

DIREITO CIVIL



E' transmissivel *causa-mortis a spes debitum iri*
do fideicommissario nas substituições condicionaes?

Dentro do quadro vastissimo da ardua materia do fideicommisso é difficil estudar qualquer das numerosas questões debatidas pela jurisprudencia patria, si quizermos circumscrever o campo de investigação precisamente ao problema juridico que se trata de resolver, abstrahindo de todas as controversias que se lhe prendem, e cuja elucidação é muitas vezes necessaria para solvermos a que nos preocupa.

Assim é que, para respondermos de modo completo á pergunta contida na epigraphe que encima este artigo, fôra mistér remontarmos a principios e regras do direito romano e do direito patrio que não cabem no espaço e no tempo de que dispomos.

Este ligeiro trabalho presuppõe, pois, estudadas as noções geraes e a terminologia do instituto juridico do fideicommisso (1).

(1) Essas noções e terminologia podem lêr-se no «*Direito*», vol. 9.º pags. 9 a 22, 228 a 238, e 641 a 658.

E' nosso intuito expôr exclusiva e succintamente as regras a que está immediatamente subordinada a questão que estudamos, e em seguida a lição, que bem se poderia dizer unanime, dos jurisconsultos patrios, portuguezes e brasileiros.

*
* *

Fiel ao programma traçado, não ventilaremos a questão de saber si a clausula *cum morietur*, que os jurisconsultos romanos reputavam uma condição (2), é *condição* ou *termo* em face dos principios acceitos pelos interpretes do direito civil patrio. E' esse um ponto já criteriosamente tratado e esclarecido no «*Direito*», vol. 46, pag. 513.

Suppomos que se trata de um fideicommisso condicional. Para maior claresa figuremos que o testador adjectivou ao fideicommisso a condição *si sine liberis*.

Vivo ainda o fiduciario, e não se tendo consequentemente verificado a condição do fallecimento do mesmo sem deixar filhos, morre o fideicommissario.

Transmitte a seus herdeiros a *spes debitum iri*?

Eis a questão

Em direito romano,—ninguem discute,—o fideicommissario na hypothese figurada nada transmittia a seus herdeiros (3).

Clara e terminante era a dupla regra que dominava a materia: nos contractos condicionaes transmittia-se a *spes debitum iri*; nas disposições testamentarias condicionaes, porém, não (4).

(2) Dig. frs. 75 e 79, *de conditionibus et demonstrationibus*.

(3) Dig. fr. 4, *quando dies legatorum*.

(4) Instit. de Just., de verborum obligatione, § 4. Dig., fr. 57, *de verborum obligat.*, e fr. 5 § 2.º, *quando dies legatorum*.

Assim que, si Caio contractava dar a Mevio 20 sestercios, quando Ticio fosse consul, Mevio transmitia a seus herdeiros o direito de receber a somma estipulada, uma vez verificada a condição.

Qual a razão dessa differença entre os contractos condicionaes e as disposições testamentarias condicionaes?

Mello Freire (5) e Lóbão (6) nol-a ensinam.

Em primeiro lugar, entendiam os romanos que as estipulações adquirem vigor desde o presente (*ex presenti vires adcipiunt*), ao passo que as disposições de ultima vontade permanecem suspensas (*actus autem morientium suspenduntur*) até a epocha da morte.

Em segundo lugar, acreditavam que quem estipula o faz para si e para seus herdeiros, e que o testador, pelo contrario, só tem o intuito de beneficiar ao fideicommissario, e não aos herdeiros deste.

Isto posto, importa indagar si esses fundamentos da dupla regra estabelecida pelos romanos se conformam com a *boa razão*, ou exprimem alguma das *substilezas ou preconceitos* condemnados pela lei de 18 de agosto de 1769. Ora, como ensina Mello com profundo criterio e admiravel concisão (7), o primeiro fundamento é o resultado de uma imperdoavel confusão. Os actos de ultima vontade suspendem-se até a epocha da morte, *mas da morte do testador e não do fiduciario*. Verificada a morte do *testador*, esses actos adquirem força, e desde então começam a *ser devidos* (*deberi incipiunt*) os legados puros ou incondicionaes.

(5) *Inst. Juris Civ. Lusit.* liv. 3.^o, titiz. 6.^o, § 13. e tit. 7.^o, § 15.

(6) *Notas a Mello*, vol. 3.^o, pag. 320 da edição de 1883, onde reproduz a sabia critica de Yaraba.

(7) *Loco citato*.

Quanto aos legados subordinados a condições, uma vez verificada a morte do *testador*, forma-se para o fideicommissario a *spes debitum iri*, isto é, um direito futuro, contingente ou hypothetico, perfeitamente equiparável á *spes debitum iri* que decorre dos contractos condicionaes.

Assim dada a morte do testador, nada explica a differença que os romanos estabeleceram entre os contractos condicionaes e as disposições testamentarias condicionaes.

«Os actos de ultima vontade permanecem inertes até a morte.» Si com a reproducção da conhecida regra se quer alludir á morte do testador ninguem alimenta duvidas a respeito. Quando se indaga si o fideicommissario transmite a seus herdeiros o seu direito futuro, contingente ou hypothetico, está claramente subentendido que se trata da hypothese de já ter fallecido o testador. Si o fideicommissario fallece antes da morte do testador, nenhum direito transmite, nem sobre esse ponto ha controversia.

Vê-se, pois, que a doutrina romana fez uma estranha e imperdoavel confusão entre a morte do testador e a morte do fiduciario.

O segundo fundamento é, não uma *subtileza*, mas uma puerilidade. Quem contracta, diziam os romanos, o faz para si e para seus herdeiros, ao passo que o testador, quando institue um fideicommisso, tem em mente favorecer unicamente ao fideicommissario, e não aos herdeiros deste!

A refutação de Yaraba, reproduzida por Lobão, é esmagadora. No fideicommisso o testador manifesta a intenção de beneficiar a duas entidades: o fiduciario, a quem confere direitos comparaveis aos do méro usufructuario, e o fideicommissario, a quem transfere

direitos comparaveis aos do nú—proprietario. E' claro, pois, que o testador não teve a intenção de beneficiar aos herdeiros do fiduciario; antes expressamente os excluiu. Por outro lado, legando ao fideicommissario uma propriedade illimitada é evidente que não cogitou de excluir desse beneficio aos herdeiros do fideicommissario; antes manifestamente quiz favorecer-os.

A vontade do testador bem pôde ter sido determinada pelos meritos pessoases do fideicommissario.

O que se segue dahi é que a vontade do testador se dirige, *mediante os meritos do fideicommissario*, a favorecê-lo e aos herdeiros do mesmo.

Quanto á acção que decorre da *spes debitum iri*, tanto nos contractos condicionaes como nas disposições testamentarias condicionaes ella permanece suspensa até o advento da condição.

Nenhuma razão ha, pois, de ordem *juridica, moral, economica, ou philosophica*, que autorise a distincção feita arbitrariamente pelos romanos entre o direito futuro e hypothetico do que estipula e o do fideicommissario.

E, si o fundamento do preceito romano que veda a transmissão dos direitos do fideicommissario a seus herdeiros não é conforme á *bôa razão*, é logico repellirmos esse preceito.

Resta-nos averiguar si a doutrina exposta tem por si as autoridades do direito civil patrio.

*
**

Os que apenas estudam superficialmente esta these, tão controvertida pela magistratura patria, acreditam que Mello Freire é o unico jurisconsulto auto-

risado que sustenta a transmissibilidade da *spes debitum iri* do fideicommissario a seus herdeiros, acrescentando alguns que Coelho da Rocha se limitou a reproduzir sem reflexão a doutrina de Mello. Nenhuma suposição mais erronea e infundada.

Já muito antes de Mello, em pleno seculo XVI, o sabio e profundo Valasco, depois de resumir a opinião dos glosadores, que negavam a transmissibilidade da *spes debitum iri* na hypothese de que cogitamos, havia observado: *Illa enim doctrina gloss. limitatur singulariter, nisi colligatur voluntas testatoris in contrarium*», acrescentando logo emseguida — *»hanc limitationem communiter recipi* (8).

Lobão, que nas *notas* ao liv. 3.º, tit. 6.º, § 13 e tit. 7.º, § 15. das Inst. de Mello Freire a principio vacilla, termina por acceitar a lição de Valasco, e aconselha aos juizes que estudem as *conjecturas favoraveis á transmissão*, as quaes os ajudam muito a decidir *«a favor d'ella»*.

C. Telles no vol. 1.º do «*Digesto Port.*», ns. 58 a 62, firma principios que parecem contrariar a doutrina da transmissibilidade; mas, no vol. 3.º, n. 1629, terminantemente affirma que ao herdeiro instituido em primeiro gráo, ou fiduciario, *quadram os direitos e obrigações de um usufructuario*.

C. da Rocha (§ 700) é categorico: na herança, ou legado, deixado debaixo de condição suspensiva, o herdeiro, ou o legatario, adquire logo desde a morte do testador o direito ao legado, ou herança, o qual elle transmite a seus herdeiros, *ainda que morra antes de verificada a condição*.

Candido Mendes (Cod. Philippino, pags. 926 a 927) em tres passagens diversas ensina que o fidu-

(8) Consult. 271, n. 9.

ciario é equiparado a um usufructuario, e que o fideicommissario transmite seus direitos aos herdeiros.

Tão corrente pareceo a Trigo de Loureiro essa lição dos juriconsultos patrios, que no § 416 de suas «*Instituições de Direito Civil Brasileiro*» elle a reproduz como doutrina não controvertida. A opinião contraria, em seu entender, não passa de uma das subtilesas do direito romano reprovadas pela lei de 9 de Setembro de 1769, a qual, posto que suspensa pelo decreto de 17 de Julho de 1778, deve reputar-se em vigor nesta parte, em face dos principios estatuidos pela lei de 18 de Agosto de 1769 (§ 371 da obra citada).

Si dos mortos quizermos passar aos vivos, ainda havemos de vêr que os mais notaveis e autorisados representantes da sciencia juridica em nosso paiz tambem espozam a opinião que abraçamos. Entre esses podemos citar os conselheiros Lafayette, Mafra, Silva Costa e Franco de Sá, e o Dr. Souza Ribeiro (9).

E' verdade que os que pensam de modo contrario procuram arrimar-se em Liz Teixeira e Teixeira de Freitas. Mas, Liz Teixeira, vulgarizador sem critica de doutrinas mal assimiladas, é sabido que nunca foi autoridade em Portugal, nem no Brasil. No proprio trecho em que trata deste assumpto («*Curso de Dir. Civ.*», vol. 2.º, pag. 461 da terceira edição) vemos uma prova da irreflexão com que elle solve as mais graves questões: affirma a intransmissibilidade, citando apenas dois textos de direito romano, que não critica.

Resta-nos, pois, sómente Teixeira de Freitas.

(9) *Gazeta Juridica* de S. Paulo, vol. 12, pags. 5 a 15.

Ninguém mais de que o obscuro autor destas linhas respeita e venera a memoria de Teixeira de Freitas, de quem com razão poude dizer o conselheiro Ferreira Vianna que em meio da planicie monotona e triste da jurisprudencia patria «*era o mais alto cume, perto do céu e bem longe da terra*».

Mas, forçoso é apurar que valor tem a opinião de Teixeira de Freitas. Para isso fôra bastante remetter o leitor a um dos trabalhos mais interessantes que entre nós se têm escripto sobre esta materia,— «*Um fideicomisso moderno e cinco accordãos*», do Dr. Figueira de Mello (10). Ahi se verá provado que T. de Freitas, quando no goso da plenitude de suas faculdades mentaes, nenhuma opinião sustentou positivamente sobre o ponto de que nos occupamos. E' assim que nas edições da «*Consolidação das Leis Cíveis*» de 1857 e 1862 nada escreveu sobre a transmissibilidade da *spes debitum iri*.

Foi na edição de 1876, e quando o eminente jurisconsulto já soffria de grave enfermidade mental, que appareceu a celebre nota ao artigo 420, na qual T. de Freitas chegou a affirmar que o fideicommissario tem uma *esperança theologal* intransmissivel!

Cumpre não esquecer que em nota ao artigo 1052 da mesma edição o autor affirma que o fiduciario é um *simplex mandatario, um intermediario, para não dizer pontifice*.

Comparar o *direito* do fideicommissario a uma *das virtudes theologaes!*.

(10) «*Dircito*». vol. 46, pag. 513.

Parece-nos que em face dos principios e das lições dos mestres mais autorizados do Direito Civil Patrio não é erroneo affirmar que é transmissivel *causa mortis a spes debitum iri* do fideicommissario nas substituições condicionaes.

S. Paulo, Novembro 1896.

Dr. Pedro Lessa.