testador o prohibir ao seu herdeiro que dispozesse em testamento, se nesta prohibição se não julgasse implicitamente comprehendida a de alienar. Que importava ao herdeiro o não poder dispor testamentariamente, se ampla lhe ficava a faculdade de alienar, ainda mesmo *causa mortis*, mediante uma doação?

Ora, se a prohibição de testar envolve, sob pena de absurdo, a de alienação, é reputada fideicommissaria, nos termos do art. 1871.º n.º 1, e, pois, é nulla.

III Continuemos na apreciação do art. 1871.º do Cod. Civ.

O n.º 2 declara, tambem, fideicommissarias, e de nenhum valor:—*«as disposições, que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatário.»*

É a condemnação do legado *de eo quod supererit*.

O Cod. Civ. afastou-se completamente, neste ponto, das provisões do Cod. Civ. da Hollanda, que, apesar de, no art. 926.º, prohibir genericamente os fideicommissos, decretou, todavia, no art. 928.º, que a disposição, pela qual uma pessoa, ou seus filhos, nascidos ou nascituros, fosse chamada a succeder em toda ou parte da herança ou do legado, que não tivesse sido objecto de alienação, ao tempo da morte do primeiro instituido, não era substituição prohibida; declarando a mais, no art. 1036.º, que ao fiduciario era, neste caso, licito o

alienar, por titulo oneroso ou gratuito, os bens que lhe tivessem sido deixados.

A determinação do n.º 2 do art. 1871.º é, porem, inteiramente conforme á do n.º 2 do art. 636.º do Proj. do Cod. Civ. Hespanhol<sup>1</sup>.

Em puridade seja dicto, o Cod. Civ. quiz, por esta forma, dirimir as largas controversias, oriundas do Direito Romano, que sobre este assumpto se levantaram na nossa antiga jurisprudencia, e que ainda hoje vemos debatidas no fôro francez.

As opiniões emittidas pelos commentadores francezes são, na verdade, extremamente variaveis.

Rolland de Villargues<sup>2</sup> e Merlin<sup>3</sup> sustentaram que, em virtude do art. 896.º do Cod. Nap., o legado *de eo quod supererit*, muito embora fosse um fideicommisso, não era, todavia, uma substituição prohibida, porquanto, importando, effectivamente, o encargo de transmittir, não impunha, comtudo, o de conservar, sendo certo que o art. 896.º exigia o concurso d'estes dois encargos, a fim de se haver, como existente, uma substituição prohibida; e d'aqui resultava que este fideicommisso *de eo quod supererit* não annullava a disposição principal.

No emtanto, Rolland de Villargues, e com elle Merlin, en-

<sup>1</sup> O Projecto do Cod. Civ. Hespanhol, no logar citado, diz: «Quedan comprendidas en la prohibicion del articulo anterior: 2.º Aquella por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero.»

<sup>2</sup> *Traité des Substitutions Prohibées*, n.º 232.

<sup>3</sup> *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*,—verbo *Substitution Fideicommissaire*, § 13.º

tendiam que a lei não prohibira este fideicommisso, por elle conter uma prescripção não obrigatoria, e, por consequencia, nulla. A que titulo poderia, pois, o substituto vir reclamar os bens, que o substituido não tivesse alienado? seria fundado numa prescripção nulla? *quod nullum est nullum producit effectum.*

Em conclusão: este fideicommisso não era prohibido por lei, e por isso não invalidava a disposiçào principal; mas era nullo, e por isso se tinha como não escripto.

De encontro a isto, Toullier, Delvincourt <sup>1</sup>, Emile Accolas <sup>2</sup> e Picot <sup>3</sup>, affirmaram que tal fideicommisso não só não era prohibido, attendendo a que não envolvia o encargo de conservar, mas nem mesmo era nullo, como traduzindo apenas uma condiçào, que lei alguma reprovava.

O substituido tinha a faculdade de tornar irrealisavel esta condiçào, alienando todos os bens fideicommittidos, sem que d'ahi se podesse concluir que, tendo sido conservados, não devessem pertencer ao substituto. A vontade do testador deveria cumprir-se em um, como em outro caso.

Finalmente, Marcadé <sup>4</sup> e Delsol <sup>5</sup> estabeleceram a seguinte distincção: se a faculdade de alienar só foi concedida ao instituido *para o caso de necessidade*, o fideicommisso *de eo quod supererit* é uma verdadeira substituiçào prohibida, e como tal annulla a disposiçào principal; se, porem, a faculdade de alie-

<sup>1</sup> *Cours du Code Civil*, tom. 2, not. 7 á pag. 103.

<sup>2</sup> *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 619.

<sup>3</sup> *Code Napoléon Expliqué*, Comm. ao art. 896.

<sup>4</sup> *Explication du Code Civil*, Comm. ao art. 896.º

<sup>5</sup> *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, tom. 2, pag. 199 e 200.

nar foi concedida sem aquella restricção, então o substituido pode dispor livremente dos bens que lhe foram deixados, e a substituição desaparece. Demais, Marcadé e Delsol julgam isto uma questão de facto, e que por isso se deve deixar ao prudente arbitrio do juiz o decidir, mediante as circumstancias em que se achava o disponente, e as palavras que empregou, se aquella restricção foi ou não irrogada.

Do exposto se evidencia o encontro de pareceres, que, n'este particular, lavra na jurisprudencia franceza, e ao qual o nosso Codigo Civil se propoz obviar.

O legado *de eo quod supererit* já, no nosso antigo Direito, era considerado como um fideicommisso <sup>1</sup>; bastas duvidas existiam, porém, no tocante aos limites da faculdade de alienar, concedida ao fiduciario. A oscillação das opiniões dos nossos reinicolas nascia, principalmente, da applicação, mais ou menos ampla, que julgavam se deveria fazer, dos preceitos da legislação Romana, no nosso fóro.

Segundo a Novella 108, cap. 1, todas as vezes que o testador constituia um fideicommisso *de eo quod supererit*, era licito ao fiduciario o alienar, e dispor livremente de trez quartas partes dos bens, que lhe foram commettidos; devia, com-

1 Na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1932 (14.º anno), se transcreve uma consulta, dirigida á redacção, sobre a indole de uma disposição testamentaria, pela qual o testador deixava ao herdeiro certos e determinados bens, «para «os possuir e disfructar em sua vida, podendo vender os mesmos, sendo-lhe «necessario,» e devendo transmittil-os *causa mortis* aos seus herdeiros legitimos. Perguntava-se, na consulta, se haveria aqui um fideicommisso, ou um legado de usufructo. A *Gazeta dos Tribunaes* ajuizou haver um fideicommisso.

tudo, deixar intacta ao fideicommissario a quarta falcidia, salvo quando a dispendesse em dote, doação esponsalicia, ou remissão de captivos. Se o fiduciario dispendia a quarta, por outros motivos, que não os apontados, respondia pelos seus bens proprios; na falta absoluta d'estes, concedia a mesma Nov., no cap. 2, ao fideicommissario o direito *in re* sobre os bens alienados, afim de os haver pela acção de reivindicação.

Levado, talvez, pelas provisões d'esta Novella, Corrêa Telles <sup>1</sup>, depois de estabelecer, em regra, o beneficio da quarta, como pertencente ao substituto, n'esta especie de substituição, accrescenta, porém, que se o fiduciario fôr filho do testador, pode doiar-se com o fideicommisso, ou alhear-o para restituir o dote.

Lobão <sup>2</sup>, reconhecendo a variedade de opiniões, formuladas no attinente ás restricções, que naturalmente devêra soffrer a liberdade de alienar, concedida ao fiduciario, opinou deverem ser consideradas illicitas as alienações, que, muito embora não affectassem a quarta, fossem, todavia, feitas com o animo de defraudar o fideicommissario, e de esterilisar o fideicommisso. Em seguida, commentando a L. 54, D., *ad Senat. Treb.*, declara que nunca julgaria concedida a faculdade de doar ou testar a favor de terceiro, com detrimento do fideicommissario, nem entenderia a liberdade de alienar de fórma, que por ella se podesse, intencionalmente, prejudicar os interesses do substituto.

E como estas, outras duvidas grassaram, que por brevidade

<sup>1</sup> *Manual dos Tabelliães*, § 228.º

<sup>2</sup> *Notas a Mello*, tom. 5, Dissert. 7, §§ 62.º e 65.º

omittimos aqui. Além do que, este rapido quadro historico claramente patenteia a vantagem que o nosso fóro auferiria da disposição do art. 1871.º, n.º 2, tendente a dirimir completamente os escolhos, que tanto faziam variar as interpretações dos fideicommissos *de eo quod supererit...* se outras disposições não contivesse o Codigo Civil, que algum tanto desmentem estas <sup>1</sup>.

IV O art. 1871.º, no n.º 3, declara, egualmente, fideicommissarias e nullas: — *«as disposições, que impozeram ao herdeiro ou ao legatario o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão.»*

A redacção do Cod. Civ., n'esta parte, está longe de ser clara e rigorosa.

Afigura-se, á primeira vista, que, segundo este art. 1871.º n.º 3, o encargo de prestar a renda ou a pensão pesa, *tão sómente*, sobre o *herdeiro, ou o legatario, instituido pelo testador*. Uma analyse um pouco mais profunda torna, todavia, bem saliente o absurdo de semelhante supposição. O testador, mediante aquelle encargo de renda ou pensão (a qual devemos, em regra, imaginar vitalicia), teve em vista o favorecer *mais de uma pessoa successivamente*; estas pessoas são, pois, determinadas pelo testador, segundo a ordem pela qual lhes deve ser deferida a renda ou a pensão.

Ora, sendo assim, é evidente que, se o encargo pesasse exclusivamente sobre o herdeiro ou legatario instituido, só poderia ser realisavel na restrictissima hypothese de fallecerem todos os terceiros designados, antes do herdeiro ou

<sup>1</sup> A explicação d'estas palavras se encontra no cap. 7.º d'este trabalho.

legatario; e mal se comprehende que o testador firmasse uma disposição, de tão precaria exequibilidade. O que é natural, e mesmo frequente, é que o testador a querer favorecer terceiros *successivamente*, commetta ao herdeiro ou legatario o encargo, *transmissivel a seus successores* (muito embora os não designe, afim de não prejudicar a ordem testamentaria ou natural da successão), de lhes prestar a renda ou pensão estatuida.

A interpretação litteral do art. 1871.º, n.º 3, levar-nos-hia, por consequencia, ao notorio absurdo de haver, como prohibida, uma disposição, já de si inexecutable na maioria dos casos, qual a que confere o encargo ao herdeiro ou legatario, exclusivamente; e como valida, em virtude do art. 11.º, aquella em que o mesmo encargo seja attribuido, não só ao herdeiro ou legatario, *mas ainda aos seus successores*, quando o cumprimento integral d'elle o exija.

Os caracteres do encargo, prohibido pelo n.º 3 do art. 1871.º, são, pois, os seguintes:—1.º o ser constituido em proveito de mais de uma pessoa, *successivamente*; 2.º o ser imposto ao herdeiro ou legatario, tão só, ou, alem d'estes, aos seus successores, até completa realisacão da disposição testamentaria.

O ser este encargo temporario, ou perpetuo <sup>1</sup>, em nada influe na prohibicão infligida pelo Codigo.

<sup>1</sup> O encargo é *temporario*, quando o testador especifica nomeadamente os terceiros, que devem ter direito á renda ou pensão, ou quando prefixa o prazo do encargo; *perpetuo*, quando o testador, sem delimitacão de tempo, designa os terceiros genericamente:— tal é o estabelecido em prol de uma linha de gerações.

N'este mesmo sentido, legislou o Cod. Civ. do Valais, no art. 740.º

Diversa era, porem, a praxe seguida no nosso antigo Direito.

As disposições com encargos temporarios, da natureza indicada, não eram tidas como fideicommissos, mas sim como legados validos, que sómente se extinguíam na falta, ou pela morte, dos terceiros contemplados<sup>1</sup>.

Pelo contrario, as deixas de dinheiro ou propriedade, sem prohibição alguma d'alienação, mas com encargos annuaes illimitados, eram reputadas fideicommissos perpetuos, e, como taes, prohibidas, na opinião de alguns jurisprudentes, pela Ord. liv. 4.º, tit. 87.º<sup>2</sup>

V O art. 1872.º do Cod. Civ. declara, porém, que: — «a prohibição do artigo precedente não abrange as prestações de qualquer quantia, impostas aos herdeiros, ou aos legatarios, a favor dos indigentes, para dote de raparigas pobres,

<sup>1</sup> Pode ver-se, a este respeito, a *Gazeta dos Tribunaes*, 5.º anno, n.º 707, que transcreve uma decisão tomada pela Associação dos Advogados de Lisboa.

<sup>2</sup> Neste sentido, resolveu a *Gazeta dos Tribunaes*, 21.º anno, n.º 3058, firmada na opinião de Valasco — *Consulta 17*, n.º 3 — e na L. 6, D. *de annuis legat.*, na qual se diz: «Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesidere heres voluit: successores heredum negant se debere; quasi testator tamdiu praestari voluisset, quamdiu praesiderent heredes. Quaero igitur an cum praesidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum, an perpetuo praestari voluerit? Modestinus respondit, fideicommissum quotannis in perpetuum reipublicae praestandum esse.»

Pelo que toca á *Ord. liv. 4.º, tit. 87.º*, muitos dos nossos escriptores julgaram que ella prohibia os fideicommissos perpetuos, definindo substituição a — «instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo grau.

*ou a favor de qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade publica.*

Pelo que toca aos encargos, destinados a soccorrer indigentes, e dotar raparigas pobres, não ha duvida de que o art. 1872.º veio firmar verdadeiras excepções á doutrina do n.º 3 do art. 1871.º, excepções de todo o ponto plausiveis.

O Cod. Civ. imitou e ampliou, assim, o disposto no citado art. 740.º do Cod. Civ. do Valais, o qual, depois de ter tambem prohibido os encargos annuaes, perpetuos ou temporarios, constituídos em proveito de varias pessoas successivamente, irrogou uma excepção ao preceito geral, em prol da indigencia.

O Cod. Civ. da Hollanda, no art. 924.º, determina que a disposição testamentaria, genericamente concebida em favor dos pobres, se julgará respeitar aos pobres, que partilham os soccorros publicos, no logar em que se verifica a abertura da successão, independentemente do culto religioso que elles professem.

O nosso Cod. Civ. é omisso n'este particular. Mal nos conformamos, porem, com a providencia do Codigo da Hollanda, julgando preferivel o presumir que o testador, confiando bastante no seu herdeiro ou legatario, commettêra á sua rectidão, e inteireza, a justa distribuição dos soccorros a ministrar aos indigentes, e dos dotes a distribuir pelas raparigas necessitadas.

Fallemos, porem, dos encargos, constituídos em favor de *qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade publica*, e vejamos qual a origem da providencia do art. 1872.º

Estes estabelecimentos ou fundações são, em linguagem ju-

ridica, pessoas moraes, quando satisfaçam aos requisitos, fixados nos artt. 32.º e 33.º do Cod. Civ.<sup>1</sup> O art. 1872.º, n'esta parte, não cria rigorosamente uma excepção ao art. 1871.º, n.º 3, por isso que não legisla sobre encargos, commettidos em prol *de mais de uma pessoa successivamente*, mas sim dos que se deixam a favor de *uma pessoa moral*. Busquemos, pois, enxergar o fundamento d'este preceito do art. 1872.º

O art. 1871.º, n.º 3, teve em vista o impedir que a propriedade ficasse onerada com encargos, constituídos a prazos longos ou mesmo *in perpetuum*, e por isso, permittindo implicitamente o encargo, fundado em proveito de um terceiro, embora vitaliciamente, prohibiu, todavia, o que respeitasse a varias pessoas, não simultanea, mas successivamente. Ora, sendo este o espirito do art. 1871.º n.º 3, poder-se-hia entender que os encargos, que tivessem por fim beneficiar pessoas moraes, ordinariamente constituídas a prazos illimitados, ou pelo menos longos, deveriam entrar na regra geral da prohibição, sendo havidos como fideicommissarios e nullos, por darem margem a effeitos inteiramente analogos aos prevenidos no art. 1871.º n.º 3.

O Cod. Civ., reconhecendo a procedencia e legitimidade d'esta illação, expressamente resalvou, no art. 1872.º, os encargos a favor dos estabelecimentos e fundações de mera utilidade publica, implicitamente condemnando os que tendessem

<sup>1</sup> O art. 32.º do Cod. Civ. considera *pessoas moraes* as associações ou corporações, temporarias ou perpetuas, de mera utilidade publica, ou conjunctamente de utilidade publica e particular; o art. 1872.º refere-se tão só ás pessoas moraes, constituídas exclusivamente por motivos de utilidade publica.

a favorecer estabelecimentos de utilidade publica e particular conjunctamente.

Mas como interpretar as palavras do art. 1872.<sup>o</sup>—*estabelecimento* ou *fundação de mera utilidade publica*? Achar-se-ha n'ellas comprehendida a Igreja?

A Igreja é, a todas as luzes, uma fundação de mera utilidade publica!

Os encargos de rendas ou pensões destinadas á Igreja ou ao culto, os legados pios, as capellas, achar-se-hão, pois, revalidados pelo art. 1872.<sup>o</sup> do Cod. Civ.<sup>1</sup>?

<sup>1</sup> As capellas eram encargos annuaes illimitados, constituidos nos bens successorios, destinados a missas ou outras obras pias, e que deviam ser pagos pelos rendimentos de certos bens.

Os bens de capella estavam, em geral, sujeitos á amortisação, e por isso se reputavam vinculados. Em virtude d'isto, era por vezes difficil o distinguir praticamente o morgado da capella. A *Ord. liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 62.<sup>o</sup>, § 53.<sup>o</sup>*, pondo fito em dirimir as controversias, bastas vezes suscitadas, decidiu que se os encargos para missas, ou obras pias, fossem fixados d'antemão pelo instituidor, devendo todo o ulterior rendimento dos bens onerados reverter para os seus administradores, havia morgado; mas se nas instituições se resolvesse que os administradores houvessem certa cousa, ou certa quota proporcional aos rendimentos, devendo o que sobejasse ser dispendido em missas ou outras obras pias, havia então capella.

Eram tambem conhecidos pelo nome de capellas, embora impropriamente, os encargos pios, impostos sobre bens não vinculados, e sem vocação de administradores.

A legislação reguladora das capellas era extremamente complicada; entre seus principaes elementos citaremos:— o *Dec. de 2 de janeiro de 1654*; a *L. de 9 de setembro de 1769*; o *Alv. de 23 de maio de 1775*, § 18.<sup>o</sup>; o *Alv. de 27 de março de 1788*; o *Dec. de 17 de julho de 1778*; o *Alv. de 20 maio de de 1796*; e o *Dec. de 4 de abril de 1832*.

Podem consultar-se, tambem:—Lobão—*Tractado dos Morgados*, cap. 8.<sup>o</sup> e 10.<sup>o</sup>; Mello Freire—*Inst. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 10.<sup>o</sup>; Corrêa

Não o crêmos. O Cod. Civ., que, no art. 1775.º, prohibiu ao testador o determinar que se consumisse, em suffragios por sua alma, mais do que o terço da terça dos bens successorios; — que, no art. 1779.º, equiparou aos condemnados por sentença, para o effeito de não poderem adquirir por testamento, as religiosas professas não secularisadas, ou cujas communidades se não achassem supprimidas; — que, no art. 1781.º, considerou idoneas para a successão testamentaria todas as pessoas moraes, exceptuando tão só as corporações de instituição ecclesiastica, ás quaes apenas concedeu o succederem até ao terço da terça do testador; — que, finalmente, no art. 1836.º, estatuiu que o legado deixado para obras pias, sem mais declaração alguma, se entendesse instituido para obras de beneficencia e caridade, e não para missas e anniversarios, como outr'ora acontecia: — o Codigo, que tem esta indole, este espirito, este pensamento predominante de cercear as antigas regalias da Igreja e do clero, jámais teria em mente o manter illesas as capellas, e quaesquer encargos pios, que não fossem exclusivamente destinados á beneficencia e á caridade.

Os estabelecimentos e fundações de mera utilidade publica, a que allude o art. 1872.º, são, pois, irrecusavelmente, os que têm por fim principal a promoção dos interesses materiaes da humanidade, e não a dos destinados ao culto e ás devoções espirituaes.

Telles — *Digesto Portuguez*, tom. 3, art. 1377.º e seguintes; e Coelho da Rocha — *Inst. de Direito Civ. Port.*, tom. 2, § 524.º e seguintes.

Quanto á legislação posterior, pode ver-se o *Indice Remissivo da Legislação Novissima*, — compilado pelo sr. Francisco de Lencastre, — vho. *capellas e legados pios*.

Posto isto, continuemos:

O § 1.º do art. 1872.º diz: «Neste caso, porem, o encargo  
«deverá ser consignado em certos e determinados predios, e  
«será sempre licito ao herdeiro, ou ao legatario onerado, con-  
«verter a prestação no pagamento do capital correspondente  
«em dinheiro.»

O art. 2007.º § 1.º do Projecto do Cod. Civ. do sr. Visconde de Seabra, d'onde o actual art. 1872.º § 1.º foi extrahido, permittia ao herdeiro, ou legatario *gravado*, o *converter a prestação no capital correspondente, e constituil-o a juro*; no § 2.º, ordenava que esta conversão fosse feita perante o Governador Civil respectivo, com audiencia do Ministerio Publico e citação dos interessados, ou de quem os representasse. A Comissão Revisora, porem, em sessão de 26 de junho de 1862, approvando a idéa primaria do § 1.º do art. 2007.º do Projecto, modificou-a, comtudo, no sentido do actual art. 1872.º, e eliminou o § 2.º do mesmo art. 2007.º<sup>1</sup>

Segundo o sr. Visconde de Seabra, o successor, onerado com o encargo, desaggravava-se, constituindo a juro o capital correspondente, em proveito dos beneficiarios; segundo o Cod. Civ., o herdeiro ou legatario fica desonerado, effectuando uma remissão do encargo, em tudo semelhante á de um fóro.

Com quanto o art. 1872.º, § 1.º, não disponha sobre a maneira de effectuar esta remissão, entendemos que a renda ou pensão deve ser considerada como juro legal do capital que se pretender apurar; este juro é, consoante o

<sup>1</sup> Podem ver-se as *Actas da Comissão Revisora*, a pag. 280.

§ 1.º do art. 1640.º, de 5 % na falta de convenção dos interessados.

A remissão do encargo consiste, pois, no pagamento de um capital, equivalente a vinte pensões annuaes. Este é tambem, em geral, o preço da remissão dos fóros.

Finalmente, para que de modo algum se julgasse que o art. 1872.º, mediante as excepções que faz ao n.º 3 do art. 1871.º, dava azo a que o testador creasse uma ordem successoria, diversa da preceituada ou permittida pela lei, adverte o § 2.º do art. 1872.º que:— «Os herdeiros ou os legatarios «obrigados a taes encargos, não ficarão, todavia, sujeitos a «*nenhuma ordem especial de successão, que não seja a orde- «nada na lei geral.*»

VI Agora, que temos esmiuçado as prohibições infligidas pelo Cod. Civ., já aos fideicommissos em geral, já ás disposições que especialmente reputa fideicommissarias, tentemos esmerilhar os effeitos mais salientes de semelhante prohibição.

Estes effeitos dizem respeito á substituição e á instituição de herdeiros ou legatarios.

A substituição é absolutamente nulla, como se infere do confronto dos artt. 10.º, 1869.º pr., e 1871.º do Cod. Civ.

A instituição de herdeiro ou legado fica, porem, de pé. O Cod. Civ., é, a este respeito sobremaneira expresso no art. 1869.º, dizendo:— «A nullidade da substituição fideicommissaria não involverá a nullidade da instituição ou do legado; «apenas se haverá por não escripta a clausula fideicommissaria.»

O Cod. Civ. acostou-se, n'este preceito, ao Cod. Civ. das

Duas Sicilias, art. 943.º; e ao Cod. Civ. das Ilhas Jonias, art. 791.º fin.<sup>1</sup> O moderno Cod. Civ. Italiano, art. 900.º, e o Proj. do Cod. Civ. Hespanhol, art. 637.º, consagram idêntica praxe<sup>2</sup>.

Em contrario, resolveu o Cod. Civ. Francez que a disposição, que involvesse uma substituição prohibida, seria nulla, mesmo no attinente ao donatario, ao herdeiro instituido, ou ao legatario.

Os commentadores francezes têm procurado justificar esta resolução, aliás nimiamente severa, do Codigo Napoleão.

Rogron<sup>3</sup> enxerga-lhe principalmente dois fundamentos.

Consiste o primeiro, em que, nas substituições fideicommissarias, a intenção do fideicommittente é de todo o ponto ambigua: por um lado, não quiz favorecer inteiramente o fiduciario; por outro, não quiz beneficiar de prompto o fideicommissario, — e, pois, se a lei julga dever prejudicar os interesses do segundo, a coherencia lhe pede que não seja mais benigna para com o primeiro!

<sup>1</sup> O Cod. Civ. das Duas Sicilias, e o das Ilhas Jonias, aliás seguidores do Cod. Napoleão, do qual extrahiram muitas das suas provisões, foram, comtudo, dos primeiros a insurgir-se contra a nullidade da instituição, como proveniente da nullidade da substituição.

<sup>2</sup> O Cod. Civ. da Italia, no citado art. 900.º, diz terminantemente: «La nullita della sostituzione fedecommissaria non reca pregiudizio alla validità dell'instituzione d'erede o del legato, a cui è aggiunta: ma sono prive di effeto tutte le sostituzioni anche di primo gradu.» E, pela mesma forma, o art. 637.º do Proj. do Cod. Hespanhol:—«La nulidad de la sustitucion «fideicomisaria no perjudica á la validez de la institucion de heredero ni á los derechos del primer llamado.»

<sup>3</sup> *Code Civil Expliqué*, Comm. ao art. 896.º

O segundo cifra-se em que, a não se annullar a instituição, o fiduciario poderia, levado por motivos de respeito, executar a vontade do fideicommittente, aliás prohibida pela lei.

E, em guisa de desculpa, allega Rogron que, demais, o testamento, ou a doação, só fica nullo, na parte relativa aos bens onerados com o fideicommisso!

Demante<sup>1</sup> vae ainda mais longe, asseverando que, na grande maioria dos casos, o encargo de transmittir é a causa principal do beneficio feito ao fiduciario, e que, pois, fôra iniquo deixal-o colher este beneficio, e isental-o d'aquelle encargo!

Além do quê, Demante é egualmente de opinião que o art. 896.º fin. do Cod. Civ. Francez serve para melhor se evitar que o fideicommittente, contando com a boa fé do fiduciario, o encarregue de realisar substituições, que aliás deveriam ser inefficazes.

Mas, d'ahi a pouco, o mesmo Demante adverte que o encargo de transmittir, imposto ao herdeiro legitimo, é, quando revestido dos caracteres peculiares á substituição, prohibido por lei, mas não invalida a qualidade do herdeiro legitimo, como aconteceria em relação ao herdeiro instituido!

Estes argumentos, aventados por Demante e Rogron, são, em verdade, tão pouco sérios e merecedores d'atenção, que inutil fôra o espraiair-nos em sua refutação.

Se o testador tivesse, mesmo nas legislações que permitem os fideicommissos, a faculdade de fideicommittir os bens legitimarios, comprehenderiamos, sem esforço, que, em não poucos casos, tivesse em mira, mediante a substituição, o favorecer

<sup>1</sup> *Cours Analytique du Code Napoléon*, tom. 4, n.º 7 e 10, bis 1.

principal, ou ainda exclusivamente, o fideicommissario. Mas versando os fideicommissos sómente sobre os bens, de que o testador tem a livre disposição, é obvio, a todas as luzes, que o successor, instituido em primeiro logar, é sempre por elle o mais contemplado <sup>1</sup>.

Alem do que, se a lei, decretando a nullidade da disposição principal, como resultante da nullidade da substituição, tivesse em vista o impedir que os fideicommissos se realisassem a seu despeito, collocar-se-hia n'uma collisão, verdadeiramente melindrosa: ou havia de invalidar os direitos do herdeiro legitimo, encarregado de um fideicommisso, e então, rejeitando, por um lado, a desherdação, por outro lhe franquearia arbitrariamente a porta, pois que para tanto bastava que o testador, querendo desherdar o seu legitimo successor, lhe conferisse a qualidade de fiduciario, o que ninguem poderia impedir; ou seria contradictoria e incoherente, mantendo de pé os direitos do herdeiro legitimo, e annullando os do instituido por um motivo, que a ambos era commum.

E quando alguma duvida nos restasse, breve nos convençeríamos, volvendo os olhos para a jurisprudencia franceza, de que o art. 896.º do Codigo Napoleão, tornando vã a instituição do herdeiro, nada mais fez do que amontoar difficuldades e questões.

É assim, que Bertauld escreveu largas paginas, tendentes a apurar:— se a morte do substituto, antes do testador, sa-

<sup>1</sup> Garcia Goyenna, commentando o art. 637.º do Proj. do Cod. Civ. Hespanhol, judiciosamente observa que: «Las ultimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y lo cierto es que el testador dió la «preferencia sobre todo al primer llamado.»

naria o vicio da substituição;—se a nullidade da substituição deveria aproveitar á successão testamentaria ou *ab intestato*, etc. <sup>1</sup>

A provisão do art. 1867.º do Cod. Civ. é, pois, em nosso parecer, juridica e equitativa.

<sup>1</sup> Vide Bertauld — *Questions Pratiques et Doctrinales du Code Napoléon*, tom. 1, — especialmente nos capitulos: «*De la nature du lien, qui unit la substitution à l'institution,*» e «*Du caractère de la nullité de la disposition principale dans la substitution prohibée.*»

---

## CAPITULO III

### Dos Fideicommissos permittidos pelo Codigo Civil

#### Commentario ao art. 1867.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Modificações introduzidas, pelo art. 1867.º do Codigo Civil, na jurisprudencia antiga.—II O Codigo Civil só permittite o fideicommissio, que tenha por fiduciario um filho, ou irmão do fideicommittente,—III por fideicommissarios os filhos do fiduciario,—IV comtanto que o sejam todos, sem distincção de sexo ou de idade, quer sejam nascidos, quer nascituros,—V e que recaia sobre bens, de que o fideicommittente tenha a livre disposição; todos os outros fideicommissos são prohibidos.

I Como já em outro logar tivemos occasião de observar, a nossa antiga legislação era, em materia de fideicommissos, sobremodo deficiente, o que dava azo a que do Direito Romano se importassem, ainda os preceitos mais elementares, que deveriam reger as substituições d'esta ordem.

Compendiemos, pois, embora em abreviada synthese, as prescrições da jurisprudencia Justineanêa, no attinente á qualidade do fideicommittente, do fiduciario, e do fideicommissario, os trez protogonistas d'esta variedade de substituição compendiosa.

Em Roma, onde os fideicommissos eram permittidos aos participes no Direito Quiritario, só podia fideicommittir quem

tivesse a *testamenti-factio activa* <sup>1</sup>; e, similhantemente, só era fideicommissario o que possuia a *testamenti-factio passiva* <sup>2</sup>.

Em geral, podiam ser fiduciarios todos os beneficiados pelo auctor da herança <sup>3</sup>. Este beneficio devia, porém, consistir em uma deixa de bens, e é por isso que o escravo, ao qual em testamento se concedesse a liberdade, só podia ser encarregado de um fideicommisso, quando fosse instituido herdeiro ou legatario <sup>4</sup>.

Em especial, podiam ser nomeados fiduciarios: os herdeiros e legatarios, instituidos testamentariamente <sup>5</sup>; os herdeiros dos herdeiros ou legatarios instituidos <sup>6</sup>; os herdeiros *ab intestato*, sem exclusão do proprio Fisco <sup>7</sup>; os filhos posthumos do testador <sup>8</sup>, e ainda os que lhe eram estranhos <sup>9</sup>.

Tambem podia ser declarado fiduciario o dono do escravo instituido herdeiro; o dono, porém, só era obrigado a transmittir o fideicommisso, no caso de perceber a herança; de fórma que, se o escravo fosse emancipado, antes de a ter adido por ordem e em proveito do seu senhor, e depois effectuasse a adição por sua conta, o fideicommisso caducava *in totum*, attendendo a que o senhor não podia restituir uma

<sup>1</sup> L. 2, D., *de legatis* 1.º

<sup>2</sup> L. 67, § 3.º, D., *ad SC.ªm Trebellianum*.

<sup>3</sup> L. 1, § 6.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>4</sup> L. 94, § 3.º, D., *de legatis* 1.º

<sup>5</sup> L. 114, §§ 6.º e 7.º, D., *de legatis* 1.º

<sup>6</sup> L. 6, pr., D., *de legatis* 3.º

<sup>7</sup> LL. 114, § 2.º, e 96, § 1.º, D., *de legatis* 1.º

<sup>8</sup> L. 1, § 8.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>9</sup> L. 127, D., *de legatis* 1.º

herança que não recebêra, e a que o liberto *rogatus non est*<sup>1</sup>. Por outro lado, o liberto tinha o direito de nomear, por fiduciario, o seu patrono, uma vez que lhe deixasse, além do fideicommisso, a parte hereditaria que lhe era devida, livre de todo o encargo<sup>2</sup>.

Não se podia, porém, designar por fiduciario uma pessoa, só para o caso em que a herança lhe viesse a pertencer *fortuito non judicio testatoris*<sup>3</sup>; nem mesmo aquella, a quem apenas se deixasse o devido<sup>4</sup>.

Sobre a applicação, no nosso fóro, dos principios expostos, largas duvidas medraram, nascidas da indole, já então diversa, dos dois direitos, o Romano e o Patrio.

O Alvará de 16 de janeiro de 1773, declarando livres e ingenuos, depois da sua publicação, os filhos que nascessem de escravas, havidas como esposas ou concubinas, atacou o aphorismo — *partus ventrem sequitur*, — e assim reduziu, a mais estreitas proporções, o vulto que outr'ora assumira a escravatura, em nossas leis e costumes. De então por diante, os legisladores tomaram a peito o effectuar, gradual e progressivamente, a emancipação do escravo, e o resultado foi que, já no velho Direito Patrio, decahiram de valia os preceitos que apontámos, concernentes aos servos<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> L. 62, D., *de legatis* 2.º

<sup>2</sup> L. 114, § 1.º, D., *de legatis* 1.º

<sup>3</sup> L. 6, §§ 1.º e 3.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>4</sup> L. 28, D., *de legatis* 2.º; L. 3, §§ 2.º e 5.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>5</sup> Nas nossas Ordd. liv. 3.º, tit. 56.º, § 3.º; liv. 4.º, tit. 102.º, § 1.º; liv. 5.º, tit. 70.º; liv. 5.º, tit. 80.º, § 7.º; liv. 5.º, tit. 36.º, § 1.º; e liv. 5.º, tit. 79.º, § 1.º, se encontram varias disposições, relativas aos escravos.

Depois das Ordenações, as providencias mais notaveis, promulgadas ácerca

A *testamenti factio activa* foi, porém, sempre considerada pelos nossos praxistas, como essencial ao fideicommittente, e a *passiva* ao fiduciario <sup>1</sup>.

Pelo que toca ao fideicommissario, era expressa a Ord., liv. 2.º, tit. 26.º, § 23.º, em considerar, como um direito

do trafico da escravatura, foram:— o *Alv. de 10 de abril de 1680*; o *Alv. de 18 de março de 1684*, que impoz penas severas aos capitães de navios, que carregassem escravos, além dos limites da lotação e arqueação das suas embarcações;— o *Dec. de 30 de dezembro de 1693*, e o *Alv. de 3 de outubro de 1758*, relativos ao tractamento dos escravos nas cadêas;— o *Alv. de 19 de setembro de 1761*, declarando forros os escravos, descarregados nos reinos de Portugal e Algarves, seis mezes depois da sua publicação;— o *Dec. de 10 de dezembro de 1763*, e o *Alv. de 16 de janeiro de 1773*, a que no texto alludimos;— o *Alv. de 10 de março de 1800*, exceptuando do disposto no *Alv. de 19 de setembro de 1761* os escravos, matriculados nas listas das equipagens dos navios que aportassem ao reino;— o *Dec. de 19 de maio de 1852*, que aboliu a escravatura nos Açores;— o *Tractado, celebrado com a Inglaterra em 3 de julho de 1842*, condemnando a practica barbara de transportar por mar os naturaes de Africa, afim de os reduzir á escravidão, e permittindo a apprehensão das embarcações suspeitas;— o *Dec. de 14 de dezembro de 1854*, mandando registrar, dentro de 30 dias, os escravos existentes, sob pena de serem havidos por libertos os que o não fossem;— a *Lei de 5 de julho de 1856*, que aboliu a escravatura em Ambriz, Cabinda e Molembo;— a *Lei de 21 de julho de 1856*, que proclamou a liberdade de ventre;— a *Lei de 18 de agosto de 1856*, que acabou com a escravidão em Macau;— a *Port. de 10 de março de 1857*, que a extinguiu em S. Vicente;— o *Dec. de 29 de abril de 1858*, que a declarou abolida em todas as colonias, a datar de 29 de abril de 1878; e, finalmente, o *Dec. de 25 de fevereiro de 1869*, que abreviou este prazo, declarando-a para logo extincta.

<sup>1</sup> Mello Freire, — liv. 3.º, tit. 7.º, § 2.º, — diz: «Legare, et fideicommittere ii tantum possunt, quibus testari licet, et iis tantum, qui ex testamento capere possunt;» ao que Lobão — *Notas a Mello*, tom. 3, pag. 329, — acrescenta: «Assim é a regra constante, tanto nos legados, como nos fideicommissos.»

real, o perceber todo o fideicommisso, constituido em prol de um incapaz <sup>1</sup>.

As demais prescripções do Direito Romano foram havidas por subsidiarias da nossa legislação.

N'estas circumstancias, o actual Codigo Civil, no art. 1867.<sup>o</sup> veiu irrogar no nosso fóro uma importante innovação, permittindo só as substituições fideicommissarias:

«1.<sup>o</sup> Sendo feitas por pae ou mãe nos bens disponiveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer;

«2.<sup>o</sup> Sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador.»

Determinações, semelhantes a estas, se encontram no Cod. Napoleão, artt. 897.<sup>o</sup>, 1048.<sup>o</sup> e 1049.<sup>o</sup>; Cod. Civ. das Duas Sicilias, artt. 942.<sup>o</sup>, 1003.<sup>o</sup> e 1004.<sup>o</sup>; Cod. Civ. das Ilhas Jonias, artt. 962.<sup>o</sup> e 963.<sup>o</sup>; e Cod. Civ. da Hollanda, artt. 927.<sup>o</sup>, 1020.<sup>o</sup> e 1021.<sup>o</sup>

Analysemos, pois, as duas unicas especies de fideicommissos, auctorisadas pelo Cod. Civ.

II O art. 1867.<sup>o</sup> tem sido objecto d'interpretações, que julgamos menos exactas, no que respeita á qualidade dos fiduciarios.

O Sr. Alberto Antonio de Moraes Carvalho <sup>2</sup> ensina que «o

<sup>1</sup> *Ord.*, liv. 2.<sup>o</sup>, tit. 26.<sup>o</sup>, § 23.<sup>o</sup>:—«Item 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 entregar depois da sua morte a alguma pessoa incapaz, porque em tal «caso aquillo, que assi é deixado tacitamente, por defraudar a Lei, é applicado ao Fisco, e é feito Direito Real.»

<sup>2</sup> *Apreciação Philosophica, Juridica, e Analytica*, das principaes alterações feitas pelo Codigo Civil Portuguez, — pag. 140 e 141.

«testador pode, em face do art. 1867.º, fideicommittir os bens a quem bem lhe parecer, ainda que seja a um estranho, com-tanto que a substituição seja feita a favor de neto, ou de «sobrinho, filho de irmão,» e accrescenta que «isto vae de «accordo com o disposto no art. 1473.º, a respeito de doações.»

Respeitando, mais que ninguem, a opinião, emitida por tão esclarecido juriconsulto, fazemo-nos, todavia, cargo de demonstrar, á sociedade, que o Cod. Civ., no art. 1867.º, apenas permite as substituições, em que sejam fiduciarios:—um ou mais filhos do testador, no caso do n.º 1;—um ou mais irmãos, na hypothese do n.º 2.º

O art. 1473.º, citado pelo Sr. Moraes de Carvalho, diz: «*O doador pode estipular a reversão da coisa doada, com tanto que seja a seu favor, e não de outras pessoas, salvo nos casos em que a substituição testamentária é permittida.*»

Mas em que casos é que a substituição, sendo fideicommissaria, é permittida? é precisamente este o ponto, sobre o qual versa a nossa questão. O art. 1473.º, longe de nos esclarecer na intelligencia do art. 1867.º, pelo contrario fica dependente d'ella, pois que só quando tivermos apurado, e definido bem, os casos em que a substituição fideicommissaria é permittida, é que poderemos chegar ao conhecimento perfeito d'aquelles, em que o doador pode estipular a reversão da coisa doada, em favor de terceiros.

Logo, se nós demonstrarmos que só é valida a substituição fideicommissaria, em que o fideicommittente é pae ou irmão do fiduciario, e avô ou thio do fideicommissario, tere-mos conjunctamente evidenciado que o doador só pode estipular a reversão da coisa doada, quando a doação seja feita a

um filho ou irmão seu, e a reversão estipulada em proveito de netos ou sobrinhos do mesmo doador.

Tudo depende, pois, da interpretação do art. 1867.º, em cujo auxilio de maneira alguma pode vir o art. 1473.º

Sendo assim, começemos por demonstrar a primeira parte da nossa proposição:

O art. 1867.º, n.º 1, falla de substituições, feitas por *pae* ou *mãe*, em proveito dos *netos*.

A palavra *pae* é termo de *relação*; a palavra *mãe*, igualmente. Toda a *relação* comprehende, pelo menos, dois termos; se um d'elles é o *pae*, ou a *mãe*, o outro é forçosamente o *filho*; isto é elementar. O termo *filho* hade, pois, inevitavelmente pertencer a uma das pessoas, que figuram, como partes activas, no fideicommisso. Se uma pessoa fideicommitte, como *pae* ou *mãe*, ou hade fideicommittir a um *filho*, ou hade fideicommittir em proveito de um *filho*. Logo, o *filho* hade ser *fiduciario* ou *fideicommissario*; isto é logico. Mas o art. 1867.º declara, cathegoricamente, que os fideicommissarios são os *netos*. Logo, o *filho* é, e não pode deixar de ser, o fiduciario.

As expressões *pae* ou *mãe*, e *netos*, não são termos de uma comparação immediata, exigem um outro intermediario, que é o *filho*; logo, se os fideicommittentes são os paes, e os fideicommissarios os netos, os fiduciarios são os filhos.

Esta é, mesmo, a ordem natural das cousas: fideicommittente, fiduciario, fideicommissario; *pae*, filho, neto.

Isto é tão incontestavel, tão claro, que dispensa toda a ulterior consideração.

Se o art. 1867.º, n.º 1, não quizesse definir, implicita-

mente, a qualidade dos fiduciarios, teria legitimado, simplesmente, as substituições, feitas pelos avós, em proveito dos seus netos<sup>1</sup>.

Occupemo-nos agora do n.º 2.º do art. 1867.º

É força confessal-o: n'esta parte não é só com a opinião do sr. Moraes de Carvalho, que estamos em desaccordo; é-nos também adverso o parecer emittido pela Associação dos advogados de Lisboa.

Esta Associação, respondendo a uma consulta, que lhe fôra endereçada, decidiu<sup>2</sup> que o art. 1867.º, n.º 2.º, não fazia selecção de fiduciarios, podendo, pois, estes ser estranhos ao testador, e isto: — já porque onde a lei não distingue, não deve distinguir o interprete; já por não convir que se restrinja uma faculdade, de si tão restricta, qual a concedida n'aquelle artigo; já porque o preceito, que elle contém, é claro; já, finalmente, porque d'elle não resulta absurdo algum.

Apezar da consideração, em que sempre temos os alvitres emanados de tão preclara fonte, permitta-se-nos, todavia, o seguir uma opinião differente.

Se nós demonstrarmos que da interpretação, que se pretende dar ao art. 1867.º, n.º 2.º, resulta incontestavelmente

<sup>1</sup> Esta nossa interpretação é conforme ao art. 638.º do Projecto do Cod. Civ. Hespanhol, quando diz que: — «Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes á su hijo, con la carga de haber los de restituir á los hijos, que el segundo tenga, ó tuviere en adelante, limitando-se la restitucion á los nietos del testador, sin passar á otros grados.»

<sup>2</sup> Esta decisão acha-se transcripta na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4323, e no *Boletim da Revista Critica de Jurisprudencia e Legislação*, 1.º anno, pag. 141 e seguintes.

um absurdo, nós teremos implicitamente evidenciado: 1.º que a disposição de tal acto não é clara, pois que deu lugar a que a esclarecida Associação lhe attribuisse uma intelligencia menos rigorosa; 2.º que o principio, tornado axiomatico pelo Assento de 23 de julho de 1811, n.º 325.º, de que *a ninguém é licito distinguir onde a lei não distingue*, foi para aqui mal invocado, como pertencente, apenas, ás leis de redacção explicita.

Ora nós, em vez de um absurdo, promettemos dois.

Os unicos elementos de interpretação, a que nos podemos aqui socorrer, são o systematico e o philosophico; não o grammatical, pois que, sendo o n.º 2.º do art. 1867.º omisso em especificar a qualidade dos fiduciarios, nada se pode concluir da sua letra; não o historico, pois que, por um lado, a legislação anterior ao Codigo Civil não explica as restricções, que este impoz aos fideicommissos, e, por outro, nem o Projecto d'este Codigo, nem os trabalhos da Commissão Revisora, nos elucidam n'este assumpto <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O Projecto do Codigo Civil do sr. Visconde de Seabra facultava, no art. 2003.º, n.º 2, as substituições «entre irmãos ou irmãs, em favor dos filhos «d'uns e outros, em primeiro grau.» Esta redacção do art. 2003, n.º 2, fazia suppor a exclusiva legitimidade de uma substituição dupla, pela qual dois irmãos se instituiam reciprocamente por fiduciarios, devendo os bens fideicommittidos passar, por morte de qualquer d'elles, aos filhos de um e outro; em ambas estas substituições, os fiduciarios eram irmãos dos testadores. O n.º 2 do art. 1868.º do Projecto da Commissão Revisora, apresenta-se com a redacção, que hoje tem o art. 1867.º, n.º 2, do actual Codigo Civil. Em que fundamentos se baseou, pois, a modificação implantada pela Commissão Revisora? Parece-nos que o fim, que ella teve em vista, foi o accordar o n.º 2 d'este art. com o n.º 1, removendo a necessidade de se effectuar uma

Sendo assim, é notavel que o elemento systematico frise um dos absurdos, que derivam do proposto entendimento do n.º 2.º do art. 1867.º, e o philosophico indique o outro.

O art. 1867.º, no n.º 1.º, auctorisa os fideicommissos, constituidos a favor dos netos do testador, e, no n.º 2.º, os estabelecidos em proveito dos sobrinhos. Basta uma ligeira comparação d'estas duas especies de fideicommissos, para de prompto se conhecer que se os pertencentes a qualquer d'ellas merecessem a especial benevolencia da lei, taes seriam os escriptos pelo testador, em beneficio de seus netos; a benevolencia da lei traduzir-se-hia, n'este caso, em os facultar o mais possivel, impondo-lhes o menor numero, que ser podesse, de condições essenciaes. Pois apezar d'isto, a lei exige, como a todas as luzes o provamos, que elles hajam por fiduciarios os paes dos fideicommissarios, sob pena de nullidade. Logo, o suppor que nas substituições, destinadas a beneficiar os sobrinhos do testador, podem ser fiduciarios quaesquer pessoas, indifferentemente — é absurdo.

É isto o que nos diz o elemento systematico.

substituição dupla, afim de serem beneficiados os sobrinhos do testador. Levados d'esta idéa, folheámos, quasi pagina por pagina, as *Actas da Comissão Revisora*, e não encontrámos uma unica palavra, que respeitasse á modificação indicada! Pelo contrario, a paginas 281 se diz que em sessão de 26 de junho de 1862 foi *approvedo* o n.º 2 do art. 2003.º do Projecto do sr. Visconde de Seabra; e a pag. 650 se declara, egualmente, que o art. 1897.º, que, em virtude de varias eliminações feitas pela Comissão Revisora, correspondia ao citado art. 2003.º, fôra *approvedo* em sessão de 22 de março de 1865. Podem, pois, formar-se mil conjecturas a este respeito; o que é certo, é que não ha um só argumento historico, extrahido de dados officiaes e seguros, a que o interprete possa confiadamente recorrer.

Continuemos :

Qual é o fundamento racional, que se invoca para legitimar as excepções irrogadas no art. 1867.º? o respeito que a lei entendeu dever consagrar á affeição e sollicitude, que o avó professa pelos interesses dos seus netos, e o thio pelos dos seus sobrinhos. Se não ha absurdo em que o testador possa fideicommitter em favor de seus netos, e não em favor de seus filhos, é porque, n'aquelles fideicommissos, os fiduciarios são os proprios filhos; não despreza uns para favorecer outros, beneficia-os successivamente, por meio da substituição. Mas d'aqui mesmo se conclue, em perfeita paridade, que se os irmãos do testador não são os fiduciarios, nos fideicommissos celebrados em proveito dos sobrinhos d'elle, o absurdo é notorio, palpavel <sup>1</sup>.

É isto o que nos ensina o elemento philosophico.

III Fallemos agora dos fideicommissarios.

Comparando-se a redacção do n.º 1 do art. 1867.º com a do art. 1048.º do Cod. Napoleão, vê-se claramente que o nosso legislador se fez cargo de dirimir as questões, em que se empenharam os commentadores francezes de maior vulto, no attinente á qualidade das pessoas, que o citado art. do Cod. Napoleão chamou para fideicommittentes e fideicommissarios.

Exporemos aqui, ainda que mui de leve, estas questões,

<sup>1</sup> Tinhamos escripto estas brevissimas linhas, quando, na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 193, pag. 586, deparámos com uma decisão inteiramente adversa á nossa. Releve-nos a doutissima Redacção da *Revista* o discreparmos, neste ponto, de suas doutrinas; expozemos a nossa opinião em inteiro convencimento; sujeitamol-a, porém, ao illustrado *veredictum* dos nossos mestres em sciencia.

porque, embora ellas não tenham cabida nos fideicommissos, de que falla o n.º 1 do art. 1867.º, outras analogas e pares se podem todavia suscitar, em relação ao n.º 2 do mesmo artigo; e para nós havemos que o exame da solução, que o Cod. Civ. quiz dar ás primeiras, no art. 1867.º n.º 1, mórmente nos auxiliará no esclarecimento das que, no tocante ao n.º 2, se possam levantar. Alem do que, melhor poderemos assim precisar a idéa, que formámos, de que o Cod. Civ., deixando-se levar, muitas vezes cegamente, pelo empenho de corrigir os vicios de redacção do Cod. Civ. Francez, em não poucos logares descuroou a sua propria; d'onde resultou o decidir algumas controversias velhas, abrindo campo a novos pleitos.

O art. 1048.º do Cod. Napoleão acha-se redigido nos seguintes termos:

*«Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, des dits donateurs.»*

As palavras *«au premier degré seulement»* foram diversamente interpretadas pelos juriconsultos, que as glozaram. Trez versões principaes surgiram a lume: segundo a primeira, significavam ellas — *no primeiro gráu de substituição*; na segunda, equivaliam a — *no gráu de parentesco, que mais proximo houver*; a terceira, finalmente, tornava-as synonymas de — *no primeiro gráu de geração*.

Duas questões vitæ nasceram d'aqui: — será permitido

o fideicommisso, cujo fideicommittente seja avô do fiduciario, e bisavô dos fideicommissarios, não havendo filhos d'este fideicommittente? — será licito a um pae o commetter um fideicommisso a um filho, em favor de bisnetos, quando não existam netos?

Delvincourt <sup>1</sup>, Dalloz <sup>2</sup>, e Duranton <sup>3</sup>, allegando:—que a palavra *enfants* não só comprehende os filhos, mas ainda os demais descendentes, como é facil inferir dos artt. 914.º, 1049.º, e 1082.º do Cod. Napoleão; que as expressões «*au premier degré seulement*» e «*au degré le plus proche*,» são identicas; que, segundo bem o dizia a L. 92, D., *de verb. signif.*: «*Proximus est quem nemo antecedit; supremus quem nemo sequitur*»; que as leis se devem interpretar mais pelo seu espirito, que pela sua letra, e que os motivos d'afeição e sollicitude, que militam para legitimar os fideicommissos, feitos pelos avós em favor de seus netos, exigem igual sancção para os constituídos pelos bisavós, em proveito de seus bisnetos,—responderam affirmativamente aos quesitos propostos.

Pelo contrario, Demolombe <sup>4</sup>, Marcadé <sup>5</sup>, e Delsol <sup>6</sup>, considerando:—que a palavra *enfants* só pode, n'este particular, comprehender os filhos, e nunca outros descendentes, como o

<sup>1</sup> *Cours de Code civil*, tom. 2, not. 6 á pag. 104.

<sup>2</sup> *Répertoire de Législation*—vbo. *substitution*, sec. 3, art. 1.º

<sup>3</sup> *Cours de Droit Français, suivant le Code civil*, tom. 9 (edição franceza), n.º 525.

<sup>4</sup> *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 5, n.º 410 e 411.

<sup>5</sup> *Explication du Code civil*, Comment. aos artt. 1048.º, 1049.º e 1050.º, n.º 209.

<sup>6</sup> *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, tom. 2, pagg. 346 e 347.

indicam os termos «*père et mère*», empregados no mesmo art. 1048.º; que a epigraphe do cap. 6.º, aonde se acha o art. 1048.º, é concebida «*en faveur des petits-enfants*», o que jámais se pode arbitrariamente substituir por «*en faveur des arrière petits-enfants*»; que a redacção, que o Tribunal propuzera para o art. 1048.º, fôra: «*Les biens dont les pères et mères et autres ascendants ont la disposition, peuvent être donnés à un ou plusieurs de leurs enfants ou descendants successibles*», proposta que fôra rejeitada; que não ha paridade entre as substituições em questão e as explicitamente autorizadas pelo art. 1048.º, quando consideradas sob o ponto de vista economico, pois que o fideicommisso, constituido em interesse de bisnetos, alonga-se, durante uma geração inteira, alem do que for estatuido em beneficio de netos; e, finalmente, que o art. 1048.º deve ser entendido em termos mui restrictos, por isso que, permittindo que os nascituros sejam fideicommissarios, deroga a regra, estabelecida, no art. 906.º, para a capacidade de receber, e, como tal, faz uma excepção importante aos principios de Direito Publico e Particular, — sustentaram vigorosamente a nullidade dos fideicommissos propostos <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A nossa opinião conforma-se inteiramente com a de Acolas. Emile Acolas — *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 623, nota 2 — censura acremamente a falta de logica e de principios, que, neste ponto, domina a legislação franceza. Não nega a paridade que existe entre as substituições em questão, e as expressamente permittidas pelo art. 1048.º Não invoca a pretendida diversidade de interesses economicos; referindo-se aos que d'ella fazem alarde, exclama: — «*Qu'ils se contentent donc de dire que les textes sont formels, et que l'historique de la rédaction de l'art. 1048.º est dans leur sens: se sera franc et se sera vrai.*»

De accordo com esta ultima opinião, os tribunaes francezes têm decidido que, para a substituição ser valida, é mister que o fideicommittente seja pae, o fiduciario filho, e o fideicommissario neto <sup>1</sup>.

Afirmamos agora, perante o preceito exarado no art. 1867.º n.º 1, as duas questões ventiladas, e vejamos se, consoante asseverámos, elle lhes é prejudicial.

É evidente que, em ambos os fideicommissos apontados, os fideicommissarios são bisnetos dos testadores; os fiduciarios é que, no primeiro caso, são netos, e, no segundo, filhos dos fideicommittentes. Ora, o art. 1867.º, n.º 1, apenas permite os fideicommissos, cujos fideicommissarios sejam netos dos testadores. As questões propostas não têm, pois, cabimento no nosso fóro.

Dissemos, porém, que, com quanto ellas se achassem prejudicadas no concernente aos fideicommissos, sobre que legislon o n.º 1 do art. 1867.º, outras analogas se poderiam, todavia, levantar ácerca d'aquelles, sobre que providenciou o n.º 2 do mesmo art.; accrescentando, ainda, que o exame da solução, que áquellas questões deu o citado n.º 1, nos esclareceria, sobremaneira, na intelligencia do n.º 2.

Effectivamente assim é; o Codigo, permittindo as disposições, destinadas a favorecer os *descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador*, dá margem a que se pergunte se teria, por esta fórmula, em mente o significar a legitimidade

<sup>1</sup> Podem vêr-se:—o *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris*, de 23 août, 1850, citado na *Revue Critique de la Jurisprudence*, 1.º anno, pag. 465;—e o *Arrêt du Tribunal de Cassation*, de 29 juin, 1853, citado na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, tom. 4, pag. 305.

das substituições, em favor dos descendentes dos irmãos do testador, *com tanto que taes substituições fossem feitas em primeiro e ultimo grau,* — ou *com tanto que se limitassem ao grau, mais proximo, do parentesco existente,* — ou, finalmente, *com tanto que não ultrapassassem o primeiro grau da geração do fiduciario.*

No primeiro caso, o testador podia fideicommitter em proveito dos filhos, netos, ou ainda ultteriores descendentes, de um irmão seu, uma vez que aos fideicommissarios designados não substituisse outros. No segundo caso, só podia dispôr:—em interesse dos netos de seu irmão, quando d'este não existissem filhos; a favor dos bisnetos, na ausencia de filhos ou netos; e assim successivamente. No terceiro caso só pode nomear por substitutos os filhos de seu irmão.

Optamos por esta ultima intelligencia do n.º 3 do art. 1867.º, pois que se, na hypothese do n.º 1 d'este art., o testador só pode escolher, para fideicommissarios, os seus netos, que são os descendentes, *em primeiro grau de geração,* do fiduciario, fôra deploravel absurdo o suppor que mais amplos poderes caberiam ao testador, na hypothese do n.º 2. A Lei nunca poderia presumir que os tios fossem mais sollicitos pelos interesses de seus sobrinhos, do que os avós pelos dos seus descendentes. Os proprios commentadores francezes debateram, exclusivamente em face do art. 1048.º do Cod. Napoleão, as questões que atraz indicámos, porque, julgadas que fossem, a sua resolução seria de todo o ponto applicavel, por analogia, ao art. 1049.º do mesmo Codigo.

IV Outras discussões se podem ainda levantar, relativas á qualidade dos fideicommissarios.

Será mister que as substituições, de que se occupa o art. 1867.º, n.ºs 1 e 2, se façam em favor de todos os descendentes immediatos do fiduciario, ou sejam netos ou sobrinhos do testador?

O Codigo Napoleão é explicito, quando, no art. 1050.º, ordena que as substituições, permittidas nos artt. 1048.º e 1049.º, sejam feitas:—«au profit de tous les enfants nés et à naitre du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.»

O mesmo dispõem: o Cod. Civ. da Hollanda, art. 1023.º; e o Cod. Civ. das Ilhas Jonias, art. 965.º

Examinando a letra do nosso art. 1867.º, vemos que elle, no n.º 1, só permite as substituições, quando feitas em proveito *dos netos*, nascidos ou por nascer, do testador, e, no n.º 2, quando em prol *de sobrinhos*. Pesando bem as palavras do n.º 1, que sublinhámos, e comparando-as com as que transcrevemos do art. 1050.º do Cod. Napoleão, convencemo-nos de que o legislador portuguez não quiz desviar-se do espirito d'este art. 1050.º, mas apenas desejou simplificar-lhe a redacção, por julgar que os termos «em proveito dos netos, nascidos ou por nascer» eram synonymos de «em proveito de todos os netos.» Ora, sendo assim, não pomos duvida em dizer que identica intelligencia se deve assignar ao n.º 2 do art. 1867.º, pois que os mesmos motivos militam para um, que para outro preceito.

Força nos é, porém, advertir que, em nosso parecer, o testador, quando fideicommitte, não tem obrigação, nem direito, de o fazer, em favor *de todos os seus netos ou sobrinhos*, absolutamente fallando; mas sim, em prol *de todos os descen-*

*dentes immediatos do fiduciario*, ou este seja filho, ou irmão do testador.

N'uma palavra, a opinião, que sustentamos, é que, segundo o Codigo Civil, apenas são licitas as substituições, que têm por fiduciario um filho ou um irmão do testador, e por fideicommissarios todos os filhos do fiduciario, sem distincção de sexo nem de idade.

Em nosso apoio, citaremos Garcia Goyena, que interpreta similhantemente o art. 638.º do Projecto do Cod. Civ. Hespanhol <sup>1</sup>.

O que, no emtanto, é deploravel, é a deficiencia e lacunismo do Codigo em assumptos, de si tão graves e importantes.

Surgem agora novas duvidas.

O art. 1867.º n.º 1 permite que se constituam fideicommissos, em favor dos netos, *nascidos* ou *por nascer*. Deriva d'aqui naturalmente o seguinte quesito: o Cod. Civ., nas palavras «*ou por nascer*,» referir-se-ha tão sómente aos netos, já concebidos ao tempo do fideicommisso, ou a todos os que posteriormente venham a nascer, embora não concebidos na epocha em que elle se estatuiu?

Invocaremos para aqui duas disposições do Cod. Civ., das quaes uma relativa ás doações *inter vivos*, e outra aos testamentos, e, pois, ás doações *causa mortis*, consoante a determinação do art. 1457.º do mesmo Codigo.

<sup>1</sup> O Projecto do Cod. Civ. Hespanhol, no art. 638.º, só permite a substituição a favor dos filhos do fiduciario, netos do testador. Garcia Goyena commentando este art., diz: «no a favor de un hijo determinado, sino a los que ya tenga ó tuviere en adelante sin ninguna preferencia por razón de edad ó sexo, y sin pasar de los nietos del testador, para evitar ó disminuir en todo lo possible los vicios é inconvenientes de la sustitucion.»

O art. 1479.º faculta aos nascituros o adquirirem por doação, contanto que estejam concebidos, ao tempo em que ella se celebra.

Por outro lado, o art. 1776.º declara que só podem adquirir, por testamento, as pessoas existentes, contando-se entre ellas o embryão, sempre que este nasça com vida e figura humana dentro de trezentos dias, a contar da morte do testador; o art. 1777.º, limitando, porem, esta regra, reputa valida *«a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro gráu de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatario venha á luz fora dos trezentos dias.»*

Este art. 1777.º pode soffrer duas interpretações: a primeira, ligando este art. ao § unico do antecedente, dá como valida a disposição testamentaria, todas as vezes que o futuro herdeiro ou legatario esteja em embryão, ao tempo da morte do testador, muito embora nasça fora dos trezentos dias, subsequentes a esta morte; a segunda nem mesmo exige que o herdeiro ou legatario esteja em embryão n'aquella epocha.

Optamos pela primeira. Parece-nos absolutamente absurdo que se devolva um direito de propriedade a um individuo, que nem existe, nem tem probabilidade de existir, e que, pois, só irrisoriamente podia ser representado por alguém.

Sendo assim, a diversidade das disposições, contidas nos art. 1479.º e 1777.º, provém, em nosso entender, de que a doação é um contracto que produz effeitos immediatos, e que, por isto, carece, para sua validade, do accordo de duas ou

mais pessoas, *physica* ou juridicamente existentes *ao tempo em que ella se celebrar* <sup>1</sup>.

Pelo contrario, o testamento não é um contracto; celebra-se independentemente do successor, e, pois, não é indispensavel que este exista *na epocha da sua feitura*, afim de ser havido como valido; basta que esteja concebido *ao tempo da morte do testador* <sup>2</sup>.

Em consequencia d'isto, diremos, argumentando por analogia, que se o fideicommisso fôr constituido, em favor dos netos, por convenção *inter vivos*, lhe é applicavel a disposição do art. 1479.º, sendo mister, para a sua validade, que os fideicommissarios existam, *physica* ou juridicamente, ao tempo em que a convenção se verificar. Se, pelo contrario, semelhante fideicommisso for irrogado em testamento ou doação *causa mortis*, tem então pleno cabimento o disposto no art. 1777.º, e só ha necessidade de que os fideicommissarios estejam concebidos quando o testador morrer; os netos são, n'este caso, os *descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas, vivas ao tempo da morte do testador*, de que falla o art. 1777.º

Mas será esta doutrina applicavel aos sobrinhos?

O Codigo é, neste ponto, absolutamente omisso. Todavia, attendendo a que o art. 1479.º, combinado com os artt. 1473.º e 1777.º, se pode applicar, de molde, ao n.º 2 do art. 1867.º; e attendendo mais a que o disposto n'este n.º 2 se deve harmonisar, quanto possivel, com o que estatue o n.º 1 do me-

<sup>1</sup> É o que resulta da combinação dos artt. 1452.º, 641.º e 643.º n.º 2, 6, 100 e 157 do Cod. Civ.

<sup>2</sup> Compare-se a *epigraphe* do liv. 3.º da part. 2.ª do Codigo Civil, com os artt. 1739.º e 1777.º

smo art.,—respondemos affirmativamente. Além do quê, não descobrimos inconveniente algum a este entendimento.

Supponhamos, finalmente, que um dos fideicommissarios fallece antes do testador: poderá este nomear novo substituto para a parte que lhe caberia, se vivo fosse n'essa epocha, ou deverá ella accrescer aos quinhões dos outros fideicommissarios?

Inclinamo-nos a esta ultima solução. O fideicommissario só adquire direito transmissivel á herança, ao tempo da morte do testador, nos termos do art. 1868.º do Cod. Civ.; e pois, morrendo antes d'esta epocha, o direito, que o testamento lhe devêra conferir, extingue-se. Por outro lado, o testador, que já nomeou por fideicommissarios todos os filhos do fiduciario, não pode nomear novo substituto n'aquelle fideicommisso, sem transgredir os limites da faculdade, que lhe concede o art. 1867.º Pode, comtudo, reformar o testamento, subtrahindo ao fiduciario a parte, que deveria caber ao fideicommissario fallecido, e constituindo com ella um novo fideicommisso, em que seja fiduciario um outro filho ou irmão seu, e fideicommissarios os descendentes directos d'este.

V Desviando, para outro ponto, a nossa attenção, advertiremos que o art. 1867.º, n.º 1, só auctorisa os fideicommissos que recahirem em bens, de que o fideicommittente tenha a livre disposição, não podendo, de forma alguma, affectar a legitima dos herdeiros necessarios.

A este rêspeito, questiona Rogron<sup>1</sup> se uma pessoa, fideicommittindo em proveito dos seus netos, pode impôr ao fidu-

<sup>1</sup> *Code Civil Expliqué*, Préface du chap. 6.º

ciario, seu filho, a condição de não alienar os bens da legitima, sob pena de perder o usufructo do fideicommisso, e de este passar immediatamente para os fideicommissarios.

Os tribunaes francezes julgaram valida a condição, por entenderem que o pae, concedendo a seu filho o usufructo de bens, dos quaes o podia privar inteiramente, tinha o direito de onerar este beneficio com os encargos que lhe aprouvesse.

O nosso parecer é inteiramente adverso a este. Entre nós, uma tal disposição importaria dois fideicommissos: um expresso, relativo aos bens disponiveis; o outro tacito, e affectando a legitima, pois que, segundo o art. 1871.º n.º 1, são havidas como fideicommissarias as disposições com prohibição de alienar. O primeiro seria valido, em face do art. 1867.º n.º 1; o segundo nullo, em virtude do art. 1871.º A nullidade do segundo não prejudicaria, porém, á validade do primeiro, como *a fortiori* se conclue do art. 1869.º

No n.º 2, o art. 1867.º não especifica a qualidade dos bens, sobre que deve recahir o fideicommisso. Isto corrobora amplamente a interpretação, que temos ligado aos n.ºs 1 e 2 d'este artigo. Senão, vejamos:

Nos fideicommissos, de que falla o n.º 1, são fiduciarios os filhos do testador, e fideicommissarios os netos; *podiu-se pois suppor* que os fiduciarios ficavam, por esta fórma, obrigados a transmittir intactos, aos seus immediatos descendentes, todos os bens herdados do testador, assim legitimarios, como disponiveis; esta supposição era legitima: 1.º porque não contradizia, de modo algum, a ordem de successão, estabelecida no Codigo Civil; 2.º porque, embora viesse restringir a liberdade de propriedade, ninguem ignora, e o proprio

legislador o confessa <sup>1</sup>, que todo o fideicommisso importa uma restricção d'esta natureza; ora, para que esta supposição se não dêsse, com razão observou o n.º 1 do art. 1867.º que taes fideicommissos só podiam incidir sobre os bens disponiveis.

Mas, na hypothese do n.º 2 d'este art., em que os fiduciarios são irmãos do testador, que necessidade haveria de uma observação identica? Nenhuma, porque o irmão não é herdeiro legitimario, e porque os fideicommissos, de que tracta este n.º 2, jámais poderiam versar sobre legitimas de herdeiros necessarios, sem darem logar a uma desherdação, que, não sendo expressamente permittida pelos artt. 1876.º e seguintes do Cod. Civ., seria nulla, em face do art. 1875.º

Por ser, pois, a todas as luzes, evidente que as substituições, em favor de sobrinhos do testador, só podem recahir em bens, de que este tenha a livre disposição, é que o Codigo se absteve de o fazer notar.

Duas questões se podem, comtudo, levantar, quanto á epocha em que os bens devem ter a qualidade de disponiveis, afim de poderem ser validamente fideicommittidos:

Se uma pessoa, tendo filhos, fideicommittir a um irmão seu, em proveito de sobrinhos seus, bens de valor excedente á terça disponivel, e posteriormente lhe morrerem os filhos, a substituição será valida? e se um fideicommisso identico for constituido, não tendo o fideicommittente filhos, e estes sobreviêrem, mas morrerem antes d'elle?

<sup>1</sup> Vide *Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, 1.º anno, pagg. 279 a 281, onde vem transcriptas as observações do ex.<sup>mo</sup> sr. dr. Joaquim José Paes da Silva ao Projecto do Codigo Civil, e as respostas do sr. Visconde de Seabra.

Para resolver estas duas hypotheses, é-nos forçoso distinguir o fideicommisso, constituído em testamento ou doação *causa mortis*, do estipulado em doação *inter vivos*.

Dada a primeira hypothese, que figurámos, se o fideicommisso for constituído em testamento, ou doação *causa mortis*, é nullo, nos termos dos artt. 1774.º, 1457.º e 10.º do Código Civil; se for expresso em doação *inter vivos*, é valido, segundo os artt. 1473.º, 1482.º e 1483.º, n.º 1, do mesmo Código <sup>1</sup>.

Dada a segunda hypothese, o fideicommisso, celebrado por qualquer das duas primeiras fórmulas indicadas, é valido, conforme os artt. 1814.º, 1815.º, e 1457.º do Código; se, porém, for exarado em acto *inter vivos*, é nullo, consoante os artt. 1482.º n.º 1, e 1484.º do Código, sempre que a acção de revogação tenha sido intentada, como o permitem os artt. 1486.º e 1487.º <sup>2</sup>.

Synthetizando toda a doutrina expendida n'este capitulo, vemos que a unica especie de fideicommissos, permittida pelo art. 1867.º do Código Civil, é a que tem:—por fiduciario um filho ou irmão do fideicommittente; por fideicommissarios todos os filhos nascidos, ou por nascer, do fiduciario; e que recáiam em bens, de que o mesmo fideicommittente tenha a livre disposição.

Os demais fideicommissos são nullos e de nenhum effeito.

<sup>1</sup> Se os filhos do fideicommittente sobrevivessem a este, reduziriam a doação aos limites da terça, como o determinaram os artt. 1492.º e seguintes do Código Civil.

<sup>2</sup> Dalloz — *Répertoire de Legislation* — vbo. *substitution*, sec. 3, art. 1.º, e Duranton — *Cours de Droit Français, suivant le Code Civil*, tom. 9 (edição franceza), n.º 525, resolvem por modo diverso estas questões.

## CAPITULO IV

### Da Constituição dos Fideicommissos

Desenvolvimento do art. 1867.º, n.ºs 1 e 2, e commentario  
aos artt. 1473.º e 1874.º do Codigo Civil.

**Summario.**—I Fideicommissos universaes e particulares;—II tacitos;—III testamentarios;—IV *per signa*;—V verbaes;—VI convençionaes;—VII puros e condicionaes;—VIII reaes e pessoaes;—IX perfeitos e electivos;—X perpetuos e graduaes;—XI disposições transitorias, ácerca dos fideicommissos graduaes de preterito.

I Conhecedores dos fideicommissos actualmente permitidos, cumpre-nos investigar os preceitos reguladores de sua constituição.

Quem for versado em Direito, e tiver percorrido as numerosas paginas, que a Jurisprudencia archiva, já no que respeita ás clausulas, que se podiam inserir nos fideicommissos, já no concernente ás formas, por que elles se estabeleciam, por certo estranhará o laconismo do nosso Codigo, em assumptos de tão subida importancia pratica.

Levados do desejo de não aventar proposições menos fundadas, vamos invocar a historia do Direito; ella se encarregará de mostrar, pela variedade de questões, que nos aponta, a necessidade, que terão os intpretes da nova Legis-

lação, de combinar artigos dispersos do Código Civil, que nem sempre revelam uma coherencia perfeita, quando hajam de julgar, em consciencia, da validade das differentes disposições, que no fóro possam apparecer.

Fusario <sup>1</sup>, recensando as diversas especies de fideicommissos, divide-os em universaes e particulares; tacitos e expressos; puros, condicionaes, e *in diem; in rem e in personam*;— ao que nós accrescentaremos: — perfeitos e electivos; perpetuos e graduaes.

Esmiudemos os differentes elementos d'esta divisão:

Vimos, em outra parte d'este trabalho <sup>2</sup>, a differença profunda, que Justiniano viera implantar em Roma, entre os fideicommissos universaes e os particulares, mesclando estes ultimos com os legados, e conferindo áquelles o titulo, mais especial, de heranças fideicommissarias.

O nosso velho Direito reproduziu esta doutrina. Mello Freire escreve sobre legados e fideicommissos, promiscuamente, dizendo: «re enim ipsa, et effectu omnia æquata sunt jure romano et Patrio <sup>3</sup>.»

O Cod. Civ., não extremando os fideicommissos universaes dos particulares, abrange-os a todos no mingoado dominio de suas prescripções. E, em verdade, uns e outros subsistem, em face do art. 1867.º É facil deprehender da indole das substituições, auctorisadas pelo n.º 1 d'este artigo, que ellas só podem traduzir um fideicommissos particular, qual o attinente aos bens disponiveis do testador; o filho d'este, embora fidu-

<sup>1</sup> *Tractatus de Substitutionibus*, part. 2.ª, pag. 205.

<sup>2</sup> Introducão, n.º v.

<sup>3</sup> *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 7.º, § 18.º

ciario pelo que toca a taes bens, herda todavia a sua legitima, sem mais encargos que os expressamente comminados pela lei, quanto ás despezas do funeral, pagamento de dividas, etc.

O mesmo não acontece na hypothese do n.º 2 do citado art. Ahi, o fideicommisso será universal, quando o disponente, não tendo herdeiros legitimarios, nomear por seu unico herdeiro um irmão, e por substitutos os filhos d'este; particular, em todos os demais casos.

II Os fideicommissos *tacitos* tinham em Roma uma acção ampla e generica.

Eram assim qualificadas as disposições, que, não sendo declaradamente fideicommissarias, por não instituirem explicitamente fiduciarios ou fideicommissarios, originavam, todavia, uma ordem de successão, semelhante á do fideicommisso; e a mesma designação mereciam as disposições subrepticias, destinadas a beneficiar incapazes, a despeito da lei.

Para exemplo das primeiras, nos apresenta Heineccio <sup>1</sup> as seguintes formulas: *rogo heredem ne hereditatem alienet* <sup>2</sup>; *rogo ne testamentum faciat, donec liberos susceperit* <sup>3</sup>; *rogo ut testamento suo Seium heredem faciat* <sup>4</sup>. Estas disposições eram validas.

<sup>1</sup> *Elementa Juris sec. ord. Institut. (opera omnia)*, pag. 177, § 658.º

<sup>2</sup> L. 69, § 3.º, D., *de leg. 2.º*;—Liz Teixeira —*Curso de Direito Civ. Port.*, part. 2.ª, div. 1.ª, tit. 7.º § 18.º — diz que esta prescripção era reputada fideicommisso, por isso que o testador fazia assim passar tacitamente a herança para os herdeiros do seu herdeiro instituido.

<sup>3</sup> L. 74, pr. D., *ad SC. tum Treb.*

<sup>4</sup> L. 174 pr., D., *ad SC. tum Treb.*

Ao revez d'isto, as deixas, tendentes a beneficiar incapazes, eram nullas e de nenhum valor<sup>1</sup>; os bens fideicommittidos pertenciam ao fisco<sup>2</sup>, sem que o fiduciario se podesse valer do beneficio da quarta<sup>3</sup>. Todavia, o legado feito a uma pessoa, incapaz de o receber no todo, era valido, sendo ella encarregada de o transmittir, na parte excedente ou no todo, a quem fosse idoneo para o receber<sup>4</sup>.

Aquellas primeiras variedades de fideicommissos tacitos foram recebidas no nosso fôro, não havendo lei que as contrariasse. As substituições, feitas tacitamente em proveito de incapazes, foram proscriptas pela Ord., liv. 2, tit. 26, § 23, que fez reverter para o fisco os bens sobre que ellas versavam<sup>5</sup>.

Hoje, todos os fideicommissos tacitos se acham banidos da nossa legislação, sendo necessario que o fideicommittente designe expressamente o fiduciario e os fideicommissarios, afim de se não alevantarem duvidas sobre a legitimidade da sua disposição.

<sup>1</sup> L. 103, D., *de leg. 1.º*

<sup>2</sup> L. 3, § 4.º, D., *de jure fisci*.

<sup>3</sup> L. 11, D., *de his quae ut indignis auferuntur*.

<sup>4</sup> L. 42, D., *de leg. 2.º*

<sup>5</sup> No *Reportorio das Ordenações* se lê: «Fideicommissos tacitos a favor de alguma pessoa indigna, pertence ao fisco. *Ord. liv. 2.º, tit. 26.º, § 23.º*» No entanto, *Pegas*, commentando esta Ord., que já em outro lugar citámos, diz que a regra, contida no texto, fôra limitada por varias sentenças, as quaes julgaram licita a transmissão a um incapaz, quando fosse para alimentos e «dentro da estimação que não exceda os alimentos que de Direito «natural são devidos» (palavras textuaes do *Acc. de 15 de fevereiro de 1680*). O mesmo decidira tambem, em feito de appellação, a *Sentença de 19 de outubro de 1675*.

III Fallemos agora dos fideicommissos expressos; apparecem, entre estes, os que se irrogam em testamento ou codicillo <sup>1</sup>.

O principio geral era que a vontade do testador devia ser n'elles mórmente attendida <sup>2</sup>; as proprias conjecturas eram permittidas na sua indagação <sup>3</sup>. Este fideicommisso caducava, porém, todas as vezes que o testamento, ou o codicillo, laborava em vicio <sup>4</sup>; salvo quando o herdeiro espontaneamente cumpria a clausula fideicommissaria.

As disposições d'esta natureza podiam ser feitas em qualquer lingua <sup>5</sup>; as suas formulas variavam muito <sup>6</sup>; até os termos improprios eram validos, quando demonstravam a vontade do fideicommittente <sup>7</sup>, e por isso deviam ser interpretados de modo, que o fideicommisso não ficasse nullo <sup>8</sup>; nem mesmo a omissão de termos se reputava prejudicial, quando os que se podessem ler denotassem a intenção do testador <sup>9</sup>.

<sup>1</sup> A este respeito, diz Voet — *Compendium Juris*, pag. 390, n.º 2: — «Re-  
«linquunt autem fideicommissa omnes qui & testamenta facere possunt, id  
«que vel testamento, vel codicillis... adhibitis ad minimum quinque tes-  
«tibus.»

<sup>2</sup> L. 11, § 19.º, e L. 95, D., *de legatis* 3.º

<sup>3</sup> L. 64, D., *de legatis* 2.º

<sup>4</sup> Cujacio — *Opera omnia*, tom. 9, pag. 839 — é expresso, quando diz:  
«Sciendum est *ex testamento vel codicillis, si veritas, aut juris solemnitas*  
«*desit, nec legata praestari, nec fideicommissa; poterit tamen heres, si velit,*  
«*ultra ea praestare sciens prudensque, licet sint data inutiliter, nec quae*  
«*praestiterit postea poterit repetere, sive condicere.»*

<sup>5</sup> L. 11 pr., D., *de legatis* 3.º

<sup>6</sup> As mais vulgares encontram-se nas LL. 115 e 118, D., *de legatis* 1.º;  
LL. 67, § 10.º, e 77, § 13.º, D., *de legatis* 2.º; e L. 11, § 9.º, *de legatis* 3.º

<sup>7</sup> L. 69, § 1.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>8</sup> L. 34, § 1.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>9</sup> L. 67, § 9.º, D., *de legatis* 2.º

A nossa Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, § 12.º, dizendo que a substituição compendiosa é — «a que um testador faz ao herdeiro «que instituiu, quando quer que elle fallecer», — dá claramente a entender que o fideicommisso se podia fazer em testamento. O Reportorio ás Ordenações asseverava que tambem era valido, sendo feito em codicillo, argumentando, por analogia, com o § 10.º d'esta Ordenação, que auctorisava a substituição pupillar, codicillarmente estatuida <sup>1</sup>.

Os nossos antigos escriptores discreparam, em suas opiniões, ácerca da necessidade de termos proprios e precisos <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Na nota á palavra—*Fideicommisso*—adverte, porém, o *Reportorio*, que: «*Si tamen Fideicommissum relinquatur in codicillo faciente mentionem de testamento, & tale testamentum non adsit, corrui Fideicommissum.*»

<sup>2</sup> Mello Freire — *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 7.º, § 18.º— escreveu: «*Fideicommissa vel universalia sunt, quibus hereditas ab instituto relinquatur verbis precativis... vel singularia, quibus quævis res privata eisdem verbis relinquatur... Verborum igitur formulis etiamnum differunt legata, et fideicommissa;*» — e, na nota, observa que as «*imperativa et precativa verba*» se deviam interpretar, não segundo o Direito Romano, mas sim em harmonia com a propriedade da linguagem portugueza, e com o estylo communmente usado.

De encontro a isto, Liz Teixeira — *Curso de Direito Civil Portuguez*, part. 2.ª, div. 1.ª, tit. 7.º, § 18.º— fundando-se na Const. 2, Cod., *communia de legatis*, e na L. 114, § 6, D., *de legatis 1.º*, affirmou ser indifferente o emprego de quaesquer termos, ainda os improprios, com tanto que se podesse reconstruir o pensamento do testador.

Finalmente, Lobão — *Notas a Mello*, tom. 3.º, pag. 352 — diz que: «*Para se induzir fideicommisso universal ou particular não ha formulas algumas de palavras; bastam quaesquer demonstrativas da vontade do testador, com tanto que sejam positivas, urgentes e deduzidas do intrinseco contexto do testamento.*»

Quanto a nós, estranhámos sobre modo que Mello Freire quizesse resuscitar, entre nós, a primitiva differença do Direito Romano, entre as

É, todavia,, innegavel que a citada Ord., no § 12.<sup>o</sup>, prescreveu, como modelos, as seguintes formulas: *Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, ou depois da sua morte, ou por sua morte, seja herdeiro Paulo* <sup>1</sup>.

O Codigo Civil acabou, no art. 1739.<sup>o</sup>, com a velha distincção entre testamento e codicillo, considerando como testamentario todo o acto — «pelo qual alguem dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de parte dos proprios bens <sup>2</sup>.»

Elle evidencía, desde o art. 1866.<sup>o</sup> até ao art. 1874, que o fideicommisso pode ser constituído por testamento; não apresenta formulas; ao testador é, pois, licito empregar quaesquer termos, uma vez que por elles «expresse cumprida e claramente a sua vontade,» como se depreheende do art. 1751.<sup>o</sup>, e que esta vontade seja conforme á lei.

#### IV O fideicommisso podia tambem prescrever-se por um

palavras precativas e as imperativas, quando é certo que ella foi abrogada no reinado de Justiniano, como recordando os tempos, em que, por ser o fideicommisso uma violação da lei, se *pedia* o que não era licito *determinar*.

<sup>1</sup> Em — *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el nono*, 7.<sup>a</sup> partida, tit. 5.<sup>o</sup>, lei 12, — se encontra a formula identica: «*Instituyo por mi heredero á Pedro, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan.*»

<sup>2</sup> Em Direito Romano só era considerada, como testamento, a disposição de ultima vontade, que continha instituição de herdeiro; toda a outra se reputava codicillo, Const. 14, Cod., *de testamentis*.

A Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 86.<sup>o</sup> pr., querendo perpetuar esta doutrina, definiu codicillo: «a disposição de ultima vontade, sem instituição de herdeiro.» Esta distincção era tanto mais ociosa, quanto o *Assento de 10 de junho de 1817* fixou as formalidades proprias dos testamentos, sem exceptuar os codicillos, identificando, pois, a ordem solemne de uns e outros.

simples aceno de cabeça (*nutu*<sup>1</sup>), e *per epistolam*<sup>2</sup>. No entanto, segundo o observa Cujácio, «*haec omnia vicem codicillorum obtinebant.*»

Hoje, estas formas de constituição cahiram em desuso; o Código Civil, no citado art. 1751.º, annulla toda a disposição que o testador faça «*por signaes ou monosyllabos tão sómente, em resposta a perguntas que se lhe fizessem.*»

V O fideicommisso podia tambem ser celebrado, independentemente de qualquer formalidade, *si moriens heredem praesentem viva voce fideicommisso gravet*<sup>3</sup>.

O Código, porem, abolindo, no art. 1741.º, o testamento nuncupativo, e em geral toda a disposição que dependesse de documentos não authenticos, ou não escriptos e assignados pelo testador, abrogou o fideicommisso verbal.

VI Aparece, emfim, entre os fideicommissos expressos, o convencional.

Harprecht<sup>4</sup>, que consagrou um tratado especial á existencia d'esta especie de substituições no Direito Romano, diz: — «*Causa efficiens remota horum fideicommissorum an leges Romanae an mores moderni sint, difficilima profecto sub judice lis est.*»

E em verdade, poucas questões haverá, que tão ampla e

<sup>1</sup> L. 21, D., *de legatis* 3.º

<sup>2</sup> L. 89, pr., D., *de legatis* 2.º

<sup>3</sup> Voet — *Compendium Juris*, pag. 390, n.º 2; — e Mackeldey — *Institutes du Droit Romain*, Partie Spéciale, sec. 4, cap. 2.º

<sup>4</sup> *De Fideicommisso Conventionale*, liv. 3.º, § 5.º

vigorosamente tenham sido debatidas, não sendo mesmo raro encontrar contradições flagrantes em escriptores de irrecusavel auctoridade.

Strykio assevera, primeiramente, que nunca o fideicommisso se pode constituir por convenção *inter vivos* <sup>1</sup>, porque differenças profundas, e relativas, já á sua natureza, já aos seus effeitos, o extremam do contracto; assim: o fideicommisso só depende da vontade do fideicommittente, ao passo que o contracto depende do accordo de duas vontades, e não pode ser retractado por uma, *invita altera* <sup>2</sup>; o fideicommissario tinha uma acção real, e até hypothecaria, independentemente da tradição da cousa, quando é certo que nos contractos a propriedade transfere-se «*non nudis pactis, sed traditionibus*», Const. 2.º, Cod., *de pactis* <sup>3</sup>; no fideicommisso a prohibição d'alienar surtia plenissimo effeito; pelo contrario, embora nos con-

<sup>1</sup> *Tractatus de Successione ab intestato*, Dissert. 7, cap. 1.º, § 7.º, *ibi*: «*Expresse inter mortis causa capiendi species refertur fideicommissaria hereditas, in L. 31, D., de mortis causa donat.—& ex causa testati originem traxisse dicitur in § 1.º, Inst., de fid. hered.— infinitis simul modis a pactorum contractuumque natura recedit. L. 20, D., de V. S.; L. 4, § 6.º, «D., de hered. inst.»*

Nenhuma d'estas Leis prova, porém, que o fideicommisso convencional se não pudesse verificar; ninguem contesta que a herança fideicommissaria pudesse ser deixada *mortis causa*; ou que deixasse de ter, por origem, uma ampliação do direito de testar; ou que o fideicommisso convencional se não distanciasse do testamentario; e só isto demonstram as citadas Leis.

<sup>2</sup> Isto não é argumento, é petição de principio.

<sup>3</sup> Segundo a Nov. 102, o fideicommissario tinha uma acção real e hypothecaria, nos fideicommissos *testamentariamente concebidos*, o que não inibia de se observar, nos convencionaes, o principio: — *dominium non nudis pactis sed traditionibus transfertur*.

tractos se inserisse uma clausula similhante, nem por isso deixava de ser valida a translação do dominio <sup>1</sup>.

E todavia, o mesmo Strykio vae, em outro lugar, admittir o fideicommisso convencional <sup>2</sup>!

Liz Teixeira <sup>3</sup> começa tambem por negar a existencia de similhante modo de substituir, no Direito Romano, — já porque as disposições fideicommissarias beneficiavam pessoas, que não figuravam nos actos, em que ellas se estabelcciam, o que era impossivel nos contractos; já porque eram revogaveis a arbitrio do testador, — e termina dizendo que a L. 3, Cod., *de donat. quae sub modo*, alterando o Direito antigo, permittiu as substituições convencionaes ou *inter vivos*!

Bœhmero <sup>4</sup>, depois de largo estendal d'arrazoados, conclue pela validade dos fideicommissos convencionaes, tanto particulares como universaes.

Esta é tambem a nossa opinião. Em abono d'ella, citaremos a L. 77, D., *de legatis* 1.º, que expressamente legitima o fideicommisso baseado no *deposito*, e a L. 37, § 4.º, D., *de legatis* 3.º, que o sanciona quando celebrado por *mandato*; ambas estas leis são claras e evidentes, frisando bem a idéa de que entre a convenção e o fideicommisso, se não davam as repugnancias de natureza, que Strykio tanto alar-

<sup>1</sup> Mais uma vez o advertimos: é incontestavel que o fideicommisso, constituido por convenção, se regula pelas leis geraes dos contractos.

<sup>2</sup> Na sua obra — *De Cautellis Testamentorum*, cap. 21.º, memb. 1.º, § 15.º, — diz elle: «*Non incongrue tamen huc referri posse videtur fideicommissum conventionale.*»

<sup>3</sup> *Curso de Direito Civ. Port.*, part. 2.ª, div. 1.ª, tit. 7.º, § 19.º

<sup>4</sup> *Exercitationes ad Pandectas*, Ex. 31, §§ 4.º e seguintes.

deou; e ninguém duvidará de que, podendo o deposito ou, o mandato, envolver o fideicomisso, este podesse ser objecto de qualquer outro genero de convenção.

Esta questão, de tão momentoso interesse, passou para o nosso fóro.

Mello Freire pronunciou-se abertamente em favor da substituição convencional <sup>1</sup>. Retorquiu-lhe, porém, Liz Teixeira que tal não podia ser, pois que ella então conteria pacto de succeder, ou sobre herança de homem vivo, o que as nossas leis reprovavam <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 7.º, § 19.º: «Relinqui potest fideicommissum non solum testamento, et codicillis... *sed etiam per contractus ainter vivos, quod non solum hodiernis moribus, sed et juri civili consentaneum esse videtur.*»

<sup>2</sup> Convém analysar este argumento de Liz Teixeira, que na verdade é especioso.

A *Ord.*, liv. 4.º, tit. 70.º, § 3.º, diz: «assim como, se algum homem «promettesse a outro, sob certa pena, de o fazer herdeiro em parte, ou em «todo... Ou fosse feito contracto, sobre a herança de pessoa viva, *per que* «aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja sob certa pena; porque taes «contractos são assim illicitos e per Direito reprovados, que não podem per «juramento ser confirmados.»

Estes são principalmente os contractos successorios, prohibidos pelo nosso antigo Direito; mas concluir-se-ha d'aqui a negação do fideicomisso convencional? Entendemos que não: Nesta especie de substituição, o fideicommittente não promete ao fiduciario, o institui-o por seu herdeiro; celebra com elle um contracto, em virtude do qual os bens fideicommittidos passam para o fiduciario, com o encargo de este os transmittir, por sua morte, para os fideicommissarios; e, pois, uma vez que se não desparta de todos os seus bens, e que não designe por fideicommissario uma *pessoa viva, que não devia ser seu herdeiro*, o contracto fica de pé, a substituição tambem.

Pode vêr-se, sobre isto, Pothier — *Tractado das Obrigações*, tom. 1, n.º 132.

No entanto, os velhos praxistas seguiram a opinião, mais tarde professada por Mello Freire.

Vela de Oreña <sup>1</sup>, Capycio Latro <sup>2</sup>, e Peregrino <sup>3</sup>, pugnam unanimemente pela realidade do fideicommisso convencional.

Os modernos jurisconsultos, e nomeadamente Corrêa Telles <sup>4</sup> e Gouveia Pinto <sup>5</sup>, seguiram identico parecer.

Em face d'isto, não duvidamos affirmar que o fideicommisso convencional corria vulgarmente, no nosso fóro, como legitimo, não havendo lei que o prohibisse.

Mas subsistirá ainda hoje este modo de substituir?

O Cod. Napoleão, nos artt. 1048.º e 1049.º, e o Regulamento ou *Motu Proprio* legislativo e judiciario, promulgado, para os Estados Romanos, pelo S. Papa Gregorio XVI,

<sup>1</sup> Vela de Oreña — *Dissertationes*, Diss. 47, n.º 24, — fallando do fideicommisso, diz: «in contractu, maxime in donatione inter vivos, fieri potest»; accrescenta, porém, no n.º 28, que: «ut ei locus sit, de aperta contrahentium voluntate, & pacto de ea re interposito constare debet.»

<sup>2</sup> Capycio Latro — *Consultationes Selectae*, Cons. 85, n.ºs 1 e 2, — sustenta que o fideicommisso convencional «neque aliud differt a fideicommisso relicto in ultimis voluntatibus, nisi quod in ea non detrahatur trebellianica.»

<sup>3</sup> Peregrino — *De Fideicommissis*, art. 1.º, n.º 16; *ibi*:—«Pacto tamen «fieri potest substitutio; ut res donata, vel aliter concessa, post recipientis «mortem, aut post aliud tempus, in filios illius aut in alios transeat.»

<sup>4</sup> Corrêa Telles — *Manual dos Tabelliães*, § 225.º

<sup>5</sup> Gouveia Pinto — *Tractado dos Testamentos*, cap. 35.º, nota 2.ª — diz: «É note-se finalmente a respeito dos fideicommissos singulares, que não só «podem ser deixados em testamento e Codicillos, por isso que estão equiparados aos legados, mas que até por contracto *inter vivos*, o que é não só «conforme ao Direito Civil, mas aos costumes modernos, e não temos Lei «alguma, pela qual se prohiba semelhante contracto, e realmente é uma especie «de fideicommisso.»

em 10 de novembro de 1834, no art. 38.º, sancionam-o explicitamente.

Fallemos, porém, do nosso Código Civil. No art. 1866.º, tractando de definir a substituição fideicommissaria, considera-a como uma *disposição testamentaria*; e nem este artigo, nem os posteriores, que legislam sobre esta especie de substituição, nos auctorisam a julgar que ellas se possam constituir por convenção; pelo contrario, todos estes artigos empregam o termo *testador*, como synonymo de *fideicommittente*.

Viria, pois, o Código destruir a doutrina, consagrada pelo Direito Romano, pelas nossas velhas leis, e ainda pelos modernos Codigos das nações civilisadas?

Não o crêmos. O art. 1413.º, já em outro lugar transcripto, faculta, em termos cathgoricos, ao doador o estipular a reversão da cousa doada, para terceiros, *nos casos em que a substituição testamentaria é permittida*. O que é esta reversão da cousa doada, senão uma verdadeira substituição fideicommissaria? Tanto mais, que uma e outra só podem verificar-se nos casos expressamente mencionados pelo Código.

Senão, vejamos: para haver substituição fideicommissaria, é necessario que o fiduciario seja encarregado de conservar e transmittir, por sua morte, aos fideicommissarios, os bens fideicommittidos, art. 1866.º; para esta substituição ser valida, é mister que tenha por fiduciario um filho ou irmão do fideicommittente, e por fideicommissarios os filhos do fiduciario; só n'estes casos, é que ha precisamente uma substituição fideicommissaria valida; logo, só é licito estipular a reversão da cousa doada, para terceiro: 1.º quando o donatario seja obrigado a conservar, ou a transmittir por sua morte,

ao terceiro designado, os bens doados; 2.º quando o donatario fór filho ou irmão do doador, e o terceiro designado seja filho do donatario.

O doador é, pois, um fideicommittente, o donatario um fiduciario, e o terceiro um fideicommissario. A differença está em que este fideicommisso é constituido por convenção, e não por testamento, e que, pois, se regula pelas leis geraes dos contractos, salvo na parte em que lhe são expressamente applicaveis os principios dominadores das substituições testamentarias. Tanto assim, que, á similhança do que acontece nos fideicommissos testamentarios, a estipulação da reversão a favor de um terceiro, feita em quaesquer casos, que não os expressamente permittidos, é nulla, mas não produz a nullidade da doação, Cod. Civ., art. 1474.º

VII A terceira divisão, que estabelecemos de fideicommissos, foi em *puros e condicionaes*.

Por Direito Romano, entrava na cathegoria d'estes ultimos o que sómente se realisava por morte do fiduciario <sup>1</sup>, ou depois do fideicommissario ter chegado a uma idade prefixa <sup>2</sup>. A validade d'estas substituições dependia, em geral, da verificação da condição imposta; o Imperador Antonino determinou, comtudo, que, se o herdeiro se recusasse a adir a herança, podia o fideicommissario compellil-o a que o fizesse, e lhe entregasse os bens fideicommittidos, sem esperar que a condição se cumprisse <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 12, § 1.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>2</sup> L. 49, §§ 1.º e 3.º, D., *de legatis* 1.º

<sup>3</sup> L. 11, § 2, D., *ad SC.ªm Treb.*

Nem todas as condições eram, porém, validas. É assim que a disposição, pela qual o pae encarregava seu filho, ou o marido sua mulher, de transmittir os bens a um terceiro, caso a mulher ou o filho fiduciario contrahisse matrimonio, se tinha como não escripta <sup>1</sup>.

Na actualidade, a epocha da transmissão dos bens é sempre a da morte do fiduciario, segundo o art. 1866.º do Codigo Civil, e por isso se não deve reputar condicional, mas sim puro, o fideicomisso que contiver uma clausula semelhante.

Nada obsta, porém, a que o fideicommittente imponha certas e determinadas condições; permite-lh'o o art. 1743.º do Codigo, exigindo, apenas, que taes condições não sejam impossiveis, absoluta ou relativamente, ou contrarias á lei, pois que então se têm como não escriptas, não prejudicando siquer a instituição do herdeiro ou legatario.

VIII A distincção dos fideicommissos em *reaes e pessoas*, como a explicam os nossos praxistas, é puramente escolastica; appellidavam-os *reaes*, quando a prohibição de alienar ía annexa aos bens fideicommittidos; e, pelo contrario, os alcu-nhavam de *pessoas*, quando esta prohibição affectava directamente o fiduciario <sup>2</sup>. Esta distincção é presentemente de pequeno interesse, pois que o encargo de conservar só pode incidir sobre o fiduciario.

<sup>1</sup> L. 22, D., *de condit. et demonstr.*; L. 14 pr., D., *de legatis* 3.º A Nov. 22, cap. 44, legislava diversamente para os legados.

<sup>2</sup> É assim que Pinheiro — *De Testamentis*, disp. 4, sec. 8, § 1.º, n.º 1143 — diz: «*Reale dicitur cum res fideicommissio subjectae in se immo-diate prohibitaee sunt ne alienentur. Personale est, quando prohibitio alienationis directa est in personam gravatam.*»

IX Aparece-nos agora uma nova variedade de fideicommissos: *perfeitos e electivos*.

Nos primeiros, o fideicommittente designa o fiduciario e os fideicommissarios; nos segundos, nomeia o fiduciario, e deixa-lhe livre a escolha do fideicommissario.

Estas substituições foram largamente usadas no Direito Romano. O testador podia conceder ao fiduciario a faculdade de escolher, d'entre os indigitados para fideicommissarios, o que melhor lhe aprouvesse <sup>1</sup>; o fiduciario podia mesmo escolher um incapaz <sup>2</sup>, mas era-lhe vedado impor ao escolhido qualquer onus ou encargo <sup>3</sup>; quando não escolhesse, concorriam todos os fideicommissarios indicados <sup>4</sup>, ainda os ausentes <sup>5</sup>, e transmittiam os seus direitos aos seus herdeiros <sup>6</sup>.

Entre estes fideicommissos, os mais notaveis eram os *de familia* <sup>7</sup>; o fiduciario cumpria o seu encargo, entregando os bens fideicommittidos a qualquer membro da familia <sup>8</sup>.

<sup>1</sup> L. 67, § 7.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>2</sup> L. 24, D., *de legatis* 2.º

<sup>3</sup> L. 67, § 1.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>4</sup> LL. 24 e 67, § 7.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>5</sup> L. 25, D., *de legatis* 2.º

<sup>6</sup> L. 24, D., *de legatis* 2.º

<sup>7</sup> L. 32, § 6.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>8</sup> L. 114, § 17.º, D., *de legatis* 1.º; L. 67, §§ 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º; L. 69, § 4.º; L. 77, § 11.º, D., *de legatis* 2.º; L. 38 pr., D., *de legatis* 3.º

No emtanto, Dubarry — *De Successionibus*, liv. 8.º, tit. 8.º, n.º 1, — diz que: «Cum fideicommissum vel legatum relinquitur simpliciter familiae, «heredem non posse eligere, sed proximiores admitti. Sin gravetur ut in «familia relinquat, vel ut non alienet extra familiam posse etiam remotiores.»

Ambas estas variedades de substituição foram recebidas no nosso antigo Direito <sup>9</sup>:

Entendemos, todavia, que os fideicommissos electivos, foram eliminados da nossa Jurisprudencia, pois que já em outro lugar observámos que a substituição só era valida, quando feita a favor de todos os filhos do fiduciario, sem distincção de sexo, idade ou nascimento; estes, e só estes, são, e podem ser, os fideicommissarios.

X Resta-nos fallar da ultima divisão, que fizemos dos fideicommissos, em *perpetuos* e *graduaes*.

Com não pequenos embaraços topamos, na realisação d'este nosso intento.

Desde o Direito Romano até á publicação do nosso Código Civil, se discutiu a validade das substituições perpetuas, ou indefinidas, e até mesmo o numero de graus, que se lhes podia assignar.

Não póde haver duvida de que em Roma tivessem existido, *jure pretorio*, fideicommissos constituidos *per univsum*

<sup>9</sup> Na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2435, vem inserta uma consulta, cujo theor é o seguinte: um testador instituíra uma herdeira para seus bens, mediante a condição de ella só dispôr d'elles em favor dos filhos, que houvera de um primo do testador; a fiduciaria tinha deixado dois terços da herança fideicommittida a um dos filhos, e um terço a outro; perguntava-se se este procedimento seria valido; a redacção da *Gazeta*, respondeu affirmativamente.

Além d'isto, Lobão — *Notas a Mello*, tom. 3, pag. 352— diz terminantemente: «Ha fideicommissos *electivos*, como quando o testador diz que o herdeiro, que institue, poderá em sua vida, ou por sua morte, elege as pessoas, que bem lhe parecerem, da familia do testador.»

*tempus*<sup>1</sup>. Também não pode duvidar-se de que, ainda no tempo de Justiniano, fossem vulgares os que continham diversos graus<sup>2</sup>.

Mas, posteriormente ás Pandectas e ao Código, appareceram as Novellas; e a Novella 159, coarctando um fideicommisso, estabelecido *in perpetuum*, veio dar margem a estirados commentarios, direi mesmo, a momentosas controversias, que o nosso fóro herdou.

A Novella seria uma lei particular, ou uma lei geral<sup>3</sup>?

Corréa Telles<sup>4</sup> diz, laconicamente, que a Nov. 159 *parece permittir os fideicommissos perpetuos!* A nossa Associação

<sup>1</sup> L. 88, § 15.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>2</sup> L. 1, § 7.º, D., *de legatis* 3.º; L. 87, § 2.º, D., *de legatis* 2.º; L. 41, § 14.º, D., *de legatis* 3.º

<sup>3</sup> Esta Novella começa nos seguintes termos: «Tantum nobis benignitatis adest, ut ne privatas quidem causas, quae iudicium nobis inquisitionem superare videntur, legibus nostris definire indignum putemus ne si quando «privata causa audientiam in iudicium deferri solitam excedat, longa mora «eos, qui in jure controverso hærent aterrat.»

Em seguida narra o seguinte caso: Hierio instituiu, por herdeiros testamentarios, seus filhos Constantino, Anthemio, Callipio e Alexandre, prohibindo, indefinidamente, a alienação dos bens hereditarios, afim de que estes passassem, de geração em geração, para os seus descendentes. Em um codicillo posterior, Hierio alterava a disposição do testamento, relativa a Constantino, mas o fideicommisso indefinido subsistia. Levantou-se pleito, em epochas posteriores, sobre a competencia das pessoas, que deveriam perceber os bens fideicommittidos, por ter um dos fideicommissarios posteriores elaborado um testamento, que modificava a ordem de successão, prescripta por Hierio. A decisão d'este pleito foi commettida a Justiniano, o qual decidiu que a substituição designada só podia valer durante quatro gerações successivas, e pois em quatro graus.

<sup>4</sup> *Digesto Portuguez*, tom. 3, nota ao art. 1639.º

dos Advogados sustentou <sup>1</sup> que a Nov. 159 deliberára que *um determinado caso de fideicommisso de familia* não passasse da quarta geração, d'onde se não podia inferir que o mesmo succedesse em relação a qualquer outra hypothese, embora semelhante.

Seguimos um parecer adverso. As ultimas palavras da Novella mostram, quanto a nós, que ella, decidindo aquelle caso particular, quiz que a sua decisão se estendesse a todo o fideicommisso indefinido <sup>2</sup>.

A nossa antiga Jurisprudencia procurou affeição esta questão á indole das nossas leis; mas a falta de preceitos claros e explicitos deu lugar a tão encontrados alvitres, que em verdade podemos dizer que as duvidas e pleitos, ventilados no Direito Romano, longe de minguarem, muito a contrario re-crudesceram.

Nos Tribunaes, na Associação dos Advogados, nos escriptos dos Jurisconsultos, e nos Jornaes Juridicos, se encontra a mais notoria discrepancia de pareceres.

Depara-se-nos, entre todos bem frisante, um Acc. da Relação do Porto, de 20 de Janeiro de 1851, cujos tencionantes alternadamente se contradizem <sup>3</sup>.

O primeiro tencionante declarou não haver lei, que prohi-

<sup>1</sup> Vide Decisão da *Associação dos Advogados*, de 10 de janeiro de 1844, transcripta na *Gazeta dos Tribunaes*, 3.º anno, n.º 387.

<sup>2</sup> Estas palavras são: «Si quidem in communi hanc legem, tam de praesenti casu, quam de omnibus post hac futuris ad eum modum prohibitionibus protulimus, simul contentionem componentes, quae hoc tempore evenerat, simul, (ut probabile est) futuras praecedentes.»

<sup>3</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1476.

bisse os fideicommissos em mais de um grau, accrescentando: que a Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, apenas approvára em globo as substituições, mantendo de pé o direito commum; que a Novella 159 não limitára os graus das substituições; que os morgados eram rigorosos fideicommissos, e que, embora as leis excluíssem os perpetuos, deixaram todavia subsistir os temporarios, ainda quando estendendo-se alem de um grau; e que, pois, a despeito do desejo de alguns tractadistas, se não atrevia a condemnar os fideicommissos de varios graus.

Allegou, em contrario, o segundo tencionante: que a Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, exemplificando a substituição compendiosa, só fallava de uma instituição de herdeiro em segundo grau; e que a faculdade de substituir *in infinitum* importaria consigo o estabelecimento de morgados, com as irregularidades e faltas de formulas, prohibidas pela Lei de 3 d'agosto de 1770.

A isto objectou o terceiro tencionante, que não só das substituições sem limitação de gráus, mas de muitas outras disposições testamentarias, resultavam graves inconvenientes para a transmissão da propriedade, sem que por isso fosse licito o annullal-as, emquanto não estivessem devidamente abrogadas.

O quarto tencionante deu razão ao segundo, pois que, se a substituição era, segundo a Ord. liv. 4.º, tit. 87.º, uma instituição de herdeiro em segundo gráu, evidente ficava que só era permittido indicar as pessoas, que haviam de substituir simultaneamente os primeiros nomeados.

Finalmente, o quinto tencionante, pronunciando-se contra o segundo e o quarto, confirmou os votos do primeiro e terceiro: já porque a Ord. liv. 4.º, tit. 87.º, § 12.º, se não po-

dia entender taxativamente; já porque a Nov. 159 permittia os fideicommissos perpetuos; já porque o Alv. de 10 de setembro de 1756, § 46.º, os tinha reconhecido entre nós; já porque as leis patrias successorias só acabaram com os fideicommissos perpetuos; já *porque a pratica constante de julgar assim o resolvêra sempre!*

Foi esta a opinião que prevaleceu.

Mas que pratica constante de julgar era esta, que nas proprias tenções se acha desmentida, e que desmentida foi pelo Acc. do S. T. J., de 19 de novembro de 1852<sup>1</sup>, que expressamente prohibiu todo o fideicommisso, que constasse de mais de um gráu?

Tal era a coherencia dos nossos tribunaes, no assumpto que ora nos occupa!

A Associação dos Advogados, respondendo a uma consulta, decidiu, em 10 de janeiro de 1844<sup>2</sup>, que os fideicommissos perpetuos não tinham logar na nossa jurisprudencia. Os argumentos, em que se baseava, eram principalmente os seguintes: 1.º que taes substituições importavam uma amortisação de bens injustificavel, combatida pelas nações cultas, especialmente pelo art. 896.º do Cod. Napoleão e pelo Codigo da Prussia, part. 1.ª, tit. 12.º, art. 55.º, e condemnada, entre nós, pela Lei de 3 de agosto de 1770, *como contraria ao uso honesto do Dominio, á multiplicação das familias, ao giro do Commercio, ao real erario, e ao bem commum dos povos*; 2.º que a Ord. liv. 4.ª, tit. 87.º, § 12.º, dizia effectivamente que

<sup>1</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1621.

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 387.

a substituição compendiosa continha em si muitas substituições de diferente natureza, mas que isto apenas significava que ella era um complexo de varias substituições, mas não uma substituição de varios gráus; 3.º que, nos Alv. de 7 de junho e 10 de setembro de 1756.º, se encontrava a permissão do fideicomisso temporal ou perpetuo, mas que isto a mais não passava de um privilegio, concedido ás companhias sobre que legislavam aquelles Alvarás; 4.º que a Novella 159 permittia os fideicommissos perpetuos, mas que a Lei de 18 de agosto de 1769.º só mandára receber o Direito Romano quando consentaneo com as disposições correntes nas nações modernas, e que a jurisprudencia civil, economica, e politica tinha lavrado a sentença condemnatoria da amortisação.

Mas, sendo vedados os fideicommissos perpetuos, em quanto gráus se poderiam admittir as substituições? A Associação dos Advogados, em 8 de Outubro de 1842 <sup>1</sup>, decidira ser valida a disposição, pela qual o testador dispozesse de seus bens, em proveito de varias pessoas, não simultanea, mas sim successivamente; e isto equivalia a legitimar a existencia de varios gráus de substituição. E comtudo, a mesma Associação,—em posteriores decisões de 26 de fevereiro de 1846 <sup>2</sup>; de 7 de julho de 1858 <sup>3</sup>; de 27 de julho de 1853 <sup>4</sup>; de 30 de março de 1857 <sup>5</sup>; e de 29 de fevereiro de 1860 <sup>6</sup>, — terminament

<sup>1</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 823.

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1048.

<sup>3</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2504.

<sup>4</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2594.

<sup>5</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4261.

<sup>6</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 3528.

resolveu, ao cabo de longos arrazoados, que o nosso Direito sómente permittia um gráu de substituição fideicommissaria!

Os nossos tractadistas não são mais uniformes, em suas apreciações.

Valasco admite apenas um gráu de substituição <sup>1</sup>; Meirelles pugna pela validade de dois gráus <sup>2</sup>; Corrêa Telles é contradictorio <sup>3</sup>; Coelho da Rocha, reconhecendo a dificuldade de decidir cabal e peremptoriamente, pronuncia-se, todavia, pela exclusiva validade de um gráu de substituição <sup>4</sup>!

Finalmente, o mesmo antagonismo de opiniões se nota nos Jornaes de Direito.

A *Revista Juridica de Coimbra* <sup>5</sup> defende a pluralidade de gráus, baseada: 1.º na ampla faculdade de testar, entre nós consagrada; 2.º em que a razão, apresentada pela Ord. liv. 4.º, tit. 87.º pr., para fundamentar as substituições, justificava as que continham mais de um gráu <sup>6</sup>; 3.º em que esta Ord. foi tirada do Direito Romano, e que por este deve, pois, ser interpretada; 4.º em que esta Ord., § 12.º, nem em suas

<sup>1</sup> *Consulta 159*, n.º 10: — «Quando testator facit plures gradus substitutionum, succedunt illi quos testator primo loco vocavit.»

<sup>2</sup> *Reportorio Juridico* — vbo. *Fideicommisso*, n.º 1526, *ibi*: «Os graus de substituição não devem exceder a dois.»

<sup>3</sup> No *Digesto Portuguez*, tom. 3, art. 1639.º, — affirma, fundado na Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, § 12.º, que só ha um grau; — no *Manual dos Tabelliães*, § 226.º e nota, — sustenta que ha dois graus, e que ambos são auctorizados pela Ord., liv. 4.º, tit. 87.º, § 10.º

<sup>4</sup> *Inst. de Direito Civ. Port.*, nota ao § 719.º

<sup>5</sup> 1.º anno, n.ºs 22, 89 e seguintes.

<sup>6</sup> A Ord., no logar citado, fallando das substituições, diz: «as quaes o «Direito introduziu, para que os testadores tivessem mais facilmente quem «accesse suas heranças.»

palavras, nem em seu espirito, restringe a um grau a liberdade de substituir; 5.º em que não valem os argumentos tirados do Direito estrangeiro, pois que temos lei patria expressa, e é ella que deve vigorar, na conformidade da L. de 18 de agosto de 1769.

De encontro a isto, a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*<sup>1</sup> tem sempre combatido a pluralidade dos graus, no velho fóro.

Não foi, pois, sem razão, que dissemos: — nos tribunaes, no seio da Associação dos Advogados, nas obras dos Jurisconsultos, e nos Jornaes Juridicos, se encontra a mais notoria discrepancia de pareceres.

Os argumentos, que em rapido esboço temos recensado, por uma e outra parte, são tantos e tão ponderosos, que, enredando o espirito do interprete, dificultam uma solução cabal.

A nossa opinião, que algum tanto se extrema das que temos exposto, resume-se no seguinte enunciado: os fideicommissos perpetuos, e os de varios graus, existiram entre nós; mas as LL. de 30 de julho de 1860, e de 19 de maio de 1863, condemnando os morgados, implicitamente reduziram as substituições á sua forma mais simples, a um grau.

Que os fideicommissos perpetuos existiram, provam-o: o Alv. de 7 de junho de 1755, o Alv. de 10 de setembro de 1756, e o Alv. de 13 de agosto de 1759<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 1.º anno, n.º 23; 2.º anno, n.º 79; 3.º anno, n.º 113.

<sup>2</sup> O Alv. de 7 de junho de 1755 veio confirmar integralmente as *Instr. da Companhia Geral do Grã-Pará e Maranhão*. No preambulo d'estas *Instr.*, se diz: «Os homens de Negocio da Praça de Lisboa... tem convindo cem formarem... uma nova companhia... Havendo V. Magestade por bem

Estes Alvarás facultavam o estabelecimento de fideicommissos *temporaes*, ou *perpetuos*, nas acções das companhias, a que respeitavam. Seria isto um privilegio?

O privilegio não estava na legitimação dos fideicommissos *temporaes* ou *perpetuos*, pois que os citados Alvarás terminantemente declararam: «*que o Direito auctorisa os doadores e testadores para contractarem e disporem na sobredicta forma, em beneficio das familias e das pessoas particulares;*» os morgados, as capellas, os fideicommissos *temporaes* ou *perpetuos*, as doações *inter vivos* e *causa mortis*, de que fallam os Alvarás, não são, pois, *privilegios*, são disposições e contractos, recebidos em Direito.

O privilegio estava em serem as acções das companhias equi-

«sustentar a dicta companhia com a confirmação e concessão dos estabelecimentos, e *privilegios* seguintes:» — n.º 50 — «As *pessoas* que entrarem com as sobredictas acções, ou sejam *nacionaes* ou *estrangeiras*, poderão dar ao preço d'ellas, aquella natureza e destinação que melhor lhe parecer; ainda que seja de Morgado, Capella, *Fideicommissio temporal* ou *perpetuo*, doação *inter vivos* ou *causa mortis*, e outros semelhantes: *fazendo as vocações e usando das disposições e clausulas que bem lhes parecer: As quaes* V. Magestade ha por bem approvar e confirmar... *não obstante quaesquer disposições contrarias*, ainda que de sua natureza requeiram especial menção,..... *pois que o Direito... auctorisa os doadores e testadores para contractarem e disporem na sobredicta forma, em beneficio das familias e das pessoas particulares*, muito mais se podem auctorisar os sobredictos accionistas na referida forma, quando aos titulos onerosos dos contractos, que elles fazem com a Companhia e a Companhia com V. Magestade, accrescem os beneficios, etc...»

(O *Alv. de 10 de setembro de 1756* confirmou as *Instr. da Companhia de Agricultura do Alto Douro*, e estas, no § 46.º, reproduzem o texto, que acabamos de transcrever. O mesmo dizemos do § 57.º das *Instr. da Companhia do Pernambuco*, confirmadas pelo *Alv. de 13 de agosto de 1759*.

paradas aos immoveis, a fim de sobre ellas incidirem os morgados, as capellas, os fideicommissos de toda a especie, etc. <sup>1</sup>

O privilegio estava em os accionistas *fazerem as vocações, e usarem das clausulas, que bem lhes parecesse « não obstante « quaesquer disposições contrarias »* — palavras textuaes dos citados Alvarás.

Os Alvarás reconheceram, pois, a existencia, no nosso Direito, de fideicommissos temporaes ou perpetuos, e não fizeram mais do que dar-lhes cabida nas acções das companhias, sobre que legislaram.

Mas, já na legislação Josephina, se fizeram sentir os primeiros rasgos da hostilidade, dirigida aos morgados. O Marquez de Pombal, nas LL. de 9 de setembro de 1769, e 3 de agosto de 1770 <sup>2</sup>, e no Alv de 23 de maio de 1775, abriu o caminho á restricção dos vinculos.

Mais tarde, o Dec. de 4 de abril de 1832 deu ainda um passo para a sua abolição.

A Lei de 30 de julho de 1860 aboliu, em geral, todos os

<sup>1</sup> Vejam-se os *Alvarás de 20 de junho de 1766, e 15 de março de 1797.*

<sup>2</sup> É notavel que o § 14.º das *Condições da Companhia das Pescarias Reaes do Algarve*, confirmadas por *Alv. de 15 de janeiro de 1775*, desvian-do-se do exemplo, dado pelo § 46.º das *Instr. da Companhia de Agricultura do Alto Douro*, e § 57.º das *Instr. da Companhia de Pernambuco*, os quaes copiaram o transcripto § 50.º das *Instr. da Companhia do Grã-Pará e Maranhão*, se limitasse a dizer: «As pessoas que entrarem com as «sobredictas acções nesta Companhia, ou sejam nacionaes ou estrangeiras, «poderão dar ao preço d'ellas, aquella natureza e destino que melhor parecer, ainda que seja de Morgados, Capella, Doação e Fideicommisso, sendo «tudo regulado pelas Leis do Reino, e pelas Novissimas pragmaticas de V. «Majestade.» As concessões, feitas por este § 14.º, são inquestionavelmente menos amplas, que as irrogadas nas *Instr. das demais Companhias.*

vinculos, que no prazo de dois annos não fossem devidamente registrados, e, em especial, os que recahissem sobre bens moveis e semoventes, sobre juro de capitaes não incluídos no mesmo vinculo, sobre capitaes depositados para serem invertidos em predios ou em bemfeitorias, e sobre terrenos incultos, e edificios desmoronados ou em ruinas.

Finalmente, a Lei de 19 de maio de 1863 aboliu totalmente os vinculos, resalvando, comtudo, o direito de seus immediatos successores, quando descendentes, irmãos, filhos ou netos de irmãos, do actual administrador, á metade dos bens desvinculados.

Em face d'isto, os fideicommissos perpetuos e indefinidos caducaram; o contrario fóra resuscitar não só os morgados, mas ainda quaesquer vinculos, por caprichosos que fossem.

Mas os fideicommissos graduaes? É forçoso escolher uma de duas soluções extremas: ou julgal-os reduzidos á sua expressão mais simples, ou assignar-lhes um numero fixo de graus; todo o expediente, n'este ultimo sentido, fóra uma evidente arbitrariedade; e ao revez d'isto, os principios economicos e sóciaes, proclamados nas nossas Leis desde o Marquez de Pombal, reclamam a acceitação do primeiro alvitre.

Não obstante isto, o *Jornal de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 4, diz que a praxe de julgar formára a doutrina de serem validas as substituições, até ao segundo grau.

Hoje, o Codigo Civil, nos artt. 1866.º, 1867.º e 1870.º, claramente dá a entender que as substituições fideicommissarias não podem estender-se alem de um grau.

As legislações estrangeiras discrepam notoriamente em suas disposições, quanto a esta classe de fideicommissos.

*O Motu Proprio* legislativo, do S. Papa Gregorio XVI, no art. 48.º, permittiu, nos Estados Romanos, os fideicommissos perpetuos e indefinidos.

O Codigo Municipal da Ilha de Malta, no art. 3.º, auctorisava as substituições até ao quarto grau; o Cod. Civ. do Cantão de Berne, no art. 579.º, limita-as a dois graus.

O Cod. Nap., nos artt. 1048.º e 1049.º; o Cod. Civ. do Cantão de Fribourg, no art. 832.º; o Cod. Civ. do Cantão de Valais, no art. 729.º; e o Cod. Civ. do Cantão de Vaud, no art. 687.º, restringem-as a um grau.

Finalmente, o Cod. Civ. da Austria, nos artt. 611.º e 612.º, roborava os fideicommissos indefinidos, quando os fideicommissarios sejam contemporaneos do fideicommittente; não o sendo, legitíma dois graus, versando o fideicommissio sobre moveis, e um grau apenas, recahindo sobre immoveis.

X O estado de incerteza e oscillação, caracteristico do nosso antigo fóro, pelo que tocava aos fideicommissos graduaes, reclamava urgentemente uma disposição transitoria, que lhes respeitasse.

O Codigo Civil, comprehendendo esta necessidade, firmou, no art. 1874.º, a seguinte provisào:—*«Os fideicommissos temporarios de preterito só produzirão o seu effeito no primeiro grau de substituição, achando-se abertos por morte do testador, ao tempo da promulgação do presente Codigo.»*

Para bem se comprehender este artigo, torna-se mister o recorrer ás suas fontes, quaes os artt. 2009.º e 2010.º do Projecto do Codigo Civil do sr. Visconde de Seabra.

O art. 2009.º estava assim redigido:—*«Os fideicommissos*

«*sos temporarios de preterito sómente produzirão o seu effeito no primeiro e segundo grau, achando-se abertos, por morte do testador, ao tempo da publicação do presente Código.*» O art. 2010.º acrescentava: — «*Os fideicommissos perpetuos de preterito, denominados vinculos, morgados ou capellas, serão regulados por uma lei especial.*»

Este Projecto, publicado em 1859, dava, pois, por validos e existentes até então na nossa jurisprudencia, os fideicommissos temporarios e os perpetuos, o que de todo o ponto attesta a veracidade da opinião, que sobre este assumpto formulámos.

A Comissão Revisora, em sessão de 26 de junho de 1862, eliminou o art. 2010.º do Projecto <sup>1</sup>.

É obvia a razão d'este proceder. Ao tempo em que a Comissão Revisora se occupava do art. 2010.º do Projecto, sahira já a lume a lei especial, nelle invocada: a L. de 30 de julho de 1860, á qual posteriormente se seguiu a L. de 19 de maio de 1863.

Eis o motivo, por que o actual Cod. Civ., no art. 1874.º, apenas faz menção dos fideicommissos *temporarios de preterito*, e não dos perpetuos.

O art. 2009.º do Projecto foi approvedo, dizendo-se: «*no primeiro grau de substituição*» em lugar de «*no primeiro e segundo grau.*» A Comissão Revisora obedeceu, nesta parte, ao desejo de simplificar as substituições de preterito, forcejando por que não destoassem muito da indole das nossas leis vinculares.

Assentadas estas brevissimas, mas indispensaveis noções

<sup>1</sup> Vide *Actas da Comissão Revisora*, pag. 281.

historicas, estudemos o preceito exarado no art. 1874.º do Codigo Civil. Este artigo irroga uma distincção radical entre as substituições, abertas em virtude do fallecimento do seu auctor, antes da promulgação do Codigo Civil <sup>1</sup>, e aquellas, cujos fideicommittentes fallecerem depois d'esta promulgação.

As primeiras só produzem o seu effeito *no primeiro grau de substituição*. O Codigo Civil parece dar, por esta forma, a entender que, anteriormente á sua promulgação, eram permittidos os fideicommissos em mais de um grau. Afigura-se-nos, porém, que o pensamento do Codigo Civil foi o cortar por quaesquer duvidas, que no fóro podessem offerecer-se.

Em face da divergencia de opiniões, escriptos, e sentenças, outr'ora formulados, quanto aos fideicommissos graduaes, não era de admirar que os tribunaes legitimassem uma substituição em varios graus; sendo assim, se o Codigo guardasse silencio, quanto a estas substituições, dir-se-hia que a lei não tinha effeito retroactivo, que a prohibição, comminada nos artt. 1867.º e 1871.º, só era applicavel aos fideicommissos futuros, e que, pois, os preteritos surtiam todos os seus effeitos, em todos os seus graus, e em todas as suas clausulas. Ora, para evitar conflictos, decidiu o Codigo que a validade

<sup>1</sup> Cumpre não esquecer que a Lei preambular do Codigo Civil, com dat de 1 de julho de 1867, declarou, no art. 3.º, que: «Para todos os effeitos «previstos no mesmo Codigo, ter-se-ha, como dia da sua promulgação, o dia «em que elle começar a ter vigor, nos termos do artigo antecedente.

Ora, em virtude do art. 2.º d'esta mesma Lei, o Codigo Civil começou vigorar no continente do Reino, e nas Ilhas adjacentes, em 22 de março de 1868.

Nas provincias ultramarinas, data a sua execução de 1 de julho de 1870 em consequencia da Lei de 18 de novembro de 1869.

das substituições fideicommissarias se estendia apenas ao primeiro grau; de forma que, se os tribunaes tivessem julgado nullos todos os demais graus, a sua sentença coadunava-se com o art. 1874.º; mas se houvessem resolvido o contrario, embargava-lhes o mesmo artigo a inteira execução de seus julgados.

Uma duvida se pode, todavia, suscitar: supponhamos que uma sentença, proferida antes da promulgação do Código Civil, déra por valido um fideicommisso de varios graus, e que este estava já no segundo grau, quando o Código começou a vigorar; o art. 1874.º não pode aqui executar-se literal e rigorosamente; deverá pois subsistir o fideicommisso? annullar-se-ha de plano, revertendo immediatamente os bens para os herdeiros *ab intestato* do primeiro fideicommissario?

Rejeitamos estas soluções; em virtude do art. 1874.º, fôra absurdo que similhante fideicommisso se prolongasse a ultteriores graus; por outro lado, extorquir ao fiduciario os bens, cuja posse adquirira por um titulo legitimo, qual é o caso julgado, seria praticar um acto, tão extremamente vexatorio, que lei alguma o poderia auctorisar<sup>1</sup>.

Em consequencia d'isto, entendemos que tal fideicommisso termina na pessoa do fiduciario, existente na época em que se promulgou o Código. Os bens fideicommittidos ficam livres e allodiaes nas mãos d'este fiduciario, que póde dispor d'elles a seu talante, *inter vivos* ou *causa mortis*.

É esta a interpretação, que julgamos derivar logicamente

<sup>1</sup> As proprias leis vinculares julgaram legitimos possuidores dos vinculos seus administradores.

do art. 1874.º<sup>1</sup>, no tocante aos fideicommissos, abertos antes da promulgação do Código Civil.

Os que tiverem sido instituídos em testamento, antes d'esta promulgação, mas que só depois se abrirem por morte do testador, regulam-se inteiramente pelos artt. 1867.º a 1873.º como se vê da combinação dos artt. 1739.º, 1752.º, 1762.º 2009.º e 2011.º do Código Civil.

Taes são, em rapidos traços, os preceitos relativos á constituição do fideicommisso.

<sup>1</sup> Em face do exposto, é incontestavel que o art. 1847.º se refere a quaesquer fideicommissos, abertos antes da promulgação do Código Civil.

O *Jornal de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 43, sustenta, porém, a despeito da letra expressa d'este artigo, que elle só comprehende as substituições, instituídas no intervallo que medeiu entre a publicação e o começo de execução do Código Civil. Em abono do seu alvitre, allega a illustrada Redacção d'este Jornal, que o contrario fôra dar á lei effeito retroactivo, e annullar as sentenças, que tivessem confirmado as substituições em segundo grau visto que o Código apenas as admite no primeiro.

Em guisa de peroração, escreveu o mesmo Jornal: «E com effeito, revogando a Lei de 1 de julho de 1867, no art. 10.º, toda a legislação em contrario, é manifesto que enquanto o novo Código se não começasse a executar, devia subsistir em vigor a legislação revogada. O Código Civil determinou o contrario, mandando regular os fideicommissos, instituídos neste intersticio, pelas disposições da nova lei.»

Nós responderemos: se assim é, ou o Código Civil tem effeito retroactivo ou começou a vigorar antes de ser dado á execução! O *Jornal de Jurisprudencia* rejeita a primeira d'estas alternativas; a segunda por certo a não quererá aceitar.

Com razão disse, pois, a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 15, pag. 237, que a intelligencia, dada pelo *Jornal de Jurisprudencia* ao art. 1874.º, é contraria á letra e ao espirito do Código Civil.

## CAPITULO V

### Direitos e obrigações dos fiduciarios

#### Commentario ao art. 1873.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Por Direito Romano, a propriedade dos fideicommissos pertencia ao fiduciario, *pendente conditione*.—II O mesmo principio avultou no antigo Direito Patrio.—III Disposições da legislação estrangeira, sobre este assumpto.—IV Segundo o Codigo Civil, o fiduciario é, em tudo, equiparado ao usufructuario.—V O direito do fiduciario á quarta trebellianica, acabou completamente.—VI Analogias e differenças, que existem entre a velha e a moderna jurisprudencia, quanto aos direitos e obrigações do fiduciario.

I A ordem de doutrinas, que para este estudo havemos perflhado, de plano nos conduz agora ao apuramento dos direitos e obrigações, que ao fiduciario são pertencentes,

Vastissimo campo de exploração abria outr'ora ao interprete, n'estes assumptos, a nossa antiga jurisprudencia. Controversias de subido pezo tinham em oscillação, ainda o espirito dos mais esclarecidos jurisconsultos. A todas sobrelevava, porém, em importancia, a que dizia respeito á propriedade do fideicommisso. Nem tanto é para admirar, pois que das breves considerações, que deixamos escriptas, deriva, em obvia illação, o encontro de pareceres, e incerteza de principios, que, no attinente aos mais elementares preceitos, reguladores dos fidei-

commissos, a cada passo surgiam. Se materias houve, que a deficiencia da legislação tornasse embaraçosas e enredadas, para nós temos que entre ellas avultou sempre a que escolhemos para base d'este escripto.

Decidir a quem de direito cabia a propriedade do fideicommisso, se ao fiduciario, se ao fideicommissario, questão foi esta nunca bem deslindada no nosso fóro.

Resolver-a-hia o Cod. Civ.?

Não respondamos de prompto; esforcemo-nos por assentar bem as premissas, d'onde melhor possamos depois, sobre tal assumpto, inferir o nosso juizo.

Estudemos a questão nas suas fontes primordiaes.

Firmámos, em outra parte, a idéa de que o Direito Justinianêo, deixando aliás subsistir algumas escasas differenças entre os legados e os fideicommissos particulares, baralhára comtudo as provisões, que mais genericas os regiam.

Uns e outros, quando deixados sem condições, passavam *recta via* para os beneficiados, sem que d'elles houvesse o herdeiro instituido mais do que uma *posse* de momento. E a contrario, quando escriptos conditionalmente, cabia aos beneficiados uma mera esperança, até á verificação das clausulas condicionaes impostas pelo testador, e ao herdeiro a propriedade<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Esta distincção deriva, a toda a luz, do confronto das Leis Romanas.

As LL. 44, § 1.º, D., *de legatis 1.º*; e 80, D., *de legatis 2.º*, conferiam ao legatario o direito de propriedade sobre o legado, a contar da abertura da herança, «*si pure res relicta est,*» de modo que, a não intervir renuncia expressa d'este direito, «*dominium quod hereditatis fuit nunquam factum heredis.*»

Não menos expressa era, no tocante aos fideicommissos, a Const. 3, § 2.º,

O mesmo se guardava nas heranças fideicommissarias<sup>1</sup>.

D'aqui procedia que, nos fideicommissos puros, a alienação dos bens era absolutamente vedada ao fiduciario; nos condicionaes, porém, devia elle abster-se de toda e qualquer venda, hypothecca ou outra alienação, mas, quando a realizasse, era valida, e sómente a realisação da condição prescripta a podia ferir de nullidade<sup>2</sup>.

Sem embargo do exposto, a alienação, feita pelo fiduciario, era irresoluvel e valida: quando levava em mira a solução de dividas hereditarias<sup>3</sup>; ou quando auctorizada pelo testador,

Cod., *communis de legatis et fideicom.*, dizendo: «Nemo itaque (heres) ea «quae... restitui aliis disposita sunt... putet in posterum alienanda ...: sed «sciat quod alienum est, non ei licere, ut pote sui patrimonii existens alieno «juri applicare.»

Mas, ao revez d'isto, a propriedade dos legados, como dos fideicommissos, pertencia ao herdeiro, até ao integral implemento das condições propostas.

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

Que isto mesmo vigorava nos fideicommissos, prova-o a citada Const. 2, § 3.º, Cod., *com. de legat. et fideicom.*, auctorizando as alienações por parte do fiduciario, até á resolução da condição, e reputando-as validas, quando a resolução prejudicava as esperanças do fideicommissario; prova-o Mackeldey — *Institutes du Droit Romain*, pag. 352, § 756.º — escrevendo: «Aussi «longtemps que le fiduciaire a la possession et la jouissance du fideicommissis, il est à la verité propriétaire.»

<sup>1</sup> Warnkœnig — *Institutiones Juris Romani Privati*, pag. 276, § 735.º — explicitamente ensina que: «Ante restitutionem hereditatis fiduciarius quidem bonorum dominus est.»

<sup>2</sup> Const. 3, § 2, Cod., *communis de legatis et fideicommissis*.

<sup>3</sup> L. 104, D. *de solut. et liberationibus*.

como no legado *de eo quod supererit* <sup>1</sup>; ou quando tinha por si o assenso de todos os interessados <sup>2</sup>.

Mas, se o Direito Romano assegurava principios certos, pelo que tocava á propriedade do fideicommisso, egual asserçãc não cabe, rigorosamente, á nossa antiga legislação.

II Entre nós, a competencia da propriedade foi assumpto de largos pleitos.

Os fideicommissos, de effeito immediato á adição da herança, ou *ex certo die*, foram desconhecidos pela Ord. liv. 4. tit. 87.º; esta só reputava fideicommissarias as substituições que se devessem verificar por morte do instituido. O fideicommisso, tendo uma accepção mais ampla no Direito Romano abrangia disposições de diverso quilate, sendo umas a praz fixo, outras a prazo incerto; e como as leis consagravam principio «*dies incertus pro conditione habetur*», d'ahi provei o haverem-se por condicionaes os fideicommissos, de realizaçã posterior ao fallecimento do fiduciario (cujo dia era incerto e puros os que sem restricção eram deixados a termo fixo <sup>3</sup>

A nossa jurisprudencia pretendeu perpetuar esta doutrina:

<sup>1</sup> LL. 10, § 3, e 71, D. *de legatis* 2.º

<sup>2</sup> Const. 11, Cod. *de fideicommissis*.

<sup>3</sup> A L. 75, D., *de condit. et demonstr.* diz: — «*Dies incertus conditione in testamento facit.*»

A L. 1, § 2, D. *eod.* acrescenta: — «*Dies autem incertus est, cum scribitur: heres meus cum morietur decem dato; nam diem incertum mihi habet ejus.*»

A L. 79, § 1, D. *eod.*, explica isto, assim: — «*quamvis enim heredem nominatum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati cedat.*

A. L. 4, D., *quando dies legat.*, confirma inteiramente esta doutrina.

mas contra isto se levantava um obstaculo poderoso: o desconhecimento dos fideicommissos *puros*, entre nós, tornava inutil, e vazia de sentido, a distincção romana. Tal era, porem, a affeição escholastica professada, pelos nossos praxistas, aos preceitos da legislação imperial, que, a despeito de tudo, se houve por corrente, no nosso fóro, que os fideicommissos, definidos na Ord., eram condicionaes <sup>1</sup>.

D'aqui nasceu a questão; o aphorismo romano «*dies incertus pro conditione habetur*» tornou-se a rotineira egide dos que affirmavam o direito do fiduciario á propriedade dos bens fideicommittidos.

Nada mais simples: a deficiencia das nossas leis reclamava o auxilio do Direito Romano; este conferia a propriedade dos fideicommissos condicionaes ao fiduciario; identica praxe cumpria guardar entre nós. E tal foi a idéa que predominou, sem embargo de algumas opiniões auctorisadas.

Permitta-se-nos individuar, de entre estas ultimas, as exaradas nas tenções do Acc. da Relação do Porto, de 24 de julho de 1850 <sup>2</sup>.

Tractava-se de um testamento, que instituira, por fiduciaria da herança, a esposa do testador. O primeiro tencionante declarou que ella deveria ser tida como usufructuaria, por lhe ser vedado o alienar os bens da herança. O segundo tencionante sustentou não haver differença entre o fiduciario e o usufructuario, pois que as faculdades de um e outro se limitavam ao

<sup>1</sup> Valasco — *Consulta* 459, n.º 13, diz expressamente: — «*Gravamen post mortem videtur factum sub conditione, cum dies mortis pro conditione habeatur.*»

<sup>2</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 13.º anno, n.º 1742.

uso e gozo da cousa, salva a sua substancia. O terceiro tencionante accordou-se plenamente com os dois primeiros; e neste sentido se redigio o respectivo accordão.

O processo foi levado, em recurso de revista, para o S. T. J., que fulminou a doutrina contida no Acc. da Relação do Porto <sup>1</sup>, e concedeu a revista.

Os autos baixaram novamente á Relação do Porto, que passou a conhecer da questão, funcionando em secção diversa. O primeiro tencionante declarou que, em quanto vigorasse a Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 87.<sup>o</sup>, jámais se poderia asseverar que o fiduciario tivesse um simples usufructo, pois que a mesma Ord. lhe conferia expressamente o titulo de herdeiro. O segundo tencionante apoiou este argumento. O terceiro tencionante declarou que o substituto tinha direito á herança, desde que o testador fallecêra; donde se concluia que o fiduciario apenas tivera a posse. O quarto tencionante (o sr. Seabra) acoustou-se ás duas primeiras tenções, attribuindo ao fiduciario a propriedade. O quinto tencionante igualmente se pronunciou contra a terceira tenção. O novo Acc. da Relação do Porto, proferido em 8 de julho de 1853, seguiu, pois, o caminho traçado pelo Acc. do S. T. J. <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Este Acc. do S. T. J., com data de 19 de novembro de 1852, transcreveu-se no *Gazeta dos Tribunaes*, 12.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 1261, diz ser corrente «e materia de instituição, com substituição de herdeiros, que os instituidos e o primeiro grau são proprietarios, podendo nessa qualidade practicar todos e quaesquer actos, para que se exige o dominio nos contrahentes, salvo a resolução condicional d'esses actos, no que offender a transmissão, quando se verifique o acontecimento previsto pelo testador.»

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, 13.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 1744.

O Acc. do S. T. J., de 8 de junho de 1846 <sup>1</sup>, já antes roborara identicos principios.

A vacillação, que caracteriza os nossos tribunaes, neste assumpto, não menos se revela nas obras dos escriptores, lidos em Direito.

Liz Teixeira <sup>2</sup> confere a propriedade ao fiduciario. Corrêa Telles <sup>3</sup> affirma que lhe quadram os direitos e obrigações do usufructuario. Coelho da Rocha <sup>4</sup> torna dependentes da vontade do testador os direitos e deveres do fiduciario, e só na ausencia de vontade, claramente manifestada, é que lhe concede o dominio; mas tão restricto e resolovel torna este dominio, que quasi o reduz aos limites de um mero usufructo.

No tocante á faculdade de alienar, Pinheiro <sup>5</sup>, Guerra <sup>6</sup>, e Lobão <sup>7</sup>, unanimemente asseveram que tal faculdade não pertencia, *em regra*, ao fiduciario; mas os mesmos reinicolas, assentando esta proposição generica, com largo estendal de DD. a limitaram, nas numerosas hypotheses que lhes suggeria a casuistica do foro <sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Este Acc., transcripto na *Gazeta dos Tribunaes*, 5.º anno, n.º 733, diz que a substituição fideicommissaria é essencialmente condicional, pois que «neste caso o dia incerto é tido por condição, constituindo proprietario o «herdeiro gravado.»

<sup>2</sup> *Curso de Direito Civil Portuguez*, p. 2.ª, div. 1, tit. 7, § 19:

<sup>3</sup> *Digesto Portuguez*, tom. 2, art. 1629.

<sup>4</sup> *Inst. de Direito Civ. Port.*, tom. 2, § 718:

<sup>5</sup> *De Testamentis*, disp. 4 sec. 8, § 5.

<sup>6</sup> *Ad Ordinationem*, liv. 4, tit. 3, *pr.*, glosa 4, controvers. 5 e 8.

<sup>7</sup> *Notas a Mello*, tom. 3, pag. 353 e 355.

<sup>8</sup> *Pinheiro*, narrando os effeitos do fideicommisso diz: «Secundus est, pro-

D'aqui se conclue que a maioria dos nossos praxistas attribua o dominio ao fiduciario, mas não amplo e isempto de peias.

Identica opinião avulta nos jornaes de Direito. *A Gazeta dos Tribunaes* diz ser principio corrente que nos fideicommissos a propriedade só passava para os substitutos, por morte do fiduciario <sup>1</sup>. *O Jornal de Jurisprudencia* corrobora este asserto <sup>2</sup>.

III A legislação estrangeira tem resolvido diversamente a questão proposta.

O Cod. Civ. da Austria, no artigo 629.º, declara que a propriedade do fideicommisso está dividida entre o fiduciario e o fideicommissario, pertencendo ao primeiro o dominio util (usufructo), e ao segundo o dominio directo; no art. 613.º, decide que o fiduciario tenha os mesmos direitos e obrigações do usufructuario; no art. 614, manda interpretar as expressões ambiguas do testamento, de modo que o direito do fiduciario á disposição dos bens seja o mais restricto possivel; e, nos artt. 632 e 642, só auctorisa as alienações e hypothecas,

«*hibitio alienationis, qua instituto interdicitur alienare bona fideicommisso subjecta, seu quae ex Fideicommissaria veniunt restituenda.*»

*Guerra*, permittindo a alienação em casos especiaes, adverte: — «*omnia vero... procedere tantummodo in subsidium nempe; aliis liberis bonis deficientibus, si enim libera bona congruentia exstant, nullo possunt bona fideicommissi alienari casu.*»

A isto accrescenta *Lobão*: «*E se o herdeiro gravado havia alienado alguns bens, sujeitos ao fideicommisso, subsistem as alienações em quanto elle vive, e só depois da sua morte pode o fideicommissario reivindicar esses bens.*»

<sup>1</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 8.º anno, n.º 1005.

<sup>2</sup> *O Jornal de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 27, sustenta que nas instituições, com character de usufructo, o dominio passava logo para o proprietario designado; mas que, nas substituições fideicommissarias, o fiduciario recebia o usufructo, e a propriedade, «*ainda que menos plena e resolovel.*»

que versem sobre os fructos, que caibam ao fiduciario. O Cod. Civ. de Soleure, no art. 565.º, egualmente reputa ser o fiduciario mero usufructuario da herança fideicommittida.

Ao revez d'isto, o Cod. Civ. de Berne, no artigo 582.º, irroga a propriedade no fiduciario, quando em contrario não haja expressa determinação do testador. O Cod. Civ. de Fribourg, art. 839.º, e o Cod. Civ. do Valais, art. 733.º, dão ao fiduciario uma propriedade limitada, restringindo a faculdade de alienar aos casos previstos por lei. O Cod. Civ. da Hollanda, art. 1032.º, tambem permite as alienações por parte do fiduciario, mas nos casos de necessidade absoluta ou utilidade manifesta, mediante auctorisação judicial, com audiencia do ministerio publico e do fideicommissario.

O Compendio de *Direito Commum Allemão*, elaborado por Bergson, art. 338.º; o da Grã-Bretanha, redigido por Amyot, e revisto por Blaxland, art. 558.º; a Ordenação de Bâle, art. 584.º; e o Cod. Civ. do Tessino, art. 361.º fin., consagram a absoluta prohibição de alienar.

O Cod. Civ. Francez é omisso, a este respeito. Sem embargo d'isto, os seus commentadores quasi unanimemente consideram proprietario o fiduciario. Marcadé<sup>1</sup>, Dal-

<sup>1</sup> Marcadé — *Explication du Code Civil*, comment. ao art. 1053, n.º 220, — exprime, a este respeito, idéas pouco justas. Assevera que a propriedade do fiduciario é completa, absoluta, e em seguida declara-a resolúvel! O fiduciario pode alienar, hypothecar, dispor por titulo gratuito ou oneroso, mas todas estas disposições, aliás de tamanho alcance no tracto civil e commercial, são nullas, quando por sua morte passarem os bens para o fideicommissario! Quer que o substituido tenha o dominio pleno dos bens, e todavia lança os encargos d'este dominio sobre a substituição, e, pois, sobre o substituto!

loz<sup>1</sup>, Demolombe<sup>2</sup>, Duranton<sup>3</sup>, Delvincourt<sup>4</sup>, Colmet de Santerre<sup>5</sup>, Delsol<sup>6</sup> e Emile Acolas<sup>7</sup>, delegam no fiduciario uma

<sup>1</sup> Dalloz — *Repertoire de Jurisprudence*, vb. *Substitution*, sec. 3, art. 5, § 1 — compromette-se a demonstrar, com um argumento *irrespondível*, que a propriedade deve pertencer ao fiduciario:— a propriedade não pode estar suspensa; logo, ou ha de pertencer ao fiduciario, ou ao fideicommissario; mas a este ultimo é impossivel, pois que o seu direito está suspenso, até se realisar um acontecimento; logo, caso este se não dê, todas as alienações e hypothecas, feitas pelo fiduciario, produzem os mesmos effeitos, que se emanassem d'uma propriedade plena. O argumento *irrespondível* de Dalloz affigura-se-nos uma simples petição de principio; além do quê, o acontecimento, de que elle falla, é a morte do fiduciario, e esta fatalmente se ha de dar.

<sup>2</sup> Demolombe — *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 5, n.º 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 à s'ouvrir, mais qui «n'est pas resolue. Elle finit, dis-je, donc elle a duré! elle meurt, donc elle «a vecú!» Mas, na propria *verdade juridica dos termos*, o que é uma propriedade *ad tempus*, senão um mero usufructo?

<sup>3</sup> Duranton — *Cours de Droit Français, suivant le Code Civil*, tom. 9.º (edição franceza) n.º 585 — assevera que o fiduciario pode alienar os bens fideicommittidos, hypothecal-os, impor-lhes servidões... salva a rescisão de todos estes actos pela adição do fideicommisso!

<sup>4</sup> Delvincourt — *Cours de Code Civil*, tom. 2.º, pag. 105 — confere ao fiduciario os direitos de proprietario, e as obrigações de usufructuario!

<sup>5</sup> Colmet de Santerre — *Cours Analytique de Code Napoléon*, tom. 4, comment. ao art. 1053, n.º 213 his I — attribue ao fiduciario uma propriedade resolúvel, e ao fideicommissario uma propriedade suspensiva; mas, sendo assim, o rigor da logica pede que um e outro tenham a faculdade de alienar suas propriedades.

<sup>6</sup> Delsol — *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, tom. 2, pag. 348, — diz que o fideicommissario, sobrevivendo ao fiduciario, se torna retroactivamente proprietario dos bens substituidos; a instituição do fiduciario, em testamento, desmente, porem, similhante interpretação.

*Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 627.

propriedade, *que se resolve*, morrendo elle antes do fideicommissario.

O fiduciario dispõe livremente dos bens fideicommittidos, aliena-os, hypotheca-os, impõe-lhes servidões, como tendo d'elles dominio pleno; mas estas disposições, estes contractos, são nullos e de nenhum valor, realisando-se o evento condicional da sobrevivencia do fideicommissario. Todavia, as alienações para pagamento de dividas, ou reparos indispensaveis, são irrevogaveis, independentemente do assenso do substituto.

É esta a doutrina, que os tribunaes francezes têm seguido <sup>1</sup>.

IV Vejamos, agora, se o nosso Codigo Civil dirime a questão.

O art. 1873.º acha-se redigido no seguinte theor: — «Os herdeiros ou os legatarios, cujas heranças ou cujos legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, *serão havidos por meros usufructuarios.*»

Como interpretar estas ultimas palavras? O direito de propriedade não pertencerá ao fiduciario?

A intelligencia grammatical do artigo parece responder n'este sentido; e, em verdade, se o fiduciario é havido, em Direito, por *mero usufructuario*, como suppor que a propriedade lhe possa jámais caber <sup>2</sup>?

<sup>1</sup> Pode vêr-se o *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 25 juillet, 1850*, transcripto na *Revue Critique de la Jurisprudence*, 1.º anno, pag. 78.

<sup>2</sup> Fallando aqui de propriedade, alludimos ao sentido juridico e rigoroso d'esta palavra. O Cod. Civ., definindo, no art. 2167.º, o direito de propriedade, como sendo: «a faculdade que o homem tem de applicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu», acrescenta: «*e de que portanto pode dispor livremente;*» e, no art. 2169.º, declara que o direito de propriedade

E todavia, a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* tem por vezes entendido, menos coherentemente, o art. 1873.º do Código Civil, attribuindo ao fiduciario, já a propriedade, já o simples usufructo dos bens fideicommittidos<sup>1</sup>.

abrange: o direito de fruição; o direito de transformação; o direito de exclusão e defesa; o direito de restituição e indemnização; e o direito de alienação. «Esta é, pois, a verdadeira propriedade. Mas o Código, no art. 2168.º «estabelece a divisão da propriedade em perfeita e imperfeita; a perfeita é a «que acabamos de considerar»; consiste na fruição de todos os direitos, contidos no direito de propriedade; «a imperfeita, na fruição de parte d'esses direitos», art. 2187.º E, finalmente, entre as propriedades imperfeitas, se conta «o usufructo», art. 2189.º O rigor da terminologia juridica, exige, porém, que á palavra *propriedade*, indistinctamente empregada, se ligue a accepção ampla e plena, que lhe comminam os artt. 2167.º e 2169.º

<sup>1</sup> A *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, aliás o jornal de Direito, hoje mais auctorizado no fôro, parece-nos não ter sido de todo o ponto harmonica, nas suas apreciações dos direitos, que competem ao fiduciario e ao fideicommissario.

No n.º 15 (1.º anno, pag. 233), escreve: «O fideicommissario adquire «direito á successão, desde o momento da morte do testador; e portanto «desde então fica sendo aquelle o proprietario dos bens deixados ao fiduciario «em fideicommisso. Sendo assim, claro é que o fiduciario não pode vender, «sem auctorisação do fideicommissario, os bens deixados em fideicommisso, «aliás esta venda é nulla.»

No n.º 79 (2.º anno, pag. 445), definindo o fideicommisso, diz: «D'aqui «se deduz que para haver substituição fideicommissaria, é necessario: 1.º «que as pessoas para quem passem os bens por morte do testador, não sejam «meramente usufructuarias, e que tenham a propriedade d'estes bens, embora «restricta e resoluvel.»

E, emfim, no n.º 193 (4.º anno, pag. 586) responde: «e como o menor «Joaquim é fideicommissario, é já um verdadeiro proprietario dos bens da «herança de Pedro...».

Crêmos que a deficiencia seja nossa; o certo é, porém, que não alcançamos harmonisar estes periodos.

É nossa opinião que ao fiduciario cabe apenas o usufructo, ou antes, e mais propriamente, que a propriedade se acha dividida entre o substituido e o substituto, pertencendo ao primeiro o dominio util, ao segundo o dominio directo.

Convencem-nos d'esta proposição, já o confronto dos preceitos comminados pelo Codigo, já a correspondencia polemica, que, ao tempo da revisão do Projecto d'este Codigo, teve logar entre o ex.<sup>mo</sup> sr. dr. Joaquim José Paes da Silva e o sr. Visconde de Seabra.

Se o art. 1873.<sup>o</sup> determina que o fiduciario seja havido por usufructuario, o art. 1868.<sup>o</sup> torna publico o direito do fideicommissario á successão, desde o momento da morte do testador.

Que direito é este? Se o fiduciario é havido por usufructuario, goza dos direitos e obrigações, inherentes ao usufructo; sendo havido por *mero* usufructuario, goza só d'estes direitos e obrigações; ora, se o usufructo não contém a propriedade, mas é d'ella uma limitada parte, é evidente que os direitos e obrigações do proprietario são, na maioria, alheios ao fiduciario; mas o dominio directo não pode estar suspenso: ou hade pertencer ao fiduciario ou ao fideicommissario; logo, sendo estranho ao primeiro, compete inevitavelmente ao segundo; tal é, pois, a natureza do direito, que o fideicommissario adquire á successão, por morte do testador.

Abramos o capitulo do usufructo. O art. 2207.<sup>o</sup> permite ao usufructuario o gozar pessoalmente da cousa, emprestal-a, arrendal-a, ou alugal-a, e até alienar *o seu usufructo*; mas de forma alguma o alienar os bens usufruidos. O fiduciario não pode, pois, dispôr, a titulo algum, dos bens da herança; o que

o art. 1866.º reconhece, impondo-lhe a obrigação de os *conservar* até a sua morte. Como imaginar, pois, que lhe caiba o dominio directo, a propriedade?

O Direito Romano, a nossa velha Jurisprudencia, e os commentadores francezes, são logicos e coerentes: conferindo-lhe a propriedade, dão-lhe os direitos de alienar, hypothecar, impor servidões, etc., direitos estes, proprios e inherentes á propriedade; e depois, a transmissão do fideicommisso, extinguindo o dominio n'uma certa epocha, destróe, de então por diante, os effeitos dos contractos, a que elle deu margem. Mas querer que o fiduciario tenha hoje a propriedade dos bens fideicommittidos, e reconhecer, como é forçoso, que taes bens não podem, de modo algum, ser alienados, ahí o absurdo.

O Codigo, no art. 2221.º, manda que o usufructuario proceda ao inventario dos respectivos bens, com citação e assistencia do proprietario; no art. 2229.º, diz que as reparações extraordinarias não incumbem ao usufructuario, mas sim ao proprietario; no art. 2239.º, impõe ao usufructuario a obrigação de satisfazer os juros das quantias, que o proprietario tiver desembolsado para pagamento das contribuições, impostas sobre o capital ou propriedade; mas, como realisar estas disposições, se o fiduciario, sendo aliás havido como usufructuario para os effeitos juridicos, tiver, comtudo, a propriedade do fideicommisso?

Quem não vê o absurdo, que resultaria de querer attribuir ao fiduciario o direito de propriedade, com os simples encargos do usufructo? A Fazenda reclamava o pagamento de contribuições, lançadas sobre o capital ou propriedade, e o fiduciario respondia com os artt. 1873.º e 2239.º § 1.º, segundo

os quaes só lhe cumpre satisfazer os juroes das contribuições devidas <sup>1</sup>.

† A hypothese, que figurámos no texto, não é puramente filha de nossa imaginação; verificou-se já uma semelhante, no juizo administrativo, dando logar ao *Decreto sob consulta do Conselho de Estado*, de 29 de dezembro de 1870, transcripto na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4464.

O assumpto do julgamento foi o seguinte: um testador, instituiu, por sua herdeira, uma sobrinha, devendo ella transmittir, por sua morte, os bens, para seus filhos; na falta d'estes, metade dos mesmos bens deveriam então passar para trez sobrinhos do testador, e a outra metade para os paes da herdeira instituida, caso lhe sobrevivessem. Aberto o testamento, e devolvidos os bens á herdeira, o escrivão de fazenda exigiu d'ella o pagamento integral da contribuição do registro. A collectada recorreu para a respectiva junta dos repartidores, allegando que apenas era usufructuaria, e que, como tal, apenas devêra pagar metade da quantia exigida, pertencendo o pagamento do restante ao fideicommissario, quando a sua propriedade se consolidasse com o usufructo. A Junta dos Repartidores negou provimento á reclamação, em Acc. de 14 de maio de 1868. Os aggravados, recorreram d'este Acc. para o tribunal do contencioso administrativo do Conselho de Estado. Este tribunal officiou á junta dos repartidores, para que informasse circumstanciadamente sobre o caso, e a junta, em Acc. de 15 de fevereiro de 1869, reconsiderou sobre o Acc. anterior, não confirmando a liquidação feita pelo escrivão de fazenda.

O Decreto: — «Considerando que quando mesmo a recorrente não tivesse «sido expressamente instituida usufructuaria, como foi, e *sim fiduciaria*, «visto que o testador determinou que por morte d'ella passassem os bens a «outras pessoas, *assim mesmo não podia deixar de ser considerada sómente* «com os direitos de usufructuaria, em presença da expressa disposição do «art. 1873.º do Código Civil...»

«Considerando que a carta de lei de 30 de junho de 1860 diz, no § 10.º «do art. 8.º, que — quando a propriedade se transmittir separada do usu- «fructo, a liquidação será feita ao proprietario e usufructuario, como a dois «contribuintes distinctos, com differente responsabilidade» — concedeu provimento ao recurso.

Do exposto se conclue: que o fiduciario tem exclusivamente, como asse-

A propriedade, ou antes o dominio directo, é, pois, absolutamente estranho ao fiduciario.

Mas, dir-se-nos-ha, talvez, que se o dominio directo não pode estar suspenso, e que se o Codigo Civil permite ao testador o fideicommittir em proveito de nascituros, não pode o fiduciario deixar de ser plenamente proprietario de tal fideicommisso.

Nós respondemos que o art. 1867.º do Codigo Civil apenas falla dos nascituros, concebidos ao tempo da morte do testador; já em outro logar o provámos.

Nem pudera ser outro o sentido do art. 1867.º; o Codigo, que teve em vista o extirpar do nosso fóro as clausulas prohibitivas de alienação, o Codigo que, para isemtpar a propriedade dos encargos que outr'ora lhe impunham os testadores, prohibiu genericamente os fideicommissos, conservando apenas as duas excepções do art. 1867.º—jamais poderia favorecer os designios de um pae, que, desejando tornar a sua terça inalienavel na pessoa de seu filho, pretextasse para isto uma chimerica transmissão de bens para netos, que nem nascidos estavam, nem visos tinham de nascimento futuro.

Comprehende-se que o Codigo, levado por motivos que não perfilhamos, sancione fideicommissos, estabelecidos em prol de pessoas existentes, ou provavelmente futuras n'um tempo mais ou menos proximo; o que se não comprehende, é que torne a propriedade inalienavel, em proveito de entes imaginarios.

Nada obsta, pois, a que o nascituro, já procreado, tenha o

veramos, os direitos e obrigações do puro usufructuario, e isto para todos os effeitos juridicos.

direito de propriedade sobre a herança fideicommittida; seus paes, ou curadores, que o representem n'este direito <sup>1</sup>.

Dir-se-nos-ha, finalmente, que o Codigo, no art. 1870.º, reputa fideicommisso a disposição, pela qual o testador deixe a propriedade de seus bens a uma pessoa, encarregando esta de os conservar e transmittir, por sua morte, a um terceiro.

Nós respondemos que tal fideicommisso ou é nullo, nos termos do art. 1867.º pr., ou valido, consoante os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo; mas que, neste ultimo caso, muito embora o testador assevere que ao fiduciario cabe a propriedade dos bens, tal não acontece, por lhe competir apenas o usufructo, nos termos do art. 1873.

Numa palavra, a disposição, indicada no art. 1870, é um fideicommisso; mas, quando este seja valido em face do art. 1867, os direitos e obrigações do fiduciario regulam-se na conformidade do art. 1873.

Os antecedentes historicos do Codigo confirmam a nossa asserção. O sr. dr. Joaquim José Paes da Silva <sup>2</sup>, nas suas illustradas observações ao art. 2003.º do Projecto de Codigo Civil, escreve: «E deve mais declarar que as obrigações e direitos do herdeiro fiduciario são os do usufructuario, pela forma que está declarada no capitulo do usufructo.» O sr. Visconde de Seabra, respondendo a estas observações, diz: «Em quanto á declaração de que os direitos e obrigações do fiduciario são os do usufructuario, acha-se no art. 2008.º, para os casos em que os fideicommissos são permittidos.»

<sup>1</sup> *Codigo Civil*, artt. 6, 137, 157 e 158.

<sup>2</sup> *Observações sobre o Projecto do Codigo Civil* — transcriptas na *Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, a pag. 279 a 281.

Este art. 2008 do Projecto dispunha que os «gravados com substituições fideicommissarias, *serão considerados como meros usufructuarios.*» Esta redacção é de todo o ponto analogá do art. 1873 do Código Civil; logo, se ella significava que os direitos e obrigações do fiduciario eram os do usufructuario, o mesmo se deve logicamente inferir do art. 1873.<sup>o</sup>

Em face d'isto, julgamos incontestavel que a propriedade do fideicommisso se acha dividida entre o fiduciario e o fideicommissario; o primeiro tem o dominio util; o segundo tem o directo até á morte do substituido, e de então por diante o dominio pleno.

V O Código Civil dirimiu, por esta forma, toda e qualquer controversia, que se pudesse ainda hoje suscitar, ácerca do direito do herdeiro instituido á quarta trebellianica.

O Direito Romano, levado do desejo de compensar os onus hereditarios, que sobre o instituido pesavam, creára, em prol d'este, o beneficio da quarta <sup>1</sup>.

Havendo varios herdeiros, cada um recebia a quarta parte da sua quota hereditaria <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Por Direito Romano, só o herdeiro tinha direito á quarta trebellianica, e nunca o fideicommissario, encarregado de transmittir o fideicommisso; Ortolan — *Explication Historique des Institutes*, tom. 2, liv. 2, tit. 23.

Se o herdeiro adia a herança e percebia a quarta, o fideicommissario ficava *loco legatarii*, e, pois, era obrigado a restituir novamente o fideicommisso, sem diminuição alguma; L. 22, § 5, D. *ad. SC.<sup>tum</sup> Treb.*

Se o herdeiro se recusava a adir a herança, e o fazia *jussu pretoris*, o fideicommissario recebia a herança toda, ficando *loco heredis*, mas nem por isso podia levantar a quarta; L. 55, § 2, D. *ad. SC.<sup>tum</sup> Treb.*

<sup>2</sup> É o que por analogia se conclue do § 1, *Inst., de lege Falcidia*, onde se diz que cada um dos herdeiros: — «*quartam partem suae pártis sálvam habeat, posse retinere.*»

Casos havia, porém, em que este benefício se não dava <sup>1</sup>.

Na computação da quarta, entravam todos os proventos da herança <sup>2</sup>; e, embora se discutisse se os herdeiros necesarios podiam, além da sua legitima, levantar a quarta, o certo é que a opinião mais commum era adversa a esta faculdade <sup>3</sup>.

Estes dictames da jurisprudencia romana foram consagrados nas Leis das Septe Partidas <sup>4</sup>; mas, posteriormente á *Novis-*

<sup>1</sup> A L. 1. § 78, D. *ad. SC.™™ Treb.*, não o concede aos fiduciarios, nomeados em testamento militar.—A L. 3, § 1, D., *eod.*, vai ainda mais longe, nas palavras «*et si qui sunt alii.*»—Pela L. 4, D., *eod.*, cessava, quando o herdeiro adia os bens *jussu praetoris*;—pela L. 45, D., *eod.*, quando elle mesmo o recusava.—E, finalmente, a *Nov.* 1, cap. 2, § 2, expressamente diz: «*Si vero (testator) expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam: necessarium est testatoris valere sententiam.*»

<sup>2</sup> Voet — *Compendium Juris*, pag. 393, n.º 11, diz:—«*Imputanda tamen veniunt in hanc quartam ea omnia, quae quis habet ex jure testatoris, sive titulo institutionis, sive legati... Sed fructus in hereditate percepti per fiduciarium imputandi sunt, quoties vel pendente fideicommissi conditione percepti sunt, vel ex mora fiduciarii, secus si ex mora fideicommissarii.*»

<sup>3</sup> Peres — *Prelectiones in 12 libros Codicis*, liv. 6, cap. 48, pag. 55 — escreve:—«*Jure Canonico expressum est, eos posse duas quartas detrahere, videlicet legitimam & Trebellianicam: illam tanquam aes alienum, & quavis debitum jure naturae; hanc tanquam debitam heredibus gravatis. Attamen hoc nostro Jure definitum est unam tantum quartam a filiis deduci posse.*»

<sup>4</sup> *Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alonso el nono, nuevamente glossadas por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real — Sexta Partida*, tit. 5, ley 14:—«*Pero dezimos q̄ este q̄ es rogado e estabelecido en esta manera, q̄ deue dar e entregar la herçia al otro, asi como el testador mando: sacãdo ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E si este q̄ assi fuesse estabelecido por heredero, nõ quizesse recibir la heredad, o despues que la ouiere rescebido nõ la quizesse entregar al otro, apuede le apremiar el judgador del logar, q̄ lo faga.*»

Esta ultima parte da lei foi, porem, revogada pela Ley, 1, tit. 18, liv. 10,

*sima Recopilacion*, os juriconsultos hespanhoes entraram em duvida ácerca da sua vigencia na Hespanha <sup>1</sup>.

Egual discrepancia de pareceres se agitou no fóro patrio, sendo que os escriptores, tradicionalistas do Direito Romano, pretenderam fazer reviver entre nós o beneficio da quarta, em proveito do fiduciario <sup>2</sup>.

da *Novissima Recopilacion*, que determinou que se o fiduciario não quizesse adir a herança, o fideicommissario o fizesse de per si. Pode ver-se, a este respeito, *Hernandez de la Rúa — Lecciones de Derecho Español*, tom. 2, leccion 28.

<sup>1</sup> Salvador del Viso — *Lecciones Elementales de Historia y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España*, p. 2.<sup>a</sup>, trat. 2.<sup>o</sup>, lec. 14, § 12, fallando do fiduciario diz: — «sus derechos principalmente se reducen á percibir la «cuarta parte de los bienes del fideicomiso, que los romanos llamaram trebellianica.»

Escriche — *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, vb. *Sustitucion Fideicommissaria* — confirma esta proposição, allegando que o fiduciario é obrigado a entregar a herança «pero sacando para si la cuarta «parte liquida, llamada cuarta trebellianica... aunque algunos dicen no haber ya logar á esta deduccion.»

Em contrario asseveram, porem, Pedro Gomez de la Serna e Juan Manuel Montalban — *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tom. 2, liv. 3, tit. 1, secc. 2, § 2, n.<sup>o</sup> 21 — que a quarta trebellianica, «como estaba apoyada en la necesidad de que el fiduciario adiese la herencia para «que el testamento surtiera efecto, cesando ya esta necesidad de la adicion, «puesto que sin ella han de cumplir-se las disposiciones testamentarias, según una ley recopilada, nos inclinamos à que en la actualidad debe de haber caducado.»

<sup>2</sup> Guerreiro — *Trat. 2.<sup>o</sup> de Divisionibus*, liv. 5, cap. 1, n.<sup>o</sup> 32 — vae até ao ponto de conceder aos proprios herdeiros legitimarios o beneficio da quarta: — «Ampliatur, ut filius sub conditione gravatus, non solam legitimam, sed etiam Trebellianicam, & sic duas quartas detrahere possit.»

Lobão — *Supplemento ao Tratado das Acções Summarias*, § 19 e seguintes — busca demonstrar, com largo estendal de citações e paraphrases, o

Em algumas nações estrangeiras vigora ainda esta velharia romana. A Ordenação de Bâle, art. 590.º, e o Cod. Civ. do Tessino, art. 357.º, consagram-a explicitamente.

O nosso Código Civil, porém, definitivamente a eliminou, limitando os direitos do fiduciario ao mero usufructo dos bens substituídos. E, na verdade, concebe-se que nos antigos fideicommissos, de effeito immediato á adição da herança, fosse semelhante beneficio de necessidade, afim de convidar o herdeiro instituído a cumprir a vontade do testador, compensando-lhe os encargos inherentes á sua qualidade de herdeiro; mas hoje, que o testamento não deixa de surtir os seus effeitos, pelo simples repudio que o instituído faça da herança, fôra evidente dislate uma concessão d'esta ordem.

VI Ha, pois, differenças radicaes entre o velho e o moderno Direito, no concernente aos direitos do fiduciario: o primeiro punha duvida em lhe conceder a quarta trebellianica; o segundo nega-lh'a terminantemente;— o primeiro concedia-lhe a propriedade, o segundo o usufructo dos bens fideicommittidos.

Mas, apesar d'estas tão salientes differenças, alguns pontos de contacto se encontram entre um e outro.

Assim, o Cod. Civ. declara, no art. 2202.º, que o usufructo do fiduciario á deducção da quarta, appellando finalmente para a *Ord.* liv. 4, tit. 81, § 6, que deferia ao administrador da capella, cujos rendimentos fossem absorvidos pelos encargos, a *quinta* parte d'estes rendimentos, no caso especial de não haver *salario* estipulado.

Gouveia Pinto — *Tratado dos Testamentos*, cap. 35, 2.ª nota; Correia Telles — *Digesto Portuguez*, tom. 3, art. 1637 e 1638; — *Manual dos Tabelliães*, § 227; e Mello Freire — *Inst. Jur. Civ. Lus.*, tom. 3, tit. 7, § 21 — condemnam absolutamente o uso da quarta trebellianica entre nós.

ctuario, e, pois, o fiduciario, tem o direito de perceber todos os fructos, que a cousa produzir; e, nos artt. 2203.º, 2204.º, e 2005.º, explica e desenvolve esta sua providencia. O nosso antigo Direito, accetando os principios da jurisprudencia romana, estatuiu por identica forma. <sup>1</sup>

Já, no tocante a bemfeitorias, existe discrepancia. O Cod. Civ., no art. 2228.º, obriga o usufructuario ás reparações ordinarias, indispensaveis para a conservação da cousa, e só das extraordinarias admite a indemnisação, nos termos do art. 2229.º, § 1.º Quanto ás uteis e de recreio, apenas lhe confere o direito de as levantar sem detrimento da cousa, art. 2217.º O Direito Romano concedia ao fiduciario o direito de se indemnisar das bemfeitorias necessarias e uteis, e o de levantar as voluptuarias <sup>2</sup>; principios que entre nós foram adoptados <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vide L. 87, § 1.º, D., *de legatis 2.º*; L. 83, D., *de legatis 3.º*; L. 26, D., *de legatis 3.º* Póde tambem vêr-se o Cod. Civ. da Austria, nos artt. 631.º e 649.º

<sup>2</sup> L. 58, D., *de legatis 1.º*; L. 22, § 3.º, D., *ad SC.ºum Treb.*

<sup>3</sup> Gama — *Decisiones Supremi Senatus Lusitani*, Dec. 308, n.º 16: — «Sumptus quos quis fecit in re subjecta restitutioni, potest repetere ab eo qui restituit.»

Guerra — *Ad Ordinationem*, liv. 4.º, § 4.º, n.º 12: — «Sicut de herede fideicommissario qui rem restitutioni fideicommissi subjectam melioravit, quod repetere ea potest melioramenta, æstimatione facta.»

Guerreiro — *Tr. 1, de Inventario*, liv. 3.º, cap. 2.º, n.º 28: — «(Here: «gravatus) potest repetere æstimationem meliorationum quas fecit.»

A isto accrescenta Lobão — *Notas a Mello*, tom. 3, pag. 353, n.º 5: — «O herdeiro do herdeiro gravado pode fazer varias deducções, como de dividas que pagasse, despezas funerarias, de inventarios, *bemfeitorias*, e ou tras mais cousas e indemnisações.»

O Cod. Civ., no art. 2221.º, n.º 1, manda proceder ao inventario dos bens fideicommittidos, declarando, todavia, no § 2.º do mesmo artigo, que este inventario pode ser dispensado pelo testador, ou pelo doador, não havendo offensa de direitos de terceiro; e prodiga de preceitos era tambem, sobre isto, a velha jurisprudencia <sup>1</sup>.

Finalmente, o Codigo Civil dispõe, no art. 2223.º, que o usufructuario disfructe a cousa como proprietario prudente, e, no art. 2221.º, n.º 2, lhe commina uma caução, quando exigida, assim para a restituição dos bens, ou seu valor, como para reparação de deteriorações, provenientes de culpa do usufructuario.

<sup>1</sup> Guerreiro — *Tr. 1, de Inventario*, liv. 3.º, cap. 2.º, n.º 1; — Corrêa Telles — *Digesto Portuguez*, tom. 3.º, artt. 1632.º e 1633.º; — Coelho da Rocha — *Inst. de Direito Civ. Port.*, § 718.º, n.º 1 — reclamam a confecção do inventario, por parte do fiduciario.

Cabedo — *Decisiones*, Dec. 136, n.º 1, — diz que foi outr'ora assumpto de questão, se, tendo o testador dispensado a fiduciaria, sua mulher, da feitura do inventario, poderia ella, ou não, ser obrigada a cumprir esta formalidade; o que Cabedo resolve, escrevendo: «*Et placuit ut cogi nihilominus «posse. Talis autem deterioratio apparere non potest nisi facta vero æstimatione & descripta.*»

Na *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 2845 a 2847, vem um processo, cujos AA., na qualidade de fideicommissarios, pediam que a R., como fiduciaria, fosse condemnada a inventariar a herança fideicommittida. O Juiz de Direito da comarca de Pinhel lavrou sentença, deferindo ao pedido dos AA.

Podem tambem ver-se: o Cod. Napoleão, art. 1058.º; Cod. Civ. da Austria, art. 627.º; Cod. Civ. do Cantão de Vaud, art. 697.º; Cod. Civ. da Hollanda, art. 1027.º; Cod. Civ. das Ilhas Jonias, art. 972.º; Ordenação de Bâle, artt. 584.º a 594.º; Cod. Civ. de Berne, art. 581.º; Cod. Civ. de Fribourg, art. 837.º; Cod. Civ. de St. Gall, art. 178.º; Cod. Civ. do Tessino, art. 366.º; e Cod. Civ. do Valais, art. 739.º

Este preceito não é, todavia, applicavel aos actuaes fiducia-  
rios, e isto porque, segundo vimos, estes são sempre os paes  
dos fideicommissarios. Sendo assim, aproveita-lhes a disposição  
do § 1.º do mesmo art. 2221.º, pelo qual a obrigação de pres-  
tar caução não é applicavel «aos paes usufructuarios dos bens  
dos filhos, salvo o que fica disposto no art. 148.º» O art.  
148.º declara que os encargos do usufructo, pertencente aos  
paes, são: n.º 1—«todos aquelles a que em geral estão su-  
jeitos os usufructuarios, *excepto a caução*»; advertindo, po-  
rem, que o § unico d'este art. 148.º dispõe que: «A excepção  
feita no n.º 1.º, relativamente á caução, cessará para o pae,  
se passar a segundas nupcias.» Logo, só n'esta ultima hy-  
pothese é que os fiduciarios, havidos como taes pelo Codigo  
Civil, podem ser compellidos a prestar caução.

Sobre este assumpto, discorrêra já longamente o Direito  
Romano e o Patrio<sup>1</sup>, estabelecendo como regra a prestação

<sup>1</sup> Varnkœnig — *Institutiones Juris Romani Privati*, pag. 277, § 735.º  
—«Denique heres tenetur si in rebus hereditariis custodiendis eam diligen-  
tiam non adhibuerit, quam suis rebus adhibere solet.»

Jacob Gothofredo — *Series Digestorum*, part. 5.ª ex libro 36.º — diz:  
«Legatis et fideicommissis commune est cautionis genus quodam ab herede  
praestandum, legatorum seu fideicommissorum nomine.»

O mesmo repete Domat — *Les Loix Civiles*, liv. 5.º, tit. 3.º, sec. 1, n.º 2.

Charles Mainz — *Éléments de Droit Romain*, tom. 1, pag. 583, — vai  
mais longe, incluindo os fideicommissarios na cathegoria dos que tinham  
hypotheca legal e especial.

Demais, pôde vêr-se a L. 1, § 10.º, D. *ut legat. et fideicom.*; a L. 26,  
§ 1.º, D., *de legatis 4.º*; e a Const. 6, Cod., *ad S.C.ºum Treb.*

Strykio — *De Cautelis Testamentorum*, cap. 2.º, membr. 1, § 15.º, —  
admittia que o fiduciario fosse relevado da caução, quando d'ella o dispen-  
sasse o testador, mas accrescentava: «Cœterum quamprimum bona fideicom-

da caução, mas permittindo ao testador o dispensar d'ella o herdeiro instituido, e resolvendo, mesmo, que todas as vezes que o fiduciario fosse pae do fideicommissario, não podesse

«missaria dilapidare incipit prohibitione testatoris non obstante, ad cautionem adhuc praestandam adigi potest.»

Fusario — *Tractatus de Substitutionibus*, quest. **DXV** — recenseando os preceitos relativos á caução, e asseverando, com Strykio, que ao testador assistia a faculdade de dispensar o fiduciario da prestação d'esta garantia, escreve: «Sed Ludon... vult in casu prohibita cautionis a testatore, heredem «teneri cavere quod dolus malus ab eo absit.»

Mas, na propria Jurisprudencia antiga, se encontravam casos, em que o fiduciario ficava isempto da caução, independentemente da remissão, que d'ella lhe fizesse o testador. O mesmo Fusario enumera principalmente dois: 1.º «quando frater fratri est grauatus restituere ex substitutione paterna»; 2.º «quando pater, vel mater essent grauati restituere filiis suis, quia non tenentur satisfacere, sed solummodo promittere restitutionem, obligando boña sua». Todavia, Fusario cautelosamente observa: — «*Haec tamen limitatio non procedere parentibus transeuntibus ad secundas nuptias, namatum tenerentur satisfacere*». — «Declaratur secundo non procedere, si testator ordinasset patrem teneri cautionem praestare».

Entre nós, diz Cabedo — *Decisiones*, dec. 136, n.º 2: — «& eo modo praestatur dicta cautio de utendo boni viri arbitrio; sed talis cautio remitti nequit a testatore.»

Guerreiro — *Tr. 1 de Inventario*, liv. 4.º, cap. 2.º, n.º 19 e 21 — combate, porém, esta opinião de Cabedo, dizendo: — «Quare alii dixerunt, quod aideo predictam cautionem, & confectionem remitti a testatore non posset, quia sunt de substantia ususfructus...; sed haec etiam ratio minimè concludit». — E em seguida acrescenta: — «Deinde convincitur, quia praedicta cautio... aliquando necessaria non est... ut in patre».

Vide tambem: o Cod. Civ. de Vaud, art. 693.º; Cod. Civ. de Fribourg, artt. 838.º e 839.º; Cod. Civ. de St. Gall, art. 77.º; a Ordenação de Bale, art. 584.º a 590.º; o Cod. Civ. do Tessino, art. 361.º fin.; o Cod. Civ. de Berne, art. 582.º fin.; e o Cod. Civ. do Valais, art. 734.º

ser compellido a realizar aquella garantia, salvo nò caso especial de passar a segundas nupcias.

Obvio é, pois, que os artt. 2221.º, n.º 2, e 148.º do Código Civil fizeram revigorar, n'este ponto, as praxes, de ha muito seguidas no fóro.

E alem d'estas analogias e differenças, outras existiam, que, todavia, não desvirtuam a verdade da nossa asserção.

Mais uma vez o repetimos: hoje, o dominio directo dos bens fideicommittidos é proprio do fideicommissario; toda e qualquer alienação d'estes bens, feita sem outorga do senhorio, é de Direito nulla; não é, pois, mister esperar que a morte do substituido se verifique, para que uma venda, uma doação, um contracto qualquer, que elle tenha celebrado, seja rescindido: *quod nullum est nullum producit effectum.*

---

## CAPITULO VI

### Direitos e obrigações do Fideicommissario

Commentario ao art. 1868.º do Codigo Civil

**Summario.**—I O fideicommisso extingue-se, se os fideicommissarios morrem antes do testador.—II A propriedade plena radica-se logo no fideicommissario, se o fiduciario repudia a herança;—III o mesmo acontece, se o fiduciario fallece antes do testador; assim se converte em *vulgar* a substituição fideicommissaria.—IV Por Direito Romano, o fideicommisso extingui-se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario.—V Identica idéa avultou outr'ora no fôro de Portugal.—VI A legislação estrangeira, sobre este assumpto, é pouco firme e philosophica.—VII O nosso Codigo Civil acabou completamente com a questão do *spes debitum iri*.—VIII Resolução das questões transitórias, relativas aos direitos do fideicommissario,—IX e das questões de prescrição dos mesmos direitos.—X O fiduciario e o fideicommissario podem contractar livremente sobre os bens fideicommittidos.

I Firmámos, em paginas anteriores, a proposição de que o dominio directo do fideicommisso pertencia ao fideicommissario.

Os commentadores francezes, e nomeadamente Delvincourt<sup>1</sup> e Marcadé<sup>2</sup>, coherentes com as doutrinas que vimos professarem, assentaram em regra que os direitos do substituto, em vida do substituido, careciam de realidade, limitando-se, quando muito, a uma simples esperança no futuro.

<sup>1</sup> *Cours du Code Civil*, tom. 2, pag. 105.

<sup>2</sup> *Explication du Code Civil*, comment. ao art. 1053.º, n.º 221.

O nosso Código Civil, porém, experimentando radicar preceitos, que alimpassem os nossos tribunaes dos numerosos processos, que lhes embargavam a celeridade e rectidão do expediente, abertamente declara, no art. 1868.º, que:— «o fideicommissario adquire direito á successão, desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciario»; acrescentando a isto que:— «Este direito passa aos seus herdeiros.»

É por este artigo, que empreehenderemos pautar as soluções, que, na corrente d'este capitulo, vamos assignar ás muito frequentes controversias, que em pleitos se têm alevantado no fóro, sobre direitos do fideicommissario.

A primeira hypothese, que se pode ventilar, é a da morte do fideicommissario, anterior á do testador.

O Direito Romano ordenava, n'este caso, que a disposição testamentaria valesse sómente no que respeitasse ao fiduciario, radicando-se n'elle a propriedade plena, e caducando por isso a substituição <sup>1</sup>.

O mesmo se observou na nossa jurisprudencia <sup>2</sup>, sendo que eguaes resultados se produziam, tornando-se o fideicommissario incapaz de adir o fideicommisso <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A L. 17, D., de *legatis* 2.º, figura a hypothese de ser fiduciario o legatario, e não o herdeiro, e determina que, morrendo o fideicommissario antes do testador, pertença o legado ao fiduciario:— «Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restituat Mævio, Mæviusque fuerit mortuus: Titii commodo cedit, non heredis: nisi dumtaxat ut ministrum Titium ele-git.»

<sup>2</sup> Coelho da Rocha — *Inst. de Direito Civ. Port.*, § 719, n.º 1.

<sup>3</sup> Corrêa Telles — *Digesto Portuguez*, tom. 3, artt. 1640.º e 1641.º

O Código Civil perpetua estes principios. O art. 1868.º, advertindo que o fideicommissario adquire direito á herança desde o momento da morte do testador, evidencia bem que nenhum direito lhe assiste, anteriormente a esta epocha, e que, pois, não poderia transmittir direito algum a seus successores, morrendo antes do testador. Isto mesmo corrobora o art. 1759.º, n.º 1, ferindo de caducidade as disposições testamentarias, relativas a herdeiros ou legatarios, que falleçam antes do testador, e lembrando, no n.º 3, que identicos effeitos produz a incapacidade do herdeiro ou legatario.

É, pois, evidente que a morte do fideicommissario, anterior á do disponente, invalida o fideicommisso.

Deriva d'aqui uma pergunta natural: a quem pertence a propriedade dos bens fideicommittidos, ao herdeiro que fôra instituido fiduciario, ou aos herdeiros legitimos do testador?

Se attentarmos em que os direitos do fiduciario são puramente relativos ao usufructo, como o observa o art. 1873.º, e que foram estes direitos os concedidos testamentariamente ao herdeiro, ou legatario, instituido fiduciario, sendo-lhe estranha a propriedade, parecer-nos-ha que esta deverá pertencer aos herdeiros legitimos do disponente.

Todavia, analysando bem o art. 1866.º, vemos que no fideicommisso ha duas disposições: 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, a um terceiro, a herança ou o legado; a primeira disposição envolve uma *instituição* de herdeiro ou legatario; a segunda uma *substituição* do mesmo herdeiro ou legatario, por um terceiro; se este terceiro fallece antes do tes-

tador, ou se torna incapaz, ou, emfim, por qualquer motivo não pode ou não quer acceitar o beneficio testamentario, a substituição annulla-se, o encargo de conservar, e transmittir por morte, caduca.

Mas, segundo o art. 1869.º, a nullidade da substituição não importa a nullidade da instituição; o herdeiro ou legatario instituido prevalece, pois.

Quaes são os direitos que lhe assistem? A clausula fideicommissaria tem-se como não escripta, em face do art. 1869.º; no testamento existe simplesmente uma instituição de herdeiro ou legatario; logo, se o testador não limitou expressamente ao usufructo os direitos d'este herdeiro ou legatario, é obvio que taes direitos são os da propriedade plena.

Conclusão: se o fideicommissario morre antes do testador, ou se torna incapaz, ou por qualquer motivo não pode ou não quer acceitar o beneficio testamentario, o fideicommissio extingue-se, e a propriedade plena radica-se no herdeiro ou legatario, primeiramente instituido.

II Uma outra hypothese, é a do fiduciario repudiar a herança ou o legado.

As leis imperiaes exigiam, para a validade do testamento e seus effeitos, a realisação da instituição do herdeiro<sup>1</sup>; o simples repudio da herança, abrogando absolutamente todas as clausulas testamentarias, importava a nullidade dos fideicommissos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vide § 1.º, Inst., *de hered. quae ab intest.*; L. 181, D., *de reg. jur.*; L. 9, D., *de testam. tut.*

<sup>2</sup> Claudicando a instituição de herdeiro, o fideicommissio só era valido, sendo feito em codicillo, L. 81, D., *de legatis* 2.º; ou tendo o testador si-

Ora, para obviar a que a simples vontade do fiduciario inutilisasse os desejos do testador, e os direitos do fideicommissario, conferiu a Legislação Justinianêa, a este ultimo, o poder de compellir o herdeiro á acceitação da herança, afim de lh'a devolver promptamente, com todos os seus proventos e onus <sup>1</sup>.

Lobão pretendeu defender, entre nós, a doutrina de que a instituição de herdeiro era necessaria, para o testamento surtir os seus effeitos <sup>2</sup>. E tal foi o motivo de alguns praxistas asseverarem que o fiduciario podia ser forçado a acceitar a herança <sup>3</sup>.

Mas, apesar dos esforços d'estes reinicolas, os preceitos, por elles expendidos, foram decahindo de valia, falsos como eram, em face da Ord. liv. 4.º, tit. 87.º, § 12.º, que enxergava, na substituição fideicommissaria, um compendio de substituições.

Hoje, que a velha distincção formal entre testamento e codicillo está bannida da nossa Jurisprudencia, nem o repudio,

gnificado claramente, que, na falta dos herdeiros instituidos, passasse o encargo fideicommissario para os successores *ab intestato*, L. 88, § 9.º, D., *de legatis* 2.º

<sup>1</sup> § 7.º, *Inst. de fideicom. hered.*

<sup>2</sup> Lobão — *Notas a Mello*, tom. 5, Dissert. 8: — «a instituição de herdeiro «é requisito substancial, para a validade dos testamentos, conforme a nossa «legislação.»

<sup>3</sup> Pinheiro — *De Testamentis*, disp. 4, sec. 8, § 5.º, n.º 1190, — enumerando os effeitos do fideicommisso, diz: «*Primus itaque effectus... est «coactio, qua institutus compelli potest a fideicommissario ut adeat.*»

Guerreiro — *Tr. 1, de Inventario*, liv. 3.º, cap. 2.º, n.º 30, — similhan-temente escreve: «*Quæres, an heres gravatus possit cogi hereditatem adire, «ut restituat? Respondetur affirmative.*»

que o fiduciario faça do fideicommisso, prejudica os direitos do fideicommissario, nem pode este obrigar aquelle a que acceite forçadamente uma herança, a que de sua vontade renunciou. O art. 1759.º, e n.º 4, advertindo que as disposições testamentarias caducam, *em relação aos herdeiros ou legatarios*, quando estes rejeitem os seus direitos, obviamente significam a validade das restantes disposições, contidas no testamento, a não ser que algum outro motivo as invalide.

III Ainda uma terceira hypothese, é a do fiduciario morrer antes do testador, ou antes da verificação da condição, assignada pelo testador.

Com quanto o Direito Romano não fosse de todo o ponto harmonico n'este particular, devemos, todavia, franquear o parecer de que o onus do fideicommisso ia affectar os herdeiros do fiduciario <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A legislação romana é assás embaraçosa, sobre este assumpto.

A L. 29, D., *de legatis* 2.º, mostra que, antes da reforma Justineanêa, a morte do fiduciario abrogava, em taes casos, os fideicommissos; mas esta Lei, sendo puramente historica, mal poderia colher para o nosso quesito, se a L. 1, § 9.º, D., *de legatis* 3.º, não parecesse confirmal-a, nas palavras «*cum fideicommissum non debere*».

Todavia, a L. 61, § 1.º, D., *de legatis* 2.º, affirma que um escripto de Severo ordenára que os coherdeiros do fiduciario fallecido, realisando o seu direito de accrescer, ficassem tambem sujeitos ao fideicommisso: «*Et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur ad crescentem portionem.*»

A L. 88, § 9.º, D., *de legatis* 2.º, e a L. 32, § 4.º, D., *de legatis* 2.º, corroboram esta proposição; mas já a L. 81, D., *de legatis* 2.º, distingue entre herdeiros escriptos e herdeiros legitimos.

A conciliação d'estas leis é na verdade difficil; no emtanto, afigura-se-nos que, da sua accurada leitura, resulta a idéa que ventilámos.

Força nos é, porém, confessar que Voet—*Ad Pandectas*. liv. 36.º, tit. 1.º,

Actualmente, a duvida fallece para nós, ao recordarmo-nos de que a substituição fideicommissaria contém implicitamente a vulgar, e que, pois, o fideicommissario substitue *vulgarmente* o fiduciario, todas as vezes que este não pode adir a herança, ou por fallecimento previo á sua abertura, ou por incapacidade <sup>1</sup>.

Sendo assim, a propriedade plena do fideicommisso radica-se, para logo, no fideicommissario <sup>2</sup>.

Identica resolução abraçou Duranton para o Direito Francez <sup>3</sup>.

IV A ultima hypothese, e sem duvida a mais importante, pela difficuldade que outr'ora havia de a submeter a uma decisão cabal, é a de fallecer o fideicommissario antes do fiduciario.

§ 69.º — diz que: «Si fiduciarius ante fideicommittentem mortuus sit, etiam tunc fideicommissum corruere necesse est; cum eo tempore, quo dies fideicommissi cedere debuerat, nullus inveniatur, a quo fideicommissum restitatur.»

Duas excepções apontava Voet a esta regra: a primeira se dava, quando á substituição fideicommissaria accrescia a vulgar; a segunda, quando o fideicommisso era particular, e confiado a um legatario.

<sup>1</sup> É o que se depreheende, tambem do art. 1759.º n.º 1 do Codigo Civil. Sendo o fideicommisso condicional, e valida a condição, cumpre guardal-a, nos termos dos artt. 1743.º e 1744.º do Codigo Civil.

<sup>2</sup> Ao revermos as provas da impressão d'estas breves linhas, recebemos o n.º 211 da *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, onde, em resposta a uma consulta, que dizia respeito á hypothese que figurámos, houvemos occasião de ler uma erudita decisão, inteiramente analoga á que adduzimos no texto.

<sup>3</sup> Duranton — *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, tom. 9, (edição franceza) n.º 549.

Equalmente identicas são as provisões do Cod. Civ. do Tessino, art. 358.º; do Cod. Civ. do Valais, art. 730.º; e do Cod. Civ. de Fribourg, art. 834.º

Sobre este assumpto, longas paginas se escreveram, longos pleitos se travaram, longos arrazoados se teceram; d'elles está prenhe e repleta a nossa antiga Jurisprudencia.

Foi causa d'esta incerteza, que tanto grassou no gremio juridico de Portugal, o Direito Romano; não que este Direito a tivesse irrogado no fóro de Roma, mas porque a sua indole especial repugnava a algumas praxes nossas, sem que, todavia, estas tivessem força bastante para o repellir, como subsidio.

Era principio corrente, na legislação imperial, que, fallendo o fideicommissario antes do fiduciario, achando-se pendente o fideicommisso, este caducava, extinguia-se; não medravam sobre isto duvidas, embora surgissem ponderosas, no attinente á qualidade da pessoa, a quem o fideicommisso pre-rempto devêra pertencer <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A L. 11, § 6.º, D., *de legatis 3.º*, declara: «Sed si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur: conditionale enim esse legatum nemini dubium est, et pendente conditione legati, videri decessisse fideicommissarium.»

A lei é tão clara, que dispensa toda a ulterior consideração; sobrevivendo o herdeiro fiduciario ao fideicommissario, os bens fideicommittidos tornavam-se livres, nas mãos d'aquelle.

Além do quê, as LL. 1, § 2.º, e 79, § 1.º, D., *de condit. et demonstr.*; a L. 4, D., *quando dies legat. vel fid. cedat*; e a Const. un., §§ 4.º e 7.º, Cod., *de caducis tollendis*, — roboram inteiramente esta proposição.

Bastas vezes acontecia, porém, ser o fiduciario um legatario, e então se questionava, se a este, se ao herdeiro, cabia o fideicommisso caduco.

A L. 60, D., *de legatis 2.º* resolveia: «Si a filio herede legatum sit Seio, fidei-que ejus commissum (fuerit) sub conditione ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit: fideicommissum deficiens apud Seium manet, non ad filium heredem pertinet: quia in fideicommissis potio-rem causam habere eum, cujus fides electa sit, senatus voluit.» Nada mais terminante do que este preceito: na hypothese proposta, o fideicommisso caduco

A reforma Justinianêa, outorgando ao fiduciario a propriedade dos bens, affectos a esta substituição condicional, e deixando o fideicommissario alentar-se de uma mera esperança,

(*deficiens*) pertencia ao fiduciario, ou seja herdeiro ou legatario; assim o determinára o Senado, assim o decidiu a Lei.

De encontro a isto, apparece, comtudo, a L. 88, § 13.º, D., *de legatis* 2.º, dizendo: «*Scævola: Codicillis Gaio Seio centum legavit, ejusque fidei-commisit, ut ancillae testatoris ea daret. Quæro an utile fideicommissum «sit...? Respondi, non esse. Item, si utile non est, an legatarius heredi, cujus ancilla est, restituere compellatur? Respondi, non compelli: sed nec «ipsum legatarium legatum petere posse.»* Aqui, o fideicommissio caducava tambem, mas ao legatario não assistia o direito de o exigir do herdeiro; e, nesta ultima parte, parece esta Lei desmentir a cit. L. 60, D., *eod.*

Como harmonisar estas duas prescripções destoantes?

Gothofredo — *Series Digestorum*, ex libro 32.º — aventa, neste intuito, a seguinte distincção: se o legatario fiduciario possui já o fideicommissio, conserva-o, «*non compelli restituere*»; se, pelo contrario, o não percebeu ainda, fallece-lhe o direito de o reclamar, «*nec... legatum petere posse.*»

Pothier — *Pandectes de Justinien*, tom. 12, pag. 189, nota 6 — alevanta-se contra esta interpretação, que julga condemnada pela L. 38, § 6.º, D., *de legatis* 3.º: «*Fideicommissit ejus, cui duo millia legavit, in haec verba: «A te, Petroni, peto uti ea duo solidorum reddas collegio cujusdam templi: «quæsitum est cum id collegium postea dissolutum sit, utrum legatum ad «Petronium pertineat: an vero apud heredem remanere debeat? Respondit «Petronium jure petere.»* Por isso, entende Pothier que melhor seria accreditar que as circumstancias do facto, sobre que Scævola respondeu, e que não foram por inteiro reproduzidas, assignavam mais propriamente ao fiduciario o caracter de testamentario, que o de legatario; isto a não se querer julgar viciosa a redacção, devendo lêr-se «*sed et ipsum*», em vez de «*sed nec ipsum*».

De todo nos conformamos com o parecer de Pothier, já por o ajuizarmos mais juridico e racional, já porque a razão justificativa da L. 60, D., *de legatis* 2.º, por esta invocada e transcripta, é de si tão obvia, diremos mesmo philosophica, que pequena margem offerece á controversia.

até ao integro implemento da condição imposta, levára a coherencia ao ponto de interceptar abertamente a transmissão hereditaria de uma fallivel expectativa.

V Os nossos velhos jurisprudentes esforçaram-se por lhe seguir as pisadas; mas, posteriormente, a discrepancia dos alvitres, ventilados sobre a applicação do aphorismo romano «*dies incertus pro conditione habetur*», alevantando questões de competencia, sobre a propriedade dos fideicommissos, originou processos de não somenos valia, baseados no *spes debitum iri*.

Compulsemos os elementos da nossa Jurisprudencia, e veremos que n'este ponto, como em outros já desenvolvidos, se embatiam as sentenças dos tribunaes com as decisões dos advogados, os textos dos tratadistas com os votos dos Jornaes de Direito.

Na *Gazeta dos Tribunaes* <sup>1</sup>, se encontram as peças principaes de um processo, relativo a um pleito importante: Um testador commettêra ao seu herdeiro universal o encargo de conservar, e transmittir por sua morte, alguns bens da herança, a varios conventos que designára; o testador falleceu em 1821; em 30 de maio de 1834 appareceu o Decreto, que extinguiu as ordens religiosas; e em 1845 morreu o fiduciario. Por este Dec. de 30 de maio de 1834, a Fazenda Nacional passou a representar os conventos extinctos, tomando-lhes os direitos. Controvertia-se a caducidade do fideicommisso apontado, em face do Decreto, ou, pois que o mesmo era, se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario, ficava perem-

<sup>1</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 1371, 1372 e 1373.

pta a substituição; a resolução affirmativa favorecia os interesses dos successores do herdeiro fiduciario, a negativa dava preferencia á Fazenda Nacional.

O Tribunal de primeira instancia declarou, por sentença proferida em Evora, a 31 de julho de 1849, que o Dec. de 1834 invalidára o fideicommisso. O Acc. da Relação de Lisboa, de 2 de março de 1850, confirmou a sentença appellada<sup>1</sup>. O Acc. do S. T. J., de 22 de novembro de 1859, denegou a revista, por não haver fundamento para a sua concessão.

E como estes, outros arestos se proferiram, sobre analogas contendas :

A sentença, lavrada na comarca de Castello Branco, aos 29 de Novembro de 1857, pronunciou-se adversa á transmissão do *spes debitum iri*, sem embargo das respostas, emittidas por alguns advogados, sobre o assumpto julgado<sup>2</sup>.

Do Acc. da Relação do Porto, de 4 de maio de 1869<sup>3</sup>, se conclue tambem que o nosso antigo Direito negava ao fideicommissario a faculdade de transmittir, por successão, os seus direitos, em vida do fiduciario.

<sup>1</sup> O Acc. da Relação de Lisboa, de 2 de março de 1850, allega que : «tendo o testador estabelecido um fideicommisso nos bens de raiz... ficou a «propriedade d'estes bens na herdeira universal, e não tendo os cinco con- «ventos extinctos chegado a adquirir, por se não haver verificado a condição, «visto que a extinção d'elles teve logar muito antes da morte do herdeiro, «é manifesto que nada transmittiram á fazenda nacional, que succedeu em «todos os seus bens.»

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2603 e 2604.

<sup>3</sup> *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 146, pagg. 675 e 676.

Finalmente, o Acc. do S. T. J., de 8 de junho de 1846, prestou pleno assenso a esta doutrina <sup>1</sup>.

A Associação dos Advogados não foi, porém, tão uniforme em suas decisões.

Em 25 de maio de 1842, afirmou 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 podiam, posteriormente á morte d'este ultimo, intentar a acção de petição de herança <sup>2</sup>. Em 1844, confessou que o fideicommisso, de verificação ulterior á morte do fiduciario, era condicional, e como tal caducava, quando o fideicommisso morresse *antequam dies cederet* <sup>3</sup>. Em 21 de fevereiro de

<sup>1</sup> São palavras d'este Acc., transcripto na *Gazeta dos Tribunaes*, 5.º anno, n.º 733: «E considerando que... esta substituição fideicommissaria... (é)... essencialmente condicional... caducando quando se não verifica a condição da morte do gravado, em vida do substituido, sem que este possa transmittir a seus herdeiros, a mera esperança, que com sua morte se desvaneceu...»

<sup>2</sup> Esta decisão foi transcripta na *Gazeta dos Tribunaes*, 3.º anno, n.º 386; o assumpto da consulta era uma disposição testamentaria, pela qual o testador instituiria quatro herdeiros, devendo a herança passar, por morte do ultimo, para quatro substitutos; um d'estes morrera, existindo ainda dois fiduciarios; perguntava-se, se o fideicommissario fallecido transmittira, aos seus successores, o direito á quarta parte da herança, e, no caso affirmativo, qual a acção propria para a haver.

<sup>3</sup> A *Gazeta dos Tribunaes*, 4.º anno, n.º 596, publica esta decisão; nella se diz que não obstava, á praxe exposta, o Alv. de 9 de setembro de 1754 — «porque pendendo da condição o fideicommisso ou legado, nada tinha a lei que transmittir, sendo certo que a condição faz retrobrahir a herança ao tempo da abertura do testamento, ou devolução d'ella.»

1844, corroborou esta asserção <sup>1</sup>. Em 4 de dezembro de 1847, furtou-se a uma decisão absoluta, invocando, como suprema lei, a vontade do testador <sup>2</sup>. Finalmente, em 26 de outubro de 1855, asseverou terminantemente que, para a substituição ser valida, era mister que o fideicommissario sobrevivesse ao fiduciario <sup>3</sup>.

Maior divergencia se nota, ainda, nas obras dos nossos Jurisprudentes. Valasco nega a transmissão do *spes debitum iri* <sup>4</sup>; Meirelles opina do mesmo modo <sup>5</sup>; Lobão appellida de

<sup>1</sup> Na *Gazeta dos Tribunaes*, 7.º anno, n.º 960, se encontram estas palavras da decisão indicada: «nos fideicommissos... que se deixam para passar «ao fideicommissario... por morte do herdeiro fiduciario... o evento da «morte d'este é uma especie de dia incerto, que em direito equivale á con- «dição, a qual se não verifica se o fideicommissario... morrer primeiro que «aquelle.»

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, 9.º anno, n.º 1242; ahi vem a decisão a que alludimos, onde, após a negação da transmissão do *spes debitum iri*, se exceptua o caso em que haja: «na verba do testamento... alguma expressão, que «mostrasse a vontade em contrario do testador, a respeito da transmissão.»

<sup>3</sup> Foi esta a resposta, dada pela *Associação dos Advogados*, a uma consulta, exarada na *Gazeta dos Tribunaes*, 21.º anno, n.º 3000: o testador deixára seus bens ao herdeiro que instituiria, substituindo-lhe fideicommissariamente os filhos d'este; o fiduciario, tendo casado duas vezes, tivera filhos de um e outro leito, mas alguns tinham fallecido, deixando descendentes; perguntava-se se estes succederiam, por direito de representação: a *Associação dos Advogados* respondeu negativamente.

<sup>4</sup> Valasco — *Consultationes*, Consult. 139, n.º 5: — «Secundo multum «suffragatur, quod licet relictum sub conditione vel die incerto, sive per «viam legati aut fideicommissi aut hereditatis, decedente fideicommissario «ante adventum conditionis, vel diei incerti, fiat caducum...» — n.º 14: «Si «fideicommissarius moritur pendente conditione, non transmittatur etiam «ad filios.»

<sup>5</sup> Meirelles — *Reportorio Juridico*, n.º 1528: — «Fideicommisso: caduca se

puramente conjectural semelhante transmissão <sup>1</sup>; Mello Freire opta por ella, em absoluto <sup>2</sup>; Corrêa Telles perfilha egual parecer, pelo que toca ao fideicommisso <sup>3</sup>; Coelho da Rocha segue as pisadas de Mello Freire e Corrêa Telles <sup>4</sup>.

«o fideicommissario fallece em vida do gravado, mas havendo substituto, não caduca, passa ao substituto.»

<sup>1</sup> Lobão — *Notas a Mello*, tom. 3, pag. 322, nota:—«o certo é que a materia da transmissão, em taes casos, é conjectural. Havendo, pois, algumas conjecturas favoraveis á transmissão, ajudarão muito ao julgador essas razões, para decidir a favor d'ella.» O mesmo repete, a pag. 345 e 354.

<sup>2</sup> Mello Freire — *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 6.º, § 13.º,— assegura ao proprio herdeiro ou legatario, instituido condicionalmente, a faculdade de transmittir os seus direitos hereditarios, antes da verificação da condição.

<sup>3</sup> Corrêa Telles — *Digesto Portuguez*, tom. 1, art. 62.º— expõe que, em regra, «a herança ou legado caduca, se o herdeiro ou legatario morre antes de verificada a condição»; e nisto se affasta de Mello Freire.

Mas, no — *Manual dos Tabelliães*, § 225.º— diz que, muito embora o fideicommissario morra antes de ser entregue do fideicommisso, transmitta aos seus herdeiros o direito de o pedir.

Os artt. 58.º e 59.º, tom. 1, do *Digesto Portuguez*, explicam esta diversidade de idéas; pelo art. 58.º, o direito ou obrigação só é condicional, «quando subordinado a um acontecimento, que póde ou não vir a existir»; pelo art. 59.º, «se é certo que o acontecimento hade existir, ainda que incerto o quando, então o direito ou obrigação reputa-se pura». Não ha, pois, contradicção entre os dois textos apontados, pois que o fideicommisso, deixado por morte do fiduciario, não é condicional, como referindo-se a um acontecimento que hade existir, ainda que incerto o quando. D'aqui se conclue que só a herança, o legado, ou o fideicommisso, subordinado a um acontecimento, que pode ou não vir a existir, caduca, morrendo o herdeiro, o legatario, ou o fideicommissario, antes do evento.

<sup>4</sup> Coelho da Rocha — *Inst. de Direito Civ. Port.*, tom. 2, § 719.º— ensina que o fideicommisso não caduca, se o fideicommissario morre antes do fiduciario, «porque passa o direito para os seus herdeiros.» Para isto se

Os jornaes de Jurisprudencia sustentaram a applicação. ao nosso fóro, da doutrina consignada nas leis romanas. É assim que a *Revista Juridica de Coimbra*<sup>1</sup>, e a *Gazeta dos Tribunaes*<sup>2</sup>, combatem toda a transmissão de direitos do substituto, em vida do substituído.

De todo o exposto se colhe que os principios, predominantes na jurisprudencia patria, envolviam uma negação formal da successão no *spes debitum iri*.

E não mais era isto, do que uma verdadeira coherencia; a corrente dos doutores, pugnando pelo aphorismo—*dies incertus pro conditione habetur*—d'elle extrahiú trez conclusões logicas e irrecusaveis; taes foram: 1.<sup>a</sup> os fideicommissos, permitidos pela Ord., liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 87.<sup>o</sup>, são todos condicionaes;

funda na L. 41, § 12.<sup>o</sup>, D., *de legatis* 1.<sup>o</sup>, a qual, todavia, respeitando a uma hypothese puramente particular, e invocando um Senatusconsulto especial, não destróe o que em outra parte deixamos dicto, em relação ao Direito Romano.

<sup>1</sup> Na *Revista Juridica*, tom. 1, n.<sup>o</sup> 13, se deu publicidade a uma consulta, baseada nos seguintes dados: *A* e *B* fizeram testamento de mão commum, instituindo-se reciprocamente herdeiros vitalicios, e devendo seus bens passar, por morte do ultimo que existisse, para *C*. Primeiro morreu *A*, depois *C*, e só mais tarde *B*; perguntava-se a quem pertenciam os bens: se aos herdeiros de *B*, se aos de *C*.—A *Revista Juridica* respondeu:—«Tenho visto julgados nos tribunaes a favor e contra, na especie proposta. «Entretanto, parece sem duvida, que, não chegando a substituída *C* a entrar na posse da herança, por se não ter verificado a condição, e por isso «a substituição, durante a sua vida, mal podia ella transmittir a seus herdeiros um direito, que não tinha; e por isso a opinião de que o fideicommissio caducou, na especie proposta, parece a mais segura.»

O mesmo defendeu tambem a *Revista Juridica*, 1.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 21.

<sup>2</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 1.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 93; 20.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 2955; 28.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 4119.

2.<sup>a</sup> a propriedade pertence ao fiduciario até cabal implemento da condição; 3.<sup>a</sup> se o fideicommissario morre primeiro que o fiduciario, a condição deixa de ser cumprida, e por isso caduca o fideicommisso.

Admittida a premissa principal, força era perfilhar-lhe as consequencias.

VI A legislação estrangeira tem oscillado em seus dictames, sobre este assumpto.

O Cod. Civ. do Cantão de Vaud, no art. 695.<sup>o</sup>, declara explicitamente que para o fideicommisso valer é mister que o substituto sobreviva ao substituido; e, pelo contrario, a Ord. de Bâle, nos artt. 584.<sup>o</sup> a 590.<sup>o</sup>, consagra a absoluta transmissão do *spes debitum iri*.

Entre estes dois preceitos extremos, outros apparecem, consignados em diversos Codigos, que, traduzindo praxes conciliadoras de um e outro, estabelecem a transição do Codigo de Vaud para a Ordenação de Bâle.

É assim, que o Cod. Civ. da Hollanda, no art. 1022.<sup>o</sup>, decreta 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.

É assim, que o Cod. Civ. do Cantão de Fribourg, artt. 836.<sup>o</sup> e 840.<sup>o</sup>; o Cod. Civ. do Cantão do Tessino, artt. 362.<sup>o</sup> e 363.<sup>o</sup>, e o Cod. Civ. do Cantão do Valais, artt. 735.<sup>o</sup> e 736.<sup>o</sup>—prohibem, por um lado, a successão nos direitos do fideicommissario, em vida do fiduciario, e permittem, por outro, que os descendentes do fideicommissario fallecido concorram, representativamente, ao fideicommisso, aberto por

morte do fiduciário, juncto com os fideicommissarios sobrevividos.

O Cod. Napoleão, no art. 1051.º, e o Cod. Civ. das Ilhas Jonias, no art. 966.º, fazendo valer esta permissão, irrogada nos Codigos de Fribourg, Tessino e Valais, guardam, todavia, silencio, pelo que toca á prohibição, comminada pelos mesmos Codigos.

A redacção viciosa do art. 1051.º do Cod. Napoleão deu lugar ás discussões de seus commentadores; e na verdade, não só este artigo, mas ainda os que citámos dos Codigos de Fribourg, Tessino, Valais, e Ilhas Jonias, dão largas a que se julgue, em vista de sua laconica terminologia, que a representação dos descendentes só é bem cabida, quando, alem dos fideicommissarios fallecidos, e por isso representados, outros haja que vivos sejam. E então, nada mais absurdo, pois que o mesmo importa subordinar os direitos dos representantes a um facto, tão puramente contingente, fortuito, e, para o nosso caso, secundario, qual a morte de todos, ou sómente de alguns, fideicommissarios.

Supponhamos um fideicommisso, instituido em prol dos netos do testador, filhos do fiduciário; eram quatro,—se morreram dois antes de seu pae, os seus representantes concorrem com os outros dois; se morreram todos, o fideicommisso extingue-se, haja ou não descendentes, que os possam representar! Qual é o principio philosophico, que preside a tão divergentes soluções? por nós, não logramos alcançal-o<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dir-se-nos-ha, talvez, que a razão é obvia: que se não fosse a disposição do art. 1051.º, a parte hereditaria, respeitante aos fideicommissarios falle-

O certo é que os jurisconsultos francezes seguem encontradas opiniões.

Duranton <sup>1</sup>, e Acollas <sup>2</sup>, sustentam a caducidade do fideicommisso, quando todos os fideicommissarios falleçam antes do fiduciario; Delvincourt <sup>3</sup> opta, na mesma hypothese, pela representação dos descendentes <sup>4</sup>.

VII Agora, que temos palpado os espinhos da larga questão do *spes debitum iri*, vejamos qual a solução, que lhe assigna o nosso Codigo Civil.

O sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, nas suas eruditas observações ao Projecto do Codigo Civil <sup>5</sup>, indicava a necessi-

cidos, accresceria aos fideicommissarios sobrevivios, com manifesto prejuizo dos descendentes d'aquelles; mas que, morrendo todos os substitutos, não é necessaria uma providencia, que especificadamente determine a representação dos descendentes, porque a ordem geral da successão, marcada pela Lei, a estabelece. Nós, porém, responderemos que os fideicommissos só podem ser constituídos nos bens livres, e nunca nos legitimarios, e que, por isso, fallecendo todos os fideicommissarios, em vida do fiduciario, este alcança a plena propriedade dos bens fideicommittidos, podendo vendel-os, doal-os, e, emfim, dispôr d'elles absolutamente, sem que a ordem legal da successão o entrave ou embarace.

<sup>1</sup> *Cours de Droit Français, suivant le Code Civil*, tom. 9, (edição franceza) n.º 548.

<sup>2</sup> *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 624.

<sup>3</sup> *Cours du Code Civil*, tom. 2, nota 7 á pag. 104.

<sup>4</sup> No attinente ao Direito Hespanhol, diz Escriche — *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*.— vbo. *Sustitucion fideicomisaria*:— «Muriendo el sustituto fideicomisario, antes de la adición y entrega de la herencia, passa a sus herederos el derecho que le compete, si la sustitucion es pura, y no si es condicional.»

<sup>5</sup> Vide *Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, pag. 279 e 281;— abi dizia o sr. dr. Paes: «é preciso cortar a questão que ha sido

dade de se derimir esta importante controversia do Direito antigo. O sr. Visconde de Seabra, respondendo a esta indicação, significava que, em sua opinião, não podia ter logar a discussão do *spes debitum iri*; mas que, emfim, a reputar-se necessaria uma declaração expressa, nada obstava a que ao art. 2003.º do Projecto, se acrescentasse o seguinte:—«O fideicommissario adquire direito á successão, desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciario. Este direito passa aos seus herdeiros.» Estas palavras formaram a integra redacção do art. 1868.º do Codigo.

E assim deu o legislador as duvidas por terminadas; decretou a absoluta transmissão do *spes debitum iri*, e depoz a pena, julgando ter dissipado as nuvens, que obscureciam os horisontes da jurisprudencia fideicommissaria.

Dois principios incontestaveis resaltam, pois, dos artt. 1873.º e 1868.º: o fiduciario é um mero usufructuario do fideicommisso; o dominio directo pertence ao fideicommissario, que, morrendo, o transmite a seus herdeiros.

As consequencias d'estes principios sabirão a lume no capitulo seguinte; é que este nosso trabalho é um edificio de lenta construcção.

VIII O art. 1868.º do Cod. Civ. terá applicação aos fideicommissos, abertos ao tempo da sua promulgação?

«tão debatida, se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario, passa «ou não o fideicommisso aos herdeiros; e me parece que deve passar, «porque parto do principio, que o direito ao fideicommisso é adquirido «logo na morte do testador; e não quando morre o herdeiro fiduciario ou «gravado.»

A *Gazeta dos Tribunaes* vacilla em sua opinião <sup>1</sup>.

Na tenção primeira do Acc. da Relação do Porto, de 4 de maio de 1869, se affirmou que o art. 1868.º não pode applicar-se a uma questão, ventilada em juizo antes da promulgação do Código <sup>2</sup>.

Nós, porém, entendemos que os fideicommissos, abertos ao tempo da promulgação do Código, se regem inteiramente pelas praxes, vigentes ao tempo da sua abertura; sendo que a unica restricção, que o Código Civil poderia irrogar n'esta regra, seria a relativa aos graus de substituição, nos termos do art. 1873.º; e, ainda para isto, era mister que se admittisse a possibilidade de existirem substituições em diversos graus, posteriormente ás leis da desvinculação, o que em outro logar contestámos.

Não é, pois, necessario que, para vigorar o Direito antigo, se tenha ventilado pleito judicial antes da publicação do Código, como o ajuizou o digno juiz, tencionante no Acc. citado.

Esta nossa proposição deriva logicamente do confronto dos artt. 8.º, 1762.º, 1874.º, 2009.º e 2011.º do Cod. Civ.; é este o consecretario immediato do aphorismo juridico: a herança regula-se pela legislação vigente ao tempo da sua abertura.

Em face do que temos desenvolvido n'estas ultimas paginas, é para nós ponto assente que se o fideicommisso tiver sido aberto, por morte do testador, antes de vigorar o Código Ci-

<sup>1</sup> Na *Gazeta dos Tribunaes*, 28.º anno, n.º 4096, se diz ser, pelo menos, duvidoso se o art. 1868.º do Código Civil:—«é applicavel ás disposições «fideicommissarias, feitas em testamentos abertos antes da vigencia do Código, em vista dos artt. 2009.º e 2011.º do mesmo Código.»

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, 29.º anno, n.º 4334.

vil, e posteriormente a esta epocha morrer o fideicommissario antes do fiduciario, o fideicommisso caduca, podendo o fiduciario dispôr livremente dos bens fideicommittidos.

Sendo assim, imaginemos que perante os tribunaes se intenta um processo, concernente a um testamento de mão commum, pelo qual dois conjuges se instituiram reciprocamente herdeiros, devendo os bens testados passar, por morte do ultimo, para um terceiro designado; este testamento fôra aberto antes do Codigo Civil, e como tal não perdeu o seu valimento <sup>1</sup>; mas, posteriormente, falleceu o fideicommissario, e após este o ultimo conjuge instituido, o qual revogára, porém, o testamento commum, mandando que os bens passassem para os seus herdeiros, em cujo numero se não achavam os do fideicommissario. Quem tem direito aos bens, que foram objecto do fideicommisso?

A Associação dos Advogados <sup>2</sup>, respondendo a uma consulta, baseada em identicos dados, decidiu que os herdeiros do fideicommissario tinham incontestavel direito á meação do primeiro conjuge fallecido, e a uma indemnisação, correspondente ao valor dos lucros, que o segundo conjuge auferira do testamento de mão commum; e que todo o restante cabia, de Direito, aos herdeiros d'este conjuge. A propria As-

<sup>1</sup> O art. 1753.º do Codigo Civil prohibe os testamentos de mão commum; mas, no § unico, exceptua, d'esta prohibição, os que tiverem data autentica ao tempo da sua promulgação, e não forem revogados. Sobre isto se póde consultar o *Direito*, 1.º anno, n.º 3, pagg. 122 e seguintes. Além do que, o art. 1762.º do mesmo Codigo confirma plenamente esta resalva.

<sup>2</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 30.º anno, n.º 4528, onde se transcreve a consulta e a resposta da *Associação dos Advogados*.

sociação dos Advogados julgou, comtudo, summamente questionavel o parecer que emittiu.

Não entraremos na questão, sobremodo embaraçosa, da faculdade, assistente ao conjuge sobrevivivo, de revogar o testamento de mão commum, na parte relativa á sua meação <sup>1</sup>; esta questão teria amplo cabimento, se o fideicommissario sobrevivesse ao conjuge, que se aproveitou do testamento.

Na hypothese figurada, a duvida desaparece, em face dos principios que estabelecemos: no testamento de mão communia inserto um fideicommisso; mas este caducou pela morte prematura do fideicommissario, e, pois, os bens se tornaram livres em poder do herdeiro instituido fiduciario; este herdeiro foi o conjuge sobrevivivo, e por isso lhe coube o indiscutivel direito de dispor dos bens, consoante a sua vontade lh'o pediu; testou novamente, em proveito de seus herdeiros; o segundo testamento é valido, e, conseguintemente, aos successores, n'elle designados, pertencem todos os bens, que foram objecto do fideicommisso; os herdeiros do fideicommissario nada podem reivindicar, porque nenhum direito lhes compete.

IX A jurisprudencia franceza tem-se embrenhado em largas questões, ácerca da prescripção dos direitos do fideicommissario.

Os glosadores do Codigo Napoleão perguntam indecisos se, ao querer o fideicommissario entrar, por morte do fiduciario,

<sup>1</sup> Sobre este assumpto, tão affincadamente controvertido na legislação antiga, póde mui proveitosamente consultar-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. 1.º anno, n.ºs 7, 23 e 39, onde elle se encontra miudamente explanado.

na posse dos bens fideicommittidos, lhe pode um terceiro embargar o proposito, allegando em seu favor, á mingua de titulo, a posse que teve de taes bens, durante o tempo marcado na lei.

É tal a confusão de doutrinas, e a promiscuidade de principios destoantes, que Dalloz, ao encetar a apreciação d'este assumpto, exclama: «nous n'emettions pas sans hesitation notre opinion personnelle <sup>1</sup>!»

Esta opinião, que Dalloz a custo emette, confirma a prescrição dos direitos do fideicommissario, em proveito do terceiro possuidor; é solução que tem por si os auctorisados votos de Delvincourt <sup>2</sup> e Delsol <sup>3</sup>.

Demolombe <sup>4</sup> distingue: se a prescrição é invocada por terceiro, que derivou a sua posse de um acto do fiduciario, a prescrição é nulla; no caso contrario, vigora, e inutilisa o fideicommisso.

Arntz <sup>5</sup>, figurando a hypothese de o fiduciario ter alienado os bens fideicommittidos, assevera que o comprador não pode oppôr ao fideicommissario a prescrição, baseada na posse.

Berthauld <sup>6</sup> irroga uma nova distincção: se o fiduciario, vendendo os bens, dissimulou o encargo eventual da restituição,

<sup>1</sup> *Répertoire de Legislation*,—vbo. *Substitution*, sec. 3, art. 5.º

<sup>2</sup> *Cours du Code Civil*, nota 5 á pag. 105 (tal é a conclusão das premissas ahi estabelecidas).

<sup>3</sup> *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, tom. 2, pagg. 349 e 350.

<sup>4</sup> *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 5, n.º 524.

<sup>5</sup> *Cours de Droit Civil Français*, tom. 2, pagg. 800 e 801, n.º 2003.

<sup>6</sup> *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, tom. 1, n.º 527 e seguintes.

a posse do comprador induz prescrição, nociva ao fideicommissario, excepto sendo menor, ou nascituro; se, pelo contrario, o adquirente não ignorava semelhante encargo, debalde allegará a diuturnidade da posse.

Os argumentos, principalmente adduzidos contra a prescrição, são os seguintes: 1.º O substituto pode ser um nascituro, pode, mesmo, não estar concebido, e summa incongruencia fôra então o admitir que possa prescrever um direito, que não tem representante, cujo titular ainda não existe.—2.º Prescrição e alienação são cousas inteiramente analogas, e, pois, a prohibição de alienar, que acompanha o fideicommisso, implicitamente refuta a prescrição.—3.º É principio corrente que a prescrição, mesmo a *longi temporis*, não corre contra um direito condicional; Const. 3.<sup>a</sup>, § 3.º, Cod. *communis de legatis*; Const. 7.<sup>a</sup>, § 4.º, Cod. *de prescrip. 30 vel 40 an.*—4.º Não pode haver prescrição, sem que conjunctamente haja a faculdade de a interromper; os fideicommissarios não têm tal faculdade;—a prescrição interrompe-se por uma interpeção judicial; os fideicommissarios não podem intentar acção alguma, n'este sentido.—5.º O fiduciario não é legitimo defensor dos fideicommissarios; não é procurador d'elles; administra em seu proprio nome; os seus interesses podem ser contrarios aos dos fideicommissarios.

Os propugnadores da prescrição respondem:—1.º Os nascituros concebidos têm os representantes, que a lei lhes assigna; os não concebidos são entes de pura imaginação, sem fundamento juridico para serem fideicommissarios. — 2.º No Direito francez, os bens da Igreja são inalienaveis, e, todavia, prescrevem por 40 annos; o que mostra que a inalienabili-

dade dos bens não destróe a prescripção. — 3.º A condicionalidade dos direitos não inibe o seu possuidor de praticar actos conservatorios, afim de que a condição se possa realisar.— 4.º Os fideicommissarios podem, pois, interromper a prescripção, intentando em juizo acções conservatorias.— 5.º O fiduciario é legitimo defensor dos direitos dos fideicommissarios; responde pela justa observancia do encargo, que lhe impozeram, de conservar e transmittir os bens fideicommittidos.

Tal é o estado da questão, no Direito Francez.

Na nossa actual jurisprudencia, affigura-se-nos possivel o cortar pela raiz a controversia, cujo esboço delineámos; para tanto basta o abrir mão do confronto de varios artigos do Codigo Civil.

Demonstrámos que a propriedade do fideicommisso se repartia pelo fiduciario e pelo fideicommissario, pertencendo ao primeiro a posse e usufructo dos bens fideicommittidos, e ao segundo o dominio directo.

Segundo o art. 2011.º do Codigo Civil— «a transmissão do *dominio* e *posse* da herança, para os herdeiros..., dá-se desde o momento da morte do auctor d'ella.» Ora, como no fideicommisso o *dominio* e a *posse* estão segregados, segue-se, logicamente, que o *dominio* passa para o fideicommissario, e a *posse* para o fiduciario, desde a morte do testador.

Mas a acceitação ou repudio do dominio, ou da posse, são actos inteiramente facultativos do fideicommissario ou fiduciario, nos termos do art. 2021: se qualquer d'elles repudia, *entende-se que nunca foi herdeiro*, consoante o preceito do art. 2035; se, pelo contrario, acceita, *entende-se que o foi a*

*contar da morte do testador*; é o que o art. 2043.º confirma, declarando que os effeitos da acceitação, ou do repudio da herança, se retrotrahem ao dia da abertura d'ella <sup>1</sup>.

Posto isto, é evidente que, para se controverter a prescripção dos direitos do fideicommissario, é indispensavel que este tenha adido o dominio directo dos bens fideicommittidos.

Sendo assim: ou o fiduciario repudia a posse e usufructo d'estes bens, ou os acceita, ou não declara expressamente se os acceita ou repudia.

No primeiro caso, a propriedade plena radica-se, para logo, no fideicommissario, pois que, segundo vimos, a substituição fideicommissaria, sendo tambem compendiosa, contém em si a vulgar, de maneira que, a não querer o fiduciario acceitar os direitos, que lhe confere o testador, taes direitos passam immediatamente para o substituto; mas estes direitos são os do usufructo, e, pois, accrescendo aos do dominio, pertencentes ao fideicommissario, convertem a propriedade nua, que já lhe cabia, em propriedade plena.

O resultado é que o fideicommissario, usando das regalias, que os artt. 2339.º a 2356.º concedem ao proprietario, tem a faculdade de pôr cõbro á posse do terceiro, detentor do

<sup>1</sup> Para bem se comprehender o art. 2011.º, é, realmente, mistér o combinal-o com os artt. 2021.º, 2035.º e 2043.º Em nossa opinião, o art. 2011.º está redigido de modo nimiaamente absoluto; fôra melhor que dissesse: «O «dominio e a posse da herança passam, *sob a resolutoria condição da sua acceitação*, para os herdeiros... desde a morte do auctor da mesma herança.» E isto dizemos, porque a transmissão da herança, de que falla o art. 2011.º, é puramente ficticia, e só se converte em real, pela acceitação, explicita ou implicita, dos bens hereditarios; é por isso que os effeitos da acceitação ou repudio da herança se retrotrahem ao dia da abertura d'ella.

fideicommisso, e se o não faz fica sujeito ás consequencias legais, em cujo numero apparece a prescripção.

No segundo caso, a propriedade fica effectivamente repartida entre o fiduciario e o fideicommissario; a um e outro é applicavel o art. 2188.º, segundo o qual o que tem qualquer fracção do direito de propriedade, «goza, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade, plenamente»; o fiduciario vela pela manutenção do usufructo, o fideicommissario pela retenção do dominio directo; aquelle lança mão de todos os meios, que competem ao proprietario, para ser mantido no seu usufructo, o que lhe é permitido pelo art. 2219.º, este recorre aos expedientes, que lhe são fornecidos pelos citados artt. 2339.º a 2356.º, afim de reter o dominio, que lhe é proprio; mas, para que o fideicommissario não soffra as consequencias do desleixo do fiduciario, é este obrigado, pelo art. 2240.º, a avisal-o, sob pena de perdas e danos, dos factos de terceiro, que possam lesar os direitos do dominio directo.

Em virtude d'isto, a prescripção corre sempre contra o fideicommissario: a differença está em que se o fiduciario o avisou, como devêra, e elle não tomou d'isso nota, soffre plenariamente as consequencias de tal prescripção, e em que, no caso contrario, lhe cabe o recurso de accionar por perdas e danos o fiduciario negligente.

Finalmente, no terceiro caso, o fideicommissario pode, desde a adição do dominio directo, repellir qualquer posse de terceiro, que lhe seja prejudicial, e, alem d'isso, pode, na conformidade do art. 2041.º, requerer, passados nove dias, a contar da abertura da herança, que o juiz do domicilio do

fiduciario assigne a este um prazo, não superior a trinta dias, dentro do qual elle declare se aceita ou repudia os direitos de fiduciario, conferidos pelo testador.

X Concluiremos este capitulo, dando por assente que o fiduciario e o fideicommissario, por si ou seus representantes, podem celebrar qualquer transacção ou contracto, ácerca do fideicommisso. Nada obsta a que o fiduciario, como usufructuario, o fideicommissario, como senhorio directo, e ambos, como possuidores de direitos reaes e effectivos, concertem, ácerca de similhantes direitos, o que de mais conveniente se lhes deparar; não sirvam de embaraço os artt. 2042.º e 1556.º do Cod. Civ., pois que se não tracta aqui de renuncia á successão de pessoa viva, ou de alienação de direitos hereditarios eventnaes.

Tal era outr'ora a opinião de Corrêa Telles <sup>1</sup> e Coelho da Rocha <sup>2</sup>.

Tal é hoje a opinião da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Digesto Portuguez*, tom. 2, art. 1644.º

<sup>2</sup> *Inst. de Direito Civil Portuguez*, § 719.º

<sup>3</sup> *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tom. 4, n.º 193, pagg. 586 e 587.

## CAPITULO VII

### Anomalias notaveis, provenientes da differença, *puramente legal*, que hoje existe entre o fideicommisso e o legado de usufructo

#### Commentario critico ao art. 1870.º do Codice Civil

**Summario.** — I Existirão differenças *substanciaes*, consagradas pelo Codice Civil, entre o fideicommisso e o legado de usufructo? prolegomenos. — II A antiga Jurisprudencia Patria, e a moderna da França, firmaram, em geral, differenças precisas e salientes. — III Ao revez d'isto, a distincção, estabelecida no art. 1870.º do Codice Civil, é *puramente legal*, e nunca *substancial*; refutação do parecer, emittido pelo *Direito*, 1.º anno, n.º 43. — IV Consequencias, que d'aqui derivam: o Codice *permittit e prohibe* as substituições de usufructo, *especialmente as temporarias*; notavel desharmonia, que se dá entre os artt. 1872.º e 2244.º (as censuras, feitas pelo sr. Alexandre de Seabra, ao art. 1871.º, n.ºs 1 e 2, foram, todavia, exaggradas). — V O Codice *permittit e prohibe* as substituições de usufructo, em varios graus (são, porém, immerecidas, algumas das incriminações, dirigidas pelo sr. Alberto Moraes de Carvalho, aos artt. 2199.º e 2250.º). — VI Contestação do alvitre, proposto pelo sr. Silva Ferrão, ácerca da combinação dos artt. 1867.º e 1870.º com os artt. 2199.º e 2250.º. — VII Tambem não perfilhamos a intelligencia, que lhes dá a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 165. — VIII E, pela mesma forma, rejeitamos a doutrina, ventilada no *Direito*, 1.º anno, n.º 27. — IX As palavras do testador não obstem, antes favorecem a arbitrariedade dos tribunaes, — breve exposição das difficuldades, com que os nossos antigos jurisconsultos se viram a braços, para distinguir practicamente os fideicommissos dos legados de usufructo. — X Hoje, a arbitrariedade sobe de ponto, pois que a intenção do testador é cousa accessoria, sendo que tal intenção é nulla ou valida, consoante se exprime ou não por palavras, que se julgue traduzirem a clausula *de conservar e transmittir por morte*.

I Dissemos, na Introducção a este nosso trabalho, que o

Codigo Civil, longe de estabelecer doutrinas solidas, no tocante ás substituições fideicommissarias, muito a contrario, viera abrir campo a largos pleitos, fornecendo ensejo a controversias de subido quilate, e semeando anomalias e aberrações que muito fazem perigar o entendimento preciso e claro dos preceitos legislativos.

Propuzemo-nos demonstrar esta ousada asserção ; mas para logo declarámos, que bem arredado d'este nosso empenho é o improficuo e esteril desejo de erguer duvidas e amontoa contradicções.

Em nossa mente jámais estive o fazer alarde de pretenciosa critica ; escrevemos tão só para expor um convenciment nosso, qual o da urgencia, que ha, de reformar o Codigo Civil, em materia de fideicommissos.

Para isto, buscámos apurar, em boa fé e inteira lealdade o sentido juridico, que este Codigo attribue ás substituiçãoe fideicommissarias, a selecção que faz d'ellas, as variadas formas por que se constituem, e, enfim, os direitos e obrigações, que das mesmas emanam.

Não poucas foram, de seguro, as lacunas d'esta nossa exposição, nem pudéramos nós, em tão breves paginas, desdobrar uma apreciação cabal de todas as difficuldades, que com este assumpto prendem ; mas a nós nos quer parecer que nos principios, que lográmos firmar, se contém as bases elementres da recta applicação, que no fóro convem fazer, das providencias do Codigo, em quanto vigentes forem.

E assim damos por terminada a nossa missão de puro interprete.

Se até aqui puzemos fito na méra intelligencia e concili

ção pratica das actuaes prescripções fideicommissarias, agora sahiremos de tão acanhados limites, e, entrando nos dominios da *Philosophia do Direito*, poremos a nu os incuraveis defeitos, que, n'este particular, encerra o Codigo Civil, frisando-lhe as incorrecções mais salientes de idéa e phrase.

Em seguida nos abalancharemos a indicar o alvitre, cuja traducção legal alimparia a jurisprudencia dos vicios e incertezas, com que hoje se acha a braços.

Não basta conhecer os incongruentes dictames da lei; antes se torna mister o defender outros, que melhor os substituam, forcejando por não desmentir o conceito: *destruam et œdificabo*.

Para que as disposições fideicommissarias devam ser *especialmente* reguladas por lei, recebendo d'esta preceitos e sancções peculiares, forçoso é que tenham uma natureza e indole autonoma, pela qual se extremem de todas as que com ellas tenham similhaça.

É isto um postulado, de tal guisa racional, que não pomos duvida em o haver por universalmente accete.

Sendo assim, incontestavel dever nos cabe, ao presente, de investigar se os modernos fideicommissos, taes como os define e explica o Codigo Civil, de todo o ponto se destrinçam, não diremos já dos legados condicionaes<sup>1</sup>, mas dos legados de usufructo.

<sup>1</sup> Rogron — *Code Civil Expliqué*, comm. ao art. 896.º — pondéra a necessidade de distinguir as disposições fideicommissarias das condicionaes, sendo que não pequena analogia existe entre umas e outras.

Coin-Deslisle — *Examen Doctrinal d'Arrêts sur les Substitutions*, transcripto na *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, tom. 9, pag. 297

Responde-nos, de plano, o Código Civil, que: — «não se reputará fideicomisso a disposição, pela qual algum testador deixe o usufructo de certa cousa a uma pessoa e a propriedade a outra.»

A distincção *legal* existe, pois, a todas as luzes, mas a *essencial*? Haverá discrepancia entre os direitos e obrigações, oriundos do fideicomisso, e os provenientes do legado do usufructo?

Eis o que nos cumpre averiguar.

Sirvam de premissas ás conclusões, que temos a peito inferir, os proprios principios, que na corrente d'este trabalho havemos precisado.

E para melhor comprehensão dos notaveis erros, em que incorreu o legislador, estabeleçamos, mais uma vez, o paralelo do antigo com o moderno Direito.

— assevera, porém, que: «Les substitutions sont des legs conditionnels, «suspendus pendant la vie du grevé; et les institutions, grevées de substitutions, des legs conditionnels resolubles sous la double condition de la «mort du grevé et de la survie de l'appelé. Donc, les substitutions sont de «la même nature que les legs conditionnels: les legs conditionnels sont le «genre; les substitutions sont l'espèce.»

O mesmo se não pode dizer entre nós, pois que o dominio directo, e transmissivel, dos bens fideicommittidos passa para o fideicommissario, desde a morte do testador; a condição de sobreviver ao fiduciario não tem cabimento no nosso actual Direito.

<sup>1</sup> É mister não confundir a differença, *puramente legal*, de duas disposições, com a relativa á *essencia* de uma e outra: para haver entre ellas differença legal, basta que a lei, com sua força e auctoridade, as mande segregar, haja ou não para isso fundamento real e philosophico; mas a *essencial* apenas se dá, quando diversos os direitos e obrigações, que lhes são inherentes e caracteristicos.

II Na velha Jurisprudencia, eram salientes as raias, que definiam uma e outra disposição.

Demonstrámos, no capitulo V, que segundo a opinião, que mais corria no fôro, eram havidos por condicionaes todos os fideicommissos auctorizados pela Ord. liv. 4.º, tit. 87.º, § 12; a isto ajunctámos que a propriedade dos bens fideicommittidos, vulgarmente se attribuia ao fiduciario; e por ultimo evidenciámos, no capitulo VI, que a transmissão do *spes debitum iri* soffria opposição do parecer mais commum dos jurisprudentes.

Ora, nem o legado de usufructo era, em si, reputado condicional, nem conferia direitos de dominio ao primeiro possuidor dos bens testados, nem obstava a que o senhorio directo dispozesse, muito a seu talante, dos direitos de mera propriedade.

Para que ir mais longe? hem obvias ficam já as differenças *quoad substantiam*.

Nem sômos nós que as descobrimos; apontou-as Lobão <sup>1</sup>, valeu-se d'ellas o sr. Joaquim José Nogueira Pimentel <sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Lobão — *Notas a Mello*, tom. 5, Dissert. 7, § 86.º — explicitamente ensina que, no legado de usufructo, o proprietario, adindo a herança, a transmittia a seus herdeiros, muito embora morresse em vida do usufructuario; e isto ao revez do que se dava no fideicommissio.

<sup>2</sup> A *Gazeta dos Tribunaes*, 7.º anno, n.º 890, transcreve uma consulta, que lhe fôra endereçada pelo distincto jurisconsulto a que alludimos, e onde se encontram as seguintes palavras: «É bem sabida a essencial differença entre ser mero usufructuario, e ser herdeiro gravado, ou fideicommissario. «No primeiro caso, a herança, quanto á propriedade dos bens, passa logo á morte do testador para os herdeiros instituidos, salvo só o usufructo para «o usufructuario; de maneira, que ainda quando os herdeiros morram antes

adduziu-as a *Associação dos Advogados*<sup>1</sup>, confirmou-as o S. T. J., em accordão de 8 de junho de 1846<sup>2</sup>.

E note-se que então eram communs a taes disposições os effeitos *puramente legaes*, pois que a nenhuma feria a lei de nullidade.

Esboçando, em conciso quadro, os traços que mais de momento se nos affiguraram characterisar as substituições, prohibidas pela legislação franceza, mostrámos que elles se modelavam pelos do Direito Romano, d'onde os nossos houveram origem. E em verdade, que as distincções, que ha

«do usufructuario, transmittem a seus herdeiros o direito hereditario. No «segundo caso, a herança só por morte do herdeiro gravado passa, ou se «abre, para o herdeiro substituto.»

<sup>1</sup> A decisão de 4 de maio de 1870, proferida pela *Associação dos Advogados*, e transcripta no *Boletim da Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, 1.º anno, pag. 160, diz: As razões que a Associação teve, para «dizer que João Manuel não foi simples usufructuario da terça de seu avô, «mas sim fideicommissario, é por dizerem os testadores, que querem que o «remanescente das suas terças passe de um para outro, e, por morte de am- «bos, passe para o dicto neto. — *Ora sempre que os bens têm de passar para «o segundo chamado, só depois da morte do primeiro, ha fideicommisso, e não «usufructo, porque neste passa a propriedade, logo por morte do testador, «para aquelle que não é usufructuario.»*

<sup>2</sup> No citado Accordão, publicado na *Gazeta dos Tribunaes*, 5.º anno, n.º 733, se attesta que: «com o legado de usufructo a um, e da propriedade a «outro, não pode confundir-se a esta substituição fideicommissaria, tão dif- «ferente em sua natureza, como em seus effeitos: *essencialmente condicio- «anal*, pois que, neste caso, o dia incerto é tido por condição; *constituindo «proprietario o herdeiro gravado; e caducando quando se não verifica a «condição da morte do gravado em vida do substituto, sem que este possa «transmittir a seus herdeiros a mera esperanza, que com sua morte se desvaneceu.»*

pouco fizemos, foram recebidas e preceituadas em França, provam-o as discussões, que acompanharam a elaboração do Código Napoleão <sup>1</sup>, e mais o provam os escriptos dos commentadores <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> No Discurso, proferido no Corpo Legislativo pelo tribuno Favard, e archivado na obra, que tem por titulo: *Code Civil, — Motifs, Rapports, Opinions et Discours*, tom. 4, — se lê: «Mais confondra-t-on sous le nom de «substitution:... 2.º la disposition par laquelle l'usufruit serait donné à l'un «et la nue propriété à l'autre?... Dans le second, la disposition faite à l'un, «étant bornée à l'usufruit, le donateur a pu disposer de la nue propriété. C'est «un bienfait qu'il partage entre deux personnes... Aussi le projet de loi ne «considère-t-il pas ces dispositions comme des substitutions; il les permet.»

<sup>2</sup> Demolombe — *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 1, n.º 115, — assevera que no legado de usufructo coexistem duas liberalidades directas, em virtude das quaes, para logo, e independentemente de qualquer condição, pertence a um instituido o usufructo, e a outro a propriedade nua; o que se não dá no fideicommisso, pelo qual os dois beneficios são devolvidos, não simultanea, mas successivamente, e que por isso, «la différence la plus profonde existe toujours entre la substitution et la disposition, par laquelle deux personnes sont gratifiées: l'une de l'usufruit, «l'autre de la propriété.»

Demante — *Cours Analytique de Code Napoléon*, tom. 4, com. ao art. 899.º — declara que a differença essencial consiste na eventualidade dos direitos do fideicommissario, sendo que, pelo contrario, no legado de usufructo o proprietario tem um direito certo e transmissivel.

Emile Acolas — *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 639 — comparando, num quadro synoptico, os direitos do fiduciario, com os do mero usufructuario, assegura que o primeiro tem uma propriedade *resoluvél*, com esperanças de a tornar *absoluta*, ao passo que o segundo nem tem dominio directo, nem probabilidades de o obter.

Picot — *Code Napoléon Expliqué*, com. ao art. 899.º — acrescenta ao exposto: «En effet, quand il s'agit de substitution, l'appelé ne pourrait, «d'après l'intention du disposant, profiter de la libéralité, que s'il était capable de recevoir au décès du grevé; tandis que le légataire de la nue pro-

Por isso não admira que o Código Civil Francez, no art 899.º, expressamente resalve as disposições *inter vivos* ou testamentarias, que confirmam a um a propriedade, a outro o usufructo <sup>1</sup>.

«priété a un droit acquis et transmissible à ses heritiers, s'il est capable de recevoir à l'époque du décès du testateur. La capacité de l'appelé s'apprécie au moment du décès du grevé, tandis que celle du légataire de nu «propriété s'apprécie au moment du décès du testateur.»

<sup>1</sup> Quanto ao Código Italiano, esse, prohibindo as substituições fideicommissarias, diz, no art. 901.º: «La disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore.» D'aqui se conclue que as substituições de usufructo são expressamente vedadas pelo Código Italiano, quando estabelecidas em varios graus, sendo, todavia, valida a disposição, pela qual se deixa o usufructo a uma pessoa, e a propriedade a outra.

O Cod. Civ. Italiano cava, pois, profunda differença entre o fideicommisso e o legado de usufructo. Vejamos se ella se póde doutrinalmente sustentar.

Vincenzo Cattaneo y Carlo Borda — *Il Codice Civile Italiano annotato* — commentando este artigo, escrevem: «sono liberalità distinte, ciascuno può disporre tosto di ciò che gli spetta e la nuda proprietà non essendo dal testatore data a colui che ha l'usufrutto, non si può dire che l'usufruttuario sia incaricato di conservare e restituire alla fine legale dell'usufrutto e del suo godimento la cosa a colui cui già in origine appartiene; vi sono due chiamati alla stessa cosa, ma non successivamente, come é necessario onde siavi sostituzione fedecomessaria.»

Esta explicação de Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda satisfaz-nos plenamente. Por ella vemos que, á parte a terminologia empregada nos artt. 899.º e 901.º, o verdadeiro pensamento do Código Italiano se traduz nos seguintes enunciados: as substituições de propriedade, em um ou mais graus, são absolutamente prohibidas; o mesmo se dá nas substituições de usufructo, em varios graus; e por isso ficam apenas de pé as substituições de usufructo, em primeiro e ultimo grau.

Não compartilhamos, nem defendemos taes idéas; notamos sómente a coherencia, que, na opinião de seus propugnadores, lhes devêra presidir.

### III Em face d'isto, o que fez o nosso Codigo Civil?

Por um lado, confundiu substancialmente o fideicommisso com o legado de usufructo; por outro, fulminou aquelle, concedendo a este toda a benevolencia, que uma lei pode dispensar.

No capitulo IV, patenteámos que os actuaes fideicommis-  
sos são puros, e não condicionaes; no capitulo V, provámos que a propriedade d'elles se reparte pelo fiduciario e pelo fideicommissario, cabendo ao primeiro exclusivamente o usufructo, ao segundo o dominio directo, e mais tarde a propriedade plena; no capitulo VI, fizemos ver que o direito do fideicommissario ao dominio directo se adquire por morte do testador, assumindo desde então o character da transmissibilidade.

Onde está, pois, a distincção entre o fideicommisso e o legado de usufructo? na asserção da lei? não o contestamos, o art. 1870.º pr. é claro; na essencia d'estas disposições? os artt. 1873.º e 1869.º respondem categoricamente que não.

O fiduciario tem a obrigação de conservar os bens fideicommittidos? identico é o dever do usufructuario. O fiduciario fica adstricto a transmittir por sua morte aquelles bens? o mesmo se dá com o usufructuario vitalicio, pois que, *terminado o usufructo, reverte a coisa ao proprietario.*

Mas para que continuar? Ha alguem que possa negar que os caracteres de uma disposição sejam os direitos e obrigações, que ella confere? pois se isto é logico e elementar, como defender racionalmente o art. 1870.º, se os direitos e obri-

gações do fideicommisso se regulam pelas leis geraes do usufructo?

A triste verdade é, pois, que o art. 1870.<sup>o</sup> se mantém pela força da lei, e nunca pelos dictames da philosophia juridica.

De encontro a esta desoladora realidade, sossobram os esforços, empenhados pelos jornaes scientificos, em reivindicar o laço harmonico e synthetico, que devêra prender os pensamentos do legislador.

O Direito <sup>1</sup>, respondendo a uma consulta, resolveu que o fiduciario tem o direito de propriedade, e o usufructuario o simples gozo dos bens; a propriedade d'aquelle é resolúvel, e até mesmo se converte em absoluta, respeitando o fideicommisso a graus prohibidos, sendo o fideicommissario indigno ou incapaz de receber, ou, emfim, fallecendo antes do testador; os direitos do usufructuario jámais se estendem ao dominio.

É facil retorquir a quem advoga uma causa d'esta natureza, levado, não por motivos de convicção, mas pelo dever officioso do interprete.

A propriedade é sempre alheia ao fiduciario, segundo o art. 1873.<sup>o</sup>; só se radica no herdeiro ou legatario instituido, quando perde a qualidade de fiduciario, em consequencia da extincção do fideicommisso, proveniente dos motivos, que o Direito enuméra. Se o fideicommisso subsiste, confunde-se com o legado de usufructo; se desaparece, como estabelecer-lhe, com este, uma relação de paridade ou disparidade?

Sejamos logicos: em puro rigor de principios as substitui-

<sup>1</sup> *Direito*, 1.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 43.

ções fideicommissarias podem affectar a propriedade, ou o simples usufructo.

Referem-se á propriedade, quando o fiduciario goza dos direitos de pleno proprietario, e, chegado o prazo da substituição, os transfere para o fideicommissario. Esta propriedade pode ser absoluta ou resolúvel: se absoluta, o fiduciario dispõe livremente dos bens que recebeu, fruindo-os ou alienando-os, consoante as suas conveniencias — tal é o fideicommissão *de eo quod supererit*, quando integralmente comprehendido; se resolúvel, as alienações do fiduciario subsistem até ao termo dos direitos d'elle; e só então pode o fideicommissario atacal-as, para que lhe não façam detrimento.

Referem-se ao usufructo, quando o fiduciario possui apenas os direitos do usufructuario, e isto temporariamente, em quanto não chega a epocha de os transmittir para um segundo usufructuario, ou directamente para o proprietario.

Mas, muito embora os bens passem, em usufructo, de pessoa em pessoa, o certo é que afinal virão a recahir no senhorio directo, e então se haverá por terminada a substituição.

A disposição testamentaria, pela qual se concede a um o usufructo e a outro a propriedade, é, pois, uma substituição de usufructo, em primeiro grau.

Dissemos, no capitulo I, que as substituições fideicommissarias eram *compendiosas*, por conterem implicitamente as *vulgares*; pois bem, é isto o que se dá, tanto nas substituições de propriedade, como nas de usufructo: se o primeiro instituido, ou o seja em relação ao dominio, ou á fruição, não poder ou não quizer acccitar o beneficio, que o testador lhe concede, passa este beneficio para o segundo instituido,

Façamos agora applicação d'estes principios.

O antigo Direito Patrio, e o moderno da França, consideraram apenas fideicommissarias as substituições de propriedade, e por isso sem esforço as differencaram do legado de usufructo; peccaram em seus juizos; mas, uma vez formulados, mantiveram-lhes a coherencia.

O nosso Codigo Civil, porém, reconheceu a dupla existencia das substituições, de propriedade e de usufructo, pois que, no art. 1870.<sup>o</sup>, reputou fideicommisso, assim o encargo, imposto a um herdeiro ou legatario, de transmittir a outrem, por sua morte, a *propriedade* dos bens, que adquiriu por legado ou herança,—como o de transmittir o simples usufructo; converteu todavia, como vimos no capitulo V, as substituições de propriedade em substituições de usufructo, determinando, indistincta e absolutamente, que os herdeiros ou legatarios, onerados com substituições fideicommissarias, sejam havidos por meros usufructuarios <sup>1</sup>.

É, pois, evidente que as unicas substituições fideicommissarias, a que o Codigo attende, são as de usufructo.

Mas, sendo assim, é incontestavel que todo o fideicommisso é um legado de usufructo, que todo o legado de usufructo é

<sup>1</sup> Dissemos que as disposições *de eo quod supererit* eram substituições de propriedade; o nosso Codigo, porém, não as considera rigorosos fideicommissos; se determina que sejam havidas por fideicommissarias, é para o effeito de entrarem na regra geral da prohibição, como no capitulo II o deixámos liquido; taes disposições não têm, pois, hoje, cabimento algum, por quanto o art. 1867.<sup>o</sup>, nos n.<sup>os</sup> 1 e 2, referindo-se exclusivamente ás substituições fideicommissarias, definidas no art. 1866.<sup>o</sup>, permite tão só, nas restrictas hypotheses que indica, os fideicommissos ordinarios, que contêm o encargo de *conservar e transmittir*.

um fideicommisso; a disposição é substancialmente a mesma, e apenas os nomes são diversos.

E, não obstante isto, e a despeito da razão, da logica, dos proprios principios da sciencia juridica, tão claros, tão frisantes, tão palpaveis, o mesmo Codigo, que reduz todos os fideicommissos ao legado do usufructo, decreta categoricamente que o legado do usufructo se não confunda com o fideicommisso!

IV Ponderemos as consequencias, que d'aqui derivam:

O Codigo, no art. 1867.º, prohibe genericamente as substituições fideicommissarias, exceptuando sómente as constituídas em proveito de netos ou sobrinhos do testador, e, ao par d'isto, dá ampla margem aos legados de usufructo, no art. 2198.º; por um lado, restringe a divisão da propriedade aos dois unicos casos, em que o dominio util caiba aos filhos ou irmãos do testador, e o dominio directo aos netos ou sobrinhos; por outro, faculta a mesma divisão de propriedade, por quaesquer pessoas, que ao testador lembrem.

O Codigo, no art. 1866.º, assigna ao fideicommisso, e pois á substituição de usufructo, o exclusivo prazo da morte do usufructuario; e porque no mesmo artigo lhe confere o titulo de herdeiro ou legatario, e porque no art. 1747.º declara que a designação do tempo, em que deve cessar o effeito da substituição de herdeiro, se tem por não escripta, se conclue, como observámos no capitulo I, que os fideicommissos a prazo fixo são pela lei convertidos em vitalicios.

D'ahi a negação completa das substituições *ad tempus*.

Mas, sem embargo d'isto, providencia o art. 2241.º, n.º 1, que o usufructo acaba pela morte do usufructuario, ou che-

gado o termo do prazo, por que o usufructo foi conferido, quando este não é vitalício; e, pela mesma forma, resolve o art. 2245.º que o usufructo, concedido a alguém até certa idade de terceira pessoa, durará pelos annos prefixos, ainda que essa terceira pessoa falleça antes.

O que importa uma permissão cabal das substituições *ad tempus*.

O Codigo, prohibindo, no art. 1871.º, n.º 3, as disposições, que impozerem ao herdeiro ou legatario o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão, — abre, no art. 1872.º, uma excepção a este preceito, em favor de qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade publica; e isto sem designação de tempo, indefinidamente. Ao revez d'isto, o art. 2244.º condemna todo o usufructo, em prol de *qualquer estabelecimento, corporação ou sociedade, por mais de trinta annos*.

Aqui traduz-se um principio de justiça <sup>1</sup>, acolá dispensa-se uma benevolencia excessiva <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Se não fôra o art. 2244.º, correria o proprietario o risco de jámais haver ás mãos a posse dos seus bens.

<sup>2</sup> O distincto auctor do *Projecto do Codigo de Processo*, o sr. Alexandre de Seabra, deixando-se levar por um desejo, aos nossos olhos exaggerado, de combater o Codigo Civil em materia de fideicommissos, escreveu no — *Direito*, 4.º anno, n.º 8, — as seguintes palavras, que julgamos significarem idéas pouco precisas: «No art. 1871.º condemnam-se como *fideicommissarias* varias formas de dispor, e custa a conceber que razões o justifiquem. «É vedada a disposição com *prohibição de alienar*. Mas porque? Pois posso «livremente dispor do usufructo de meus bens, e o usufructuario não póde «alienar, e não posso deixar os bens, prohibindo a alienação? Não são os «effeitos os mesmos?»

Nós responderemos pelo legislador: O Codigo, no art. 1871.º, n.º 1,

V O Código, no art. 1867.º, n.ºs 1 e 2, legitima sómente os fideicommissos, em favor de netos ou sobrinhos do testador,

falla das disposições, pelas quaes o testador, deixando os seus bens a uma pessoa, lhe prohibe o alienar-os; se o Código as condemna, é porque ellas envolvem a suspensão de um dos direitos inherentes á propriedade, qual é o da alienação, nos termos do n.º 5 do art. 2169.º; ora, como o nosso illustrado collega o sabe, a propriedade não póde, nem deve, ficar suspensa em nenhum dos seus direitos. No legado de usufructo, não existe a prohibição de alienar, e, pois, a suspensão condemnada; a unica differença está em que cada um dos beneficiados aliena o que lhe é proprio; os artt. 2207.º e 2224.º permitem ao usufructuario a alienação do seu usufructo; os artt. 2357.º a 2359.º facultam ao proprietario a alienação do seu dominio. Este o motivo por que a prohibição, infligida no art. 1871.º, n.º 1, não repugna á permissão do legado de usufructo.

Continua o sr. Alexandre de Seabra: «prohibem-se tambem as disposições, que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou legado, por «morte do herdeiro ou do legatario. Mas porque? Pois se eu posso dispôr «de toda a herança para o primeiro ou segundo nomeado, e da mesma forma «do usufructo, porque não poderei dispôr, em favor do segundo, d'aquillo, «que não alienar o primeiro? Pois quem póde o mais, não póde o menos?»

Estamos, ainda neste ponto, em desaccordo. O Código teve poderosissimos motivos, para acabar com as disposições *de eo quod supererit*. O nosso doutissimo collega devêra lembrar-se dos continuos pleitos e largas controversias, a que semelhantes disposições davam causa (as quaes ao de leve apontamos no capitulo 2.º). Nem a jurisprudencia patria, nem a franceza, chegaram jámais a accordar-se, sobre a verdadeira interpretação de taes disposições; uns as chamaram fideicommissos, e outros lhes negaram tal qualidade; estes as reputaram nullas, aquelles as julgaram validas; e a cada passo se perguntava, se a alienação dos bens deixados podia ser completa ou só parcial, gratuita ou simplesmente onerosa, fundamentada ou independente de justificações. Do acervo de pareceres, sobre este assumpto emitidos, jámais surgiu luz; é que todos assentavam numa base irrisoria, qual a acceitação de uma disposição, que preceituando por um lado, por outro anniquilava os seus proprios preceitos.

e, pots, admittindo um só gráu de substituição, condemna todos os demais.

De accordo com isto, o art. 1874.º manda reduzir a um só grau os fideicommissos temporarios de preterito.

Finalmente, o art. 1870 considera fideicommissos, e não legado de usufructo, a disposição pela qual o testador, deixando o usufructo de certa cousa a uma pessoa, e a propriedade a outra, encarrega o usufructuario, ou o proprietario, de transmitir a outrem, por sua morte, o dicto usufructo ou a dicta propriedade; ha aqui, evidentemente, duas substituições em mais de um gráu, uma relativa ao usufructo, outra á propriedade, as quaes o Codigo terminantemente declara que sejam havidas por fideicommissarias, e consequentemente nullas.

Mas, como já ha pouco advertimos, o Codigo, desprezando as substituições de propriedade, reduziu-as todas aos limites do usufructo.

Da combinação dos tres artigos citados, resulta a prohibição completa de quaesquer substituições fideicommissarias, pois, de usufructo, em mais de um grau.

Mas, como o art. 2199.º decide que o usufructo se possa dar em favor de mais de uma pessoa *successivamente, com tanto que existam ao tempo, em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario*; mas, como o art. 2250.º determina que o usufructo, *constituído em proveito de varias pessoas, viva ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da ultima que sobreviver*; mas, como o art. 2251.º corrobora isto, dizendo que, depois de terminado o usufructo, reverte a cousa ao proprietario — resulta, do confronto d'estes artigos, a pe-

missão das substituições de usufructo, e, pois, fideicommissarias, em mais de um grau <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O sr. Alberto Antonio de Moraes Carvalho, na sua — *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações, feitas pelo Codigo Civil Portuguez, na Legislação anterior*, — vae demasiado longe, na censura que faz aos artt. 2199.º e 2250.º

A pag. 144, escreve o illustrado critico: «Em presença d'estes preceitos, a substituição no usufructo póde tornar-se indefinida, uma vez que os usufructuarios sejam vivos, ao tempo em que se torna effectivo o direito do «primeiro usufructuario.»

Com o devido respeito observamos, porém, que, em face dos artt. 2199.º e 2250.º, nunca a substituição no usufructo póde ser indefinida, pois que, jámais ultrapassará os limites de uma geração, por ser forçoso que o ultimo substituto tenha sido contemporaneo da effectividade do direito do primeiro usufructuario; o que é indefinido é o direito de nomear os substitutos; mas nem a nomeação effectiva d'estes, nem a substituição no usufructo, se podem racionalmente taxar de indefinidas.

Em seguida, pergunta o distincto auctor das *Apostillas ao Projecto do Codigo Civil*: «E se a instituição fôr successiva, chamando uns depois dos outros, a primazia reguladóra pertencerá ao primeiro nomeado, ou ao primeiro em que se verificar o usufructo? Se o primeiro nomeado tiver fallecido, em vida do testador, caducará toda a instituição?»

Estas interrogações deixaram-nos perplexos: por um lado, não lhes alcançamos o fundamento, por outro, repugna-nos acreditar que o sabio critico as tivesse feito por mera ostentação. Para nós, é incontestavel que se o primeiro nomeado fallecer em vida do testador, a sua nomeação caduca, e se tem como não escripta, sem detrimento dos mais nomeados; o art. 1759.º, n.º 1, não deixa logar a duvidas. O mesmo acontece, se o primeiro nomeado não póde, ou não quer, adir o usufructo; não são menos expressos, sobre isto, os n.ºs 3 e 4 do mesmo art. 1759.º Eis os motivos, por que não comprehendemos que se possa perguntar se a instituição caduca, fallecendo o primeiro nomeado, em vida do testador.

Não menos obvio é, tambem, que a primazia reguladora pertence ao primeiro, em que se verificar o usufructo, e não ao primeiro nomeado; o art. 2199.º não impõe, á validade do usufructo, successivo, a condição de exis-

Poder-se-ha fazer brotar luz d'este cahos de anomalias?

Distinctissimos juriconsultos se têm empenhado pela realisação d'este intento; mas, em nosso parecer, a incoherencia dos preceitos legaes continua a predominar, malogrando-lhes os esforços.

VI O sr. Silva Ferrão <sup>1</sup> assegura não haver, siquer, uma antinomia apparente, entre o art. 2199.º e os artt. 1867.º e 1870.º

Em seu abono, allega o sr. Silva Ferrão que o Codigo, nos artt. 1867.º e 1870.º, prohibe toda a transmissão de *direito*, que se não verificar ao tempo da abertura da herança, *salvas as excepções, que estabelece em segundo grau, restrictas a netos ou a filhos de irmão*. O art. 2199.º corrobora este mesmo principio, exigindo que os que forem chamados successivamente a um usufructo existam ao tempo, *em que se tornar effectivo o direito do primeiro usufructuario*.

As pessoas, contempladas n'este usufructo, têm todas o mesmo direito, com a unica differença de ser *effectivo* o direito, pertencente ao actual usufructuario, e *suspensos* os direitos de todos os nomeados posteriormente; sendo certo que a *effectividade* d'aquelle direito apenas *suspende* a execução da disposição testamentaria, no que diz respeito aos direitos d'estes. A consequencia é que, durante todo este usufructo, não ha

tirem os substitutos, *ao tempo em que se torna effectivo — o direito do primeiro nomeado — mas sim — o direito do primeiro usufructuario*; e todos sabem que o *primeiro usufructuario é o primeiro em que se verificar o usufructo*; por isso não lográmos tambem perceber a pergunta, que o abalizado critico fez, ácerca da *primazia reguladora*.

<sup>1</sup> *Diccionario remissivo ao Codigo Civil Portuguez*, — vbo. *Substituição*.

transmissão alguma de direitos, de uma pessoa para outras, como aconteceria nos fideicommissos; nem tão pouco se dá com os usufructuarios successivos, o que acontece com os fideicommissarios, os quaes *adquirem direito á successão, quando mesmo não sobrevivam ao fiduciario*: os usufructuarios não fazem mais do que tomar posse effectiva dos bens, *depois de levantada, ipso jure, a suspensão, por morte do ultimo que fruiu.*

Quanto a nós, rejeitamos plenamente as pretendidas differenças, que o sr. Silva Ferrão busca estabelecer entre o fideicommissio e o legado de usufructo, pelo que toca á epocha, em que n'um ou n'outro se verifica a transmissão dos direitos hereditarios.

Para tanto nos basta o formar o paralelo das duas disposições.

No fideicommissio de um grau, quando permittido, manda o Codigo observar o seguinte: a herança abre-se pela morte do fideicommittente, art. 2009.º; desde então, adquire o fiduciario, como mero usufructuario, direito á posse e usufructo dos bens fideicommittidos, artt. 1873.º e 2011.º; e por isso que a propriedade não pode estar suspensa, para logo adquire o fideicommissario direito ao dominio directo de similhantes bens, artt. 1868.º e 2011.º; ambas estas acquisições de direitos se effectuam, sob a condição resolutoria da sua acceitação, artt. 2021.º, 2035.º, 2043.º<sup>1</sup>; verificada a acceitação, ambos os beneficiados gozam plenariamente de seus direitos, art. 2188.º

<sup>1</sup> Vide *Capitulo 6.º*

Se o fideicommissario morre antes do fiduciario, transmite o seu direito aos seus herdeiros, art. 1868.º Por morte do fiduciario, os bens passam para o fideicommissario, ou seus herdeiros, artt. 1866.º e 1868.º; mas como, ou um ou outros, tinham já o dominio directo de taes bens, por isso, adquirindo agora a posse e gozo d'elles, ficam com a propriedade plena, cumprindo-se por esta forma, integralmente, os preceitos testamentarios.

Ora, é precisamente isto, o que se dá na disposição, pela qual o usufructo é deixado a um e a propriedade a outro morrendo o testador, o usufructuario entra na posse dos bens deixados, e o proprietario chama a si o dominio directo, nas condições e circumstancias, previstas nos citados artt. 2011.º, 2021.º, 2035.º, e 2043.º; se o proprietario fallece primeiro que o usufructuario, transmite os seus direitos aos seus herdeiros, artt. 2188.º e 1737.º; e por morte do usufructuario passam os bens para o senhorio directo, que então alcança a propriedade plena, verificando-se assim, cumpridamente, a vontade do testador.

Mas então, que differença se pode enxergar entre o fideicommisso e o legado de usufructo, relativa á transmissão dos direitos hereditarios? O o sr. Silva Ferrão hade fechar os olhos aos artigos que citámos, ou comnosco hade convir que nenhuma existe.

Confrontemos agora o fideicommisso, em varios graus, com o usufructo successivo; e para isto, rogaremos ao legislador nos releve o imaginar, por um momento, que taes fideicommissos não eram prohibidos; isto, porque aliás fôra impossivel tal confronto, e porque, segundo observámos, os effeitos, pu-

ramente legaes, da validade ou nullidade de uma disposição, não podem alterar os characteres essenciaes, que a distinguem.

No fideicommisso de varios graus, o primeiro substituto, adindo a herança, tornava effectivo o seu direito; os nomeados, logo em seguida, ficavam com direitos puramente condicionaes,—a condição estava, evidentemente, em sobreviverem ao possuidor effectivo dos bens; os seus direitos ficavam, pois, suspensos, até a verificação d'esta condição, caducando quando ella se não realisasse, segundo a expressa disposição do art. 1759.º, n.º 2.

Não será isto o que se dá nos usufructos successivos?

O sr. Silva Ferrão assevera que a effectividade do direito do primeiro usufructuario *apenas suspende a disposição testamentaria, no que respeita aos direitos dos restantes*, e agora nos lembra, que para isso chama a pello o art. 1810.º

Nunca, porem, o artigo 1810.º foi tão inopportunamente invocado; segundo elle, a condição, *que apenas suspender por certo tempo a execução da disposição*, não impedirá que o herdeiro ou legatario adquira direito á herança ou legado, *e o transmita a seus herdeiros*. Sendo assim, a condição, que pesa sobre os direitos dos usufructuarios, nomeados em seguida ao actual possuidor dos bens, *não suspende apenas a execução da disposição testamentaria*, pode mesmo fazel-a caducar, pois que esta condição é a de aquelles usufructuarios sobreviverem ao possuidor dos bens, condição de muito fallivel cumprimento, e que, como tal, não é *meramente suspensiva*, mas sim *resolutoria*.

Tanto assim, que o art. 1810.º dispõe que, na *hypothese*

que figura, se transmitta aos herdeiros o direito á herança ou legado, e o sr. Silva Ferrão por certo não ignora que, no usufructo successivo, morrendo um dos usufructuarios, em vida do possuidor dos bens, o seu direito não se transmitta, nem se pudéra transmittir aos herdeiros.

Não é, pois, applicavel ao usufructo successivo, o art. 1810.º, mas sim o citado n.º 2 do art. 1759.º, pelo qual a disposição testamentaria caduca, em relação ao herdeiro ou legatario, que fallecer antes de se verificar a condição, donde pendiam os seus direitos.

Tambem não é exacto o dizer-se que, *ao revez do que se dá nos fideicommissos*, não tem lugar, no legado de usufructo, *transmissão alguma de direitos, de uma pessoa para outra*.

Nem no fideicommisso, nem no legado de usufructo, se dá *transmissão de direitos*, de instituido para instituido, pois que, como o sr. Silva Ferrão muito bem sabe, os direitos dos instituidos provêm todos, e exclusivamente, do testador, pois que é este, que regula a ordem da successão, dentro dos limites da lei; mas, tanto no fideicommisso, como no legado de usufructo, se dá a *transmissão dos bens*, de instituido para instituido; — é o que o art. 1866.º prova, no concernente ao fideicommisso, e o art. 2251.º, no tocante ao legado do usufructo.

Nem mais feliz foi o sr. Silva Ferrão, quando, por **ultimo**, asseverou que os fideicommissarios adquirem direito á successão, *quando mesmo não sobrevivam ao fiduciario*, sendo que, pelo contrario, os usufructuarios apenas tomam posse effectiva dos bens, levantada que seja a suspensão, por morte do **ultimo** que fruiu.

Ha aqui uma notavel confusão de idéas. O Codigo, permittindo, nos n.ºs 1 e 2 do art. 1867.º, *um só grau de substituição*, declarou, no art. 1868.º, que o fideicommissario adquire direito transmissivel á herança, por morte do testador; este direito, que o fideicommissario adquire, com a faculdade de o transmittir, é o de propriedade, como bastas vezes o temos evidenciado; o mesmo acontece no legado de usufructo, pois que o proprietario, instituido testamentariamente, tambem, por morte do testador, adquire o direito ao dominio directo, transmissivel a seus herdeiros.

O que é absurdo, é querer argumentar dos fideicommissos de um só grau, a que se referem os artt. 1867.º, n.ºs 1 e 2, e 1868.º, para as substituições de usufructo em varios graus, ás quaes se restringem os artt. 2199.º e 2250.º

Estes os motivos, por que rejeitamos a doutrina do sr. Silva Ferrão.

VII A *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*<sup>1</sup>, ponderando que o art. 1870.º fin., combinado com o art. 1871.º, n.º 3, que prohibe as disposições, que impozerem ao herdeiro ou legatario o encargo de prestar, a mais de uma pessoa successivamente, certa renda ou pensão, *parece contrariar os artt. 2199.º e 2250.º*, esforça-se por destruir esta contrariedade, baseando-se na seguinte distincção: os artt. 2199.º e 2250.º referem-se á hypothese de *ser viva, ao tempo da constituição do usufructo ou da pensão, a pessoa, para quem o usufructo ou a pensão tem de passar, por morte de outra*; os artt. 1870.º e 1871.º respeitam exclusivamente á hypothese contraria.

<sup>1</sup> 4.º anno, n.º 165.

Pedimos á doutíssima Redacção da *Revista* nos releve o discrepamos, n'este ponto, de suas apreciações.

Ha nos artt. 2199.º e 2250.º uma deploravel variedade de dizeres: o art. 2199.º exige apenas que os usufructuarios *existam* ao tempo, *em que se tornar effectivo o direito do que primeiro fruir*; o art. 2250.º leva a exigencia ao ponto de querer que os usufructuarios *sejam vivos*, ao tempo da *constituição do usufructo*.

É facil notar que as duas epochas, a que alludem estes artigos, quando rigorosamente consideradas, nem sempre são simultaneas; é, pois, mister postergar os dictames da terminologia juridica, tomando as expressões — *constituição do usufructo* — como synonymas de — *verificação do usufructo*, sob pena de alevantar antinomia entre os dois artigos.

Mas, além d'este vicio de redacção, um outro surge ainda, cujos effeitos prejudicam, realmente, a recta applicação da lei: segundo o art. 2199.º, basta que os usufructuarios *existam* na epocha designada; ora, como, em virtude do art. 1776.º § unico <sup>1</sup>, se reputa existente o embryão, é evidente que os nascituros podem ser tambem nomeados para o usufructo successivo.

O art. 2250.º, veiu, todavia, contradizer isto, decretando que só possam ser usufructuarias as pessoas *vivas*, quando é certo que o nascimento com vida e figura humana, sendo a condição resolutoria, cujo implemento hade posteriormente firmar os direitos do usufructuario nascituro, não é um facto, que haja de se dar ao tempo, em que se effectiva o primeiro direito ao usufructo.

<sup>1</sup> Vide *Capitulos 5.º e 5.º*

Por qual dos dois artigos, havemos, pois, de optar? pelo art. 2199.º, ou pelo art. 2250? Em nosso entender, o art. 1776.º, § unico, é tão claro, tão frisante, que não duvidamos asseverar que, a despeito do art. 2250.º, podem os nascituros ser chamados ao usufructo successivo.

Em vista d'isto, ou havemos de confessar que a distincção, estabelecida pela doutissima Redacção da *Revista*, não logra conciliar as encontradas idéas, que transluzem dos artt. 1870.º e 1871.º, n.º 3, por um lado, e dos artt. 2199.º e 2250.º por outro,—pois que tal distincção se basêa na circumstancia de serem ou não *vivas* as pessoas, a quem successivamente deve ser devolvido o usufructo ou a pensão, e não na circumstancia de serem ou não *existentes* similhantes pessoas<sup>1</sup>; ou havemos de converter aquella distincção na seguinte: os artt. 2199.º e 2250.º referem-se á hypothese de serem existentes, ao tempo em que se effectiva o direito do primeiro usufructuario ou pensionista, as pessoas, para quem o usufructo ou a pensão tem de passar, successivamente; os artt. 1870.º e 1871.º, n.º 3, respeitam exclusivamente á hypothese contraria.

Ora, neste ultimo caso, a disposição, pela qual o testador designa, para um usufructo successivo, pessoas, que não são existentes, que nem vivem, nem tem *probabilidades* de viver, que nem geradas, nem mesmo concebidos estão, não é um

<sup>1</sup> O contrario fôra o mesmo que admittir, primeiro, que a disposição, pela qual o testador chamasse ao usufructo successivo os nascituros, era um legado de usufructo, e, como tal, valida; e declarar, logo em seguida, que esta mesma disposição, nomeando, para usufructuarios, pessoas, que, embora fossem juridicamente existentes, não estavam todavia vivas, era fideicommissaria e nulla.

fideicommisso, é um dislate do testador, a que nenhuma jurisprudencia deve prestar a attenção de um momento sequer; e a doutissima Redacção da *Revista*, muito melhor do que nós, sabe que, em muitas legislações estrangeiras, são permittidos os fideicommissos de diversos graus.

E quando tal não fosse, parece-nos que, ainda assim, a distincção proposta não resolveria a difficuldade, por declarar que as substituições vitalicias de usufructo não são *essencialmente* fideicommissos, quando é certo, e o deixamos provado, que, segundo o Codigo Civil, os fideicommissos não são, *essencialmente*, mais do que substituições vitalicias de usufructo.

A differença entre fideicommisso e legado de usufructo é, pois, *puramente legal*, mas nunca *essencial*.

VIII Aparece-nos, finalmente, o *Direito*, 1.º anno, n.º 27.

Ahi se encontra uma consulta, cujos termos não permite a estreiteza d'este trabalho o transcrever, e da qual apenas diremos que versava sobre uma disposição testamentaria, e que accrescia um codicillo, que sancionava a transmissão do usufructo de certos bens, do primeiro usufructuario instituido para um segundo, e d'este para terceiros, nos quaes paralog se radicára a propriedade.

A illustrada Redacção do *Direito*, citando os artt. 1870. e 1866.º do Codigo, d'elles concluiu não conter similhant codicillo substituição alguma fideicommissaria, mas tão s uma disposição, pela qual se deixava o usufructo a uma pessoa e a propriedade a outra. E isto porque, permittindo art. 2199.º a transmissão successiva do usufructo para differentes pessoas, «comtanto que existam ao tempo, em que s

«tornar effectivo o direito do primeiro usufructuario,» e prohibindo, por outra parte, o art. 1867.º as substituições fideicommissarias, não expressamente exceptuadas, *haveria uma contradicção evidente entre estes dois artigos*, a não se distinguir bem o fideicommisso da deixa de propriedade a um, e do usufructo a outro.

Por isso, diz o *Direito*: «Qualquer testador pôde dispôr da «propriedade e do usufructo, e d'este, em favor de uma ou «mais pessoas, nos termos do art. 2199.º, sem que por isso «se institua fideicommisso, *porque, para que este exista, é indispensavel, em conformidade dos artt. 1866.º e 1870.º, que «o proprietario ou usufructuario seja encarregado de transmittir a outrem, por sua morte, o usufructo ou a propriedade.»*

Permitta-nos a illustrada Redacção do *Direito* o fazermos uso d'estas suas palavras.

Por ellas se vê que o testador pode determinar que o usufructo de certos bens pertença a um primeiro instituido, por morte d'este a um segundo, e por morte do segundo a um terceiro, contanto que existam todos tres ao tempo, em que se effectiva o direito do primeiro; com isto não faz mais do que dispor do usufructo, em favor de varias pessoas, «*nos termos do art. 2199.º, sem que por isso institua fideicommisso.*» Ora, sendo assim, o primeiro instituido transmite, por sua morte, o usufructo ao segundo, e este ao terceiro; mas, segundo o *Direito*, logo que «*o usufructuario seja encarregado de transmittir a outrem, por sua morte, o usufructo*», ha fideicommisso, «em conformidade dos artt. 1866.º e 1870.º». Logo, applicando a uma só disposição de ultima vontade os preceitos, formula-

dos pelo Direito, obtivemos *logicamente*<sup>1</sup>, os seguintes resultados: 1.º que semelhante disposição jámais podia ser taxada de fideicommissaria, e, pois, era valida e legal; 2.º que a mesma disposição era perfeitamente fideicommissaria, e, pois, illegal e nulla.

Qual é a origem d'esta disparidade?

De sobejo o temos demonstrado: é a lamentavel incoherencia da lei, que, aniquilando todas as differenças substanciaes, que outr'ora extremavam os fideicommissos dos legados de usufructo, veio depois soberanamente decretar que por forma alguma ousasse o interprete confundir o legado de usufructo com o fideicommisso, sendo que a mesma lei facultava amplamente aquelle, prohibindo genericamente este.

Olhada no campo practico e de applicação, esta excentricidade legal significa o seguinte:— a mesma disposição testamentaria será valida ou nulla, consoante os meros caprichos do julgador lhe conferirem o titulo de legado de usufructo, ou de fideicommisso.

IX Dirão, por ventura, que a arbitrariedade dos tribunaes encontra um escolho nas palavras do testador? os artt. 1751.º e 1761.º respondem, categoricamente, que ao testador é licito usar de quaesquer palavras, comtanto que por ellas traduza a sua vontade; e se identicas são as duas disposições testamentarias, cujo confronto firmamos, identica é tambem a vontade do testador em uma e outra.

A Jurisprudencia reconheceu, ao cabo de longa practica de

<sup>1</sup> Não repugne a palavra — *logicamente*; a conclusão, rigorosamente deduzida dos principios é *logica*, muito embora as premissas sejam falsas.

fôro, que era mister conceder á intenção do testador a liberdade de se traduzir por quaesquer expressões, que a significassem. Hoje não; a intenção do testador, clara e irrecusavel, é valida ou nulla, conforme se revela por estes ou por aquelles termos.

Não são, infelizmente, asserções gratuitas estas que ventillamos. A experiencia de todos os tempos tem patenteado a impossibilidade e o absurdo de fazer exclusivamente obra pelas palavras do disponente.

Mostrámos que o antigo Direito estabelecêra, em geral, diferenças notaveis, quanto á natureza e substancia do fideicommisso e do legado de usufructo; a intenção do testador não podia, pois, ser a mesma, em uma e outra disposição; pois, apezar d'isto, os nossos jurisconsultos empenharam todas as luzes, que lhes fornecia o tirocinio do fôro, para, em dadas hypotheses, precisar a indole do preceito testamentario.

Lobão confessa que, no mundo juridico de então, appareciam a cada passo testamentos, dos quaes mui difficilmente se poderia dizer se continham fideicommissos, se legados de usufructo, sendo mister recorrer a puras supposições e conjecturas, para lhe assignar esta ou aquella qualidade<sup>1</sup>.

O sr. Joaquim José Nogueira Pimentel<sup>2</sup>, firmando-se na

<sup>1</sup> Lobão — *Notas a Mello*, liv. 5.º, Dissert. 7, §§ 75.º e seguintes. No § 85.º escreve Lobão: «*Ora os testadores, os escriptores de seus testamentos, os notarios, são commummente idiotas que ignoram a força ou accepção juridica das palavras, com que escrevem!* Quantas vezes a este respeito não tenho eu encontrado clausulas mutuamente oppostas e contradictorias; já indicando simples usufructuario, já herdeiro gravado o conjuge sobrevivivo, e conjecturas por uma e outra parte, que causam perplexidade?

<sup>2</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 7.º anno, n.º 890.

auctoridade de Voet<sup>1</sup>, Merlin<sup>2</sup>, e Dalloz<sup>3</sup>, sustentou dever guardar-se a seguinte regra: se o testador começava deixando os bens a uma pessoa, esta era herdeira e proprietaria, *muito embora o mesmo testador lhe desse depois o nome de usufructuaria, e dissesse que os bens lhe pertenceriam em quanto ella fosse viva*; se, pelo, contrario, começava deixando o usufructo, o herdeiro era mero usufructuario.

A Redacção da *Gazeta dos Tribunaes* foi ainda mais longe, asseverando ser necessario que o testador deixasse expressamente a propriedade a um segundo herdeiro, para se entender que o primeiro era mero usufructuario.

Quem não vê, porém, que isto a mais não passava de uma distincção tristemente escolastica, pois que a vontade do testador, como lei suprema, se devêra colligir de todas as palavras proferidas, e não das primeiras tão só!

Mas nem mesmo tal distincção colhia no fóro. E para isto, basta attentarmos na seguinte disposição testamentaria:

«É minha vontade que fique *herdeira* de todos os meus bens, depois do meu fallecimento, minha mulher Luiza «Pimenta, e por morte d'ella meu irmão, o padre Manuel «Carlos; e se este não for vivo, seja João Lopes de Sousa «e sua mulher, d'esta cidade.»

Este preceito foi alcunhado de legado de usufructo pelo Acc. da Relação do Porto, de 24 de julho de 1852, e de

<sup>1</sup> *Ad Pandectas, de usufructo*, n.º 12.

<sup>2</sup> *Questions de Droit* — vbo. *Substitution Fideicommissaire*.

<sup>3</sup> *Dictionnaire de Jurisprudence* — vbo. *Substitution*, n.º 203.

fideicommisso pelo Acc. do S. T. J., de 19 de novembro de 1852 <sup>1</sup>.

Enviou-se á Associação dos Advogados uma consulta, concernente á indole do seguinte testamento :

«Quero que depois de todos os meus legados cumpridos, «seja *herdeira* do remanescente da minha terça minha mu-  
«lher... a qual a *desfructará em sua vida* e durante sua  
«viuvez, porque, fallecendo, ou passando a segundas nupcias,  
«a minha terça passará para meus filhos, com exclusão do  
«meu filho Pedro...»

A Associação dos Advogados respondeu não haver fideicommisso, mas um simples legado de usufructo do remanescente da terça, em favor da mulher do testador, ficando a propriedade dos bens radicada nos filhos, á excepção do excluído <sup>2</sup>.

Mais tarde, foi tambem presente á Associação dos Advogados este testamento :

«Deixo por *meu universal herdeiro* e testamenteiro a  
«meu prezado marido de tudo quanto é meu; — Os bens de  
«Satam e Pinheiro, *depois do usufructo de meu marido*, pas-  
«sarão aos herdeiros, meus sobrinhos futuros, se os houver;  
«— Porém, se não houver sobrinhos... voltarão esses bens  
«de Satam e Pinheiro aos herdeiros de meu marido».

O marido da testadora adiu a herança, e depois falleceu,

<sup>1</sup> Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 13.º anno, n.º 1742, 1743 e 1744; e 12.º anno, n.º 1621.

<sup>2</sup> *Decisão da Associação dos Advogados*, de 15 de maio de 1850, publicada na *Gazeta dos Tribunaes*, 13.º anno, n.º 1748.

deixando, *em legado*, os bens de Satam e Pinheiro a um primo, e todos os demais bens, direitos e acções, aos filhos de um sobrinho seu, os quaes *instituiu seus herdeiros*. Perguntava-se se este segundo testamento seria valido, em face do primeiro. A Associação dos Advogados decidiu que sim, não vendo no primeiro testamento um mero legado de usufructo <sup>1</sup>.

Consultou-se a Redacção da *Gazeta dos Tribunaes*, sobre a natureza d'este testamento:

«Nomeio por *meus universaes herdeiros* a F. e a seu irmão F.. aos quaes deixo o remanescente que ficar da minha herança, depois de pagos os legados, em *fideicommisso*, «de que será *usufructuario* o primeiro chamado, e depois «d'este o segundo».

A Redacção da *Gazeta* respondeu não existir fideicommisso, mas apenas um legado de usufructo <sup>2</sup>.

Muito posteriormente, nova consulta foi endereçada á mesma Redacção, nos seguintes termos :

«Maria... disse que aos seus sobrinhos M. J. V. F. C. e «B. deixa todos os seus bens... para que os disfructem em «suas vidas, e por morte do ultimo passem os bens de raiz «a quem representar a casa de seu fallecido sobrinho Fran- «cisco».—Pergunta-se primeiro se M. J. V. F. C. e B. são «herdeiros fiduciarios de Maria, ou se são simplesmente usu «fructuarios?

A illustrada Redacção respondeu que eram herdeiros fidu

<sup>1</sup> *Decisão da Associação dos Advogados*, de 28 de julho de 1860, publicada na *Gazeta dos Tribunaes*, 23.º anno, n.º 3372.

<sup>2</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, 3.º anno, n.º 312.

ciarios, por se dar em semelhante deixa um rigoroso fideicomisso <sup>1</sup>.

Esmiucem-se rigorosamente as expressões dos testamentos citados, confrontem-se com as decisões, que sobre ellas deram os proceres da sciencia juridica, attente-se bem nas differenças, que a nossa antiga Jurisprudencia guardava, geralmente, entre os fideicommissos e os legados de usufructo, e veja-se em que dédalo immenso de arbitrariedades cahiram os tribunaes, os advogados, e os jornaes de Direito, quando se viram forçados a modelar a intenção do testador por uma de duas disposições, *remotamente semelhantes*, tendo por unico fio conductor as palavras dos testamentos <sup>2</sup>.

X Pois o Codigo Civil exige mais: a intenção do testador é ponto secundario, em questões d'este alcance; o fim do testamento é sempre o beneficiar, com um usufructo successivo, duas ou mais pessoas; mas não é d'isto, que os tribunaes têm de se occupar: á missão grave e digna, que outr'ora lhes cabia, de recompôr o pensamento do testador, succede uma

<sup>1</sup> *Gazeta dos Tribunaes*, 25.º anno, n.º 3743; Vide tambem *Gazeta dos Tribunaes*, 13.º anno, n.º 1765.

<sup>2</sup> A mesma perplexidade se nota nos escriptores francezes.

Demolombe — *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, tom. 1, n.ºs 115 e seguintes, — depois de ter precisado as raias, que em sua opinião extremam o fideicomisso do legado de usufructo, perde-se em extenso mar de subtilezas, para destrinçar practicamente o que em theoria se afigurava tão obvio.

Emile Acolas — *Manuel du Droit Civil*, tom. 2, cap. 6.º, pag. 617 — escreve: «On a eu beau chercher à définir la substitution; l'absence de principes et de logique, qui domine toute la science du droit, a fait naître parmi les auteurs une foule de controverses pour savoir si dans tel ou tel cas il existe une substitution.»

outra, que quasi estamos tentados a appellidar de burlesca: tal é a de apurar se nos testamentos vêm ou não insertas clausulas, *litteralmente* concebidas no sentido de *conservar e transmittir por morte*; decidiu-se que sim? o testamento é nullo; resolveu-se que não? os contemplados entram com toda a seriedade na posse dos seus bens.

Os effeitos d'esta anomalia legal já se fizeram sentir:

Propoz-se á Redacção do *Direito* um testamento, em que dois esposos declararam:

«*Que nomeavam e doavam reciprocamente um ao outro, áquelle que sobreviver ao fallecido, a terça de todos os seus bens...; e por morte do ultimo... a terça de ambos desde já a nomeiam e doam a suas duas filhas.*»

Perguntando-se se isto era fideicommisso, o *Direito* respondeu categoricamente que não, porque «*sempre que na disposição testamentaria não haja clausula ou condição de conservação e entrega de bens por morte, não ha fideicommisso* <sup>1</sup>.»

Foi presente á Redacção da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* este testamento <sup>2</sup>:

«*Deixo em usufructo a minha irmã... e a seu marido... tudo o mais que me pertence, ou vier a pertencer...; e por fallecimento do ultimo, instituo por universaes herdeiros a meus sobrinhos... que todos os nomeados herdarão... por morte do ultimo nomeado usufructuario.*»

<sup>1</sup> *Direito*, 2.º anno, n.º 24.

<sup>2</sup> *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 34.

A doutissima Redacção da *Revista* considerou existir sómente uma disposição, pela qual se deixava o usufructo a uns e a propriedade a outros, e não uma substituição fideicommissaria, pois que o testamento se não referia ao caso de o herdeiro «*ser encarregado de conservar e transmittir por sua morte a um terceiro*» a herança.

Taes são os effeitos das anomalias e excentricidades da lei!

---

## CAPITULO VIII

### Bases em que deve assentar a reforma da legislação fideicommissaria

**As substituições fideicommissarias devem ser eliminadas da nossa legislação, conservando-se apenas o legado de usufructo, em proveito de uma ou mais pessoas, simultaneamente.**

**Summario.** — I Sustentamos, em these, a liberdade de testar. — II Mas a Moral e a Jurisprudencia exigem que o exercicio d'esta liberdade nem sempre seja absoluto e pleno. — III Mas a Philosophia Juridica reprova as substituições, em mais de um grau, como abusivas consequencias da liberdade de testar; — IV não menos as condemna o espirito de familia, — V e as legitimas conveniencias da agricultura, — VI e os incontestaveis interesses do commercio. — VII Da illimitada liberdade de testar na Inglaterra e nos Estados Unidos. — VIII Os legisladores francezes, e o sr. Visconde de Seabra, comprehenderam os inconvenientes das substituições indefinidas. — IX Mas os legisladores francezes incorreram no grave erro de legitimarem as substituições de propriedade, em primeiro grau; peccaram contra a logica, peccaram contra os dictames da Philosophia do Direito, que foi sempre adversa ao dominio resolovel; — por isso regeitamos as substituições de propriedade, em primeiro grau. — X Defendemos, porém, como unicas substituições fideicommissarias, que se possam admittir, os legados de usufructo, em favor de uma ou mais pessoas, simultaneamente.

Estamos chegados ao complemento da nossa obra.

Forcejámos por seguir o trilho, que de longe alcançáramos, como levando-nos mais de plano ao termo de nossos designios: desdobrámos, nos seis primeiros capitulos, a inter-

pretação, que se nos afigurou derivar mais seguramente dos preceitos, recebidos no Código Civil; e provado, que foi, no capítulo septimo, que taes preceitos se apartavam dos dictames da Philosophia Juridica, e nem mesmo respondiam ás exigencias de uma rigorosa logica, para logo nos fizemos cargo de apontar as bases, sobre que, em nosso parecer, devêra assentar a reforma, que pedimos para a legislação fideicommissaria.

O nosso alvitre traduz-se n'estes breves formulados :

Regeitamos absolutamente as substituições, em mais de um grau.

Nem mesmo no primeiro grau, admittimos as substituições de propriedade.

Defendemos, todavia, as substituições de usufructo, em primeiro e ultimo grau.

São estas as proposições, que havemos a peito demonstrar.

I Os panegyristas da absoluta liberdade de testar clamam pela auctoridade individual, para com ella acobertarem a espoliação dos direitos da familia, revelada na desherdação, ou a immobilidade indefinida do solo, oriunda das substituições perpetuas <sup>1</sup>.

O que ha de legitimo na liberdade de testar ?

<sup>1</sup> Emile Chedieu — *Dictionnaire Général de la Politique*, vbo. *Testament* — escreve, com inteira verdade: «Les esprits despotiques, que Justinien, en «son temps, rappelait *ad verecundiam naturae*, reclamant, en faveur de l'auctorité paternelle, le droit illimité de tester. Ramener les substitutions par «les testaments, tel est leur but, qu'ils en aient ou non conscience.»

De Parieu — *Dictionnaire de l'Économie Politique*, vbo. *Succession*, — não menos assevera que: «L'usage de ce genre de substitutions coincide en «général avec la liberté étendue de tester.»

De ha muito se alevantou uma pleiade de escriptores, lançando o anathema sobre os testamentos <sup>1</sup>.

Vamos longe de suas idéas. Que mais é o testamento, do que uma doação? Fazer-se *inter vivos* ou *causa mortis* é questão de tempo, não de principio.

Proibir-se-ha absolutamente a doação? systema algum de Philosophia de Direito se abalançou ainda a lavrar a sentença condemnatoria d'aquella espontaneidade generosa, que vai soccorrer o indigente, estender a mão ao desvalido da sorte, remunerar serviços, traduzir affeições.

E se a doação é licita, se o Direito a consagra, se a Moral a prescreve, como riscar do vocabulario juridico a palavra — testamento?

É força reconhecê-lo, pois que, se o negassemos, a historia o affirmaria por nós: a doação e o testamento nasceram gemeos ao abrigo da lei <sup>2</sup>. Nem devem os civilistas rigorosos

<sup>1</sup> No — *Journal des Économistes*, tom. 12, pag. 422, — encontrámos, em uma missiva, endereçada pelo general André a Courcelle Séneuil, o seguinte trecho, ousado na fórma, e não menos ousado na idéa: «Malgré tout le respect, que nous devons avoir pour la volonté des mourants, la loi ne doit pas faire plus de cas des testaments, qu'elle ne fait cas des dettes de jeu, qui pourtant sont des dettes d'honneur: *c'est de la politique transcendante.*»

Só o auctor d'estas palavras nos poderia elucidar sobre o parallelo, que pretendeu estabelecer entre os testamentos e as dividas de jogo; quiçá estaremos em erro, mas é convencimento nosso que mesclar contractos aleatorios, que tanto mais perniciosos effeitos causam, quanto maior é para elles a attracção, com disposições successorias, não é esclarecer, antes confundir os dados, sobre que assenta o problema testamentario.

<sup>2</sup> Não obsta a que o testamento seja um meio legitimo de adquirir, o não envolver, na sua feitura, a acceitação expressa do beneficiado.

Kant — *Éléments Métaphysiques de la doctrine du Droit* (traducção de

decretar a abolição do direito de testar, nem logram desviados sonhos de reorganização social oppor-lhe diques, em nome da collectividade, quando legitimo é o seu exercicio, e digno de respeito o espirito que o dictou <sup>1</sup>.

Jules Barni), part. 1.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, *section épisodique*, — occupando-se da *acquisição ideal*, qual a que deriva de um simples conceito da *razão pura*, independentemente de causalidades, definidas pelo tempo, *acquisição que*, não sendo *empyrica*, nem por isso deixa de ser *verdadeira*, cita tres *acqui-sições d'este genero: a usucapião, a herança, e o merito immortal*.

A herança é uma *acquisição ideal*, como proveniente de uma pessoa que falleceu, mas *verdadeira*, porque, além da vontade do testador, representada no momento supremo da morte, accresce a vontade do adquirente, não *explicita*, mas *virtual*, como assente na justa presumpção de que ninguem renuncia voluntariamente os proventos, que lhe seja dado auferir. Eis os motivos, por que Kant assegura que o testamento, sendo de Direito Natural, deve ser introduzido e sancionado no estado civil.

Póde tambem consultar-se Willm — *Histoire de la Philosophie Allemande, depuis Kant jusqu'à Hegel*, tom. 1, pag. 446.

<sup>1</sup> Escrevemos estas palavras, em vista d'um livro notavel: tem por auctor *Hugentobler*, por titulo — *Extinction du Paupérisme*. É um panegyrico da propriedade collectiva; examina-se o problema social, em seus variados aspectos, e nas ruinas das instituições actuaes se ergue o pretendido edificio da regeneração da sociedade, tendo por divisa o *collectivismo*.

O programma, desenrolado por *Hugentobler*, synthetisa-se em artigos de lei, um dos quaes proclama a liberdade de testar, e o outro vai ferir as successões testamentarias com um imposto de 25 0/0. Isto no intuito de chamar gradualmente a propriedade individual para o Estado, tornando, por fim, esteril e vazia de sentido aquella mesma liberdade, que aliás se alcunhára de justa e necessaria, como incitamento ao trabalho! Para isto, basta reflectir em que, segundo *Hugentobler*, a propriedade, uma vez collectiva, jámais se póde tornar individual.

No — *Programme de la Section Internationale de l'Alliance de la Démocratie Socialiste à Genève* — se lê: «Elle (l'Alliance) veut avant tout l'abolition définitive et entière des classes, et l'égalisation politique, économique et sociale

II Mas, bem como se revogam as doações, em prol dos interesses primordiais d'aquelles, que a natureza apontou á Jurisprudencia, como privilegiados, assim tambem encontram os testamentos o seu limite na necessidade, simultaneamente moral e juridica, de resalvar os direitos dos chamados *herdeiros necessarios*.

Reconheçamol-o, muito em puridade: o verdadeiro e racional systema de successões primariamente se basêa na mutua transigencia de dois principios, oppostos e dissidentes, a nenhum dos quaes convem dar, com exclusão do outro, amplissimas largas — taes são: por um lado, a liberdade de testar; e por outro, os incontrovertidos direitos dos progenitores e procreados.

Admittir apenas a successão legitimaria, fôra anniquilar inteiramente a individualidade do proprietario.

Decretar a absoluta liberdade de testar, fôra tecer encomios ás desherdações arbitrarías; e nós, que temos presente a celebre theoria dos *heredes sui*, affirmamos que a liberdade acaba onde o dever começa, e que aos paes assiste o imprescriptivel dever de velar, sollicita e incessantemente, pelo presente como pelo futuro dos filhos <sup>1</sup>.

«des individus des deux sexes, et, pour arriver à ce but, elle demande avant tout l'abolition du droit de l'héritage.» — Vide *Les Mystères de l'Internationale*, pag. 53 e 54.

<sup>1</sup> Um dos proselytos mais afervorados da liberdade de testar é Emile Acolas, de todos os jurisconsultos francezes o que mais respeitamos, pelo espirito eminentemente synthetico e moral, que nos seus escriptos se revela.

Emile Acolas, o antagonista por excellencia do Codigo Napoleão, e o defensor acerrimo das instituições da Republica Franceza, não poderá deixar de prestar o devido preito aos testamentos, como legitimas manifestações

É por isso, que nós genericamente perfilhamos o regimen successorio, consagrado pelo nosso Codigo Civil.

III Mas se a Moral e o Direito se unem em estreito amplexo, para condemnar a inteira liberdade testamentaria, que diremos d'aquella illimitada licença, que, sob pretexto de perpetuar a familia pela propriedade, rebaixa a dignidade das gerações vindouras, extorquindo-lhes a responsabilidade das transacções, e deixa que o solo se definhe, á mingua de movimento que o fecunde?

Pobres defensores das substituições indefinidas, que não ouvem os unisonos clamores, que contra taes substituições se alevantam, em nome da philosophia juridica, do espirito de familia, da agricultura e do commercio !!

A philosophia juridica ensina-nos, á saciedade, que as

do direito de propriedade; mas, não obstante o culto que lhes tributa, é elle o primeiro a irrogar-lhes as limitações, que a dignidade da familia exige. É o que evidenciam estas suas palavras: — «Que cette plenitude de «droit ne soit pas un absolu; qu'elle rencontre, non pas des exceptions (un «vrai principe n'en comporte point), mais des limitations;... que, *comme «fils, comme epoux, comme père, comme citoyen et comme homme, le pro-«priétaire ait à acquitter des obligations naturelles et contractuelles, toutes «ces propositions sont certaines, et n'en laissent pas moins subsister le principe «de la liberté de disposer.»* — *Manuel de Droit Civil*, tom. 2, pag. 372.

<sup>1</sup> Na *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, tom. 24 — deparámos, na secção bibliographica, com um notavel juizo critico, elaborado por Bertauld, sobre a obra de M.<sup>r</sup> Coquille, intitulada — *Les Legistes*.

Surprehendem, na verdade, as asserções aventadas por M.<sup>r</sup> Coquille, no attinente aos regimens de successão. Basta-nos, para offerecermos d'ellas uma ligeira idéa, citar estes trechos, de verdadeira originalidade: — «La liberté «du testateur est-elle entière, si elle ne s'étend sur un avenir illimité? Qu'im-«porte qu'elle enchaîne, qu'elle garrotte une succession de générations? Les

substituições indefinidas não corroboram, mas aniquilam, os direitos de propriedade.

E todavia, os partidarios das velharias feudaes da edade media não duvidam invocar hoje a propria liberdade do dominio, cuja indole desconhecem, afim de palliarem o despotismo das substituições illimitadas; e não se lembram de que essa chimerica liberdade nasceria e morreria no proprio momento, em que o fideicommittente formulasse o seu desejo!

Que falsa noção de liberdade <sup>1</sup>!

Não, as prerogativas do actual proprietario não devem cercar as faculdades dos proprietarios vindouros. Não attendemos só ao dominio de hoje, queremos o dominio de amanhã livre tambem. Não concebemos sociedade sem propriedade; não comprehendemos propriedade sem direito de alienação; os fideicommissos perpetuos negam este direito, — por isso a *Philosophia Juridica* os condemna <sup>2</sup>.

«appelés n'ont pas à se plaindre; ils doivent respecter les conditions sous lesquelles le bien leur arrive gratuitement... Pourquoi le souverain ne conserverait-il pas toujours, à travers les âges, une souveraineté posthume, «planant sur son ancien patrimoine? Qu'importe l'entrave à la circulation des biens? Est-ce que la société a intérêt au mouvement perpétuel de la «propriété?»»

Toda e qualquer apreciação, que fizessemos d'estas palavras, desvirtuaria o merito da citação.

<sup>1</sup> A verdadeira noção de liberdade foi, para sempre, formulada na— *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, art. 6.º: «La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui: elle a pour principe la nature; pour règle la justice; pour sauvegarde la loi.»— Vide *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, colleccionadas por Laferrière e Batbie, pag. XXX.

<sup>2</sup> Bertauld — *Questions Pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, tom.

IV Os fideicommissos não alimentam o espirito de familia, destróem-o; ministros da desigualdade, pregam a discordia, semeam as dissensões; substituem á harmonia de interesses a avidez de patrimonio, á mutualidade de affeições a inveja e o rancor; quebram, n'uma palavra, os intimos laços da solidariiedade familiar <sup>1</sup>.

1.º, nn.º 360 e 361 — com razão escreve : — «La loi qui defend les substitutions est-elle une atteinte à la liberté individuelle? — non, elle la protege et l'assure — La liberté du père de famille n'est pas la servitude pour toute sa posterité, ou pour une serie indéfinie de successeurs.»

Demante — *Cours Analytique de Code Napoléon*, tom. 4.º, n.º 6 — não é menos preciso, quando assevera que : — «Le droit d'instituer un heritier ou un successeur n'enporte pas celui de donner un successeur à celui-ci.

Rossi — *Cours d'Economie Politique*, tom. 2, *cinquième leçon* — descreve, em admiraveis traços, as scenas pouco edificantes, que se verificavam por occasião da elaboração dos fideicommissos : — «J'ai vu... les exemples les plus ridicules de cette omnipotence testamentaire du père de famille, omnipotence qui consistait, avant tout, à depouiller de toute puissance les pères de famille, qui devaient succéder au testateur. Que de complications ! que de folies ! La vue du testateur s'obscurcissait à mesure que son orgueil le poussait plus loin dans les ténèbres d'un avenir inconnu ; bientôt il perdait le fil de ses propres idées ; ses paroles n'exprimaient plus rien de clair, rien de comprehensible, et ses dispositions devenaient une source inépuisable de difficultés et de procès.»

<sup>1</sup> Dois vultos notaveis da França — Tocqueville e Lamartine — fizeram profissão de sentimentalismo, em honra do espirito de familia, mantido pela perpetuidade do solo.

Tocqueville — *De la Democratie en Amerique*, tom. 1.º, cap. 3.º — escreve, levado de puro enthusiasmo, estas palavras : — «La famille représente la terre, la terre représente la famille ; elle perpétue son nom, son origine, sa gloire, sa puissance, ses vertus. C'est un témoin impérissable du passé, et un gage précieux de l'existence à venir.» — Pouco após, e com equal convencimento, exclama : — «Ce qu'on appelle l'esprit de famille est souven

## V A agricultura repelle energicamente as substituições, que

«fondé sur une illusion de l'égoïsme individuel. On cherche à se perpétuer et à s'immortaliser en quelque sorte dans ses arrière neveux.»

Mas, por Deus, que nos diga Tocqueville se a immobildade do solo perpetúa, na verdade, a origem, a gloria, o poder e as virtudes de uma familia, como primeiro assevera, ou se apenas serve para manter a triste illusão de um egoismo individual, immortalizando os antepassados na pessoa de seus representantes; que nos diga se as substituições mantêm illesas as virtudes, ou se traduzem tão sómente os egoismos.

«La loi du partage égal procède par deux voies, (diz Tocqueville): en agissant sur la chose, elle agit sur l'homme; en agissant sur l'homme, elle arrive à la chose. Des deux manières elle parvient à attaquer profondément la propriété foncière et à faire disparaître avec rapidité les familles ainsi que les fortunes.»

E, todavia, o mesmo Tocqueville reconhece que:—«du moment où vous enlevez aux propriétaires fonciers un grand intérêt de sentiment, de souvenirs, d'orgueil, d'ambition à conserver la terre, on peut être assuré que tôt ou tard ils la vendront, car ils ont un grand intérêt pecuniaire à la vendre.»

É elle proprio quem declara que:—«Une fois divisées, les grandes propriétés foncières ne se refont plus; car le petit propriétaire tire plus de revenu de son champs, proportion gardée, que le grand propriétaire du sien.»

Pois quê! a propriedade desapparece no systema das partilhas eguaes, porque se divide, e, comtudo, a sua tendencia natural para esta divisão é tamanha, que, para se manter accumulada, carece de appellar incessantemente para as recordações, para o orgulho, e para a ambição dos grandes proprietarios!

Pois quê! a propriedade morre se se divide, e todavia o terreno floresce tanto mais! Pois o desenvolvimento da propriedade e a fertilidade do solo não caminham *pari passu*?

Não, nem a familia perpetúa a propriedade, nem a propriedade perpetúa a familia. Acertadamente assevera Leplay — *La Reforme Sociale en France*, tom. 1, pag. 206,— que: «L'opinion publique, en effet, n'accorde faveur à ce regime que quand la vertu se transmet avec la richesse: or cette con-

a atrophiam e desvirtuam, pela improductiva estagnação dos capitaes fundiarios <sup>1</sup>.

«cordance est rare, et elle ne s'est maintenue que par exception, dans les «sociétés où elle s'est produite.»

Lamartine—*J. J. Rousseau*, pagg. 196 e seguintes — defende as substituições, em nome do individuo, da familia, e do Estado.

Encarando a questão sob o primeiro aspecto, estriba-se na desigualdade, que a natureza e a moralidade estabeleceram, de individuo para individuo: «L'égalité de parts dans l'héritage des biens du père, est donc un sophisme «devant la nature.»

Sob o ponto de vista da familia, as vantagens das substituições são incontestaveis, pois que os desregramentos do primogenito não vão arruinar as gerações, que se lhe seguem; o capital vincula-se na familia: «La famille «est éternelle comme l'État.»

Não são menores os proventos, que d'ahi resultam para o Estado; a familia que se arruina, pelos desvarios de uma só geração, perdeu-se para o Estado; a perda das familias importa o quebrantamento do respeito, das tradições, da deferencia, estabelecidos entre pobres e ricos; o reconhecimento, a consideração, a affeição secular, que formam o cimento moral da sociedade, pulverisam-se, desapparecem: «La dynastie de la famille détruite par «l'égalité et par la mobilité des héritages, la dynastie royale devient facile-  
«ment tyrannique.»

Não comprehendemos, siquer, destruir estas idéas de Lamartine; a condemnação d'ellas está escripta, em indeleveis traços, na obra que Lamartine escreveu em 1848, quando a presidencia da Republica Franceza lhe sorria ao orgulho, e quando, então, dava livre expansão aos pensamentos, eminentemente democraticos, que tanto alardeou; essa obra tem por titulo—*Le Conseiller du Peuple*.

Demais, sobre a pretendida lei da desigualdade, á qual se diz repugnar o systema das legitimas, amplamente se póde vêr—Proudhon—*De la Justice dans la Revolution et dans l'Église*, tom. 1, pagg. 295 e seguintes — que energicamente a combate.

<sup>1</sup> Com grande assombro nosso, lêmos na —*Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, tom. 36 (anno de 1870)—um artigo, em que M.<sup>o</sup> Dufoui pretende ridiculisar a importancia, que todos os homens de letras deferem

E para nós, a agricultura é hoje uma das questões de maior momento. Fertil, como é, o nosso solo conserva-se mal arroteado, e, em grande parte, improductivo. Portugal representa hoje o typo do morgado arruinado; os seus rendeiros foram as antigas colonias; por largos annos viveu descuidoso e nescio, bebendo a largos tragos a seiva e a vida das colonias, que o amparavam; ignorante e imprevidente, esqueceu-se de trabalhar; longe de se engrandecer com as rendas do ultramar, despendeu-as loucamente nos mercados de Inglaterra; para conservar as tradições do feudalismo, malbaratou o tempo em folganças e expedições; não duvidou sacrificar a industria ao orgulho, roubando áquella os poucos braços que possuia, e mandando-os descobrir mundo, para longinquas paragens. Um dia seccaram-se as fontes da sua riqueza; a sua indolencia fizera-lhe perder as suas melhores colonias; Portugal achou-se pobre; se estendia os braços para a Inglaterra, pedindo-lhe generos, a Inglaterra impunha-lhe

hoje, nas questões sociaes, á agricultura: — «L'agriculture! (exclama M.<sup>r</sup> Dufour) «la mode y est; elle fait fureur, et quiconque aspire à la faveur de la «foule, se voue à la servir, et fait de son devouement bruit fracas. Le cultivateur ne s'est jamais vu à si belle fête; le voilà entouré, caressé, loué, exalté: «sa condition n'est plus simplement une condition honorable, mais laborieuse «et modeste; c'est le plus glorieux, c'est le plus lucratif des états, ce n'est «même plus une profession, c'est une religion, et elle a ses pontifes!»

A esta violenta apostrophe de M.<sup>r</sup> Dufour, opporemos nós as auctorizadas asserções de Domingos Vandelli — *Sobre a Preferencia que em Portugal se deve dar á Agricultura sobre as Fabricas* — publicadas nas *Memorias Economicas da Academia Real das Sciencias de Lisboa*, tom. 1: — «São principios incontestaveis, e seguidos pelos melhores economos politicos: — 1.<sup>o</sup> Que «a fortuna do Estado e da humanidade... está nas mãos dos cultivadores — «2.<sup>o</sup> Que as producções da terra são a unica e verdadeira riqueza — 3.<sup>o</sup>

pesadas contribuições, que mais o empobreciam, e Portugal continuava a gemer de fome; industria não a tinha; as suas fabricas eram poucas, os seus productos escassos; a agricultura morrera com o espirito da conquista; Portugal, volvendo os olhos para os seus terrenos, achara-os maninhos e baldios. A transição foi rapida, a decadencia bem sensivel. Portugal emprehendeu regenerar-se pelo trabalho; mas de ha muito que era alheio ao trabalho; quando accordou do lethargo em que jazia, estava atrazado de um seculo em relação aos outros povos. Hoje, Portugal, que tanto tem luctado, vai-se convencendo de que a sua primeira necessidade é revolver as entranhas da terra, para que esta o alimente <sup>1</sup>.

«Que o consumo é o unico agente, que dá valor á producção, que a anima e estende e multiplica—4.º Que em proporção do valor dos fructos, a terra será melhor trabalhada, e em consequencia as colheitas mais abundantes.

<sup>1</sup> É triste ver o quadro do nosso Alemtejo, descripto por A. Lesage — *Coup d'œil sur les campagnes Espagnoles et Portugaises*— e publicado no *Journal des Économistes*, tom. 11, pag. 406:—«De vastes friches couvertes d'«*«tévras, de vastes landes couvertes de chênes clair-semés, quelques champs d'«céréales portant de maigres moissons, de loin en loin quelques chaumières«que n'accompagnent jamais des batiments d'exploitation, et, seulement au«prés des villes, des oliviers, des vignes, des jardins formant un cercle tr««étroit.»*

A cultura do Alemtejo de ha muito que tem sido objecto de serios estudos, por parte dos nossos escriptores.

Antonio Henriques da Silveira, no seu — *Racional Discurso sobre a Agricultura e População da Provincia de AlemTejo* — transcripto nas *Memorias Economicas da Academia Real das Sciencias de Lisboa*, tom 1 — i vestigando as causas da escassa producção do Alemtejo, enumera, principalmente, entre ellas: a falta de população; o não se aproveitar todo o terreno; os baldios dos concelhos, etc.

Sobre as phases, por que tem passado a nossa agricultura, se pode tai

E os interesses da agricultura exigem o movimento e a liberdade da terra; os Economistas não duvidam asseverar que a escravidão da propriedade repulsa o ardor pelo trabalho, e faz desmerecer o incentivo para os melhoramentos do solo; o usufructuario, impaciente, precipita a producção, curando pouco dos prejuizos, que d'ahi resultem para os seus vindouros <sup>1</sup>.

Não se pense que a pequena propriedade é adversa aos empreendimentos agricolas de maior vantagem; a associação dos pequenos proprietarios suppre a deficiencia dos capitaes, individualmente disponiveis, na compra das machinas, na construcção dos caminhos vicinaes, na direcção das aguas, no levantamento dos açudes, em todas as obras, emfim, de inte-

bem consultar a — *Memoria Historica sobre a Agricultura Portugueza, considerada desde o tempo dos Romanos até ao presente* — por José Verissimo Alvares da Silva — publicada no tomo 5.º das *Memorias Economicas da Academia*.

<sup>1</sup> Mac-Culloch — *Principes d'Economie Politique*, tom. 1, part. 1, pag. 313 — assegura que: — «si on permet à des individus de désigner une série «interminable d'heritiers, en prescrivant les conditions auxquelles ils devront «successivement posséder la propriété, on empêcherait ainsi qu'elle arrivât «jamais entre les mains de ceux qui pourraient l'employer de la meilleure «manière.»

Dunoyer — *De la Liberté du Travail*, tom. 3, liv. 10, cap. 3, pag. 477 — escreve: — «Suffit-il... de substituer une fortune, pour en assurer la durée, et s'il est vrai que les substitutions... ne soient favorables ni à l'industrie ni aux mœurs, qu'elles ne soient propres à donner aux nouvelles générations ni activité ni bonne conduite, peut-on admettre qu'elles soient très «favorables à la conservation des biens substitués?»

Rossi — *Cours d'Economie Politique*, tom. 2, cinq. leçon. — declara que: — «La propriété territoriale, pour produire tous les résultats économiques, «dont elle est susceptible, a besoin de liberté.»

resse commun; e pelo contrario, a grande propriedade, tornando difficil e embaraçosa a sua administração, em geral entregue em mãos mercenarias, que a não tomam a peito com a devida sollicitude, estiola-se, á falta de capitaes e trabalho <sup>1</sup>.

Não se pense, tão pouco, que os proletarios sejam incapazes de gerir devidamente os terrenos, que de todo lhes pertençam <sup>2</sup>;

<sup>1</sup> A questão da grande ou pequena propriedade foi assumpto de largos debates. Hoje, Stuart Mill — *L'Angleterre et l'Irlande* — *Journal des Économistes*, tom. 9, pag. 445 — escreve:—«Ceux qui croient encore que la petite propriété des paysans existe au détriment de l'agriculture, ou conduit à la plethore de la population, sont totalement discredités, parmi les gens qui sont au courant de la question dans l'état actuel des connaissances agricoles. Il n'y a aucune condition de propriété territoriale qui excite autant d'émulation en faveur du progrès, que celle dans laquelle tout ce qui peut ajouter à la production appartient à celui qui le produit.»

Léonce de Lavergne — *L'Irlande en 1867* — *Revue des Deux Mondes*, tom. 72, pagg. 149 e seguintes — respondendo aos argumentos de Lord Dufferin sobre a inferioridade da agricultura franceza, como resultado da pequena propriedade, diz:—«On peut affirmer qu'en règle générale les terres de la petite propriété sont deux fois plus productives que les autres, de sorte que, si cet élément venait à nous manquer, notre produit agricole baisserait sensiblement.» Léonce de Lavergne affirma que a inferioridade agricola da França provém da organização militar, fazendaria, e administrativa, que vai extorquir aos campos os homens e os capitaes, e que augmentaria ainda o empobrecimento do solo, se não fóra a pequena propriedade.

<sup>2</sup> Saint-Simon — *Oeuvres Choisies*, tom. 8, pagg. 367 e seguintes — *De l'Organisation Sociale, Fragments d'un ouvrage inédit*, sec. frag. — affirma que, por ocasião da venda dos dominios nacionaes, em França, milhares de proletarios, aproveitando o facil ensejo de os adquirir, se converteram em proprietarios territoriaes; a maneira, por que administraram estes bens, sobejamente demonstrou que lhes não falecia zelo, nem previdencia, no trilhado que seguiam em seus trabalhos; d'onde Saint-Simon conclue que a lei podia «sans inconvénient pour la tranquillité publique, faire cesser la tutelle exercée sur eux jusqu'à ce jour.»

pelo contrario, a pequena propriedade, emancipando em larga escala os que hoje se acham servilmente dependentes da propriedade territorial, extinguiria gradualmente os vestigios, que ainda restam, da servidão da gleba, moralisaria as classes precarias da sociedade, dando-lhes a dignidade que lhes compete, e que ainda não possuem, e, cortando por muitas scenas afflictivas de miseria e de fome, iria contribuir summamente para a minoração do pauperismo <sup>1</sup>.

Ora as substituições, concentrando a propriedade, esterilizam o solo, desbaratam-lhe a producção, obstam aos melhoramentos agricolas, apagam a vida dos terrenos;—por isso a agricultura as condemna.

VI As exigencias do commercio impõem-lhes, emfim, a lousa funeraria.

O commercio vive do credito, alenta-se com o gyro dos capitaes, distende-se com o desenvolvimento das transacções, e por isso exige imperiosamente a responsabilidade dos pa-

<sup>1</sup> Só não comprehenderão a influencia, extraordinariamente salutar, da generalisação da propriedade, sobre a extincção do pauperismo, os que não tiverem bem presentes os annos do pauperismo de Londres, de Paris, e em geral dos grandes centros de população.

Para esses, citaremos um dos admiraveis trechos do *Discurso sobre a Miseria*, proferido por Victor Hugo na Assembleia Legislativa, em 1849:—  
 «Il y a dans Paris, dans ces faubourgs de Paris, que le vent de l'emeute  
 «soulevait naguère si aisément, il y a des rues, des maisons, des cloaques,  
 «où des familles, des familles entières, vivent pêle-mêle, hommes, femmes,  
 «jeunes filles, enfants, n'ayant pour lits, n'ayant pour couvertures, j'ai  
 «presque dit pour vêtements, que des monceaux infects de chiffons en fer-  
 «mentation, ramassés dans la fange du coin des bornes, espèce de fumier des  
 «villes, où des créatures humaines s'enfouissent toutes vivantes pour échap-  
 «per au froid de l'hiver.»

ctuanes, a solução integral das dividas, o cumprimento fiel dos contractos. As substituições obstam ao credito, cerceando as garantias dos mutuarios, obstam ás transacções, tornando a propriedade inalienavel, zombam da confiança dos credores, quebram a boa fé dos contractos;—por isso o commercio se alevanta contra as substituições <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Montesquieu — *De l'Esprit des Loix*, liv. 5.<sup>o</sup>, cap. 9.<sup>o</sup>— sustenta as substituições no regimen monarchico, optando pela sua abolição em todos os outros systemas politicos:—«Les substitutions, qui conservent les biens dans les familles, seront très utiles dans ce gouvernement, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres.» Mas Montesquieu é o primeiro a reconhecer que:—«Les substitutions gênent le commerce.»

É notavel que Montesquieu, comprehendendo os effeitos perniciosos das substituições no commercio, ligasse, todavia, tão pequena importancia a este facto, aliás profundamente economico, que as admittisse nas monarchias.

Não é, pois, sem razão que os apreciadores da eschola de Montesquieu, se accordam em asseverar que elle não comprehendeu verdadeiramente o alcance das leis economicas.

Paul Janet — *Histoire de la Science Politique dans ses rapports avec la Morale*, (publicada no corrente anno de 1872) tom. 2, liv. 4.<sup>o</sup>, cap. 5.<sup>o</sup>, — commentando as idéas de Montesquieu, diz:—«Les idées économiques de Montesquieu sont loin d'avoir la même originalité et la même importance que ses idées sociales ou politiques.»

Pascal Duprat — *Les idées économiques de Montesquieu — Journal des Économistes*, tom. 18, pag. 37 — affirma que, se Montesquieu houvesse vivido pelos fins do seculo passado, «plus maître de sa pensée, grace au progrès du temps, il aurait évité les erreurs qu'il a commises et qu'il ne pourrait guère s'empêcher de commettre, et quel magnifique interprète il eut donné à la science.»

Entre nós, D. Thomaz Antonio de Villa Nova Portugal — *Qual foi a Origem, e quaes os Progressos e as Variações da Jurisprudencia dos Morgados, em Portugal — Memorias de Litteratura Portuguesa*, tom 2 — não duvidou asseverar que:—«estando os bens fóra da circulação não representam valor, porque o Estado não tem em valor as terras, que não estão em commercio.»

VII Argumenta-se com a Inglaterra e com os Estados-Unidos, como sendo os paizes classicos da liberdade testamentaria e das substituições, e ao mesmo tempo os dois centros do movimento commercial, os dois grandes fócios da producção economica e agricola.

A absoluta liberdade de testar não existiu sempre na Inglaterra.

A lei *commum (common law)*, que vigorava no reinado de Henrique II, dividia os bens successorios em tres partes eguaes: uma para os descendentes do auctor da herança, outra para a esposa, e uma terceira, cuja disposição era livre; na falta de descendentes ou esposa, podia o testador dispor de metade dos bens, pertencendo o restante á esposa ou descendentes; na falta de herdeiros necessarios, a disposição abrangia plenamente os bens hereditarios. As legitimas tinham o nome de *reasonable parts*.

A *Magna Carta* conservou este regimen, declarando que:—  
•*omnia catalla cedant defuncto; salvis uxori ipsius et pueris suis rationabilibus partibus suis.*•

Nos reinados de Eduardo III e Carlos I, foi esta ainda a lei do paiz; e só de então por diante, é que desmereceu de valia, mediante successivos *Statutes*, que deram causa á liberdade testamentaria.

Mas não só os tribunaes buscam sempre interpretar as palavras dos testamentos, em sentido adverso ás desherdações, senão que os proprios escriptores inglezes não raro têm combatido a extrema liberdade, que as leis concedem<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Blackstone — *Commentaries on the Laws of England*, tom. 1, book 1, chap. 16, pag. 440 a 450 — escreve:—«Our law has made no provision to

Pelo que toca ás substituições, a legislação ingleza só as permite, quando os fideicommissarios sejam todos vivos, ao tempo da abertura da successão, e só na Escossia se permitem os fideicommissos perpetuos <sup>1</sup>.

Sem embargo d'isto, os economistas reconhecem que a prosperidade agricola da Inglaterra existe a despeito das substituições, e nunca em virtude d'ellas <sup>2</sup>.

Mas é na Irlanda, que os terriveis effeitos da demasiada accumulção da propriedade se fazem mórmente sentir. A Irlanda lucta quotidianamente com a miseria e a desgraça <sup>3</sup>;

«prevent the desinheriting of children by will: leaving every's man property  
«in his own disposal, upon a principal of liberty in this, as well as every  
«other, action: *though perhaps it had not been amiss, if the parent had  
«been bound to leave them at least a necessary subsistance.»*

<sup>1</sup> Vide *Dictionnaire d'Economie Politique*, vbo *succession*.

<sup>2</sup> Dunoyer—*De la liberté du Travail*, tom. 3, liv. 10, cap. 3, pag. 477  
— assegura que:—«Il y a en Angleterre des terres en bon état quoique  
«substituées. Mais ce n'est pas à cause des substitutions, c'est en dépit  
«d'elles: c'est qu'à côté des nobles possesseurs de ces biens, il s'ont déve-  
«loppé des populations industrieuses, actives et riches, qui consentent à  
«payer chèrement le droit de les faire valoir.»

Quanto á Escossia, o mesmo De Parieu — *Dictionnaire d'Économie Po-  
litique*, vbo *succession* — diz:—«Il est facile de comprendre combien sont  
«graves les conséquences du système de la législation écossaise. Elle a dé-  
«truit la liberté de tester, en l'exagérant... et s'il est vrai, comme dit Mac-  
«Culloch, que la moitié du sol de l'Écosse soit frappé de substitutions, la  
«moitié des propriétés foncières de l'Écosse est inaliénable, et n'appartient  
«pas en pleine propriété à ceux qui l'occupent.»

<sup>3</sup> O sr. dr. Luiz Jardim, escreve, com inteira verdade, no seu trabalho sobre o *Regimen das Successões*:—«A Irlanda é o povo infeliz, que depois  
«de ter offerecido em holocausto á Inglaterra a mulher de seus lares e a  
«criança de seus berços, se sente hoje extenuada, porque labora um terreno  
«que na maior parte lhe não pertence.»

o solo da Irlanda é alheio á população da Irlanda; os trabalhos agricolas não chegam para tantos braços, que para elles se estendem avidos; o preço dos arrendamentos sóbe, alem do valor productivo das terras; d'ahi a emigração, d'ahi a fome, d'ahi as continuas dissensões, que mantêm os animos irrequietos, d'ahi o odio encarniçado á Inglaterra e aos *landlords*; d'ahi o fenianismo <sup>1</sup>.

Quando a America era uma colonia de Inglaterra, as substituições vigoravam ampla e desassombradamente. Os primeiros colonos da Virginia, adquirindo, sem grande esforço, vastos tractos de terreno, fideicommittiram-os de geração em geração, lançando as bases de uma aristocracia monetaria, que mais tarde soube revestir-se de privilegios e regalias.

Mas a revolução americana, firmando a independencia dos Estados-Unidos, propulsou, em grande parte, as leis consuetudinarias sobre os fideicommissos.

A Virginia, o New-York, a Carolna do Norte, o Kentucky, o Tennessee, a Georgia, e o Missouri, decretaram, successivamente, a abolição das substituições.

Ha Estados, onde ellas se mantêm de pé, mas restrictas nos seus effeitos. A America do Norte, democratica, como é, não podéra deixar de comprehender que o incremento da sua civilisação carecia da livre circulação da propriedade <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> John Stuart Mill, no já citado opusculo — *L'Angleterre et l'Irlande* — discutindo gravemente o problema do proletariado Irlandez, sustenta que a medida mais politica, que o governo inglez poderia seguir, e, simultaneamente, o serviço mais relevante, que pudéra prestar á Irlanda, fôra o converter os rendeiros irlandezes em proprietarios.

<sup>2</sup> Podem ver-se uns extractos das *Memorias de Jefferson* e dos *Commen-*

Taes são os motivos, que nos levaram a rejeitar, absolutamente, as substituições de propriedade ou de usufructo, em mais de um grau <sup>1</sup>.

VIII A verdade é, porém, que nem os legisladores francezes, nem o sr. Visconde de Seabra, foram alheios ás considerações que ponderámos. Os relatorios de Bigot de Préameneu, Jaubert, e Sedillez, na França; as discussões, de que foi protogonista o sr. Visconde de Seabra, entre nós,—convencem-nos inteiramente d'esta nossa asserção <sup>2</sup>.

tarios de Kent, colligidos por Tocqueville—*La Democratie en Amerique* not. 7, á pagina 61 do tom. 1.

<sup>1</sup> Nós dizemos com Courcelle Séneuil—*De la Direction de l'Industrie, sous un regime de liberté*—*Journal des Economistes*, tom. 17. pag. 17:—«Quant à nous, notre choix est fait. Nous croyons que si la liberté ne satisfait pas complètement notre idéal de Justice, elle est, de tous les régimes imaginables, celui qui s'en rapproche le plus, quel que soit l'État de la société.»

<sup>2</sup> Folheando as paginas da obra, que se publicou na França com o titulo —*Code Civil, Motifs, Rapports, Opinions et Discours*, tom. 4—deparou-se-nos, de primeiro, o —*Exposé des motifs de la Loi relative aux Donation entre vifs, et aux Testaments*— de Bigot de Préameneu.

Commentando o art. 896.º do Cod. Nap., Bigot de Préameneu declar que: —«Parmi les règles communes à tous les genres de dispositions, et qu «l'on a placées en tête de la loi, la plus importante est celle qui confirme «l'abolition des substitutions fideicommissaires — L'esprit de fraude introduisit les substitutions: l'ambition se saisit de ce moyen et l'a perpétué. Depois, combate, com extensos arazoados, os effeitos perniciosos das substituições, concluindo que: — «une telle repartition ne pouvait être établie qu' «etouffant tous les sentiments de cette affection, qui est la première base «d'une juste transmission des biens entre les parents.»

Offerece-se-nos, em seguida, o —*Rapport fait au Tribunal, par le tribun Jaubert, au nom de la Section de Legislation, sur le Projet de Loi relatif aux Donations entre vifs et aux Testaments.*

Jaubert diz:—«Les substitutions étaient déjà réproovées depuis 1792;

IX Mas não menos verdade é, também, que os relatores das doutrinas, contheudas no Código Napoleão, pretendendo fugir dos inconvenientes das substituições multiplices, foram, todavia, legitimar os fideicommissos de propriedade, em primeiro grau, expediente que de todo reprovamos.

Bigot de Préameneu e Jaubert allegaram para isto: por um

«les seront à jamais prohibées. Ainsi le voulaient l'interêt du commerce, celui de l'agriculture, et le besoin de tarir une trop abondante source de procès.»

E por fim, encontramos as — *Observations présentées au Tribunal, par le tribun Sedillez, sur la loi relative aux Donations et aux Testaments.*

Ahi diz Sedillez: — «La volonté du père de famille doit être respectée; mais doit-elle enchaîner l'avenir, doit-elle lier les générations futures? Les substitutions sont prohibées.

Entre nós, o ex.<sup>mo</sup> sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, nas suas — *Observações sobre o projecto do Código Civil*, votando contra a demasiada amortização de bens, lembrava, todavia, a conveniencia de admittir dois graus de substituição.

O sr. Visconde de Seabra, respondendo a estas observações, diz: — «Pelo contrario, não nos parece nem conveniente semelhante instituição, fóra dos casos exceptuados no artigo. Não ha conveniencia na instituição, nem em relação aos beneficiados, nem em relação á sociedade: não em relação aos beneficiados, porque o fiduciario, que não é mais que um usufructuario, não pode recolher os proveitos, que resultariam da permanencia da propriedade, nem obter credito algum sobre bens, que de um dia para outro podem desaparecer do seu patrimonio; nem em relação ao fideicommissario, porque virá a receber assim uma propriedade deteriorada pela ambição ou negligencia do fiduciario: não em relação á sociedade, porque sempre é prejudicada pelo desaproveitamento da propriedade, ou diminuição do seu producto, pela perda dos direitos durante a amortização, e finalmente pela infinidade de questões e demandas, que estas desmembrações do dominio necessariamente produzem.» Vide *Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, pag. 279 a 281.

lado, a sollicitude, peculiar aos paes, pelos interesses de seus filhos; por outro, os receios, muitas vezes justos e fundamentados, de que o desleixo, a imprevidencia, o desregramento, mesmo, de seus filhos, malbaratando a herança paterna, reduzissem os seus ultteriores descendentes ás precarias condições de uma vida arrastada e despida de recursos.

A lei, que deve preceituar os dictames, que a propria natureza humana formúla, não podéra manter-se impassivel e silenciosa, ante estas aspirações, tão legitimas quanto respeitaveis, dos progenitores.

Que alvitre conviria, pois, legalisar?

Os redactores do Codigo Napoleão viram, primeiramente, na desherdação, um meio effizaz, e seguro, de punir os desvarios dos descendentes; mas a desherdação não affectava sómente o filho perdulario, ou ingrato, recahia sobre toda uma posteridade innocente, e por isso a repudiaram.

Não vamos longe d'estas idéas: para nós a desherdação, como pena perpetua, repugna aos principios elementares da actual penalidade, que prega a regeneração pela correcção do espirito; hoje, que a luz brotou, por fim, das indagações psychologicas dos penalistas mais avançados em idéas, a justiça e proficuidade das penas perpetuas, e a praso fixo, receberam da sciencia um desmentido formal. Por isso nos accordamos com os redactores do Codigo Napoleão, em rejeitar a desherdação, em qualquer campo que a hajam de considerar.

Lembraram-se, ainda, os legisladores francezes de limitar os direitos do filho, cujas tendencias se revelassem manifestamente esbanjadoras, ao mero usufructo da sua quota hereditaria; de prompto lhes acudiu, porém, o pensamento de que

a lei, que conferisse ao filho o direito de macular a memoria de seu pae, representando-o nos tribunaes, como tendo violado injustificavelmente os seus deveres, extorquindo-lhe uma propriedade que lhe devêra pertencer, seria um attentado ao poder paternal, por isso que o rebaixaria aos olhos dos filhos.

Cumpria, pois, a todo o transe, o manter illesa a legitima dos filhos, resalvando, porém, dentro dos limites da terça, os interesses dos demais descendentes.

Chegados a este ponto, os legisladores francezes cortaram pelas hesitações e controversias, em que se tinham alongado, legalizando, nos artt. 1048.º e 1049.º do Cod. Nap., as substituições de propriedade, em primeiro grau.

Quanto a nós, nem foram logicos em suas deducções, nem acertados no expediente de que abriram mão.

Não combatemos a inviolabilidade das legítimas dos herdeiros forçados; muito a contrario, julgamos que em caso algum deve ser licito a um ascendente ou descendente o offender, por qualquer modo, a quota legitimaria de seus necessarios successores; por isso rejeitariamos tambem o alvitre, que se propoz, tendente a reduzir todos os direitos de taes herdeiros ao mero usufructo dos bens herdados; isto importaria uma desherdação parcial, mas perpetua, e como tal condemnavel.

Não foram, porém, logicos os legisladores francezes, nas restricções que impozeram ao direito de substituição, sendo certo que os motivos de sollicitude e affeição, que em seu abono invocaram, se reproduzem, mui de plano, de quaesquer ascendentes para descendentes, que não só de avós para netos, ou de thios para immediatos sobrinhos; e se a lei tinha a peito

o deferir ás justas aspirações, que se dirigissem a obviar á prodiga dissipação dos bens, cumpria sancional-as todas, e não só as que houve em consideração.

Mas, no que, sobretudo, se revelaram pouco acertados, foi em escolher o fideicommisso de propriedade para solução legal, quando é innegavel que a simples substituição de usufructo, limitada á terça disponivel, satisfazendo cabalmente os desejos dos progenitores, não importaria, comtudo, os effeitos prejudiciaes de um dominio resolovel.

Se o fideicommittente tinha em mira o providenciar sobre a condição economica da posteridade do fiduciario, é evidente que, só quando esta de todo fallecesse, se devêra extinguir o fideicommisso, e, todavia, o Codice Napoleão dá margem a que se julgue, como em outro logar o vimos, que a disposição fideicommissaria caduca, quando nenhum dos netos ou sobrinhos do testador sobreviva ao fiduciario, muito embora deixe representantes.

E quando assim não fosse, e se entendesse legitima a transmissão dos direitos do fideicommissario para os seus successores, mesmo em vida do fiduciario, então o fideicommisso deixaria de ser condicional, a substituição realizar-se-hia inevitavelmente, e todos os inconvenientes da propriedade, resolovel numa epocha indeterminada, mas fatal, surgiriam a lume.

O fiduciario tinha o direito de alienar, de hypothecar, de impor quaesquer onus ou servidões, de exercer, emfim, plenamente os direitos de proprietario ... emquanto vivo fosse; mas chegava o momento da sua morte, e todos estes direitos se desvaneciam, e as alienações, as hypothecas, os onus, as

servidões cahiam por terra; e todas as cessões, e todos os contractos eram de facto e de Direito annullados.

A liberdade das transacções fôra uma armadilha, lançada á credulidade dos pactuantes. A responsabilidade dos contractos era violada, muito a salvo de seus infractores. Os adquirentes do dominio viam extorquir-lhes os bens, que tinham percebido em virtude de factos legitimos, celebrados com todas as formalidades legaes. N'uma palavra, a lei, que promettêra manter illeso o respeito ás convenções particulares, e assegurar a sua inteira exequibilidade, era a primeira a postergar o cumprimento de seus deveres, violando a fé de seus compromissos, e furtando-se a prestar a devida protecção áquelles, que ella propria convidára a pactuar.

Comprehende-se que ao interesse individual se antepo-  
 nham as manifestas conveniencias sociaes, e que, pois, se sancione a resolubilidade do direito de dominio, traduzida na expropriação por motivos de utilidade publica; e ainda assim se torna mister a interveniencia de uma indemnisação cabal, por perdas e danos, rigorosamente arbitrada pelos louvados. Mas annullar n'uma epocha, impossivel de prever-se na maioria dos casos, todos os actos, até alli practicados sob a egide da lei; mas salvaguardar tão sómente os direitos, conferidos pelo testador ao fideicommissario, com inteiro desprezo dos direitos dos terceiros, que contractaram com o fiduciario; não investigar, siquer, se estes foram levados a convencionar, pela ignorancia da resolubilidade do dominio, dando de barato que lhes assistia pleno conhecimento das disposições testamentarias, — eis o que a razão censura, e a *Philosophia Juridica* condemna.

Por isso rejeitamos as substituições de propriedade, ainda que em primeiro grau <sup>1</sup>.

X O mesmo se não dá com a substituição de usufructo em um só grau, quando limitada aos bens, de que o testador tenha a livre disposição. Não se descobre aqui nenhum dos inconvenientes, que attribuimos a todos os demais fideicommissos.

Não se anniquila, nem se adultera a liberdade testamentaria; e, todavia, as quotas legitimarias subsistem, em toda a plenitude dos direitos, que lhes são inherentes.

Não se rouba, a toda uma posteridade, a faculdade de ceder de seus dominios, quando as conveniencias o exijam, ou quando os dictames do dever o reclamem.

Não se rebaixa a dignidade dos descendentes, impondo-lhes

<sup>1</sup> Th. Huc. — *Le Code Civil Italien et le Code Napoléon*, tom 1, pag. 227 a 229 — diz, muito a proposito: — «Plus on a insisté pour justifier et défendre les substitutions, même dans la limite restreinte où les a conservées le Code Napoléon, plus nous avons été convaincu de leur danger et de leur inutilité. *Le testateur peut directement donner à ses petits-enfants déjà nés la quotité disponible, ou toute son hérédité à seus neveux déjà nés, sans avoir besoin de recourir à une substitution; si ces enfants ou neveux ne sont pas encore conçus, ce sont alors des êtres imaginaires, et la disposition ne peut s'expliquer que par des tendances aristocratiques, que le législateur ne doit favoriser.*»

Emile Acolas — *Manuel du Droit Civil*, tom. 2, cap. 6, pag. 615 — falando da excepção, consignada no art. 897.º do Cod. Napoleão, e desenhada nos artt. 1048.º e 1049.º, escreve: — «Même ainsi restreinte, cette exception n'échappe point à la double censure, que mérite toute substitution; chetif debris de la législation d'un autre âge, elle disparaîtra au premier choc, sans que personne même ne s'en aperçoive, dans un monde où la propriété mobilisée de plus en plus sera de plus en plus fondée sur l'effort propre.»

uma tutela perpetua, pois que a tanto equivale o suppor-lhes a incapacidade de entrarem, com discernimento, em quaesquer contractos, em que hajam de se empenhar.

Não se immobilisa o solo, tornando-o inalienavel; é livre ao usufructuario o dispor do seu usufructo, ao proprietario o ceder de seu dominio directo, a um e outro o formularem convenções, tendentes a converter, para logo, em plena, a propriedade; os capitaes fundiarios podem circular desassombadamente, que não ha peias, que lhes tolham o movimento.

Não perigam os interesses do proprietario, com a descuidosa gerencia do usufructuario, pois que este responde pelos prejuizos a que dêr margem, e pois que sempre é licito áquelle, quando anteveja a insolvencia do usufructuario, pela dissipação de seus bens proprios, e, como resultado, a dificuldade de haver ás mãos a indemnisação, proveniente de uma fruição abusiva, o servir-se dos meios, que a lei lhe proporciona, para o conter nos justos limites da sua esphera d'acção, ou para o compellir ao integral implemento das obrigações, que a jurisprudencia lhe commina.

Se o avô quer beneficiar os netos, ou os thios os sobrinhos, sem, todavia, menosprezarem os filhos ou os irmãos, legam a estes o usufructo vitalicio dos bens disponiveis, áquelles o dominio directo, e mais tarde a propriedade plena.

Não se revelam aqui os notaveis absurdos do dominio resolavel; não é mister invalidar contractos, nem cortar pela legitima responsabilidade, que d'elles deriva. Tudo se consegue, tudo se obtem, tudo se concilia, sem vexame, sem incoherencia, sem essas parcialidades, emfim, que ha pouco condemnámos.

E porque o legado de usufructo não importa incongruências nem arbitrariedades, cujos effeitos se haja a deplorar, nada obsta a que se estenda muito além das restrictas hypotheses, especificadas no art. 1867.º, n.ºs 1 e 2, tornando-se generico, e filho de uma ampla faculdade do testador.

As restricções são sempre odiosas, quando faleçam fundamentos em que se estribem, e por isso nós pedimos toda a benevolencia da lei para as substituições do usufructo, em primeiro e ultimo grau.

---

# CONCLUSÃO



## PROJECTO DE REFORMA

Synthetizando as idéas, que professamos sobre as doutrinas expostas, colhemos os seguintes artigos de reforma, que propomos em toda a sua singeleza.

### I

**As substituições fideicommissarias podem respeitar á propriedade ou ao usufructo dos bens.**

### II

**Pertencem á primeira categoria as disposições, que conferirem a alguém a propriedade de certos bens, com o encargo de este a transmittir, em qualquer epocha, para uma ou mais pessoas, simultanea ou successivamente.**

### III

**Pertencem á segunda categoria as disposições, que, extremado o dominio util do directo, confirmam o primeiro a uma ou mais pessoas, simultanea ou successivamente, com o encargo de estas o transmittirem, em qualquer epocha, para o senhorio ou senhorios directos.**

## IV

São absolutamente prohibidas, e por isso nullas :

1.º as substituições fideicommissarias, em mais de um grau ou sejam de propriedade ou de usufructo ;

2.º as substituições fideicommissarias de propriedade resolvel ou irresolvel, em um só grau ;

3.º as disposições com prohibição de alienar, por envolverem fideicommissos tacitos.

## V

A nullidade d'estas substituições não invalida, porém, os direitos de propriedade ou de usufructo, pertencentes áquelle ou áquelles, a quem primeiro se commetteu o encargo fideicommissario.

## VI

As substituições fideicommissarias d'esta natureza, quando abertas ao tempo da promulgação d'estas medidas, só produzem effeito, no attinente aos que então sejam proprietarios, ou usufructuarios.

## VII

As substituições fideicommissarias de usufructo, em primeiro e ultimo grau, são validas, e produzem plenamente os seus effeitos.

FIM.

# INDICE

## INTRODUÇÃO HISTÓRICA À DOCTRINA DOS FIDEICOMMISSOS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Pag. |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Summario.</b> —I Origem e caracteres dos primeiros fideicommissos.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |      |
| —II Estipulações fideicommissarias, anteriores ao Senatus-Consulto Trebelliano.—III Senatus-Consulto Trebelliano.—IV Senatus-Consulto Pegasiano.—V A Lei Falcidia não vigorou nos fideicommissos singulares, antes do Senatus-Consulto Pegasiano.—VI Modificações introduzidas pela legislação justineanêa nos fideicommissos singulares.—VII Disposições de Justiniano acerca das heranças fideicommissarias.—VIII Phases por que passaram os fideicommissos entre nós..... | 11   |

## CAPITULO I

### NATUREZA E CARACTERES DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMMISSARIA

#### Commentario ao art. 1866.º do Código Civil

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Summario.</b> —I Accepção jurídica da palavra — <i>substituição</i> .—II Classificação das substituições, segundo Domat, Liz Teixeira, Coelho da Rocha e Corrêa Telles.—III Classificações perfilhadas pelas nossas Leis; opinião que seguimos.—IV Definição do fideicommisso, consoante as Ordenações e o Código Civil.—V Apreciação dos caracteres distinctivos, que o Código Civil assigna á substituição fideicommissaria..... | 53 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## CAPITULO II

### DOS FIDEICOMMISSOS PROIBIDOS PELO CODIGO CIVIL

#### Commentario aos artt. 1867.º pr., 1871.º, 1872.º, e 1869.º do Código Civil

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Summario.</b> —I Proibição geral dos fideicommissos.—II Proibição especial das disposições, com interdicção do direito de alienar,—III e do legado <i>de eo quod supererit</i> , —IV e dos encargos periodicos, constituídos em prol de mais de uma pessoa, successivamente;—V excepção a esta ultima prohibição.—VI Effeitos geracs das prohibições, que affectam as deixas fideicommissarias ..... | 75 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## CAPITULO III

## DOS FIDEICOMMISSOS PERMITTIDOS PELO CODIGO CIVIL

## Commentario ao art. 1867.º do Codigo Civil

Pag.

**Summario.**—I Modificações introduzidas, pelo art. 1867.º do Codigo Civil, na jurisprudencia antiga.—II O Codigo Civil só permite o fideicommisso, que tenha por fiduciario um filho, ou irmão do fideicommittente,—III por fideicommissarios os filhos do fiduciario,—IV contanto que o sejam todos, sem distincção de sexo ou de idade, quer sejam nascidos, quer nascituros,—V e que recaia sobre bens, de que o fideicommittente tenha a livre disposição; todos os outros fideicommissos são prohibidos..... 101

## CAPITULO IV

## DA CONSTITUIÇÃO DOS FIDEICOMMISSOS

## Desenvolvimento do art. 1867.º, n.º 1 e 2, e commentario aos artt. 1473.º e 1874.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Fideicommissos universaes e particulares,—II tacitos;—III testamentarios;—IV *per signa*;—V verbaes;—VI convencionaes;—VII puros e condicionaes;—VIII reaes e pessoaes;—IX perfectos e electivos;—X perpetuos e graduaes;—XI disposições transitorias, ácerca dos fideicommissos graduaes de preterito..... 125

## CAPITULO V

## DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS FIDUCIARIOS

## Commentario ao art. 1873.º do Codigo Civil

**Summario.**—I Por Direito Romano, a propriedade dos fideicommissos pertencia ao fiduciario, *pendente conditione*.—II O mesmo principio avultou no antigo Direito Patrio.—III Disposições da legislação estrangeira, sobre este assumpto.—IV Segundo o Codigo Civil, o fiduciario é, em tudo, equiparado ao usufructuario.—V O direito do fiduciario á quarta trebellianica, acabou completamente.—VI Analogias e differenças, que existem entre a velha e a moderna jurisprudencia, quantº aos direitos e obrigações do fiduciario..... 157

## CAPITULO VI

## DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO FIDEICOMMISSARIO

## Commentario ao art. 1868.º do Codigo Civil

**Summario.**—I O fideicommisso extingue-se, se os fideicommissarios morrem antes do testador.—II A propriedade plena radica-se logo no fideicommissario, se o fiduciario repudia a herança;—III o mesmo acontece, se o fiduciario fallece antes do testador; assim se converte

em *vulgar* a substituição fideicommissaria. —IV Por Direito Romano, o fideicommissio extinguiu-se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario. —V Identica idéa avultou outr'ora no fôro de Portugal. —VI A legislação estrangeira, sobre **este assumpto**, é pouco firme e philosophica. —VII O nosso Código Civil acabou completamente com a questão do *spes debitum iri*. —VIII Resolução das questões transitórias, relativas aos direitos do fideicommissario, —IX e das questões de prescripção dos mesmos direitos. —X O fiduciario e o fideicommissario podem contractar livremente sobre os bens fideicommittidos..... 183

## CAPITULO VII

ANOMALIAS NOTAVEIS, PROVENIENTES DA DIFFERENÇA, PURAMENTE LEGAL, QUE HOJE EXISTE ENTRE O FIDEICOMMISSO E O LEGADO DE USUFRUCTO

### Commentario critico ao art. 1870.º do Código Civil

**Summario.** — I Existirão diferenças *substanciaes*, consagradas pelo Código Civil, entre o fideicommissio e o legado de usufructo? prolegomenos. — II A antiga Jurisprudencia Patria, e a moderna da França, firmaram, em geral, diferenças precisas e salientes. — III Ao revez d'isto, a distincção, estabelecida no art. 1870.º do Código Civil, é *puramente legal*, e nunca *substancial*; refutação do parecer, emitido pelo *Direito*, 1.º anno, n.º 43. — IV Consequencias, que d'aqui derivam: o Código *permite e prohibe* as substituições de usufructo, *especialmente as temporarias*; notavel desharmonia, que se dá entre os artt. 1872.º e 2244.º (as censuras, feitas pelo sr. Alexandre de Seabra, ao art. 1871.º, n.ºs 1 e 2, foram, todavia, exaggeradas). — V O Código *permite e prohibe* as substituições de usufructo, em varios graus (são, porém, immerecidas, algumas das incriminações, dirigidas pelo sr. Alberto Moraes de Carvalho, aos artt. 2199.º e 2250.º). — VI Contestação do alvitre, proposto pelo sr. Silva Ferrão, ácerca da combinação dos artt. 1867.º e 1870.º com os artt. 2199.º e 2250.º. — VII Também não perfilhamos a intelligencia, que lhes dá a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 165. — VIII E, pela mesma forma, rejeitamos a doutrina, ventilada no *Direito*, 1.º anno, n.º 27. — IX As palavras do testador não obstat, antes favorecem a arbitrariedade dos tribunaes, — breve exposição das difficuldades, com que os nossos antigos juriconsultos se viram a braços, para distinguir *practicamente* os fideicommissos dos legados de usufructo. — X Hoje, a arbitrariedade sobe de ponto, pois que a intenção do testador é cousa accessoria, sendo que tal intenção é nulla ou valida, consoante se exprime ou não por palavras, que se julgue traduzirem a *clausula de conservar e transmittir por morte*..... 211

## CAPITULO VIII

BASES EM QUE DEVE ASSENTAR A REFORMA DA LEGISLAÇÃO FIDEICOMMISSARIA

**As substituições fideicommissarias devem ser eliminadas da nossa legislação, conservando-se apenas o legado de usufructo, em proveito de uma ou mais pessoas, simultaneamente.**

**Summario.** — I Sustentamos, em these, a liberdade de testar. — II Mas a Moral e a Jurisprudencia exigem que o exercicio d'esta liber-

dade nem sempre seja absoluto e pleno. —III Mas a Philosophia Juridica reprova as substituições, em mais de um grau, como abusivas consequencias da liberdade de testar. —IV Não menos as condemna o espirito de familia, —V e as legitimas conveniencias da agricultura, —VI e os incontestaveis interesses do commercio. —VII Da illimitada liberdade de testar, na Inglaterra e nos Estados Unidos. —VIII Os legisladores francezes, e o sr. Visconde de Seabra, comprehenderam os inconvenientes das substituições indefinidas. —IX Mas os legisladores francezes incorreram no grave erro de legitimarem as substituições de propriedade, em primeiro grau; peccaram contra a logica, peccaram contra os dictames da Philosophia do Direito, que foi sempre adversa ao dominio resolovel; —por isso rejeitamos as substituições de propriedade, em primeiro grau. —X Defendemos, porém, como unicas substituições fideicommissarias, que se possam admittir, os legados de usufructo, em favor de uma ou mais pessoas, simultaneamente. . . . . 24'

### CONCLUSÃO

PROJECTO DA REFORMA. . . . . 271