

DAS

SUBSTITUIÇÕES FIDEICOMMISSARIAS

(Exegese dos artigos 1866.º a 1873.º do Cod. Civ.)

Dissertação para a 9.ª cadeira
da Faculdade de Direito.

COIMBRA

TYP. DE F. FRANÇA AMADO

1894

AOS SEUS MESTRES

NO TERCEIRO ANNO JURIDICO

Em testemunho de respeito e gratidão

Off.

O auctor

ADVERTENCIA

Foi este pequeno trabalho escripto no unico proposito de cumprir uma obrigação escolar; mas o acolhimento lisongeiro que recebeu por parte dos Professores a quem, por dever, foi presente, e a indicação que—no intuito evidente de incitar-me ao estudo—desde logo me fizeram para que o desse a lume, decidiram-me a entregal-o á publicidade.

Não me illudo acerca do seu merecimento; mas convencem-me as fadigas que a sua coordenação me custou, e a frequencia com que, na pratica do fóro, se deparam questões d'esta natureza, de que, apesar do seu pequenissimo valor, ha de servir de alguma utilidade aos que se propozerem exercer a advocacia.

Circumstancias especiaes me impediram, em tempo, de escrever o capitulo destinado, no plano da Dissertação, á synthese e critica da doutrina do Codigo; as exigencias dos meus estudos actuaes não permitem que eu suppra agora essa lacuna. Vae, pois, a Dissertação tal como foi apresentada aos illustrados Professores do

3.^o anno juridico; de novo apenas leva a indicação de alguns Accord.^s que posteriormente vieram ao meu conhecimento.

Em notas se acham indicados os livros e jornaes de que me soccorri; mas entre todos devo especialisar a Dissertação inaugural do sr. Hintze Ribeiro, que mais largamente transcrevi por se achar, infelizmente, esgotada a sua edição.

Coiimbra, fevereiro de 1894.

Teixeira d'Abreu.

CAPITULO I

Caracteres da substituição fideicommissaria

§ 1.º — Definição e características legais

«Por defeituosa que seja uma definição, será sempre melhor que nenhuma definição.»

(Sr. Visconde de Seabra — Apos-
tilla 1.ª, pag. 40).

1. Necessidade da definição.
2. Requisitos da substituição fideicommissaria, em face do artigo 1866.º
3. Se a substituição *ad tempus* é fideicommissaria.
4. Sendo os bens deixados sob condição de serem vendidos por morte do legatario e o seu producto entregue a um terceiro, não ha fideicommisso nos termos do artigo 1866.º
5. Não ha fideicommisso quando o herdeiro é encarregado de entregar a um terceiro certa quantia em dinheiro, ou certos bens, que não recebeu do testador.
6. Continuação.
7. A lei não exige o emprego de certas palavras para se estabelecer a substituição fideicommissaria.

1.—Encerram, até certo ponto, a explicação, e porventura a justificação, das muitas definições que o nosso Codigo Civil contem, as palavras com que encimamos este paragrapho, traçadas pela penna brilhante do sabio auctor do *Projecto Primitivo* n'um dos muitos folhetos em que defendeu,

com notavel firmeza e profunda erudição, o seu notavel trabalho, dos ataques repetidos e vigorosos de Professores e Jurisconsultos distinctissimos.

Inspirando-se na doutrina de *Rousset*, para quem a celebre sentença de *Javoleno*, que a velha jurisprudencia nos legou — *omnis definitio in jure periculosa* — não traduz uma verdade, reconhecendo verdadeiro perigo, não propriamente *na definição*, mas nas *definições varias*, ou na *falta de toda a definição legal*, que deixando a cada um a liberdade de explicar a seu modo a letra da lei, abandona o seu espirito á anarchia judiciaria do *tot capita, tot sententiae* dos praticos ¹, o auctor do Codigo, antes de expôr os preceitos reguladores de qualquer instituição juridica, procurou sempre definil-a.

«É preciso definir, se nos queremos entender» — dizia *Rousset*; e o Codigo, na materia que constitue objecto d'este pequeno trabalho, fiel a esta regra, começou por definir;—se bem, se mal, não tardaremos a vel-o. Mas do confronto entre os artigos 1866.º, 1870.º e 1871.º talvez resulte para o interprete a convicção de que é precisamente porque o Codigo definiu que nós mal podemos entender-nos. . .

Mas desde que o legislador definiu, havemos

¹ *De la redaction et de la codification rationnelles des lois* — 1.ª edition—pag. 294, apud 1.ª Apostilla citada.

de tomar essa definição na devida conta, tirando d'ella todas as conclusões que encerra.

2. — Encontra-se no artigo 1866.º a definição legal de fideicommisso; é ahi, portanto, que o interprete tem de procurar as características essenciaes de toda a substituição fideicommissaria, a fim de aferir por ellas qualquer disposição que precise classificar.

Diz assim o artigo:

«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.» ¹

¹ Toma o legislador como synonymas as duas expressões «fideicommisso» e «substituição fideicommissaria». Demolombe affirma, porem, no *Tractado das doações entre vivos e dos testamentos*, (tomo 1.º, n.ºs 85 e 86), que tal synonymia não existe realmente. Para elle «fideicommisso» é mais amplo que «substituição fideicommissaria», pois ao passo que aquelle póde ser constituído a termo fixo, o mesmo não acontece já com a substituição.

Não acha, no entanto, razão a este escriptor o sr. Hintze Ribeiro, por entender que, embora o fideicommisso seja a prazo fixo, em todo o caso, chegado este, a substituição se dará. (*Dos Fideicommissos no Direito Civil Moderno*, pag. 67 e 68). Incidente, porem, é este, de nenhuma importancia para o estudo exegetico d'esta parte do Cod. Civ., por ser fóra de toda a duvida qual o pensamento do legislador.

É, pois, necessario para que uma disposição seja havida por fideicommissaria:

- a) que seja feita em *testamento*;
- b) que o herdeiro ou legatario seja encarregado de *conservar* por sua vida os bens herdados;
- c) e de os *transmittir*, por *morte*, a terceira pessoa.

O herdeiro ou legatario chama-se *fiduciario*; aquelle para quem os bens são, por sua morte, transmittidos, *fideicommissario*.

3.—Á face do artigo 1866.º, e visto que esta materia é de interpretação restricta por força do artigo 11.º do Cod. Civ., não devia reputar-se substituição fideicommissaria aquella em que o testador fixa *um certo prazo*, mais ou menos longo, para o primeiro instituido transmittir a um terceiro a herança ou o legado. É esta uma das consequências da pouca correcção do Codigo, na definição apontada, a qual, aliás, não leva a conclusões absurdas porque o artigo 1747.º do Cod. Civ., preceituando que «a designação do tempo em que «deva começar ou cessar o effeito da instituição «de herdeiro, se terá por não escripta,» converte implicitamente as substituições a prazo fixo, nas substituições por morte, de que fala o artigo 1866.º do mesmo Codigo.

«Com effeito prohibir as substituições por morte,

e permittil-as quando o testador designasse um certo prazo para ellas se effectuarem—observa um escriptor ¹—seria o mesmo que não prohibir nenhuma. O testador tinha na sua mão um meio seguro de illudir a prohibição: calcularia o tempo que o fiduciario podesse viver, e marcaria esse prazo para a substituição.» ²

4.—Das características que ficam apontadas (supra, n.º 2), e que, evidentemente, se contêm na definição legal, parece dever tambem concluir-se que não ha substituição fideicommissaria quando o testador deixa a um individuo certos bens, que por morte d'este devem ser vendidos, e o seu producto entregue a outro, porquanto em similhante disposição se não encontra a obrigação, imposta ao primeiro, de *transmittir* ao segundo beneficiado os bens legados.

No entanto a illustrada redacção da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, occupando-se da hypothese, ainda que pouco desenvolvidamente, pronuncia-se pela affirmativa, opinando que ha aqui uma substituição fideicommissaria, nos termos do artigo 1866.º do Cod. Civ. ³

¹ Dias Ferreira, *Annot. ao Cod. Civ. Port.*, tom. III, pag. 448.

² No mesmo sentido Hintze Ribeiro, *obr. cit.*

³ Anno XV, pag. 210.

Mas semelhante opinião parece-nos infundada.

5.—A questão, generalisada, reduz-se a saber se é necessario, para que haja substituição fideicommissaria, que sobre o herdeiro ou legatario pese o encargo de transmittir ao segundo beneficiado *os mesmos bens* que recebeu do testador; ou se, ao contrario, ella existe, ainda quando sobre elle pesa o encargo de entregar uma outra cousa, embora da mesma especie, ou do mesmo valor?

A duvida foi já levantada na jurisprudencia franceza, não sendo concordes as soluções apresentadas.

Zachariae opinou que tanto n'um como no outro caso a disposição se deve reputar fideicommissaria, comquanto a letra da lei (inteiramente semelhante á nossa) pareça contrariar uma tal opinião; e isto pelo motivo de que a interpretação contraria punha nas mãos do testador um meio seguro e facil de illudir a prohibição da lei, porisso que o substituido, não receberia a cousa, mas receberia o seu valor. ²

¹ A hypothese considerada está, a nosso ver, prevenida em o n.º 1.º do artigo 1871, pois a condição dos bens serem vendidos á morte do herdeiro importa, para este, a prohibição de os alienar.

² Esta opinião, reforçada com outros argumentos—aliás de facil refutação—encontra-se tambem referida por C. Brezzo — *Sostituzione fedecommissaria*, pag. 53.

Contra esta opinião levanta-se, porém, a voz auctorisada de Laurent, dizendo, com os editores de Zachariae, que fazer uma disposição que a lei não prohibe, não é illudir a prohibição da lei. ¹

«On ferait fraude à la loi — escreve elle — si
«la disposition présentait, sous une autre forme,
«les caractères et les inconvénients des substi-
«tutions. Mais tel n'est pas la disposition qui
«laisse l'heritier institué libre de disposer de tout
«ce qu'il a reçu et le charge seulement d'acqui-
«ter un legs. Là ou il n'y a pas charge de *con-*
«*server*, pas de inalienabilité, il n'y a pas de
«substitution.» ²

6.—Adoptamos a opinião de Laurent; a ella conduz, necessariamente, a letra e o espirito da lei. A obrigação imposta ao herdeiro ou legatario de *conservar e transmittir* é que constitue a essencia da substituição fideicommissaria; e esta obrigação não póde logicamente comprehender-se senão referida aos proprios bens deixados pelo testador.

Demais, o fim que a lei se propoz ao prohibir as substituições fideicommissarias em nada é contrariado com as disposições que estamos conside-

¹ *Principes de Droit Civil Français*, vol. xiv, pag. 454.

² *Obr. cit.*, pag. 654, n.º 408.

rando.¹ Com effeito são accordes os escriptores em affirmar que a primeira e principal razão que levou os legisladores das diversas nações a embaraçar a instituição dos fideicommissos foi a necessidade de fazer entrar na circulação a grande quantidade de bens que estas substituições punham fóra do commercio, por um maior ou menor espaço de tempo, com grave prejuizo da agricultura pois que o primeiro chamado, tendo simplesmente o direito de usufructo, só procurava augmentar e antecipar os rendimentos dos predios, em prejuizo d'estes.

Ora a disposição que impõe ao herdeiro ou legatario a obrigação de entregar a um terceiro, não os proprios bens herdados, mas uma certa quantia, que póde ser igual, ou não, ao valor dos mesmos bens², é claro que não colloca estes fóra do commercio, porque o herdeiro ou legatario tem sobre elles pleno dominio, podendo, assim, alienal-os livremente. E da mesma fórma, se o testador, em vez de quantia em dinheiro, manda entregar cousa que pertença ao herdeiro ou legatario, tambem esta não fica fóra do commercio, porque elles pódem alienal-a livremente uma vez que entreguem o valor d'essa cousa (Cod. Civ. artigo 1803.º).

¹ Veja sobre este assumpto Brezzo, *obr. cit.*, pag. 12; e Laurent, *obr. cit.*, pag. 427 a 430.

² Não deve confundir-se a hypothese de que aqui tractamos, com aquella a que nos referimos atraz (n.º 4), pois aqui tem o herdeiro o direito de alienar, que alem lhe é negado.

Similhantes disposições não devem, portanto, considerar-se como fideicommissos.

7.—É, pois, necessario, para que uma disposição seja havida por fideicommissaria que n'ella concorram simultaneamente os tres requisitos que a lei declara (supra, n.º 2). O que todavia não quer de modo algum significar que a lei exija o emprego das suas proprias palavras:

«encarregado de *conserver e transmittir* por sua morte a um terceiro...»

para caracterisar a substituição. Os artigos 1751.º e 1761.º mostram claramente que o testador pôde usar de *quaesquer expressões*, comtanto que por ellas traduza a sua vontade¹; o que ainda se harmonisa com o proposito do legislador em supprimir as *formulas*, que hoje sómente se exigem nos poucos casos em que a lei expressamente o declara. Admittir o contrario seria tornar injustificavel o artigo 1870.º, porque se fôsse *indispensavel*

¹ Deve notar-se que sendo o testamento de caracter *preceptivo*, não pode considerar-se instituido fideicommissio quando o testador dispõe dos seus bens em favor de certa pessoa, a quem *pede*, ou *roga* que, por sua morte, os deixe a outra. Este pedido não tira á disposição o seu caracter de *directa* em favor do primeiro nomeado. (*Sent. de 1.ª inst.* publicada na *Rev. dos Trib.*, anno II, pag. 317).

o emprego d'aquellas palavras para caracterisar o fideicomisso, nenhuma razão haveria para o legislador declarar, n'este artigo, que *não deve reputar-se tal uma disposição em que taes palavras se não empregam*. Assim o entendem tambem os commentadores do Cod. Civ. Francez, a proposito do qual Marcadé escreve:

«Sans doute il n'y a pas de termes sacramentels exigés pour créer une substitution, et il importe peu de quels mots on s'est servi, si la chose y est.»

Assim o tem entendido entre nós, quasi uniformemente, a jurisprudencia. ¹ «O caracter essencial das substituições prohibidas—escreve o com-

¹ Veja no *Direito*, anno xi, pag. 122, um magnifico artigo do sr. Alexandre de Seabra; *Hintze Ribeiro, obr. cit.*, pag. 130 e 131; *Bolletim dos Trib.*, anno 1, pag. 401. Acc. do S. T. de J. de 12 d'abril de 1889 (*Boll. cit.*, anno iv, pag. 470); Acc. da Rel. do Porto de 29 de março de 1887 (*Rev. do Foro Port.*, anno ii, pag. 180). *Rev. de Leg.*, anno xxv, pag. 359 e 360. O Cod. Civ. Italiano nenhuma duvidas deixa a este respeito, pois expressamente declara que a substituição existe, sejam quaes forem as palavras empregadas—*con qualsivoglia espressione*—diz o artigo 899.^o

Em sentido contrario, porem, veja o Acc. do S. T. de 15 de novembro de 1887 (*Gaz. Rel. Lisb.*, anno iii, pag. 13 e 14; e *Boll. dos Trib.*, anno iii, pag. 83), onde se lê o seguinte periodo:

«Attendendo que, na referida disposição a legataria não póde considerar-se fiduciaria, ou gravada, porque não ficou encarregada de *transmittir* a propriedade, faltando assim a *palavra sacramental* que caracteriza o acto juridico; pois a testadora diz só: *passarão por sua morte as propriedades para o asylo.*»

mentador—consiste em onerar um com o encargo de *conservar*, para por sua morte *transmittir* a outro, sem que estas palavras—*conservar com a obrigação de por morte transmittir*—sejam sacramentaes, porque podem ser substituidas perfeitamente por outras que enunciem a mesma ideia.» ¹

Mais adiante veremos, ao estabelecer a distincção entre a substituição fideicommissaria e o legado de usufructo a um e de propriedade a outro, a incongruencia do legislador a este respeito. ²

8. — Determinadas, assim, as characteristics essenciaes de toda a substituição fideicommissaria, em face da definição legal, e assente que a lei não exige o emprego de certas e determinadas palavras para se estabelecer uma tal substituição, cumpre-nos agora averiguar se o preceito do artigo 1866.º será de tal modo rigoroso e completo que não admitta excepções; ou, por outras palavras:

- 1) se haverá disposições que a lei considere fideicommissos, apesar de não reunirem todos aquelles caracteres; e
- 2) se outras, ao contrario, reunindo-os todos, não devem considerar-se taes.

¹ *Annot. do Cod. Civ. Port.*, tomo III, pag. 448.

² *Infra*, § 3.º

A primeira questão proposta importa a analyse do artigo 1871.º, e, até certo ponto, a dos artigos 1473.º e 1474.º; a segunda, a do artigo 1870.º pr.

Principiemos por aquella.

§ 2.º—Fideicommissos não compreendidos na definição

9. O artigo 1871.º
10. A proibição de alienar;—não abrange a de testar.
11. O legado *de eo quod supererit*.
12. A disposição do n.º 3.º do artigo 1871.º; sua extensão.
Opinião do sr. Hintze Ribeiro.
13. Continuação. A nossa opinião.
14. Transição.
15. Se a substituição fideicommissaria pode ser estabelecida por doação entre vivos.
16. Continuação. Opinião do commentador e do sr. Hintze.
Refutação. A substituição fideicommissaria só pode ser instituída por testamento.

9.—No artigo 1871.º manda o Cod. considerar fideicommissarias as disposições:

- 1) com proibição de alienar;
- 2) que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou legado, por morte do herdeiro ou legatário;
- 3) que impozerem ao herdeiro ou legatário o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão.

Aferindo cada uma d'estas disposições pelas características deduzidas da definição legal de fideicommisso, não será difficil reconhecer que nenhuma d'ellas se póde rigorosamente incluir no artigo 1866.^o

10.—Pelo que respeita á primeira, comquanto a prohibição de alienar importe para o fiduciario a obrigação de *conservar durante a sua vida* os bens recebidos, e de *os transmittir por sua morte* para um terceiro, o certo é que esta transmissão se opera para as pessoas que a lei chama á successão, e não para aquellas que o testador nomeou, como se exige no artigo 1866.^o ¹

É verdade que este póde designar expressamente essa pessoa que ha de succeder nos bens, cuja alienação prohibe, ou mesmo dar indicações por onde ella venha a determinar-se; mas de taes hypotheses não trata o legislador, em nosso parecer, no n.^o 1.^o do artigo 1871.^o, pela razão de

¹ O contrario entendeu o S. T. de J. em Acc. de 16 de dezembro de 1892 (*Gaz. Rel. Lisb.*, anno vi, pag. 446), que considera o artigo 1871.^o subordinado ao artigo 1866.^o, declarando assim, ao que parece, que só existe o fideicommisso do n.^o 1.^o do artigo 1871.^o quando o testador dispõe dos bens em favor de alguém, prohibindo-lhe alienal-os, e encarregando-o de por morte os transmittir a um terceiro—o que seria uma repetição do artigo 1866.^o, que não exige o emprego de certas palavras para exprimir o duplo encargo de *conservar e transmittir*, como dissemos.

que já estavam prevenidas no artigo 1866.^o ¹— e não devem suppôr-se na lei repetições inuteis. ²

11.—A segunda disposição tambem não pode, por fórma alguma, considerar-se comprehendida na definição legal de fideicommisso, porque, se é certo que o herdeiro ou legatario tem a obrigação de *transmittir* os bens recebidos, em certas e deter-

¹ Quando o testador dispõe do usufructo de certos bens em favor de uma pessoa e da propriedade em favor de outra, ainda que elle empregue as palavras: «*fica prohibido de vender ou alienar*», em relação ao primeiro, estas não obrigam a ter como fideicommissaria a disposição, porque taes expressões se devem suppôr empregadas pelo testador para mais firmeza de que ella só teria o usufructo do que lhe deixava, as quaes, aliás, eram desnecessarias: Acc. do S. T. de J. de 13 de março de 1888, (na *G. 17. Rel. Lisb.*, anno III, pag. 206); Acc. da Rel. de Lisb. de 17 de novembro de 1886; do Porto de 8 de novembro de 1887; do S. T. de J. de 15 de novembro de 1887 (cit. *Gay.*, anno II, pag. 731 e anno III, pag. 13).

² Alguns codigos modernos, nomeadamente o de Tessino (artigo 356.^o) e o da Austria (artigo 610.^o, in fine) tambem consideram como fideicommissaria a disposição com *prohibição de testar*. Nadá diz a este respeito o nosso Cod.; mas o sr. Hintze Ribeiro (*obr. cit.*, pag. 83) entende que taes disposições se devem considerar comprehendidas no n.^o 1.^o do artigo 1871.^o, visto que a lei não exige o emprego de certas e determinadas palavras para caracterisar o fideicommisso, e na prohibição de *alienar* vae implicita a de *testar*, sob pena de absurdo. — «Pois que importaria ao herdeiro — accrescenta — o não poder dispôr testamentariamente se ampla lhe ficava a faculdade de alienar, ainda mesmo *causa mortis*, por doação?»

Não me parece que tenha razão este illustre escriptor. A prohibição de alienar não contem, nem se contem, na de testar; an-

minadas circumstancias, não tem a obrigação de os *conservar* durante a sua vida, visto que ao fideicommissario apenas o testador destina *o que restar da herança ou legado, por morte do herdeiro ou legatario*, confôrme as proprias palavras da lei, o que se traduz para o fiduciario no direito de alienar os bens. Depois veremos (infra, n.º 51) quaes os limites d'este direito. ¹

tes as duas se conciliam perfeitamente. Pode o testador permittir a alienação dos bens deixados e prohibir ao herdeiro que disponha d'elles por testamento, movido pela consideração de que a alienação pode ser necessaria ao bem estar do herdeiro, para occorrer ás suas necessidades mais urgentes; ao passo que a disposição por testamento, tendo de produzir effeitos sómente depois da sua morte, em nada lhe aproveitava já. Antes me parece que a *prohibição de testar*, a ter de incluir-se em qualquer dos **numeros** do artigo 1871.º, o seu logar seria no n.º 2.º—Mas, em meu entender, semelhante disposição deve considerar-se pura ou **simples**, por ser nulla a clausula ou condição de não testar, por força do disposto nos artigos 1809.º, 1740.º, 1743 § un., 1763.º e outros, do Cod. Civ.

¹ Não se acha comprehendida n'este n.º 2.º do artigo 1871.º, no parecer da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* (anno xviii, pag. 380) uma disposição em que o testador usou d'estas expressões: *deixo os meus bens a F., e os que ainda existirem ao tempo da sua morte a C.*, «porque estas palavras não significam a concessão da faculdade de alienar, mas sim que o testador quiz apenas excluir do fideicommisso os bens moveis ou semoventes que, ou se perdessem, ou estragassem, ou morressem.» Mas o S. T. de J. parece firmar doutrina contraria, em Acc. de 9 de dezembro de 1892 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno vi, pag. 516), onde julgou que se comprehendia n'aquelle preceito a disposição testamentaria que chamava um terceiro á successão dos bens que se *achassem* á morte do primeiro beneficiado.—A nosso juizo, não é por uma ou outra phrase isolada que pode resolver-se com segurança a este respeito, antes deve attender-se ao contexto de todo o tes-

12.—A disposição do n.º 3.º do artigo 1871.º está, no dizer do sr. Hintze Ribeiro, pouco clara e correctamente redigida, podendo dar logar a duvidas. Se attendermos, com effeito, somente á le-

tamento. Só quando d'elle se deprehenda *claramente* que a intenção do testador foi conceder ao herdeiro ou legatario a faculdade de *alienar*, é que a disposição deve classificar-se n'este numero do artigo 1871.º Mas se o testador nada mais declara, alem do que é indicado pela *Revista* e S. T., deverá então attende-se á natureza dos bens deixados, para reconstruir o seu pensamento. E assim, se esses bens forem *moveis* ou *semoventes*, é accetivel a opinião da *Revista*, pois sendo taes cousas, por sua propria natureza, destinadas a desaparecer dentro de certo lapso de tempo, é de presumir que o testador quizesse resalvar, para uma tal hypothese, a responsabilidade do herdeiro ou legatario; mas se taes bens forem *immoveis*, já estas considerações não procedem, porque só podem, em regra, sahir do dominio do herdeiro por meio de alienação, e, portanto, é de presumir que o testador, destinando a um terceiro somente os bens que *existirem* ou *se acharem* á morte do herdeiro, queira conceder a este o direito de *alienação*—cabendo, assim, tal disposição em o cit. n.º 2.º do artigo 1871.º

Devem, porem, regular-se por aquelle preceito as disposições testamentarias em que o testador deixa o *usufructo* dos seus bens, sem o poder de *alienar* os que quizer, ou de que tiver necessidade, a uma pessoa, e institue uma outra para herdeira d'esses bens, ou do que d'elles restar, pois o facto de lhe permittir a *alienação* d'alguns bens mostra que não quiz o testador nomeal-a simples usufructuaria (cit. *Rev.*, anno xiv, pag. 292). No mesmo sentido decidiu o S. T. de J. em Acc.º de 30 de outubro de 1883 (*Rev. dos Trib.*, anno II, pag. 164), de 30 de novembro de 1884 (*Rev. dos Trib.*, anno III, pag. 195), de 28 de maio de 1888 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno IV, pag. 101), de 7 de março de 1890 (*Gaz. cit.*, anno IV, pag. 476; e *Boll.*, anno VI, pag. 356, onde o sr. Dias Ferreira se manifesta no mesmo sentido). Mas em sentido contrario, por maioria de um voto, decidiu a Rel. de Lisboa, em Acc. de 28 de junho de 1882 (*Rev. dos Trib.*, anno II, pag. 169). Confirma infra, n.º 50.

tra da lei—observa elle ¹—parece que o encargo de prestar a renda ou pensão pesa *apenas* sobre o herdeiro ou legatario instituido pelo testador, quando realmente o pensamento do legislador é bem differente. O testador, em verdade, quiz favorecer *mais de uma pessoa successivamente*; estas são, pois, determinadas pelo mesmo testador, segundo a ordem pela qual lhes ha de ser deferida a renda ou pensão. Ora se o encargo pesasse *apenas* sobre o herdeiro ou legatario, é manifesto que só poderia cumprir-se tal disposição no caso — pouco provavel quando a renda ou pensão é vitalicia—de morrerem estes beneficiados primeiro que o herdeiro ou legatario. O mais natural é que o testador quizesse que este encargo do herdeiro ou legatario passasse aos seus successores, ate á morte dos beneficiados em ultimo logar; é, por assim dizer, um encargo que pesa antes sobre a propriedade, do que sobre o herdeiro ou legatario. Não se dando ao n.º 3.º do artigo 1871.º esta interpretação resultaria que, tendo de ser esta disposição interpretada restrictivamente (Codigo Civil, artigo 11.º), deveria considerar-se fóra d'este preceito a disposição pela qual o testador *encarregasse o herdeiro ou legatario, e os seus successores, de pagar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão.*

D'este modo teriamos a primeira disposição

¹ *Obr. cit.*, pag. 87 a 89.

nulla, em regra, pelo disposto no artigo 1871.º pr., ao passo que a segunda, muito mais latitudinaria, seria valida—o que, decerto, o legislador não quiz.

É principalmente por estas razões que o sr. Hintze Ribeiro assigna ao fideicommisso contido no n.º 3.º do citado artigo 1871.º os seguintes caracteres:

- a) ser constituído em proveito de mais de uma pessoa, successivamente;
- b) ser imposto ao herdeiro ou legatario, tão só, ou, além d'estes, aos seus successores até completa realisação da disposição testamentaria.

13.—Razão tem, a meu juizo, o citado escriptor quando affirma que o pensamento do legislador foi incluir no n.º 3.º do artigo 1871.º tanto a disposição que impõe ao herdeiro ou legatario, como a que impõe a estes e a seus successores, a obrigação de prestar a mais de uma pessoa successivamente certa renda ou pensão. Isso mesmo se contem nas palavras do artigo, apesar da affirmacão contraria do sr. Hintze Ribeiro. Com effeito, se deve reputar-se fideicommissaria a disposição que impõe ao herdeiro ou legatario a obrigação de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão, claro é que, sendo aquelle encargo imposto conjunctamente aos seus successores, a natureza da disposição mantem-se a mesma, porque não perde, por este facto, nenhum dos seus caracteres essenciaes—*continua a pesar,*

sempre, sobre o herdeiro ou legatario. O argumento do sr. Hintze seria procedente se o Codigo dissesse: «*que SÓ impozerem ao herdeiro ou legatario*»; mas tal não acontece, e ahi está o principal vicio d'este argumento *à contrario sensu*, tão perigoso, e quasi sempre tão falso, em direito.

O que poderia discutir-se era se o encargo imposto ao herdeiro ou ao legatario se transmittia aos seus herdeiros, no caso em que aquelle fallecesse antes dos fideicommissarios; mas a resposta teria de ser affirmativa, não só pelo disposto no § 2.º do artigo 1872.º, mas ainda por força do preceituado no artigo 1737.º do Cod. Civ., que faz passar aos herdeiros as obrigações do auctor da herança.

—Mas o que para aqui nos importa estabelecer é que tambem o fideicommisso previsto em o n.º 3.º do artigo 1871.º, da mesma fórma que os mencionados nos dois primeiros numeros do mesmo artigo, estão fóra do campo traçado pelo artigo 1866.º

14.—Do exposto podemos já concluir para a imperfeição da definição legal de fideicommisso, que não abrange todo o definido. E quando procurarmos assentar no que por aquella expressão deve *legalmente* entender-se, á falta de definição precisa, não poderemos deixar de recorrer, tambem, ao artigo 1871.º do Cod. Civ.

Mas haverá ainda outras substituições fideicommissarias que fujam, por egual, á regra geral?

15.—Alguns escriptores de Direito, baseando-se nos artigos 1473.º e 1474.º do Cod. Civ., têm sustentado que as substituições fideicommissarias podem ser feitas por doação. Dando por verdadeira uma tal affirmativa, e tendo mostrado que uma das características d'esta especie de substituições, deduzida da definição legal, é o *serem feitas em testamento*, teríamos de concluir, que, alem dos fideicommissos especificados no artigo 1871.º, outros ha ainda reconhecidos pelo Codice e não comprehendidos n'aquella definição.

Vejamos, porém, ate que ponto uma tal doutrina é verdadeira.

16.—Entre outros, sustentam aquella opinião os srs. Hintze Ribeiro e Dias Ferreira. Este limita-se a affirmar; aquelle procura firmal-a com os seguintes argumentos:

- a) porque já assim era no Direito anterior;
- b) porque a doação com clausula de reversão produz os mesmos effeitos e é permittida, apenas, nos mesmos casos em que o é a substituição testamentaria. ¹

¹ Obr. cit., pag. 138 e 139.

Mas, em nosso parecer, semelhantes razões não colhem. Do facto de ser permittida no Direito antigo, e ainda em Codigos modernos de nações estrangeiras, a constituição de fideicommissos por *doação*, não se segue que entre nós a mesma doutrina tenha sido estabelecida, pois frequentes vezes o legislador se affastou d'elles ao redigir o Cod. Civ. E é de notar que o sr. Hintze Ribeiro dá como assente que no velho Direito se permittia a constituição de fideicommissos por *doação*, quando o certo é que os Praxistas não estavam de accordo sobre este ponto, pronunciando-se ate em sentido contrario o sabio Liz Teixeira; e das palavras da Ord., L.º iv, tit. 78, § 12.º, onde se define a *substituição compendiosa*, parece antes dever deduzir-se que ella tinha de ser feita em testamento.

E nenhuma é, tambem, a força do segundo argumento apresentado. A *doação*, com clausula de reversão, está longe de produzir, na maioria dos casos, os mesmos effeitos que a substituição fideicommissaria; e, quando em alguns produza esses effeitos, isso prova apenas que as duas disposições têm certos pontos de contacto, o que não apaga as differenças essenciaes e importantes que entre ellas existem ¹. É verdade que o artigo 1473.º só

¹ A *doação* é um contracto, e só produz effeitos quando acceta em vida do doador; logo, sendo contractantes, de um lado, o fiduciario e o fideicommissario, têm estes de aceitar. Pelo que respeita ao fiduciario bem está, porque acceta o usu-

permittê a reversão da cousa doada a favor de terceiros, *nos casos em que a substituição testamentaria é permittida*; mas isto significa, apenas, que o legislador quiz applicar a este contracto algumas das disposições que regem a substituição fideicommissaria. Deduzir d'aqui que são uma e a mesma cousa não é mais logico do que o seria dizer que o regimen *dotal* e o da *communhão de bens* são uma e a mesma cousa, porque áquelle se applicam algumas das disposições que regem este.

Alem de que a doutrina do sr. Hintze Ribeiro ¹ leva naturalmente a uma incoherencia, de todo o ponto inacceptavel, quando se procura determinar as pessoas que podem ser nomeadas fideicommissarios—pois sendo a substituição instituida em testamento regula, para os nascituros, o artigo 1777.^o, ao passo que sendo feita por doação regula o artigo 1479.^o, que, como veremos, estabelece doutrina muito differente. ²

Demais, o Codigo trata dos fideicommissos,

fructo; mas o fideicommissario o que ha de aceitar? A propriedade? Não, porque lá diz o artigo 1869.^o que elle só adquire direito sobre ella á morte do fideicommittente. Mas se elle não adquire desde logo direito á propriedade dos bens,— em quem reside ella, até á morte do doador, visto que este perde logo tal direito pelo facto da doação, e o fiduciario só adquire o de usufructo? Ficar á suspenso? — Não pode ser.

¹ *Obr. cit.*, pag. 120.

² *Infra*, n.^o 34.

ex professo, nos artigos 1866.º a 1874.º, subordinados á epigraphie da secção v — *Das substituições*—. Pois em nenhum d'estes artigos se encontra qualquer palavra que auctorise uma tal doutrina; muito ao contrario o Codigo fala sempre em *testador, disposição testamentaria, herdeiro, legatario, herança e legado*, e nunca em *doador, donatario ou doação*—e o artigo 16.º do mesmo Cod. é expresso em mandar attender primeiro que tudo á letra da lei, quando esta é clara, como no caso sujeito.

Por estas razões discordamos da opinião dos citados escriptores. Que haja em certos casos alguns pontos de contacto entre as duas disposições, não o negamos; mas concluir d'ahi para a sua perfeita identidade é o que nos parece inadmissivel. Os artigos 1866.º a 1874.º são, em nosso entender, os unicos que se occupam das substituições fideicommissarias; é alli o assento proprio da materia, e n'elles nenhuma referencia se faz aos artigos 1473.º e 1474.º, ou a outros que respeitem a doações. Não queiramos, pois, nós, simples interpretes, ir mais longe do que foi o legislador. ¹

¹ N'este sentido está o Acc. do S. T. de J. de 27 de fevereiro de 1891 (*Diario* de 15 d'outubro de 1892), em que se lê: «... nem por ella (doação) foi estabelecido fideicommisso, o qual é a *disposição testamentaria*, pela qual algum herdeiro é encarregado de conservar e transmittir por sua morte a um terceiro a herança (Cod. Civ., artigo 1866.º), e no dito contracto ante-nupcial não ha *disposição testamentaria*...»

§ 3.º—Distincção entre fideicommisso e legado de usufructo

17. Razão d'ordem.
18. O legado de usufructo e a substituição fideicommissaria têm, entre si, grandes analogias;
19. Mas, em geral, não podem confundir-se. Diferenças.
20. No antigo Direito: regras para os distinguir.
21. Actualmente não pode admittir-se a mesma doutrina.
22. Regras para separar, praticamente, o legado de usufructo da substituição fideicommissaria, no caso particular em que as duas instituições podem confundir-se.

17.—Resolvida a primeira questão proposta (supra, n.º 8); demonstrado, como fica, que a lei considera fideicommissarias muitas disposições que não satisfazem aos requisitos deduzidos da definição legal, procuremos agora averiguar se algumas disposições ha que, reunindo todos os caracteres alli indicados, como taes não devem, todavia, considerar-se.

18.—O Codigo Civil, determinando no artigo 1870.º que

«não se reputará fideicommisso a disposição pela qual algum testador deixa o usufructo de certa cousa a uma pessoa e a propriedade a outra»,

leva-nos á convicção de que o pro-

prio legislador reconheceu a possibilidade de se confundir com a substituição fideicommissaria a disposição nos termos indicados, sendo, portanto, de necessidade acautelar o interprete sobre o preceito de lei applicavel.

E, em verdade, approximando as disposições dos artigos 1866.º, 1868.º e 1873.º, é facil observar que profundas analogias se encontram entre o fideicommisso definido no artigo 1866.º, e a disposição testamentaria nos termos apontados. Assim é que, pelo artigo 1868.º, o fideicommissario adquire direito aos bens deixados pelo testador no momento *da morte* d'este, ao passo que para o fiduciario se transfere o *usufructo* dos mesmos bens (cit. Cod., artigo 1873.º). Dá-se, portanto, á morte do testador, na hypothese do fideicommisso definido no artigo 1866.º, a separação dos dois direitos contidos no de propriedade perfeita, que o testador gosava—o *dominio directo* e o *dominio util*—passando aquelle para o fideicommissario, e o segundo para o fiduciario.

Ora: se em vez da substituição fideicommissaria, o testador estabelecer o legado de usufructo para um, e da propriedade para outro, resultam d'esta disposição, para os beneficiados, precisamente os mesmos direitos e obrigações que resultam d'aquella substituição.

Tem o fideicommisso de ser instituido em testamento? Tambem o legado de usufructo o pode ser (Cod. Civ., artigo 2198.º).

Pesa sobre o fiduciario a obrigação de *conserver* os bens deixados? Igual obrigação pesa sobre o usufructuario (artigo 2221.º, n.º 2.º e outros).

Incumbe ao fiduciario *transmittir por morte* os bens fideicommittidos? Mas essa é tambem uma das obrigações do usufructuario (cit. Cod., artigo 2241.º n.º 1.º e outros).¹

Onde, pois, as differenças essenciaes?

«Actualmente a differença entre simples usufructo e fideicommisso — escreveu um dos mais «abalizados Jurisconsultos contemporaneos—está «só em palavras.»² E desgraçadamente, é bem verdadeira esta affirmção, para o caso em que o usufructo seja constituido em testamento, e vitalicio.

Mas casos ha em que a confusão não é possível.

¹ O S. T. de J. em Acc. de 15 de novembro de 1887 (*Gaz. da Rel. de Lisboa*, anno III, pag. 13 e 14) declara que «no usufructo a propriedade passa logo para o proprietario, Cod. Civ., artigo 1870.º; no fideicommisso é preciso que alguém seja encarregado de lh'a transmittir»; e acrescenta: «esta circumstancia é «a que propriamente distingue o usufructo da substituição fideicommissaria.»

O artigo 1869.º do cit. Cod. mostra, porem, que no fideicommisso a propriedade passa, logo á morte do testador, para o fideicommissario, por virtude da propria lei, não sendo necessario que o fiduciario lh'a transmitta por qualquer acto seu. É, pois, inaceitavel esta subtileza, com que se pretende fugir ás difficuldades da questão.

² Sr. Alexandre de Seabra, no *Direito*, anno XI, pag. 122.

19.—De um modo geral pode dizer-se que o fideicommisso e o legado de usufructo não se confundem; ha entre um e outro differenças essenciaes importantes.

Facil é apontar algumas; assim:

- a) O fideicommisso só pode ser constituído em favor de *certas* pessoas, *nascidas* ou *por nascer*; ao passo que o usufructo pode dar-se em favor de *quaesquer* pessoas, simultanea ou *successivamente*, com tanto que existam ao tempo em que se tornar effectivo o direito do primeiro usufructuario (Cod. Civ., artigos 1867.º n.ºs 1.º e 2.º e 2199.º).
- b) O fideicommisso só pode ser instituído em testamento; ao passo que o usufructo pode ser instituído, tambem, por acto entre vivos e por disposição da lei (Cod. cit., artigos 1866.º e 2198.º).
- c) O fideicommisso não pode ser instituído *ate certo tempo*, pois o fideicommissario só toma conta dos seus bens *por morte* do fiduciario; ao contrario, o usufructo acaba, não só pela morte do usufructuario, mas tambem chegado o *termo do praso* porque o usufructo foi constituído, quando não é vitalicio (Cod. Civ., artigos 1866.º e 2241.º).
- d) O fideicommisso não pode abranger bens fungiveis; ao passo que o usufructo sim (Cod. Civ. artigos 1866.º e 2209.º Vid. supra, n.º 4 e seguintes).

Do exposto resulta que se ha legados de usufructo reunindo todos os caracteres da substituição fideicommissaria, outros ha, pelo contrario, que com ella não podem, por forma alguma, con-

fundir-se. Para nada importa tratar aqui dos segundos; urge, porem, estabelecer os meios de distinguir os primeiros das substituições fideicommissarias.

20.—Bem salientes eram no antigo Direito as diferenças legaes entre o legado de usufructo e o fideicommisso: n'aquelle a propriedade dos bens passava, logo á morte do testador, para os herdeiros instituidos, por forma que, embora estes morressem antes do usufructuario, para os seus successores passavam, á morte d'este, os bens usufruidos; ao passo que no fideicommisso a herança somente se abria para o fideicommissario á morte do herdeiro ou legatario gravado. ¹ O Cod. Civ. veio, com o preceito do artigo 1868.º, apagar este importante subsidio para a distincção entre as duas disposições, a esse tempo já difficéis de extremar praticamente, tornando quasi impossivel, hoje, a distincção na maioria dos casos.

Na *Gazeta dos Tribunaes* ² aconselhava Nogueira Pimentel que na pratica se guardassem as

¹ Lobão—*Notas a Mello*, tomo v; Diss. vii, § 68.º; Acc. do S. T. de J. de 8 de junho de 1846 (*Gazeta dos Tribunaes*, anno v, n.º 733).

² Anno vii, pag. 890. Estas regras são dadas tambem por Lobão na *Dissertação* vii, §§ 80.º e 95.º

seguintes regras, em todo o caso muito arbitrárias:

«Quando o testador principia deixando os bens, o herdeiro é proprietário; e quando principia deixando o usufructo, é simples usufructuario. Quando a mulher é instituida herdeira de principio, ainda que depois se diga que é para ser usufructuaria em sua vida, deve julgar-se herdeira proprietaria; porque tendo ella sido instituida herdeira de principio, a expressão de usufructo accrescentada depois, não significa, virtualmente senão a prohibição de alienar.»

A redacção da *Gazeta* foi ainda mais longe, accrescentando que só devia entender-se que o primeiro nomeado era simples usufructuario, quando o testador dispozesse da propriedade em beneficio de um segundo herdeiro.

21.—Taes regras, porventura admissiveis no antigo Direito e facilmente explicaveis pelas ideias do tempo, não podemos hoje adoptal-as em vista do disposto nos artigos 1751.º e 1761.º do Cod. Civ. que permitem ao testador usar de quaesquer expressões para declarar a sua vontade, que é a regra suprema na interpretação do testamento. E quando não o prohibissem as disposições citadas, deviam embaraçal-o as considerações outr'ora apresentadas já por Lobão, e que ainda hoje,

apesar dos progressos da nossa idade, têm um grande cunho de verdade:

«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 ve-
«zes não tenho eu encontrado clausulas mutua-
«mente oppostas e contradictorias; já indicando
«simples usufructuario, já herdeiro gravado, o
«conjuge sobrevivo, e conjecturas por uma e ou-
«tra parte, que causam perplexidade. ¹

Ora desde que as cousas, por desgraça nossa, ainda hoje correm pelo modo que Lobão as pinta, não é calcular as enormes, quasi insuperaveis, difficuldades que praticamente hão de offerecer-se na interpretação das differentes verbas testamentarias que contenham duas liberalidades simultaneas. Por unico criterio temos o preceito do artigo 1870.º, combinado com o artigo 1866.º, . . . accen- tuando que a differença entre as duas instituições é simplesmente de palavras!

E não se cuide que é negocio de pequena importancia o classificar uma dada disposição como fideicommisso ou como legado de usufructo; ha de ver-se no decurso d'este trabalho, que tal distincção é de uma enorme importancia, porque arrasta com-

¹ *Notas a Mello*, Liv. v, Diss. vii, § 75.º e seguintes.

sigo, em regra, a validade ou nullidade da disposição.

22. — Manda, por um lado, a lei (artigo 1870.º) que não se repute fideicommisso aquella disposição pela qual o testador deixa o usufructo de certa cousa a uma pessoa e a propriedade a outra; e por isso sempre que no testamento se use das palavras *usufructo* ou *usufructuario*, referidas ao primeiro nomeado, ou se disponha, ou não, da propriedade em beneficio de terceiro, tal disposição deve ser havida por *legado de usufructo*, e nunca por *fideicommisso*, porque usufructo e fideicommisso exprimem ideias legalmente incompatíveis.

Manda, por outro lado, a mesma lei (artigo 1866.º) que se considere fideicommissaria a disposição pela qual o herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmittir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado; e por isso se o testador fala de *herdeiro* ou *legatario*, e em seu favor dispõe de certos bens, que por morte d'elles destina a terceiro, similhante disposição deverá considerar-se fideicommisso. ¹

Mas quando o testador emprega umas e outras expressões referidas ao mesmo individuo, como, por exemplo, se elle diz: «*nomeio HERDEIRO*

¹ *Direito*, anno xi, pag. 122, e anno xviii, pag. 18.

de todos os meus bens a Paulo, que d'elles terá o USUFRUCTO emquanto vivo, e por sua morte os transmittirá a Pedro» quid juris?

É este o ponto mais melindroso da questão. Attendendo simplesmente ao disposto no artigo 1866.º, é claro que ha aqui um verdadeiro fideicommisso; mas reparando no artigo 1870.º esta disposição pode tambem considerar-se como legado de usufructo.

Por qual das duas optar?

Parece-nos que n'este caso deverá considerar-se a disposição como legado de usufructo. O artigo 1761.º, em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria, manda observar o que parecer mais ajustado com a vontade do testador. Ora a intenção d'este, foi, indubitavelmente, beneficiar os dois nomeados, um com o usufructo e o outro com a propriedade dos bens; e como, em regra, o fideicommisso é nullo, e o legado de usufructo valido, deve classificar-se a verba por esta ultima fórma, que é o mais seguro meio de realisar á vontade do testador. ¹

¹ N'este sentido o entendeu tambem a Rel. de Lisboa em Acc.º de 28 de junho de 1882 (*Rev. dos Trib.*, anno II, pag. 169) e de 17 de novembro de 1886, este precedido de uma tenção muito desenvolvida e notavel do juiz Soares (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno II, pag. 731 e seguintes); Acc. da Relação do Porto

Invalidar uma disposição testamentaria nas condições apontadas seria, em grande numero de casos, tornar o testador responsavel pela ignorancia do tabellião, a quem as nossas leis confiam attribuições de enorme importancia e responsabilidade, sem comtudo lhes exigir uma illustração correspondente. ¹ Seria loucura imaginar que o testador, podendo satisfazer os seus desejos com o legado de usufructo a um e de propriedade a outro, fosse instituir um fideicommisso, cuja nulidade conhecia, pois a ignorancia da lei não se presume.

de 8 de novembro de 1887; e do S. T. de J. de 13 de março de 1888 (cit. *Gaz.*, anno III, pag. 206), de 10 de fevereiro de 1892, (cit. *Gaz.*, anno VI, pag. 284), de 12 de maio de 1885 (*Boll. cit.*, anno II, pag. 503 e *Rev. dos Trib.*, anno VII, pag. 3); Dias Ferreira, *Bolletim dos Tribunaes*, anno I, pag. 401 e seguintes, anno II, pag. 491 e seguintes.

¹ Ainda hoje em muitas terras de provincia o tabellião de notas é de uma supina ignorancia, e mais vaidoso do que ignorante. Raro é o dia em que aos tribunaes não é levado algum erro originado na má redacção de escriptura ou testamento publico, e não poucas vezes a intenção das partes é completamente escondida por detraz de phrases contradictorias e por vezes intelligiveis. Apesar d'isso, se alguem mais cauteloso pede a pessoa versada em leis a minuta da escriptura ou testamento, tem muitas vezes o desprazer de ver a sua mutilação por parte do tabellião.

A reforma do nosso tabelliado está, pois, tornando-se medida de impreterivel necessidade.

§ 4.º—Outras definições.—Conclusão

- 23. Critica da definição legal. Doutrina da Ord.; questões a que dava lugar.
- 24. Definição de Lopes da Silva; critica.
- 25. O que deve considerar-se substituição fideicommissaria á face do nosso Cod. Civ.
- 26. Transição.

23.—De tudo o que fica dito é forçoso concluir que a definição de fideicommisso, apresentada pelo Código no artigo 1866.º, é de todo o ponto imperfeita:

- a)* porque não abrange todo o definido (§ 2.º);
- b)* e porque abrange mais do que o definido (§ 3.º).

Teremos, pois, de entrar em consideração, quando tratarmos de averiguar se uma dada disposição é ou não fideicommissaria, não só com o preceito do artigo 1866.º, mas ainda com o dos artigos 1870.º e 1871.º É pela combinação d'estes tres artigos que tem de determinar-se o conteudo da substituição fideicommissaria.

A definição do Código resente-se do Direito previgente. Ahi a definição de fideicommisso tinha sido pedida ao Direito romano, de onde foram co-

piadas, quasi fielmente, para a Ord. Filippina (L. iv, t.º 87) as disposições relativas a esta materia, sobre a qual nada se encontrava tanto na Ord., como nas demais leis anteriores. ¹

A propria definição que Coelho da Rocha nos apresenta ² é tirada de *Waldeck* (§ 415.º), e corresponde, com pequenissima differença, quanto á fórma, á do Codigo Civil.

No § 12.º da cit. Ord. encontra-se assim definida a *substituição compendiosa*, que na opinião dos reinicolas corresponde á *substituição fideicommissaria*:

« é a que um testador faz ao herdeiro que instituiu, quando quer que elle fallecer. . . A fórma em que se faz é esta: *instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, ou depois da sua morte, ou por sua morte, seja herdeiro Paulo.* »

Na interpretação d'este preceito algumas duvidas se levantaram, já para averiguar se as palavras da Ord. eram essenciaes á existencia do fideicommisso, já para assentar se era ou não permitido estipular certo praso á transmissão dos bens fideicommettidos.

Mais geralmente seguida, quanto á primeira questão, era a opinião que considerava as pala-

¹ Coelho de Rocha, *Inst. de Dir. Civil*, § 562.º, not.

² *Obr. cit.*, § 713.º

vas da Ord. meramente exemplificativas; e quanto á segunda, ainda que Coelho da Rocha e Liz Teixeira se inclinavam a que o auctor da herança podia assignar ao encargo de transmittir os bens herdados o praso de morte ou *outro qualquer*, era geralmente adoptada pelos nossos jurisconsultos a opinião de que só por morte a substituição podia ter logar.

Como já se disse, a mesma doutrina se estabeleceu no nosso Código.

24.—N'um importante trabalho de jurisprudencia, ainda em publicação ¹, devido á penna de um magistrado intelligente e trabalhador incansavel, o fideicommisso é definido pelas seguintes palavras:

« substituição de herdeiros em segundo grau,
« com clausula de transmissão e prohibição de
« alienar. »

Esta definição—que tem de ser olhada por um prisma differente da anterior, pois ao passo que aquella foi estabelecida pelo legislador, esta pretende ser deduzida da doutrina do Código sobre a materia—tambem se nos afigura completamente inaceitavel.

¹ *Repertorio Juridico Portuguez*, por Antonio Joaquim Lopes da Silva, verb. *fideicommisso*.

Em primeiro lugar é confusa; por ella não pode formar-se ideia do que realmente seja fideicommisso. Depois é incompleta: a) o artigo 1866.º, e outros, mostram que a substituição não é só de *herdeiro*, mas também de legatario, e a definição apenas falla d'aquelle; b) a clausula da *transmissão* falta, também, em alguns fideicommissos (artigo 1871.º, n.º 3.º); c) e da mesma fórma a prohibição de alienar não apparece em alguns (cit. artigo 1871.º, n.º 2.º).

N'estas condições a definição do sr. Lopes da Silva, moldada evidentemente pela de substituição (em geral) apresentada pela Ord. (L. IV, t.º 87 pr.), e que visava, decerto, a corrigir as imperfeições da definição legal, não é menos incorrecta do que esta, e tem, consequentemente, de ser posta de parte.

25.—Como definir então fideicommisso? Nem sequer o tentaremos, tão certo estamos da impossibilidade de o fazer, e, porventura, da inutilidade do nosso esforço. O que nos importa é conhecer que disposições a lei considera taes, e isso resulta natural e logicamente do que fica escripto nas paginas anteriores. Em nosso entender só deverão considerar-se fideicommissarias as disposições testamentarias comprehendidas em algum dos seguintes numeros:

- 1.º) Que contiverem prohibição de alienar;
- 2.º) Que chamarem um terceiro ao que restar da he-

rança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatário;

- 3.º) Que impozerem ao herdeiro ou ao legatário, (só, ou conjunctamente aos seus successores), o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão;
- 4.º) e, emfim, todas aquellas pelas quaes algum herdeiro ou legatário é encarregado de conservar e transmittir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, e que não devam reputar-se legado de usufructo a um e de propriedade a outro. ¹

A extensão de cada um d'estes numeros já procurámos determiná-la precedentemente; qualquer disposição que aqui não caiba, de modo algum deve considerar-se fideicommissaria. São essas, e só essas, porque a lei de excepção é de interpretação restricta (Cod. Civ., artigo 11.º).

26.—Duas são as entidades que, *em regra*, entram no fideicommisso—o herdeiro ou legatário, que usufrue os bens fideicommittidos, e ao qual a lei chama *fiduciario*; e o *fideicommissario*, que é aquelle para quem os mesmos bens passam á morte do primeiro (Cod. Civ., artigo 1868.º); e dizemos *em re-*

¹ Ainda que, na censura do direito, as *substituições de usufructo* não deveriam ser reconhecidas (*infra*, n.º 54,—3) nota 1), em vista do preceito terminante do artigo 1870.º, *in fine*, do Cod. Civ., não podemos deixar de as incluir aqui.

gra, porque no fideicommisso mencionado em o n.º 1.º do artigo 1871.º apenas entra uma entidade, que é o *fiduciario*. Em todos os outros fideicommissos a existencia das duas entidades—fiduciario e fideicommissario—é indubitavel, e a sua nomeação depende da vontade do testador. Mas nem só d'esta; depende tambem da lei, que só permite a nomeação de pessoas comprehendidas dentro de certas categorias, n'ella expressamente estabelecidas. Dentro de cada uma d'essas categorias é que a vontade do testador se exerce livremente.

Vejamos, pois, quaes essas categorias sejam, e a que outras condições deve satisfazer a substituição fideicommissaria para que deva considerar-se valida.

Esse será o objecto do capitulo seguinte.

CAPITULO II

Das condições para a validade dos fideicommissos

1.º — Dos que podem instituir fideicommissos;
limites d'esta faculdade

- 27. As disposições fideicommissarias são, em regra, nullas.
- 28. Todos os que podem testar podem instituir fideicommissos; quaes as pessoas que não podem testar.
- 29. Transição.

27.—Ao contrario do que acontecia na nossa velha legislação que, dentro de certos graus, procurava validar quanto possivel as substituições fideicommissarias, o Codigo Civil consigna nos artigos 1767.º pr. e 1871.º pr. a regra geral de que *são nullos os fideicommissos*.

Só, pois, excepcionalmente, as substituições fideicommissarias são permittidas—principio este que não devemos esquecer na interpretação das differentes disposições legaes relativas á materia.

28.—A primeira condição para a validade dos fideicommissos é que tenham sido instituídos por pessoas legalmente capazes de o fazer.

Mas quem são essas pessoas?

Não o diz o Código n'esta secção, mas não é difficil determiná-las. Como precedentemente demonstrámos ¹, a substituição fideicommissaria tem de ser feita em *testamento*; e como nem todos têm capacidade para testar, segue-se que também nem todos podem instituir fideicommissos. O Código designa, taxativamente, no artigo 1764.º as pessoas que não podem testar, e, consequentemente, os que não podem estabelecer fideicommissos. São:

- 1.º) os que não estiverem em seu perfeito juizo;
- 2.º) os condemnados nos termos do artigo 355.º;
- 3.º) os menores de 14 annos, de um e outro sexo;
- 4.º) as religiosas professas enquanto se não secularisarem, ou as suas communidades não forem supprimidas.

Todos os que não estiverem nas circumstancias indicadas podem instituir fideicommissos, na *parte disponivel dos seus bens*, como expressamente declara o n.º 1.º do artigo 1867.º

A determinação d'esta parte dos bens do testador depende das condições especiaes em que se

¹ Supra, cap. 1.º, § 2.º

encontra. E assim, se elle tiver ascendentes ou descendentes em linha recta, apenas pode dispor do que se não reputar *legitima* d'esses parentes, isto é, de metade de seus bens no caso de só ter ascendentes, que não sejam pae ou mãe, e da terça parte em todos os outros casos.

Quando não tenha ascendentes nem descendentes, pode dispor da totalidade de seus bens, e, consequentemente, instituir com elles fideicommisso (Cod. Civ., artigos 1784.º, § un., e 1787.º).

29.—Indicadas assim, summariamente, as pessoas que podem instituir fideicommissos, e os limites d'esta faculdade relativamente á sua fortuna, segue-se, logicamente, averiguar agora em favor de que pessoas pode ser instituído. E como no fideicommisso figuram duas entidades, o fiduciario e o fideicommissario, a questão decompõe-se naturalmente em duas:

- a) quem pode ser nomeado fideicommissario?
- b) quem pode ser nomeado fiduciario?

De cada uma d'ellas nos occuparemos successivamente.

§ 2.º — Dos que podem ser fideicommissarios

30. Rasão d'ordem.
31. Excepções ao principio da nullidade.
32. As excepções estabelecidas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º são applicaveis em todas as especies de fideicommisso; a estabelecida no artigo 1872.º é sómente applicavel ao fideicommisso regulado pelo n.º 3.º do artigo 1871.º Opiniões em sentido contrario.
 - A) *Os netos.*
33. Se o testador tem de nomear *todos* os netos, ou pode nomear *somente* alguns d'elles, ou algum, fideicommissarios. Doutrina do Cod. Civ. Francez.
34. Opinião do sr. Hintze Ribeiro; refutação. O testador pode nomear todos, ou parte dos seus netos, fideicommissarios.
 - B) *Os sobrinhos.*
35. O testador pode nomear fideicommissarios, todos ou só alguns dos seus sobrinhos, filhos de irmãos; e tanto dos já nascidos, como dos por nascer.
 - C) *Indigentes, raparigas pobres e pessoas moraes.*
36. Rasão d'ordem.
37. Quando o testador não indica quaes os indigentes e raparigas pobres que deseja beneficiar, nem dá indicios por onde possam determinar-se, pertence ao fiduciario a escolha.
38. O testador pode dispor tanto em favor de um, como de muitos indigentes ou raparigas pobres.
39. O artigo 1872.º, na parte relativa aos estabelecimentos de mera utilidade publica, consigna uma excepção ao n.º 3.º do artigo 1871.º Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação.
40. Em favor da Igreja tambem pode instituir-se o fideicommisso regulado pelo n.º 3.º do artigo 1871.º Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação.
41. Transição.

30.—Para que um individuo possa ser validamente nomeado fideicommissario é preciso que satisfaça a duas ordens de condições: umas que são communs a todos os que adquirem por testamento; outras que são especiaes ao fideicommissario. Acham-se as primeiras estabelecidas nos artigos 1767.º a 1783.º do Cod. Civ.; as segundas encontram-se estabelecidas nos dois numeros do artigo 1867.º e ainda no artigo 1872.º

Não comporta a natureza e exiguidade d'este trabalho o estudo d'aquellas; apenas cuidaremos de estudar a que outros requisitos subordina a lei a validade do fideicommisso, quando o segundo beneficiado é capaz, á face da lei geral, para adquirir por testamento.

31.—Nos termos dos artigos 1867.º, n.ºs 1.º e 2.º, e 1872.º do Cod. Civ. só devem reputar-se validas as disposições fideicommissarias: ¹

¹ Se o testador tiver feito disposição fideicommissaria em beneficio *dos seus herdeiros*, sem os designar especificadamente, tal disposição será valida em relação áquelles que, por lei, deviam succeder-lhe *ab intestato*, se estiverem comprehendidos em alguma d'estas excepções. E assim, se houver irmãos do testador, e filhos de irmãos, só estes succedem, porque só estes podem ser fideicommissarios. Acc. do S. T. de J. de 14 de março de 1890 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno iv, pag. 533 e *Boll.*, anno vi, pag. 377), doutrina tambem acccita pelo sr. Dias Ferreira, na critica do mesmo Acc.

- 1) sendo feitas por pae ou mãe, nos bens disponiveis, em proveito dos netos nascidos ou por nascer;
- 2) sendo feitas em favor dos descendentes em primeiro grau de irmãos do testador;
- 3) sendo instituidas (quando consistam em prestações) a favor dos indigentes, para dote de raparigas pobres, ou a favor de qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade publica, consignado-se este encargo em certos e determinados bens.

Cumpre, porém, averiguar se estas excepções ao principio da nullidade dos fideicommissos se applicam, por egual, aos definidos no artigo 1866.º e aos especificados no artigo 1871.º, ou sómente a algum ou alguns d'elles.

32.—A collocação das materias por um lado, e pelo outro o modo como se acham redigidos alguns artigos do Codigo, principalmente o artigo 1872.º, parecem levar á conclusão de que as duas primeiras excepções apenas se referem aos fideicommissos contidos no artigo 1866.º, ao passo que a terceira — e n'este ponto não me parece que possam levantar-se duvidas — se refere exclusivamente ao mencionado em o n.º 3.º do artigo 1871.º

N'este sentido se pronuncia o sr. Hintze Ribeiro ¹; mas o commentador, ampliando ou esclari-

¹ *Obr. cit.*, pag. 222, nota 1: «... o artigo 1867.º, nos n.ºs 1.º e 2.º, referindo-se exclusivamente ás instituições fideicommissa-

recendo no volume 5.º da sua obra (pag. 435) o que sobre este assumpto precedentemente escrevera, dá como assente que as excepções do artigo 1867.º tambem se referem aos fideicomissos do artigo 1871.º, visto fazer applicação d'aquelle preceito a um dos fideicomissos especificados n'este ultimo artigo ¹.

Esta nos parece, tambem, a doutrina mais aceitavel. Com effeito o artigo 1867.º diz, de um modo geral, que são validas, nos dois casos alli apontados, as *substituições fideicommissarias*; e tanto são substituições fideicommissarias as mencionadas genericamente no artigo 1866.º como as especificadas no artigo 1871.º Seria, alem d'isso, absurdo que o Codigo permittisse ao testador, no artigo 1867.º, o dispor dos *seus bens* em favor de um terceiro, para que este os transmittisse, por morte, a um sobrinho ou neto do mesmo testador, e viesse, pouco depois, no artigo 1871.º n.º 2.º, prohibir-lhe o deixar áquelle mesmo neto ou sobrinho apenas *uma parte dos seus bens*—o que restasse d'elles á morte do fiduciario. Permittiria o mais, e prohibiria o menos!

«rias definidas no artigo 1866.º, permite tão só, nas restrictas hypotheses que indica, os fideicommissos ordinarios, que contem o encargo de *conservar e transmittir*.»

¹ No mesmo sentido o Acc. do S. T. de J. de 7 de março de 1890 (*Gar. da Rel. de Lisb.*, anno IV, pag. 476).

E não seria menos discordante dos principios que o legislador adoptou n'esta materia, e que do proprio artigo 1867.^o se deprehendem, o permitir-se ao testador legar a uma pessoa certos bens, com o encargo de prestar a terceiras pessoas, estranhas áquelle, uma pensão ou renda, e prohibir-lhe o beneficiar com essa mesma pensão um neto ou um sobrinho. Seria desacatar, n'um artigo, as relações de parentesco, em homenagem ás quaes, indubitavelmente, se estabeleceram, n'outro artigo, as excepções ao principio da nullidade dos fideicommissos.

As proprias palavras do artigo 1871.^o vêm ainda confirmar esta opinião. Com effeito, preceituando o Cod. que as disposições n'esse artigo especificadas serão havidas por fideicommissarias, e *como taes prohibidas*, quiz decerto significar que são prohibidas nos mesmos casos em que o são as demais substituições fideicommissarias; isto é: nas condições apontadas pelo artigo 1867.^o

Alem de que, sendo, como geralmente se acredita, razão determinante do artigo 1871.^o o receio, por parte do legislador, de que as disposições aqui mencionadas não reunissem os caracteres apontados pelo artigo 1866.^o aos fideicommissos, e, consequentemente, ficassem fóra da prohibição para estas estabelecida no artigo 1867.^o pr. ¹, é manifesto

¹ Veja o *Direito*, anno xi, pag. 122.

que a sua prohibição **não** abrange os casos exceptuados no citado artigo 1867.º, n.ºs 1.º e 2.º, pois seria isso crear para certas substituições uma situação excepcional, que razão alguma justifica.

Em nossa opinião, portanto, a regra geral da prohibição dos fideicommissos, estabelecida nos artigos 1867.º pr. e 1871.º pr. soffre as excepções mencionadas em os n.ºs 1.º e 2.º do cit. artigo 1867.º e no artigo 1872.º — sendo aquellas applicaveis a todos os fideicommissos reconhecidos pela lei, e esta apenas ao n.º 3.º do artigo 1871.º, como da sua propria natureza se depreheende, e a letra expressa da lei o ensina ¹. Por este modo o fideicommisso regulado em o n.º 3.º do artigo 1871.º é permittido em tres casos, ao passo que todos os demais só em dois casos o são ².

A) *Os netos.*

33.—Diz o n.º 1.º do artigo 1867.º que é valida a substituição fideicommissaria quando feita *por pae ou mãe em favor dos netos nascidos ou por nascer.*

O modo porque o Codigo se acha redigido e

¹ O *Direito* (anno iv, pag. 580) em resposta a uma consulta, manifesta-se no mesmo sentido, relativamente ao fideicommisso do n.º 2.º do artigo 1871.º

² Veja infra, n.º 48.º, uma restricção a este principio.

o seu confronto com o Cod. Civ. Francez, que lhe foi fonte, deram já logar a uma importante questão, que convem analysar. É a seguinte:

Dizendo o Codigo «OS NETOS», quererá significar que, para a validade do fideicommisso, tenham de ser nomeados fideicommissarios TODOS OS NETOS, ou bastará que o seja apenas algum ou alguns d'elles, á vontade do testador?

O artigo 1050.º do Cod. Civ. Fr. que foi, como dissemos, fonte do artigo 1867.º do nosso Codigo, estabelece a doutrina de que tem de ser nomeados *todos os netos* do testador, não só os já nascidos, mas ainda os por nascer, pois diz

«... au pro-
«fit de tous les enfants nés et á naitre du grevé,
«sans exception ni preference d'âge ou de sexe.»

Deverá admittir-se a mesma doutrina em face do nosso Codigo?

34.—Pela affirmativa se pronuncia o sr. Hinzte Ribeiro, baseando-se, principalmente, no confronto do nosso Codigo com o Francez.

«Convencemo-nos—diz elle—de que o legislador portuguez não quiz desviar-se do espirito d'este artigo 1050.º, mas apenas desejou simplificar-lhe a redacção por julgar que os termos «em proveito dos netos nascidos e por nascer», mera

«synonimos de «*todos os netos*». Ora, sendo assim, «não pomos duvida em dizer que identica intelligencia se deve assignar ao n.º 2.º do artigo 1867.º, «pois que os mesmos motivos militam para um «que para outro preceito.» ¹

Menos verdadeira se nos afigura, porem, semelhante doutrina. Do confronto entre os dois codigos resalta claramente, não a doutrina perfilhada pelo sr. Hintze Ribeiro, mas a contraria. Com effeito o facto do nosso legislador redigir por modo diverso o n.º 1.º do artigo 1867, significa evidentemente que o seu proposito foi estabelecer tambem doutrina differente da do Cod. Francez; e se é certo que a primeira parte do citado numero podia, pela sua generalidade, auctorisar a opinião de que o legislador se quiz referir a *todos os netos*, não é menos verdade que a ultima parte—*nascidos* ou *por nascer*—veio restringir aquella, limitando a sua extensão pelo emprego da conjuncção disjunctiva *ou*, em lugar da copulativa *e*, usada no Codigo Francez.

E em abono da nossa opinião vem ainda a circumstancia de não ter sido estabelecida na legislação patria a doutrina consignada no artigo 1051.º do cit. Cod. Civ. Fr. que chama á successão do pae, pelo direito de representação, os filhos de qualquer dos netos fallecidos em vida do testador

¹ *Obr. cit.*, pag. 117.

—que é a consequencia logica de serem chamados *todos os netos*.

É, por isso, convicção nossa que o testador pode instituir o fideicommisso, tanto em favor de um neto só como em favor de todos, quer nascidos quer por nascer, com a unica restricção que deriva do artigo 1777.^o — o serem vivos os paes, ou algum d'elles, ao tempo da morte do testador. ¹

N'este sentido o entende a jurisprudencia.

B) *Os sobrinhos.*

35. — Menciona o n.^o 2.^o do artigo 1867.^o a segunda categoria de pessoas que podem validamente ser nomeadas fideicommissarios: são os *descendentes em primeiro grau de irmãos do testador*.

O confronto d'este, com o n.^o 1.^o do mesmo artigo, mostra que o legislador omittiu aqui as palavras finaes do n.^o 1.^o — *nascidos ou por nascer*.

¹ O sr. Hintze Ribeiro, sustentando que o fideicommisso pode ser instituido por doação, vê-se forçado a estabelecer n'este ponto uma distincção, que tornaria o Cod. incoherente. — «Em consequencia d'isto, diremos, argumentando por analogia — escreve elle — que se o fideicommisso for constituido, em favor dos netos, por convenção *inter vivos*, lhe é applicavel a disposição do artigo 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 fôr irrogado em testamento ou doação *causa mortis*, tem então pleno cabimento o disposto no artigo 1777.^o, e só ha necessidade de que os fideicommissarios *estejam concebidos quando o testador morrer.*» *Obr. cit.*, pag. 120. Confirma supra, n.^o 16.

D'aqui se originou a **questão** de saber se o proposito do legislador foi **firmar** doutrina differente da do n.º 1.º, ou se, ao contrario:

*podem nomear-se
fideicommissarios os descendentes em
primeiro grau, ainda por nascer, de irmãos
do testador?*

A este respeito é uniforme a jurisprudencia em afirmar que o n.º 2.º se deve considerar subordinado ao citado n.º 1.º do artigo 1867.º; e, por consequencia, que as palavras *nascidos ou por nascer*, n'este empregadas, tanto se applicam á hypothese n'elle prevenida, como á do n.º 2.º

E com razão. Nenhum motivo se invoca para justificar o preceito do n.º 1.º, que por egual não possa applicar-se ao n.º 2.º—e onde a mesma razão, a mesma disposição. Alem de que, tendo uns e outros capacidade para adquirir por testamento (Cod. Civ., artigo 1777.º), tanto são *descendentes* em primeiro grau de irmãos do testador os já nascidos, como os que ainda vierem a nascer; e onde a lei não distingue, não pode o interprete distinguir.

E pelas razões que apresentámos a proposito do n.º 1.º do citado artigo 1867.º, seguimos tambem a opinião de que ao testador é licito nomear fideicommissarios, quer *todos os sobrinhos*, conjunctamente, quer sómente algum ou alguns d'elles. ¹

¹ Supra, n.º 84.



C) *Indigentes, raparigas pobres e pessoas mo-
raes.*

36.—Encontram-se indicadas no artigo 1872.º as demais ¹ pessoas em cujo beneficio se pode estabelecer fideicommisso, quando este consiste na prestação de certa renda ou pensão a mais de uma pessoa successivamente.

São:

- 1) os indigentes;
- 2) as raparigas pobres (para o seu dote);
- 3) os estabelecimentos ou fundações de mera utilidade publica.

37.—Não indica o Codigo o modo de determinar os indigentes e as raparigas pobres, em cujo beneficio foi instituido o fideicommisso, afastando-se assim do da Hollanda, cujo artigo 924.º, que parece ter sido a fonte do artigo 1872.º do nosso, expressamente dispõe, relativamente aos pobres, que, quando o testador os não indique expressamente, se entenderão beneficiados todos os que partilham os soccorros publicos no logar onde se

¹ Como já dissemos (supra, n.º 29) o fideicommisso regulado em o n.º 3.º do artigo 1871.º tambem é valido quando feito em favor das pessoas mencionadas nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º

verifica a abertura da successão, independentemente do culto que elles professarem.

Deverá admittir-se entre nós a mesma doutrina, quando o testador não dispõe em favor de *todos* os indigentes e raparigas pobres?

Nada ha que o auctoris; antes me parece que ao fiduciario fica o direito de escolher quaes os que devem receber a pensão, da mesma fórma que acontece na hypothese prevista no artigo 1836.º do mesmo Cod. Civ. Tanto mais que a doutrina do sr. Hintze, que nem sempre seria exequivel relativamente aos indigentes ¹, quasi nunca o seria quando se tratasse de dotar raparigas pobres; e, em meu entender, a doutrina admittida para o primeiro caso, deveria sel-o tambem para o segundo, porque para ambos legisla o Cod. pela mesma fórma.

Mas uma outra questão apparece, que importa, tambem, considerar aqui.

38.—A lei fala *dos indigentes*, e fala de *raparigas pobres*, sem indicar o seu numero, no artigo 1872.º

Comprender-se-hão, portanto, no seu preceito todas as disposições que vão beneficiar *indigentes*, ou que mandem dotar *raparigas pobres*, qualquer que seja o seu numero?

¹ Ex.: quando a pensão fosse pequena e os pobres do logar fossem muitos.

Entendemos que sim. A lei dil-o tão expressamente, que as suas palavras não podem ter outro sentido. E sendo assim tão valida será a disposição que impozer ao herdeiro ou ao legatario o encargo de prestar a *todos* os indigentes de um logar certa pensão, como a que impozer esse encargo somente em beneficio de alguns, ou de algum. Com a differença, porem, de que dispondo em favor de *todos*, não fica a distribuição ao arbitrio do fiduciario: têm de ser chamados *todos* os indigentes nos termos dos artigos 669.º e seguintes do Cod. do Proc. Civ.; ao passo que sendo beneficiados só *alguns*, ou *algum*, essa escolha fica no seu direito, como dissemos, se o testador a não tiver já feito ¹.

39.—Fala, por fim, o artigo 1872.º nos *estabelecimentos ou fundações de mera utilidade publica*. Observa o sr. Hintze Ribeiro ² que aqui não ha propriamente uma excepção á regra estabelecida em o n.º 3.º do artigo 1871.º, pois que não se trata de encargo imposto ao legatario de prestar certa renda ou pensão em favor *de mais de uma pessoa*

¹ O testador pode deixar a determinação dos fideicommissarios dependente de um evento, como, por exemplo, se elle disposer dos bens em favor dos seus sobrinhos que forem vivos ao tempo do fallecimento do fiduciario (*Rev. de Leg.*, anno xiv, pag. 292).

² *Obr. cit.*, pag. 92.

successivamente, mas de um simples encargo imposto em favor de uma pessoa moral.

Não accetamos similhante opinião. Se o artigo 1872.^o não consigna, n'esta parte, uma excepção ao n.^o 3.^o do artigo 1871.^o, tambem ha de admittir-se que a não consigna quando se refere aos indigentes e raparigas pobres. A todas estas entidades se refere a lei nos mesmos termos; logo a conclusão a tirar relativamente a uma ha de applicar-se por egual ás outras. Ora o sr. Hintze Ribeiro admitte que elle estabelece uma excepção com respeito ás duas primeiras entidades; porque lhe nega, então, esta natureza com relação ás pessoas moraes? E demais, se n'elle se não estabelece realmente uma excepção, para que vem o artigo aqui?

Para indicar que é licito dispor de certa renda ou pensão, em beneficio de uma pessoa moral? Era escusado: nenhuma lei o prohibe; antes expressamente o permite o artigo 1781.^o do Cod. Civ.

Só considerando o artigo como excepção ao citado n.^o 3.^o do artigo 1871.^o se explica a sua existencia. A disposição de renda ou pensão em favor de qualquer pessoa, seja indigente ou não, é tambem permittida pela lei geral, e seria perfeitamente inutil vir repetil-o n'um lugar onde se trata de disposições que têm uma natureza especial.

Portanto, a nosso juizo, o Cod. n'esta parte limita-se a reconhecer a validade de uma disposi-

ção que imponha ao herdeiro ou ao legatario o encargo de prestar certa renda ou pensão, successivamente, a indigentes, raparigas pobres para o seu dote, ou pessoas moraes. Tal seria aquella em que o testador deixasse um predio a Antonio com encargo de este prestar a renda annual de 100,000 réis á Misericordia de Vizeu, durante 30 annos, e depois á de Coimbra. Aqui ha, evidentemente, um fideicomisso, nos termos do n.º 3.º do artigo 1871.º; e a sua nullidade resultaria immediatamente do proemio do mesmo artigo, se lhe não obstasse a excepção consignada no artigo 1772.º

40.—A proposito d'este mesmo artigo levantou o sr. Hintze Ribeiro a seguinte duvida ¹:

entre os estabelecimentos ou fundações de mera utilidade publica, a que o artigo se refere, comprehender-se-ha tambem a Igreja?

Baseando-se nos artigos 1775.º, 1779.º, 1781.º e 1836.º do Cod. Civ., pronuncia-se aquelle escriptor pela opinião negativa, pois não pode admitir que o legislador, procurando em todos aquelles artigos restringir as faculdades da Igreja, viesse

¹ *Obr. cit.*, pag. 94.

estabelecer uma excepção em seu favor no artigo 1872.º

Ainda n'esta parte me afasto de tão auctorisada opinião. Não ha duvida—e o proprio sr. Hintze o confessa—que a Igreja é um estabelecimento de mera utilidade publica, e assim tem sido considerado sempre; não pode tambem duvidar-se de que ella tem capacidade para adquirir por testamento, porque a lei assim o declara expressamente (Cod. Civ., artigo 1781.º); porque não havia de aproveitar-lhe, então, o preceito do artigo 1872.º, que se refere aos estabelecimentos de mera utilidade publica, de um modo generico, sem exceptuar nenhum?

E que inconveniente resulta de ser beneficiada com uma renda ou pensão, nos termos do n.º 3.º do artigo 1871.º, se ella o pode ser directamente uma vez que se guardem os limites estabelecidos no § un. do artigo 1781.º? Não descorrimos nenhum.

E muito mais inaceitavel seria a opinião do sr. Hintze, desde que admitissemos, com elle, que aqui não ha uma excepção, mas uma disposição directa em favor da Igreja, pois em tal caso seria palpavel a antinomia entre o citado artigo 1781.º que permittia dispor em beneficio da Igreja de qualquer legado, dentro das forças da terça, e o artigo 1872.º que tornava invalido um legado n'aquellas condições.

41.—Temos, por esta fôrma, concluido o estudo da primeira questão enunciada (supra, n.º 29)—*determinar que pessoas podem ser validamente instituidas fideicommissarias*. Segue-se, pois, naturalmente, *determinar as pessoas que têm capacidade para serem instituidas fiduciarias*. Esse será o objecto do § seguinte.

§ 3.º — Dos que podem ser fiduciarios

42. O testador pode nomear qualquer pessoa fiduciario. Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação.
43. Continuação. — E tanto pode nomear uma só pessoa como muitas, uma vez que o sejam simultanea e não successivamente.

42.—Ao contrario do Cod. Civ. Fr. que no artigo 1049.º claramente preceitua que só podem ser fiduciarios os paes do fideicommissario, o nosso Codigo nada dispõe a tal respeito. Este silencio da lei, e a consideração de que o pensamento do legislador foi restringir quanto possivel os fideicommissos, tem levado alguns escriptores a sustentar que entre nós deve admittir-se a mesma doutrina do Cod. Fr. A sua argumentação, excellentemente deduzida pelo sr. Hintze Ribeiro, é a seguinte:

«O artigo 1867.º, n.º 1.º fala de substituições «feitas por *pae ou mãe em proveito dos netos*. A palavra *pae* é termo de relação; a palavra *mãe*, «egualmente; toda a relação comprehende, pelo «menos, dois termos; se um d'elles é o *pae ou mãe*, «o outro é forçosamente o *filho*; isto é elementar.

«O termo *filho* hade, pois, inevitavelmente perten-
 «cer a uma das pessoas que figuram, como partes
 «activas, no fideicommisso. Se uma pessoa fidei-
 «committe como *pae ou mãe*, ou hade fideicom-
 «mittir a um *filho*, ou hade fideicommittir em pro-
 «veito de um *filho*. Logo o *filho* ha de ser *fiducia-*
 «*ciario* ou *fideicommissario*; isto é logico. Mas o
 «artigo 1867.^o declara categoricamente que os
 «fideicommissarios são os *netos*. Logo o *filho* é, e
 «não póde deixar de ser o *fiduciario*. As expres-
 «sões *pae ou mãe* e *netos* não são termos de uma
 «comparação immediata; exigem um outro inter-
 «mediario que é o *filho*; logo se os fideicommitten-
 «tes são os *paes*, e os fideicommissarios os *netos*,
 «os fiduciarios são os *filhos*.» ¹

Não nos convence esta argumentação, aliás tão engenhosamente architectada. D'ella tiramos uma unica conclusão—a de que n'este ponto, como em tantissimos outros, o legislador não teve todo o cuidado necessario na redacção do Codigo. Baseando-se no Cod. Fr., supprimiu a parte relativa ao fiduciario, evidentemente no proposito de estabelecer doutrina differente, mas esqueceu-se de modificar a primeira parte em harmonia com esta alteração.

A argumentação do sr. Hintze Ribeiro, alem d'isso, é applicavel tão sómentè ao n.^o 1.^o do ar-

¹ *Obr. cit.*, pag. 107.

tigo 1867.º; os fideicommissos permittidos pelo n.º 2.º do mesmo artigo, e ainda pelo artigo 1872.º, ficavam fóra d'aquella regra, e assim teriamos a incoherencia na lei, exigindo por um lado que fosse nomeado fiduciario o pae ou mãe do fideicommissario, quando este fosse neto do testador, e permittindo que fosse qualquer outra pessoa em todos os demais casos — o que não pode admitir-se. E quando mesmo quizesse estender-se aquella doutrina, por analogia, aos demais fideicommissos, na propria natureza d'estes se depavara um grave embaraço, porventura insuperavel. Em primeiro logar quando o testador dispozesse de certa **renda em favor dos indigentes**, quem seria o fiduciario?

E no fideicommissio instituido em favor de uma pessoa moral?

Mas ainda quando se queira restringir aquella doutrina aos fideicommissos regulares, nem assim desaparecem as difficuldades. Com effeito, tendo o testador mais do que um filho, sem descendentes, e desejando beneficiar todos os seus netos, quem ha de ser fiduciario? Todos os filhos? Seria violentar muito a vontade do testador. E o mesmo inconveniente apparece, por egual, quando elle queira beneficiar um neto e um sobrinho simultaneamente.

43.—Não acceitamos, pois, a opinião do sr.

Hintze Ribeiro. Entendemos que o Código permite ao testador nomear livremente qualquer pessoa para fiduciario, sejam quaes forem as relações de parentesco que o liguem ao fideicommissario. E da mesma fórma que lhe é permittido nomear para fideicommissarios uma ou mais pessoas, comtanto que o sejam simultanea e não successivamente (artigo 1867.^o), tambem podem instituir um ou mais fiduciarios, porque nada ha na lei que o prohiba ¹, ainda que a Rel. de Lisb., em Acc. de 11 de maio de 1872, menos fundadamente julgou o contrario ².

¹ *Rev. de Leg.*, anno xii, pag. 72.

² Dias Ferreira—*Annot.*, vol. iii, pag. 448 e 449.

§ 4.º — Do numero de graus da substituição

44. A substituição só é permittida n'um grau. Opinião do auctor do Projecto do Cod. Civ.
45. As nomeações nullas não se contam para o effeito de marcar este primeiro grau.
46. Transição.

44. — Mais uma vez ainda, n'esta materia, a imprevidencia do legislador se manifesta, afastando-se do Cod. Civ. Fr. que no seu artigo 1048.º expressamente determina que os fideicommissos validos não podem abranger mais do que um grau de substituição. No nosso Codicego não se encontra preceito expresso a tal respeito relativamente aos fideicommissos de futuro; limitando-se a declarar os netos e sobrinhos do testador **habeis** para receber o fideicommisso, não prohibe de um modo claro e terminante, como seria mister, que a nomeação d'estes seja em mais de um grau de substituição.

Attendendo, porem, ao pensamento do legislador, que foi impedir a amortisação da propriedade por muitos annos, e ainda a que no artigo 1874.º, relativameate aos fideicommissos de pre-

terito — a cujo respeito se levantava já a mesma duvida na velha jurisprudencia ¹— prohibiu os fideicommissos em mais de um grau, nenhuma duvida devemos ter em acceitar a mesma doutrina para os fideicommissos de futuro ².

E em reforço d'esta opinião vem ainda o illustrado auctor do Projecto Primitivo, o qual, em resposta ás observações do sabio Professor d'esta Universidade, o sr. dr. Paes da Silva, que tinha affirmado não ser conveniente, nem justo, que se restringisse o fideicommissos a um só grau, escreveu o seguinte:

«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 «ter credito algum sobre bens que d'um dia para

¹ Da incerteza da jurisprudencia a este respeito dá frisante exemplo Correia Telles, que tendo primeiramente affirmado (*Manual do Tabellião*, § 226) que deviam julgar-se validos os fideicommissos até ao quarto grau, restringiu depois esta validade ao segundo (*Doutrina das acções*, § 165, nota 1), e, por fim, ao primeiro (*Digesto Portuguez*, tomo III, artigo 1639.º). O proprio auctor do *Projecto Primitivo* hesitava, tambem, em decidir-se, e tanto que no artigo 2009.º, correspondente ao artigo 1874.º do Cod., se dizia: «Os fideicommissos temporarios de preterito somente produzirão o seu effeito no 1.º e 2.º graus...»

² *Rev. de Leg.*, anno I, pag. 237.

«o outro podem desapparecer do seu patrimonio;
 «não em relação ao fideicommissario, porque virá
 «a receber uma propriedade deteriorada pela am-
 «bição ou negligencia do fiduciario; não em rela-
 «ção á sociedade porque sempre é prejudicada
 «pelo desaproveitamento da propriedade ou dimi-
 «nuição do seu producto, pela perda dos direitos
 «durante a amortisação, e finalmente pela infini-
 «dade de questões e demandas que estas desmem-
 «brações do dominio necessariamente produzem.»

São, portanto, nullas, nos termos do artigo 10.º do Cod. Civ., e por analogia do artigo 1869.º, todas as disposições que envolverem substituições em mais de um grau.

45.—Supponhamos, porem, que entre as pessoas nomeadas pelo testador, nos fideicommissos em mais de um grau, figuram algumas que podem legitimamente ser fideicommissarias, e outras que o não podem ser; *quid juris?* Assim: se o testador deixa os seus bens a A para por morte d'este serem transmittidos a B, por morte d'este a C e por morte d'este ao *neto* do testador D, não estando B e C em condições de serem fideicommissarios, como deverá proceder-se?

Parece, á primeira vista, que não sendo permittida a substituição em mais de um grau, as nomeações de C e D, como contrarias á lei, são nul-

las; e como, por seu lado, B não podia ser nomeado fideicommissario validamente, reputar-se-hia não escripta esta nomeação, perdendo assim a disposição o character de fideicommissaria.

Mas o preceito do artigo 1869.º leva-nos antes á opinião opposta. Com effeito este artigo determina claramente que a nullidade da clausula fideicommissaria produz apenas um effeito — o dever esta reputar-se não escripta. Ora applicando esta doutrina á nossa hypothese, o que succede? A nomeação de B é nulla, por contraria á lei; logo deve reputar-se não escripta. Da mesma fórma a nomeação de C. Mas reputando-se não escriptas as nomeações de B e C, é claro que a disposição se transforma n'um fideicommisso em primeiro grau, a favor do *neto* D, valida pelo disposto em o n.º 1.º do artigo 1867.º Para este devem, pois, passar os bens á morte de A, que d'elles tem apenas o usufructo, radicando-se n'aquelle a propriedade, e conseguindo-se, assim, o fim que o testador se propunha.

N'este sentido se têm manifestado os tribunaes, e a imprensa juridica do paiz ¹.

Isto, porem, somente quando os fideicommissarios sejam todos vivos ao tempo da morte do testador, pois se algum d'elles houver fallecido

¹ *Revista de Leg.*, anno xvi, pag. 295; xviii, pag. 379; xx, pag. 516.

primeiro, a sua nomeação não se conta para effeito algum, visto ter caducado nos termos do artigo 1759.º do Cod. Civ. ¹

46. — Agora que deixamos determinadas as condições a que tem de satisfazer uma substituição fideicommissaria para ser valida, á face do nosso Cod. Civ., segue-se naturalmente apreciar os direitos e obrigações que d'ella derivam. E visto que no fideicommisso entram duas entidades — o *fiduciario* e o *fideicommissario* — manda a boa ordem que as correspondentes disposições do Código sejam naturalmente separadas em trez paragrafos:

- a) disposições relativas ao fiduciario;
- b) disposições relativas ao fideicommissario;
- c) disposições communs a um e outro.

Tal será o caminho que vamos seguir.

¹ Cit. *Revista*, anno XII, pag. 35.

CAPITULO III

Dos direitos e obrigações que derivam da disposição fideicommissaria

§ 1.º — Dos direitos e obrigações do fiduciario

47. Rasão d'ordem.

A) *Proibição de alienar:*

48. O fideicommisso do n.º 1.º do artigo 1871.º nunca pode ser valido. D'elle não derivam, portanto, direitos nem obrigações.

49. O lugar d'esta disposição não era aqui.

B) *De eo quod supererit:*

50. O fiduciario tem direito de alienar os bens.

51. Contin.—Limites d'este direito. Doutrina da legislação previgente.

C) *Renda ou pensão vitalicia:*

52. O fiduciario pode converter o pagamento da pensão no do capital correspondente. Modo de calcular este capital.

D) *Fideicommissos regulares:*

53. O fiduciario tem os direitos de mero usufructuario; não pode, por isso, dispor da propriedade dos bens fideicommittidos.

47. — Dispõe expressa e claramente o artigo 1873.º do Cod. Civ. que os fiduciarios serão havidos por meros usufructuarios; isto de um modo geral e applicavel apenas quando o mesmo Codigo

não disposer o contrario, pois casos ha em que ao fiduciario concede a lei direitos que não pertencem ao mero usufructuario.

Para seguir com methodo olhemos a questão relativamente a cada uma das especies de fideicommisso reconhecidas pela lei, e pela ordem porque precedentemente as deixámos apontadas ¹.

A) *Proibição de alienar.*

48. — nenhuns direitos ou obrigações podem resultar do fideicommisso prevenido em o n.º 1.º do artigo 1871.º, porque *em caso algum* pode ser valido. Comquanto as excepções ao principio de nullidade, estabelecidas no artigo 1867.º, sejam applicaveis a todas as especies de fideicommissos ², o certo é que nunca aquelle de que nos occupamos pode firmar a sua validade em qualquer d'essas excepções.

Na generalidade da sua redacção, como ficou dicto, trez hypotheses poderiam comprehender-se:

- a) Ou o testador designa *expressamente* a pessoa que deseja beneficiar, ao prohibir o seu herdeiro de alienar os bens deixados;

¹ Supra, n.º 25.

² Supra, n.º 32.

- b) Ou fornece elementos **para essa pessoa poder determinar-se;**
- c) Ou limita-se a estabelecer a prohibição.

Ora os dois primeiros casos, *unicos* em que poderiam applicar-se aquellas excepções, são evidentemente comprehendidos na disposição do artigo 1866.^o ¹, e não na do artigo 1871.^o; e na terceira hypothese a impossibilidade de determinar o fideicommissario tornando impossivel o saber-se quaes as suas relações de parentesco com o testador, importa a impossibilidade de lhe applicar as excepções do artigo 1867.^o

49. — Mas não vá inferir-se do que fica escripto que a disposição com prohibição de alienar é inteiramente nulla, não produzindo, consequentemente, effeitos alguns em relação ao herdeiro ou legatario instituido. Essa é, na verdade, a conclusão a que leva o modo pouco correcto porque o Cod. se acha redigido; mas o artigo 1869.^o mostra que a nullidade affecta simplesmente a clausula fideicommissaria, que é, indubitavelmente, a *prohibição de alienar*.

Portanto as disposições prevenidas em o n.^o 1.^o do artigo 1871.^o convertem-se, sempre, em dis-

1 Supra, n.^{os} 10 e 26.

posições puras, ficando ao herdeiro ou legatário instituído o direito de pleno domínio sobre a cousa ¹.

Melhor cabimento teria, pois, esta materia, na secção em que tracta *Da instituição de herdeiros e da nomeação de legatários*, por exemplo no artigo 1808.º, onde se fulminam algumas condições de natureza analogá á d'esta.

B) *De eo quod supererit.*

50. — Alem do direito de usufruir os bens deixados, tem ainda o fiduciario, nos fideicommissos regulados pelo n.º 2.º do artigo 1871.º, o de *alienar* os mesmos bens. Isso deriva das proprias palavras da lei. *O que restar*, diz ella, passará para o segundo nomeado; logo não ha a obrigação de *conservar* os bens, mas, consequentemente, a faculdade de os *alienar* ².

Será, porem, este direito tão latitudinario que o fiduciario possa alienar-os na sua totalidade, ou só em parte, e tanto por testamento como por acto entre vivos, a seu bel-prazer?

Não o diz o Cod. expressamente.

¹ Assim o julgou o Acc. do S. T. de J. de 16 de dezembro de 1892 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno vi, pag. 446 e 447), que não considera tal disposição fideicommissaria mas sim nulla por contraria ao artigo 2359.º do Cod. Civ. visto ser o direito de alienar inherente ao de propriedade.

² *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno v, pag. 355.

51. — Já no Direito anterior o ponto era discutido entre os nossos juristas, inclinando-se Lobão a que deveriam ser consideradas ilícitas as alienações que fossem feitas com o animo de defraudar o fideicommissario e de esterilizar o fideicommisso ¹; Coelho da Rocha ensinava também que a alienação somente era permittida para satisfação das necessidades pessoais do fiduciario ²; e Correia Telles, na mesma ordem de ideias, dizia também que o fiduciario só poderia fazer a alienação quando já não tivesse bens seus que pudesse vender, sendo a necessidade justa e não procurada com dolo ³.

Perante o silencio do Codigo, e em respeito da presumida vontade do testador, que quiz beneficiar o segundo nomeado com os bens que o herdeiro não alienasse para occorrer ás suas necessidades, adoptamos ainda hoje a doutrina d'aquelles escriptores, sem desconhecer as difficuldades que na pratica se depararão, pela quasi impossibilidade de determinar os limites d'aquellas necessidades. E adoptamol-a, principalmente, pela repugnancia que nos causa conceder ao fiduciario um meio seguro de invalidar a vontade do testador,

¹ *Notas a Mello*, tomo v, Diss. vii, §§ 62.^o e seguintes.

² *Inst. de Dir. Civ.*, § 718.^o

³ *Digesto Portuguez*, tom. iii, artigo 1615.^o (*Rev. de Leg. e de Jur.*, anno xix, pag. 581).

tão claramente manifestada, locupletando-se com aquillo que a um terceiro era destinado.

Fica assim, implicitamente, declarado tambem, que a alienação não pode ter logar por *testamento*.

C) *Renda, ou pensão, successiva.*

52. — Os direitos que, em especial, pertencem ao fiduciario, quando a disposição seja das comprehendidas em o n.º 3.º do artigo 1871.º, são: a) escolher, em certos casos, as pessoas que devem ser beneficiadas com a pensão ¹; b) e converter a prestação no pagamento do capital correspondente em dinheiro (Cod. Civil, artigo 1872.º, § 1.º).

Relativamente ao modo como deve fazer-se esta remissão, escreve o sr. Hintze Ribeiro as seguintes palavras, que inteiramente accetamos:

«Com quanto o artigo 1872.º, § 1.º, não dis-
 «ponha sobre a maneira de effectuar esta remis-
 «são, entendemos que a renda ou pensão deve
 «ser considerada como juro legal do capital que
 «se pretender apurar; este juro é, consoante o §
 «1.º do artigo 1640.º, de 5 0/0 na falta de con-
 «venção dos interessados. A remissão do encargo
 «consiste, pois, no pagamento de um capital equi-
 «valente a vinte pensões annuaes. Este é, tam-
 «bem, em geral, o preço da remissão dos foros.» ²

¹ *Supra*, n.ºs 37 e 38.

² *Obr. cit.*, pag. 95 e 96.

D) *Fideicommissos regulares.*

53. — Nos fideicommissos definidos pelo artigo 1866.º tem o fiduciario os direitos e obrigações de um mero usufructuario (Cod. Civ., artigo 1873.º); é nos artigos 2202,º e seguintes do mesmo Codigo, portanto, que havemos de ir estudal-os.

Mas, como já tivemos occasião de dizer, estes direitos e obrigações são communs a todos os fiduciarios, n'aquillo em que não forem contrariados pelas disposições especiaes que, a proposito de cada uma das especies de fideicommisso, deixamos apontadas. É isso mesmo o que se deduz do modo generico por que se acha redigido o citado artigo 1873.º

D'este modo pode o *fiduciario* aproveitar-se de todos os fructos de cousa, emprestar ou alugar os bens fideicommittidos, e ainda mesmo vender o seu usufructo (Cod. Civ., artigo 2260.º); na certeza, porem, de que os effeitos de taes contractos terminam com a morte do fiduciario, se n'elles não tiver intervindo o fideicommissario. O que não pode, em regra, é dispor da propriedade dos mesmos bens, porque essa lhe não pertence ¹.

¹ Conf. infra n.º 55.

§ 2.º — Dos direitos e obrigações do fideicommissario

- 54. O Codigo não especifica os direitos do fideicommissario; especificação de alguns d'esses direitos. A substituição de usufructo.
- 55. Condições em que ao fideicommissario é permittida a alienação dos bens fideicommittidos.
- 56. Transição.

54. — Não especifica o Cod. na secção em que tracta dos fideicommissos os direitos que ao fideicommissario pertencem; mas não é difficil determinal-os depois do que precedentemente fica estabelecido.

Já dissemos que o direito de propriedade perfeita, pertencente ao testador, se desdobrava á morte d'este, ficando para o fiduciario, em regra, o *usufructo*, e todos os demais direitos, contidos no de propriedade, para o fideicommissario. Considera-se, pois, este, como proprietario de bens, cujo usufructo pertence a outrem, e por isso para determinar os seus direitos basta conhecer os do usufructuario, e os que constituem a propriedade perfeita, muitos dos quaes se acham especificados nos artigos 2221.º e seguintes do Cod. Civ.

Isto pelo que respeita aos fideicommissos considerados em geral; mas n'alguns casos particula-

res estes direitos **soffrem as limitações** que derivam das faculdades mais latitudinarias do fiduciario. E assim:

- 1) Pelo que respeita ao fideicommisso mencionado em o n.º 3.º do artigo 1871.º não adquire o fideicommissario direito algum sobre os bens deixados pelo testador; apenas lhe é permittido exigir o pagamento de uma certa e determinada pensão, que o fiduciario ainda tem o direito de substituir pelo pagamento, por uma vez só, do capital correspondente em dinheiro (artigo 1872.º, § 1.º).
- 2) Relativamente ao fideicommisso do n.º 2.º do mesmo artigo, tambem não póde dizer-se que o fideicommissario tenha direito á propriedade dos mesmos bens, de modo a poder dispor d'elles. Desde que ao fiduciario é permittido alienal-os, para satisfação das suas necessidades, é claro que o direito do fideicommissario fica subordinado á condição de elles não serem necessarios, e não pode, portanto, dispor d'elles. Fica-lhe, porem, salvo, a meu juizo, o direito de promover a annullação da venda dos mesmos bens, quando feita em casos que a lei não auctorisa.
- 3) Quando o fideicommisso seja estabelecido simplesmente no *usufructo* de certos bens, cuja propriedade foi deixada a um terceiro, claro é que o fideicommissario sómente tem o direito de usufruir os bens, por morte do fiduciario. É este o unico caso em que fiduciario e fideicommissario têm os mesmos direitos, não simultanea, mas successivamente ¹.

¹ Era muito discutida na jurisprudencia Franceza a possibilidade de fideicommitter o *usufructo*, sendo geralmente seguida a

55. — Do exposto resulta que, em regra geral, pode o fideicommissario, depois da morte do testador, alienar por qualquer forma a propriedade dos bens fideicommittidos, embora onerados com o usufructo para terceiro; e de accordo com o fiduciario pode a propriedade ser logo alienada, como

opinião negativa. Com effeito, partindo da consideração de que é da essencia d'esta instituição o duplo encargo de *conservar e transmittir*, aquella conclusão é logica, por serem taes obrigações incompativeis com a propria natureza do usufructo, que é um direito pessoal, e, como tal, se extingue por morte do usufructuario, consolidando-se com a propriedade nas mãos do herdeiro.

Como pode, em verdade, o usufructuario *transmittir* a outrem um direito que, por sua propria natureza, se extingue no proprio momento em que aquella transmissão devia operar-se? É isso completamente impossivel.

Alem de que em taes substituições o verdadeiro *gravado* não é o *fiduciario*, mas um terceiro, que nada tem com o fideicommissario; é o proprietario dos bens. «*Singulier grevé qui n'est pas «gratifié* — escreve Laurent — *loin de là, il est privé de la jouissance de la chose pendant la vie des deux usufruitiers*» (obr. cit. pag. 461). Como bem observa Proudhon (*De l'usufruit*, tom. 2.º, pag 32 e seguintes) quando o testador substitue o usufructo, faz no fundo duas disposições separadas; é como se elle dissesse: «Encarrego o meu herdeiro de entregar o meu predio a Pedro, para o usufruir por toda a sua vida; depois da morte de Pedro, e quando o usufructo que eu lhe lego se tiver consolidado com a propriedade, nas mãos do meu herdeiro, encarrego este de entregar o mesmo predio a Paulo para que, por sua vez, o usufrua» (Laurent, obr. e loc. cit.)

Mas, apesar da justiça d'estas considerações, e talvez para atalhar as duvidas da jurisprudencia Franceza, o Codigo admite expressamente, no final do artigo 1870.º, esta especie de substituições, tornando, assim, ainda mais confusa esta materia, e originando uma gravissima difficuldade na combinação d'este artigo com o artigo 2199.º Na verdade a substituição do usufructo nada

livre. No caso, porem, do fiduciario fazer a venda do predio, como se fôra seu, e sem consentimento do fideicommissario, pode este, ou os seus herdeiros, requerer a annullação de tal venda; mas emquanto essa annullação não fôr declarada por sentença passada em julgado, não lhe é permittido hypothecar ou alienar os mesmos bens ¹.

E da mesma fórma que podem, de commum accordo, fiduciario e fideicommissario, alienar os bens, é-lhes tambem permittido trocal-os por ou-

mais é do que um legado de *usufructo successivo*; ora este é, em regra, permittido pelo citado artigo 2199.º e 2250.º do Cod. Civ., ao passo que pelo artigo 1870.º, considerando-o fideicommisso, é, em regra, nullo! Varios escriptores têm procurado a sua conciliação, mas com duvidoso resultado. (Vid. *Hinzle*, obr. cit. pag. 225 e seguintes) O factio indubitavel, apesar da affirmativa contraria do sr. Silva Ferrão (Dicc. remmissivo), é que os dois artigos se estão rindo um para o outro, no dizer pittoresco de um sabio jurisconsulto. Aqui nem sequer ha a differença de palavras, separando as duas instituições! Tomando por fundamento o preccito *geral* do artigo 1761.º julgamos dever interpretar-se qualquer disposição testamentaria, nas condições expostas, por forma que se mantenha a sua validade; de modo que se o testador dispõe do usufructo de certo predio, successivamente, em favor de varias pessoas, existentes ao tempo em que a disposição produzir effeito — consideral-a-iamos *legado de usufructo successivo*; se, ao contrario, as pessoas beneficiadas em segundo ou terceiro logar não estiverem n'aquellas condições, mas forem sobrinhos ou netos do testador (Cod. Civ. artigo 1867.º, n.º 1.º e 2.º) consideral-a-hiamos fideicommisso. Bem sabemos que isto é andar ás avessas, partir da validade da disposição para a sua natureza; mas desde que a lei nos não offerece um criterio seguro para a discriminação das duas instituições, é aquelle o unico meio de não invalidar o preccito do cit. artigo 1761.º do Cod. Civ.

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 1, pag. 233.

tros, que ficarão possuindo nas mesmas condições dos alienados ¹.

56. — Agora que deixamos apontados os direitos e obrigações que do fideicommisso derivam para o fiduciario e para o fideicommissario, restamos, para encerrar este capitulo, averiguar quando se adquirem, e quando se perdem, aquelles direitos e obrigações.

Será esse o objecto do § seguinte.

¹ *Direito*, anno iv. pag. 579.

§ 3.º — De quando começam e acabam os efeitos
do fideicommisso

57. A situação do fideicommissario é independente da do fiduciario. O preceito do artigo 1868.º do Cod. Civ. e o Direito previgente.
58. Consequencias d'aquelle preceito.
59. Fallecendo o fideicommissario antes do testador, a propriedade da herança ou do legado radica-se no fiduciario, que a transmite a seus successores.
60. Opinião contraria do sr. Alexandre de Seabra.
61. Sua refutação; a opinião da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*.
62. Continuação.
63. Fallecendo o fiduciario antes do testador, a disposição é directa em favor do fideicommissario. Doutrina de Lobão.
64. Se ao tempo da morte do testador vivem os dois beneficiados, cada um d'elles adquire desde logo os seus respectivos direitos.
65. Os direitos do fiduciario extinguem-se nos mesmos casos em que termina o usufructo; os do fideicommissario transmittem-se a seus herdeiros.
66. As condições não impedem que os beneficiados adquiram os seus direitos logo á morte do testador. Opiniões do *Direito* e da *Rev. de Leg.*

57. — A unica disposição legal, que o Cod. nos apresenta relativamente a este ponto, é o artigo 1868.º que diz 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 her-
deiros.»

E' esta uma das inovações do Codigo. Já tive-
mos occasião de referir que no Direito velho o fi-
deicommissario só adquiria direito aos bens fidei-
committidos á morte do fiduciario, baseado no
parecer auctorizado de Lobão, que o S. T. de J.
adoptou ¹. Á face do nosso Cod., pois, a situação
do fideicommissario é independente da do fiducia-
rio com relação á aquisição do direito; apenas a
posse da propriedade fideicommittida fica depen-
dente da morte d'este.

58. — Do preceito consignado no cit. artigo
1868.º algumas consequencias resultam, relativa-
mente á correlação dos direitos do fiduciario e do
fideicommissario, e seus respectivos herdeiros.
Tanto um como o outro só adquirem os seus res-
pectivos direitos no momento da morte do testa-
dor. Ora, á morte d'este, uma de trez hypotheses
se ha de dar:

- 1) ou viver apenas o fiduciario;
- 2) ou apenas o fideicommissario;
- 3) ou ambos elles.

¹ Supra, n.º 20.

Vejamos o que deriva, em cada uma d'ellas, da disposição citada.

1) *Sobrevive apenas o fiduciario.*

59. — No caso de ter fallecido o fideicommissario antes do testador, os bens passam por morte d'este para o fiduciario, livres de qualquer onus. N'elle se radica a propriedade porque a disposição perdeu, pela morte do fideicommissario, a natureza de fideicommissio visto ter caducado a disposição em favor d'este (Cod. Civ., artigo 1759.º, n.º 1.º) ¹ E o que dizemos para o caso de fallecimento, tem egual applicação quando o fideicommissario seja incapaz de receber os bens, não só porque o n.º 3.º do mesmo artigo 1759.º assim o indica, mas ainda porque o artigo 1869.º declara expressamente que

« a nullidade da substituição fideicommissaria não involverá a nullidade da instituição ou do legado; apenas se haverá por não escripta a clausula fideicommissaria. »

60. — No entantõ um abalisado jurisconsulto, cujos escriptos são um primor de claresa, — o sr.

¹ *Rev. de Leg.*, anno xii, pag. 35; Hintze Ribeiro, obr. cit., pag. 185.

Alexandre de Seabra — esforçou-se por fazer vingar a opinião de que, n'esta hypothese, os bens, em vez de se radicarem no herdeiro ou legatario, devem antes, por morte d'estes, passar aos herdeiros do testador, não tendo aquelles mais do que o seu usufructo. Os seus argumentos são os seguintes:

- a) Sendo os fiduciarios havidos por *meros usufructuarios*, certo é que os fideicommissarios são havidos como *proprietarios* dos bens do fideicommisso; e nada auctorisa o fiduciario a haver a *propriedade*, visto que o testamento apenas lhe confere o *usufructo*;
- b) Não tendo os fideicommissarios capacidade para receber a herança ao tempo da morte do testador, nos termos do artigo 1778.^o, tinha caducado a sua instituição, conforme o disposto no artigo 1759.^o n.^o 3.^o do Cod. Civ., que expressamente estabelece:

« As disposições testamentarias caducam, e ficam sem
« effeito com relação aos herdeiros. . . 3.^o) se os herdeiros se tornarem incapazes de receber a herança ».

Ora tendo d'este modo *caducado*, a referida disposição, devem ser chamados a succeder os *herdeiros legitimos*, pois que o artigo 1968.^o do dicto Cod. não menos expressamente declara que *se o testamento fôr annullado ou caducar, os herdeiros legitimos haverão os bens*.

¹ *Direito*, anno xii, pag. 148; xiv, pag. 307 e 417; xvii, pag. 387 e 211; xix, pag. 225; xviii pag. 97.

61.—Mas predomina na jurisprudencia a opinião contraria. Em seu abono se tem produzido os argumentos seguintes: ¹

- 1) O artigo 1873.º considera como *mero usufructuario* APENAS o herdeiro ou legatario cuja herança ou legado estiver sujeito a substituição fideicommissaria; ora, desde que esta é nulla, a herança ou legado *está livre* de tal substituição, e portanto o artigo é inapplicavel;
- 2) O artigo 1759.º n.º 3.º refere-se a *herdeiros* tornados incapazes; e ao fideicommissario não considera a lei como *herdeiro*, mas só ao *fiduciario*; ²
- 3) A successão legitima só tem logar na falta de testamento (artigo 1968.º); ora na substituição fideicommissaria esse testamento existe e institue o fiduciario, embora com o *encargo* de conservar e transmitir por morte. Desde que esse encargo desaparece fica o legado puro.

62.—Esta ultima opinião é ainda a que melhor se ajusta com a intenção do testador. Este,

¹ Cit. *Rev.*, anno XII, pag. 35; xv, pag. 84 e 211; Acc. da Rel. do Porto (*sem data*) no *Direito*, anno XIX, pag. 227 e seguintes.

² Este argumento não tem valor algum. Comquanto o Cod. Civ., nos artigos 1866.º e 1874.º só chame *herdeiro* ou *legatario* ao fiduciario, é bem certo, em face dos artigos 1735.º e 1736.º do mesmo Cod., que a mesma designação cabe ao fideicommissario, visto que *tambem* este *succede* na totalidade, ou em parte, da herança do testador (cit. Cod., artigo 1868.º).

ao onerar os bens, levava em vista beneficiar um terceiro. Ora desde que esse terceiro não pode receber o benefício, deve desaparecer o encargo, pelo principio de que *sublata causa cessat effectus*. E para a hypothese do fideicommissario ter fallecido antes do testador pode ainda accrescentar-se, que, se este não quizesse realmente que a propriedade dos bens se radicasse no fiduciario, ter-lhe-hia nomeado outro substituto. ¹

Por todas estas considerações a perfilhamos.

2) *Sobrevive, apenas, o fideicommissario.*

63.— Se o fiduciario falleceu antes do testador, ou se acaso é incapaz de receber por testamento, tambem a disposição perde o character de fideicommissaria, e reveste o de nomeação pura.

Em vista do disposto em os n.^{os} 1.^o e 3.^o do cit. artigo 1759.^o a instituição de herdeiro ou legatario, em favor do fiduciario, caduca, em qualquer d'aquellas hypotheses; ora caducando a nomeação de fiduciario é evidente que fica apenas de pé a de fideicommissario. Adquire, pois, este, o direito de propriedade sobre os bens deixados, logo á morte do testador, podendo desde então usufruil-os.

¹ No mesmo sentido se pronuncia o sr. Hintze (*obr. cit.*, pag. 185 e 186.)

No dominio da legislação antiga era este ponto duvidoso; todavia Lobão já se pronunciava no mesmo sentido que deixamos indicado.

« Não fica, porem. o testamento destituto ¹
 « ou deserto—escrevia elle — 1.º) se ha no testa-
 « mento uma substituição; porque se o herdeiro
 « morre em vida do testador, ou, sobrevivendo-
 « lhe, não pode ou não quer acceitar a herança,
 « passa ao substituido ». ²

Comquanto o nosso Codigo seja omisso a este respeito, não nos parece contestavel a opinião que aventamos, que é uma consequencia dos principios estabelecidos ³.

3) *Sobrevivem o fiduciario e o fideicommissario.*

64.—No caso em que vivam ao tempo da morte do testador o fiduciario e o fideicommissario, n'esse momento adquire cada um d'elles os direitos que precedentemente lhes deixamos assignados. É esta, como dissemos, uma das innovações do Cod., pois no direito anterior o fideicommissario só por morte do fiduciario adquiria direito aos bens.

¹ «He *destituto* ou *deserto* o testamento, quando vem a faltar o herdeiro instituido: ou porque morre em vida do doador, ou porque repudia a herança. . . » *Not. a Mell.*, L. III, Tit. V, § 54.º, n.º 2.º

² Lobão, loc. cit.

³ *Rev. de Leg.*, anno XIV, pag. 295.

65. — Os direitos do fiduciario extinguem-se nos mesmos casos em que termina o usufructo, visto ser elle por lei considerado um mero usufructuario (Cod. Civ., artigo 1873.^o); temos, por isso, de recorrer ao artigo 2241.^o onde esses casos se acham enumerados, advertindo todavia, que o preceito d'este artigo soffre as modificações que logicamente derivam da propria natureza d'esta instituição. E assim, não têm applicação aos fideicommissos as palavras «*chegado o termo do praso porque o usufructo foi conferido*» do n.^o 1.^o d'aquelle artigo, porque, como a seu tempo advertimos (*supra*, n.^o 3), o Cod. não reconhece substituição *ad tempus*.

Quanto aos direitos do fideicommissario, passam estes, em regra, para os seus successores. E dizemos *em regra*, porque no caso particular da substituição de usufructo, os direitos do fideicommissario são meramente pessoaes, extinguindo-se, portanto, com a sua morte. Por esta fórmula, se o fideicommissario fallecer antes do fiduciario, o usufructo consolidar-se-ha com a propriedade, nas mãos do proprietario, logo á morte do primeiro usufructuario (fiduciario).

66. — No que deixamos dicto suppozemos uma substituição fideicommissaria não condicional; resta, por isso, considerar agora a hypothese em que o testador accrescente algumas condições á sua disposição.

As condições podem ser *suspensivas* e *resolutivas*: «diz-se suspensiva, quando do acontecimento deve principiar o effeito do acto, e, portanto, os direitos e obrigações; e resolutiva quando pelo acontecimento termina esse effeito». ¹

Mas nem umas, nem outras, impedem, ao fiduciario e fideicommissario, a aquisição dos seus respectivos direitos, no momento da morte do testador: não as *suspensivas* porque, nos termos do artigo 1810.º do Cod. Civ., «a condição, que apenas suspender por certo tempo a execução da disposição não impedirá que o herdeiro ou o legatario adquira direito á herança ou ao legado, «e o possa transmittir a seus herdeiros»; não as *resolutivas*, porque dizendo apenas respeito ao termo ou perda da qualidade de herdeiro ou legatario, nada tem com a aquisição d'este direito (Cod. Civ., artigo 680.º) ².

A consequencia logica d'esta doutrina é que fallecendo o fideicommissario antes de realisada a condição, transmitta aos seus herdeiros o direito, que tinha, aos bens fideicommittidos, por fórma que vindo a realizar-se posteriormente a condição, ficam estes herdeiros considerados proprietarios dos mesmos bens.

¹ Coelho da Rocha, *Inst.*, § 105.º).

² Acc. do S. T. de J. de 14 de junho de 1878 (no *Direito*, anno xii, pag. 53); de 8 de março de 1871 (na *Rev. de Leg.*, anno xxi, pag. 253; e no *Direito*, anno xvii, pag. 133).

O contrario, porem, ensina o *Direito* (anno xvii, pag. 211) relativamente á condição *suspensiva*, por entender que o preceito do artigo 1868.º deve entender-se de harmonia com o n.º 2.º do artigo 1759.º do Cod. Civ. nos termos do qual, se o herdeiro morre antes de verificada a condição, *caduca e fica sem effeito* a mesma instituição; e no mesmo sentido se pronuncia a *Rev. de Leg.* (anno xiii, pag. 531; e anno xi, pag. 502); ainda que posteriormente parece ter adoptado a opinião contraria (anno xv, pag. 179 e 180) ¹.

Quando a instituição de herdeiro está subordinada a uma condição resoliativa, deixa de produzir effeitos logo que esta se realise.

¹ Esta contradicção do importante jornal foi accentuada, ainda que com bastante acrimonia, pelo sr. dr. José Rodrigues dos Santos, intelligente e illustrado magistrado judicial, n'um folheto intitulado — *Parecer sobre uma disposição fideicommissaria*, pag. 19 e seguintes. Vide, sobre o assumpto, uma erudita minuta do dr. Alves de Sá, na *Gaz. da Rel. de Lisb.*, anno vi, pag. 438 e seguintes.

INDICE

CAPITULO I

CARACTERES DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMMISSARIA

- § 1.º — *Definição e características legais* — 1. Necessidade da definição. — 2. Requisitos da substituição fideicommissaria, em face do artigo 1866.º — 3. Se a substituição *ad tempus* é fideicommissaria. — 4. Sendo os bens deixados sob condição de serem vendidos por morte do legatario e o seu producto entregue a um terceiro, não ha fideicommisso nos termos do artigo 1866.º — 5. Não ha fideicommisso quando o herdeiro é encarregado de entregar a um terceiro certa quantia em dinheiro, ou certos bens, que não recebeu do testador. — 6. Continuação. — 7. A lei não exige o emprego de certas palavras para se estabelecer a substituição fideicommissaria. 1
- § 2.º — *Fideicommissos não comprehendidos na definição*. — 9. O artigo 1871.º — 10.º A prohibição de alienar; — não abrange a de testar. — 11.º O legado *de eo quod supererit*. — 12.º A disposição do n.º 3.º do artigo 1871.º; sua extensão. Opinião do sr. Hintze Ribeiro. — 13. Continuação. A nossa opinião. — 14. Transição. — 15. Se a substituição fideicommissaria pode ser estabelecida por doação entre vivos. — 16. Continuação. Opinião do commentador e do sr. Hintze. Refutação. A substituição fideicommissaria só pode ser instituida por testamento 13
- § 3.º — *Distincção entre fideicommisso e legado de usufructo*. — 17. Razão d'ordem. — 18. O legado de usufructo e a substituição fideicommissaria têm, entre si, grandes analogias. — 19. Mas, em geral, não podem con-

- fundir-se. Diferenças. — 20. No antigo Direito: regras para os distinguir. — 21. Actualmente não pode admitir-se a mesma doutrina. — 22. Regras para separar, praticamente, o legado de usufructo da substituição fideicommissaria, no caso particular em que as duas substituições podem confundir-se..... 25
- § 4.º — *Outras definições. Conclusão.* — 23. Crítica da definição legal. Doutrina da Ord.; questões a que dava lugar. — 24. Definição de Lopes da Silva; crítica. — 25. O que deve considerar-se substituição fideicommissaria á face do nosso Cod. Civ.—26. Transição... 35

CAPITULO II

DAS CONDIÇÕES PARA A VALIDADE DOS FIDEICOMMISSOS

- § 1.º — *Dos que podem instituir fideicommissos; limites d'esta faculdade.* — 27.º As disposições fideicommissarias são, em regra, nullas. — 28. Todos os que podem testar podem instituir fideicommissos; quaes as pessoas que não podem testar. — 29. Transição..... 41
- § 2.º — *Dos que podem ser fideicommissarios.* — 30. Razão d'ordem. — 31. Excepções ao principio da nullidade. — 32. As excepções estabelecidas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º são applicaveis em todas as especies de fideicommisso; a estabelecida no artigo 1872.º é somente applicavel ao fideicommisso regulado pelo n.º 3.º do artigo 1871.º Opiniões em sentido contrario. A) *Os netos.* — 33. Se o testador tem de nomear todos os netos, ou pode nomear somente alguns d'elles, ou algum, fideicommissarios. Doutrina do Cod. Civ. Francez. — 34. Opinião do sr. Hintze Ribeiro; refutação. O testador pode nomear todos, ou parte dos seus netos, fideicommissarios. B) *Os sobrinhos.* — 35. O testador pode nomear fideicommissarios, todos ou só alguns dos seus sobrinhos, filhos de irmãos; e tanto dos já nascidos, como dos por nascer. C) *Indigentes, raparigas pobres e pessoas moraes.* — 36. Razão d'ordem. — 37. Quando o testador não indica quaes os indigentes e raparigas pobres que de-seja beneficiar, nem dá indicios por onde possam

- determinar-se, pertence ao fiduciario a escolha. — 38. O testador pode dispor tanto em favor de um, como de muitos indigentes ou raparigas pobres. — 39. O artigo 1872.º, na parte relativa aos estabelecimentos de mera utilidade publica, consigna uma excepção ao n.º 3.º do artigo 1871.º Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação.—40. Em favor da Igreja tambem pode instituir-se o fideicommisso regulado pelo n.º 3.º do artigo 1871. Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação. — 41. Transição..... 44
- § 3.º — *Dos que podem ser fiduciarios.* — 42. O testador pode nomear qualquer pessoa fiduciario. Opinião contraria do sr. Hintze; sua refutação. — 43. Continuação. E tanto pode nomear uma só pessoa como muitas, uma vez que o sejam simultanea e não successivamente..... 61
- § 4.º — *Do numero de graus da substituição.* — 44. A substituição só é permittida n'um grau. Opinião do autor do Projecto do Cod. Civ. — 45. As nomeações nullas não se contam para o effeito de marcar este primeiro grau. — 46. Transição..... 65

CAPITULO III

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES QUE DERIVAM DA DISPOSIÇÃO FIDEICOMMISSARIA

- § 1 — *Dos direitos e obrigações do fiduciario.* — 47. Razão d'ordem. A) *Proibição de alienar:*—48. O fideicommisso do n.º 1.º do artigo 1871.º nunca pode ser valido. D'elle não derivam, portanto, direitos nem obrigações.—49. O logar d'esta disposição não era aqui. B) *De eo quod supererit:* — 50. O fiduciario tem direito de alienar os bens. — 51. Contin.—Limites d'este direito. Doutrina da legislação previgente. C) *Renda ou pensão vitalicia:* — 52. O fiduciario pode converter o pagamento da pensão no do capital correspondente. Modo de calcular este capital. D) *Fideicommissos regulares:* — 53. O fiduciario tem os direitos de mero usufructuario; não pode, por isso, dispor da propriedade dos bens fideicommittidos..... 71

- § 2.º — *Dos direitos e obrigações do fideicommissario.* — 54. O Código não especifica os direitos do fideicommissario; especificação de alguns d'esses direitos. A substituição de usufructo. — 55. Condições em que ao fideicommissario é permittida a alienação dos bens fideicommittidos. — 56. Transição..... 78
- § 3.º — *De quando começam e acabam os effeitos do fideicommissio.* — 57. A situação do fideicommissario é independente da do fiduciario. O preceito do artigo 1868.º do Cod. Civ. e o Direito previgente. — 58. Consequencias d'aquelle preceito. — 59. Fallecendo o fideicommissario antes do testador, a propriedade da herança ou do legado radica-se no fiduciario, que a transmite a seus successores. — 60. Opinião contraria do sr. Alexandre de Seabra. — 61. Sua refutação; a opinião da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia.* — 62. Continuação. — 63. Fallecendo o fiduciario antes do testador, a disposição é directa, em favor do fideicommissario. Doutrina de Lobão. — 64. Se ao tempo da morte do testador vivem os dois beneficiados, cada um d'elles adquire desde logo os seus respectivos direitos. — 65. Os direitos do fiduciario extinguem-se nos mesmos casos em que termina o usufructo; os do fideicommissario transmitem-se a seus herdeiros. — 66. As condições não impedem que os beneficiados adquiram os seus direitos logo á morte do testador. Opiniões do *Direito e da Rev. de Leg.*..... 83

