

ARCHIVO JUDICIARIO

PUBLICAÇÃO QUINZENAL

Do

JORNAL DO COMMERCIO

VOLUME XV

(Julho, Agosto e Setembro)

1930



RIO DE JANEIRO

1930

SUPPLEMENTO

(ARTIGOS ORIGINAES)

(Neste supplemento serão reproduzidos os principaes artigos que, sobre assumptos juridicos, tiverem sido publicados no *Jornal do Commercio*.)

FIDEICOMMISSO EM DOAÇÃO

PELO

DESEMBARGADOR VIEIRA FERREIRA

No direito das successões o fideicommisso consiste na obrigação imposta ao herdeiro, ou ao legatário, de conservar para transmittir a outrem a herança ou legado, se o beneficiado fôr vivo ainda no momento em que a transmissão deva operar-se (Codigo Civil, arts. 1.733 e 1.738) .

Fideicommittente é o testador, fiduciário o herdeiro, ou legatário gravado, e fideicommissário o beneficiado em segundo grau.

A transmissão pôde ser em dia certo do calendario, ou incerto, como o da morte do fiduciário e o em que se verifique alguma condição prevista.

Mas, ainda que se prefixe um dia do anno, ou se faça depender a transmissão de um acontecimento necessario, incerto sómente quando, qual a morte de alguém, a aquisição do fideicommissário é sempre condicional, porque depende de um evento incerto — sua sobrevivencia ao momento previsto.

Nesse caso o dia certo opera como a condição? *Dies incertus condicionem in testamento facit*, affirmou PAPINIANO, mas o insigne romanista CARLOS MAYNZ observa com muita razão que o mesmo pôde acontecer com o *dies certus*. Não é, porém, o dia que faz a condição, mas a incerteza da vida sufficiente.

O mesmo facto, a sobrevivencia do fideicommissário ao tempo indicado, é condição suspensiva do seu direito e resolutiva do direito do fiduciário.

Tem este sómente, enquanto não se verifica a sobrevivencia daquelle ao momento previsto, um dominio resolúvel nos bens da herança ou legado.

Nosso Codigo Civil não fala em fideicommisso quando trata da doação. Deve deprender-se dahi que seja illicita nella a clausula fideicommissaria?

O facto de não se achar prevista no Codigo uma instituição jurídica, por si, não basta para excluir a sua legalidade, desde que as condições essenciaes á instituição se autorizam nas disposições do mesmo.

Vejamos, pois, se ellas, explicita ou implicitamente, obstem á doação com fideicommisso.

A clausula fideicommissaria consiste em conservar o donatário o bem doado para o transmittir a outra pessoa no momento opportuno, se esta a esse tempo ainda fôr viva (Cod. Civil, artigo 1.738).

O Codigo Civil portuguez, artigo 1.473, e o espanhol, artigo 641, admittem a doação com fideicommisso.

O francez e o italiano, que prohibem os fideicommissos, têm o cuidado, regulando a doação, de prevenir que o doador só pôde estipular a reversão para si mesmo (artigos 951 e 1.071).

O allemão, que admite os fideicommissos não os prevê quando regula as doações; o mesmo faz o suíço.

O artigo 1.174 do nosso Código Civil declara poder o doador "estipular que os bens dados voltem ao seu patrimonio, se sobreviver ao donatario".

Não diz que são permittidos os fideicommissos, como os codigos civis portuguez e espanhol, nem que são prohibidos, como o francez e o italiano.

O legislador brasileiro, nessa disposição, não cogitou dos fideicommissos. Bem pêco seria aqui o recurso ao brocardo — *inclusio unius, exclusio alterius*, porque não se trata no artigo 1.174 de um direito anômalo.

A clausula de reversão ao doador superslute seria licita pelo systema do Código Civil, ainda que não houvesse o artigo 1.174, cuja disposição é mero corollario de outras mais geraes, uma simples applicação de principios superiores.

Ora, quaes são as instituições do Código Civil em que se acham os principios interessados na solução do problema?

Os actos juridicos em suas modalidades e o regime da propriedade em geral.

Nos actos juridicos a autonomia da vontade tem uma amplitude que só encontra barreiras nas disposições legaes de character absoluto: Código Civil, intr. 17, arts. 81, 115, 256, 312, 1.512, 1.664 e outros.

O artigo 81 define acto juridico "todo o acto licito que tenha por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos".

O artigo 118 permite, nos actos juridicos, adiar-se a aquisição do direito, subordinando-se a efficacia do acto a condição suspensiva.

E os arts. 119 e 124 permittem estipular-se no acto juridico a extincção do direito pelo implemento da condição resolutiva ou pelo advento do termo final.

Todas estas peças do machinismo legal funcionam perfeitamente para se produzir uma doação com fideicommisso.

Confira-se ao donatario o direito extinguiavel pela condição resolutiva de sobreviver outro beneficiado a algum facto, certo ou incerto.

Conceda-se ao mesmo tempo a esse beneficiario o mesmo direito, subordinado á sua sobrevivencia como condição suspensiva.

Que teremos com essas clausulas, por si mesmas licitas, senão uma doação com fideicommisso?

Considere-se agora o regime da propriedade vigente no Código Civil.

O art. 69 prevê a possibilidade legal da inalienabilidade quando define as coisas fóra do commercio.

Não bastaria para conferir á vontade particular o direito de tornar inalienaveis os bens do agente.

Mas o art. 1.676 considera o doador autorizado a impôr ao bem doado a clausula de inalienabilidade temporaria ou vitalicia.

Não ha, pois, desse lado, nenhum obstaculo á doação com clausula fideicommissaria.

Por outro lado, o Código Civil, nos arts. 525 e 647, reconhece de modo geral a propriedade resolúvel por advento de termo ou por implemento de condição resolutiva.

E' justamente a propriedade do fiduciario, segundo o art. 1.734.

Se os effeitos juridicos de uma doação clausulada como a que se figura coincidem exactamente com os de um fideicommisso por testamento, a conclusão é que, embora omisso oCodigo Civil quanto á doação fideicommissaria, ella se legitima, todavia, na applicação precisa de seus artigos.

O mesmo problema surgiu no direito romano, em que os prescriptos imperiaes acabaram tratando as doações com encargo como fideicommissos e a analogia, passando pelas doações *causa-mortis*, chegou afinal ás entre vivos na constituição, de 290, de DIOCLECIANO e MAXIMILIANO. Cod. VIII, 55, 3.

O historico da questão póde ler-se em SAVIGNY, *Droit romain*, paragrafos 129 e 175.

Toda a difficuldade estava em não admittir o direito romano estipulações em favor de terceiro; mas o nossoCodigo Civil a remove, admittindo-as.

Theorias cerebrinas, que pavoneam por ahi com os destemperos da livre interpretação, vêem muitas vezes noCodigo Civil instituições que elle não comporta.

Isso não impede que os civilistas ponham em jogo os seus artigos para attingir os resultados uteis de que são susceptiveis.

(Publicado no *Jornal do Commercio*, de 3-8-930).