

As Substituições Testamentárias:

Ponderações Introdutórias sobre o Tema

Resumo:

In primo loco, há que se assinalar que o testador possui ampla liberdade de testar, assinalando apenas como *conditio* que seja preservada a legítima dos herdeiros. Com efeito, todos os atos observarão, imperiosamente, o disposto no testamento, porquanto este se afigura como ato de última vontade do *de cuius*. Nesta senda, realce-se, com cores fortes, que, em se tratando de sucessão testamentária, as disposições de última vontade do testador será a bandeira desfraldada a ser observada. De igual maneira, além de ser permitido ao *auctor successionis* a instituição de herdeiro e legatário em primeiro grau, o Ordenamento Pátrio compreende a hipótese de indicar substituto, isto é, sucessor de segundo grau. Nessa trilha, insta evidenciar que a substituição hereditária é descrita como a disposição, de cunho testamentário, por meio do qual o disponente nomeia uma pessoa para receber, no todo ou em parte, a herança ou o legado, quando ocorrer a falta ou ainda após o herdeiro ou legatário, indicado em primeiro lugar pelo *de cuius*. Trata-se, desta sorte, de situação em que a vocação desse ou daquele cessar por qualquer causa. Deste modo, há uma dependência da ocorrência de evento futuro e incerto.

Palavras-chaves: Substituição Testamentária. Sucessão. Direito Civil

Sumário: 1 Substituições Testamentárias: Ponderações Iniciais; 2 Princípios orientadores da Substituição Testamentária; 3 Espécies de Substituição; 4 Substituição Vulgar ou Ordinária; 5 Substituição Recíproca; 6 Substituição Fideicomissária: 6.1 Conceito e Requisitos; 6.2 Direitos e Deveres do Fiduciário; 6.3. Direitos e Obrigações do Fideicomissário; 6.4 Causas de Caducidade do Fideicomisso; 6.5 Nulidade do Fideicomisso; 6.6 Distinção entre Fideicomisso e Usufruto Testamentário; 7 Substituição Compendiosa

1 Substituições Testamentárias: Ponderações Iniciais

In primo loco, há que se assinalar que o testador possui ampla liberdade de testar, assinalando apenas como *conditio* que seja preservada a legítima

dos herdeiros. Com efeito, todos os atos observarão, imperiosamente, o disposto no testamento, pois, como bem assinala Verdán, “*em se tratando de sucessão testamentária, a vontade do de cujus terá o condão de determinar o caminho que os seus bens observarão*”¹. Nesta senda, realce-se, com cores fortes, que, em se tratando de sucessão testamentária, as disposições de última vontade do testador será a bandeira desfraldada a ser observada. Ao lado disso, como bem obtempera Venosa, “*em matéria de substituições continuamos a cuidar da vontade do testador e de sua interpretação. A origem remonta ao Direito Romano*”².

De igual maneira, além de ser permitido ao *auctor successionis* a instituição de herdeiro e legatário em primeiro grau, o Ordenamento Pátrio compreende a hipótese de indicar substituto, isto é, sucessor de segundo grau. Cuida realçar que o fito de tal possibilidade é assegurar a possibilidade de recolher os bens da herança, na ausência do herdeiro e legatário nomeados, em decorrência do falecimento antes do advento da abertura da sucessão, de renúncia ou de exclusão ou ainda após o herdeiro ou legatário, indicado em primeiro grau, que, nessa hipótese, passará os bens transmitidos pelo testador, depois de determinado lapso de tempo, a um substituto, atentando-se para as disposições de última vontade estabelecidas pelo testador.

Nessa trilha, insta evidenciar que a substituição hereditária é descrita como a disposição, de cunho testamentário, por meio do qual o disponente nomeia uma pessoa para receber, no todo ou em parte, a herança ou o legado, quando ocorrer a falta ou ainda após o herdeiro ou legatário, indicado em primeiro lugar pelo *de cujus*. Trata-se, desta sorte, de situação em que a vocação desse ou daquele cessar por qualquer causa. Deste modo, há uma dependência da ocorrência de evento futuro e incerto que, segundo Diniz, “*o não recolhimento da herança pelo substituído só atua se o substituído (primeiro instituído) não quiser ou não puder recolher a herança ou o legado, que, então, passará ao substituto (segundo instituído)*”³.

¹ VERDAN, Tauã Lima. O Instituto do Testamento: Análise do Tema sob a Ótica do Diploma Civilista. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 15 mar. 2012. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-civil/instituto-testamento-analise-tema-sob-otica-diploma-civilista>>. Acesso em 12 mai. 2012.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010, p. 1.731.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 06. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 356.

2 Princípios orientadores da Substituição Testamentária

As substituições testamentárias observam uma gama de postulados, os quais norteiam sua atuação. Dentre esses, pode-se assinalar que o substituído deve ter capacidade para ser instituído em primeiro grau, devendo, por necessário, ser aferida tal capacidade quando da abertura da sucessão. É permitido que sejam instituídos vários substitutos a um só herdeiro, como também um substituto a vários herdeiros. Outro dogma que norteia a matéria em apreço acinzela que é defesa a substituição de mais de um grau, hasteando como flâmula o artigo 1.959 do Código Civil⁴, ao qual é conferida uma interpretação extensiva ao seu conteúdo.

Outrossim, a substituição é considerada como uma instituição condicional, entretanto, há a possibilidade de ser subordinada a outra condição, ou ainda a um termo ou encargo. Ao lado disso, infere-se que o substituto só terá direito ao legado ou herança se o substituído não puder ou não quiser a liberalidade, logo, em havendo a aceitação, restará fulminada a pretensão do substituto. “*O substituto pode ser nomeado no mesmo testamento em que for feita a instituição ou em cédula testamentária posterior, desde que observados os requisitos subjetivos e formais*”⁵. Deste modo, infere-se que o testador poderá nomear o substituto tanto na cédula testamentária em que houver a instituição como em outra.

Nesse sedimento, ainda, giza realçar que ao substituto incumbirá o cumprimento do encargo ou da condição, ressalvada a hipótese de ter o *actor successionis* disposto de forma diversa em seu ato de última vontade ou, ainda, se resultar o contrário das condição ou do termo, como bem assinala o artigo 1.949 do Código Civil⁶. Tal situação é verificável quando a herança ou o legado for subordinado a encargo em benefício do próprio substituto. “*Se a obrigação for personalíssima, como a de fazer uma cirurgia ou a de compor uma música, tal encargo não se transmitirá ao substituto, mas poderá*

⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.959.** São nulos os fideicomissos além do segundo grau”.

⁵ DINIZ, 2010, p. 356.

⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.949.** O substituto fica sujeito à condição ou encargo imposto ao substituído, quando não for diversa a intenção manifestada pelo testador, ou não resultar outra coisa da natureza da condição ou do encargo”.

*ser transmitido se o testador o determinar*⁷. Em razão da essência personalíssima, não será possível efetuar a transmissão a outrem, ressalvada a hipótese do testador assim determinar em seu ato de última vontade.

3 Espécies de Substituição

A Lei Substantiva Civil admite três espécies de substituição testamentária, a saber: a vulgar, também denominada de ordinária, cuja previsão encontra-se disposta nos artigos 1.947 a 1.949; a recíproca, entalhada nos artigos 1.948 a 1.950; e, a fideicomissária, artigos 1.951 a 1.960. Vale assinalar que todas as espécies compreendidas no Diploma de 2002 observarão, por necessário, a tábua principiológica que norteia o tema em comento. Doutrinariamente, estrutura-se uma quarta modalidade de substituição testamentária denominada de compendiosa.

Quadra pontuar que, no que concerne às modalidades vulgar ou ordinária e recíproca da substituição testamentária, verifica-se que se dá a instituição simultânea de beneficiários, bem como a convocação direta no lugar do substituído. *Id est*, o substituto só poderá receber seu quinhão se o substituído não quiser receber a herança ou o legado ou ainda não puder fazê-lo. Ao lado disso, há que realçar que, nas espécies supramencionadas, a substituição é considerada como direta, já que não há nenhum intermediário entre o *auctor successionis* e o substituto.

No que se refere à fideicomissária, conquanto seja também simultânea, infere-se que o substituto apenas receberá o legado ou a herança posteriormente, a título de transmissão a ser feita pelo substituído. Em decorrência desse aspecto, no qual se observa a presença de um intermediário, a substituição fideicomissária é considerada como indireta. No mais, quando se aborda esta modalidade, constata-se a presença das seguintes figuras: o fideicomitente, que é aquele que institui, mediante declaração de vontade, a substituição; o fiduciário que é a pessoa que é o titular, em caráter resolúvel, durante a sua vida ou por certo tempo, do legado ou da herança, ambos denominados de fideicomisso; e o fideicomissário que receberá desse, a título de transmissão, a liberalidade. Com efeito, há que se

⁷ DINIZ, 2010, p. 356.

trazer à colação a concepção estrutura por Gama, no que concerne às figuras colocadas em testilha, notadamente quando pontua que:

Fideicomissário. Aquele em benefício de quem se estipula o fideicomisso. É o sucessor substituto que tem o direito de receber a herança deferida ao fiduciário para ser restituída a ele. [...]

Fideicomitente. Aquele que, mediante testamento, institui o fideicomisso. [...]

Fiduciário. Onerado por fideicomisso. Herdeiro ou legatário, com a obrigação de transferir os bens da herança ou do legado, de acordo com a condição estipulada pelo testador, para pessoa por este indicada no testamento. Aquele que tem a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel [...]⁸

À guisa de citação, impõe assinalar que a doutrina, historicamente, criou duas categorias especiais de substituição. A primeira era denominada de substituição pupilar, ocorrendo na hipótese em que o genitor nomeava herdeiro para o filho, na situação em que este viesse a óbito na maioridade, sem prole. Já a segunda era chamada de substituição quase pupilar ou exemplar, tendo assento quando o ascendente nomeava substituto para o descendente, que era impedido de testar, em razão de insanidade ou mesmo de deficiência mental⁹. Vale assinalar que as modalidades em comento são frutos da construção histórica da doutrina em relação ao tema, não encontrando, no atual Ordenamento Civil vigente, qualquer respaldo por seus dispositivos.

4 Substituição Vulgar ou Ordinária

Em uma primeira plana, quadra anotar que a substituição vulgar, também denominada direta ou ordinária, é verificável quando o de cujus, em sua ato de última vontade, designa, de maneira expressa, uma pessoa que deverá, no lugar do herdeiro ou legatário, em caso de não querer ou ainda não poder aceitar a liberalidade, suceder. Nesta linha de exposição, evidencia Gama que a substituição vulgar “*é aquela em que o testador indica determinada pessoa para a hipótese de a primeira nomeada não querer u não poder aceitar a herança ou o legado*”¹⁰. Insta elucidar que se presume, ao se abordar a substituição vulgar, que as alternativas compreendidas pela Lei Substantiva Civil compreendem tanto “não querer” e “não poder”, ainda que o *auctor successionis* tenha tão somente aludido a uma das locuções.

⁸ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Editora Russel, 2006, p. 189.

⁹ Neste sentido: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 06. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 378.

¹⁰ GAMA, 2006, p. 352.

Desse modo, com efeito, constata-se que a substituição vulgar só restará configurada se houver abertura da sucessão para o substituto, o que se dará por meio da efetivação de uma das situações albergada na redação do artigo 1.947 do Código Civil. Logo, tão somente o substituto receberá a liberalidade se houver a pré-morte do substituído em relação ao testador ou ainda se aquele repudiar a herança ou for excluído por indignidade. Tartuce e Simão lecionam, com bastante propriedade, em sua obra, que a substituição ordinária é *“uma substituição direta em que nenhuma pessoa se interpõe entre o testador e o substituto. Em suma, o testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado”*¹¹, quando verificada a hipótese dos substituídos não quererem a liberalidade ou não puderem aceitá-la.

Nessa senda, há que se pontuar que o substituto não é herdeiro enquanto não se realizar a condição a que se acha subordinado o seu direito eventual. Ora, mister se faz realçar que, em havendo a aceitação por parte do herdeiro ou do legatário, não há que se falar em substituição, porquanto a condição que subordina o direito eventual não se aperfeiçoou, estando esse, por consequência, obstado. Ao lado disso, deve-se anotar que *“a substituição ordinária pode beneficiar um estranho, um parente sucessível ou não, ou um herdeiro legítimo”*¹²; todavia, no que concerne ao herdeiro necessário, a substituição só poderá favorecê-lo além dos limites de sua legítima, desde que a indicação não afete a sua quota, logo, poderá o *auctor successionis* instituir substituto no que tange à sua quota disponível.

Afora isso, é possível que o testador possui a faculdade de substituir muitas pessoas a uma só ou vis a vis, sendo-lhe permitido indicar um indivíduo com o escopo de substituir vários herdeiros e legatários. *“Por fim, ressalta-se que nada impede que o testador nomeie vários substitutos sucessivamente”*¹³, tal se deve em razão de o primeiro na lista não poder ou não querer receber a herança, logo, de maneira automática, todos os substitutos subsequentes deixarão de ter direito sobre a mesma.

Ainda nessa trilha, prima sublinhar que a substituição vulgar será considerada singular se houver um substituto apenas ao herdeiro ou legatário instituído. Doutro modo, restará corporificada a modalidade coletiva ou plural se

¹¹ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 379.

¹² DINIZ, 2010, p. 359.

¹³ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 379.

existir vários substitutos, os quais serão convocados simultaneamente e não sucessivamente, porquanto não há substitutivo além do segundo grau. “Na substituição coletiva, a liberalidade será dividida entre eles em partes iguais, procedendo-se à convocação simultânea e não sucessiva. Qualquer que seja o número de substitutos indicados, a instituição é uma só”¹⁴. Ao contrário do que ocorre em outras modalidades, vigerá, como regra, que a liberalidade será, em iguais proporções, partilhada entre os substitutos.

Em ocorrendo a substituição, salta aos olhos que o substituto efetuará o recolhimento da herança ou do legado, compreendendo não apenas as vantagens, mas também ficará sujeito aos encargos e condições estabelecidos, ressalvada a hipótese de ter o testador disposto em contrário ou ainda não resultar outra coisa da natureza da condição ou do encargo. Neste passo, há que se gizar que em se tratando de condição ou encargo personalíssimo, com efeito, o mesmo não será transmitido do substituído para o substituto.

Restará operada a caducidade, na modalidade em comento, quando houver a aceitação do legado ou da herança pelo primeiro instituído pelo testador. De igual modo, em ocorrendo o falecimento do substituto antes do substituído ou do testador, considera-se que houve a caducidade da substituição ordinária. Computa-se, também, como causas de caducidade a incapacidade do substituto para suceder por testamento e a renúncia daquele à herança ou ao legado. Outrossim, o inadimplemento de condição suspensiva estabelecida em relação à substituição também acarretará a caducidade.

Por derradeiro, a última hipótese que acarreta a caducidade da substituição vulgar é alicerçada na hipótese em que há aceitação da herança ou do legado pelos sucessores do instituído, falecido após a abertura da sucessão, mas antes que tenha se pronunciado sobre a mesma. Nesta situação, o direito de aceitar, ou não, passará aos seus sucessores, já que, quando do falecimento, não havia se manifestado.

5 Substituição Recíproca

A substituição recíproca tem assento quando o *auctor successionis* determina que entre os vários herdeiros nomeados, em operada a ausência de um, os outros o substituirão, na parte do nomeado ausente. Como bem arrazoa

¹⁴ DINIZ, 2010, p. 359.

Venosa, “*não se confunde com direito de crescer, porque não se trata de disposição conjunta, mas de três disposições diversas*”¹⁵. Trata-se, deste modo, de situação em que o testador institui uma pluralidade de herdeiros ou legatários e os declara, expressamente, substitutos um dos outros, na situação em que qualquer um deles não quiser ou não puder aceitar a liberalidade.

Cuida observar que o disponente poderá nomear os herdeiros ou legatários em partes iguais ou não, afixando, em seu ato de última vontade, a proporção em que devem substituir os herdeiros ou legatários. Gama, ao lecionar acerca da modalidade em apreço, preceitua que a substituição recíproca “*é aquela em que os herdeiros são nomeados substitutos, uns dos outros*”¹⁶. Neste passo, quadra trazer à baila a redação do artigo 1.948 do Código Civil que, com clareza solar, assinala que: “*Art. 1.948. Também é lícito ao testador substituir muitas pessoas por uma só, ou vice-versa, e ainda substituir com reciprocidade ou sem ela*”¹⁷.

Ao lado disso, quadra assinalar que, em ocorrendo a hipótese de herdeiros ou legatários serem instituídos em partes iguais, considerar-se-á que os substitutos receberão em partes iguais o quinhão vago. Doutra banda, se os herdeiros ou legatários forem instituídos em partes desiguais, a proporção dos quinhões, estabelecida na primeira disposição, entender-se-á mantida na segunda. Isto é, os percentuais estabelecidos pelo *auctor successionis* em relação aos herdeiros e legatários serão estendidos para o quinhão daquele que foi instituído e não aceitou a herança. Maria Helena Diniz, com bastante propriedade, arrazoa, a fim de elucidar a situação em comento, que:

[...] se forem nomeados herdeiros “A” com 1/6 da herança, “B” com 2/6, e “C” com 3/6, sendo substitutos entre si. Se “A” não aceitar a herança, sua quota será dividida entre “B” e “C” na mesma proporção fixada na primeira disposição, isto é, “B” receberá duas partes dela e “C” três¹⁸

É possível, ainda, em se tratando de substituição recíproca, ocorrer a hipótese em que há herdeiros ou legatários, instituídos em partes desiguais, sendo, posteriormente, incluída mais uma pessoa, no caso de um destes vier a não aceitar ou estiver impedido de fazê-lo, como é o caso de premissão ou

¹⁵ VENOSA, 2010, p. 1.731.

¹⁶ GAMA, 2006, p. 352.

¹⁷ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

¹⁸ DINIZ, 2010, p. 361-362.

mesmo indignidade. Nesta situação, o quinhão vago pertencerá, em partes iguais, aos substitutos, ou seja, será dividido em proporções iguais aos herdeiros ou legatários substitutos.

6 Substituição Fideicomissária

6.1 Conceito e Requisitos

Dentre as modalidades de substituição testamentária consagradas pelo Estatuto Civil de 2002 está a fideicomissária. Gama arrazoa, ao espancar o tema, que é a “*disposição testamentária onde o testador constitui uma pessoa como legatário ou herdeiro, mas impõe que, uma vez verificada certa condição, deverá transmitir a outra pessoa, por ele indicada, o legado ou a herança*”¹⁹. A espécie em comento, ao contrário da substituição vulgar, é delineada por uma liberalidade sucessiva e não simultânea.

Há, dessa sorte, uma dupla liberalidade, em ordem sucessiva, ao fiduciário e ao fideicomissário, pois o primeiro receberá, desde logo, a posse a propriedade de toda a herança ou da quota parte desta ou do legado, ou seja, de coisa certa e determinada proveniente do espólio. Já no que concerne ao fideicomissário, a transmissão só restará configurada após a morte do fiduciário ou ainda do defluxe de certo lapso temporal ou sob certa condição. Ao lado disso, em razão da presença do intermediário, qual seja: o fiduciário, a modalidade de substituição em estudo é considerada como indireta, havendo, destarte, uma dupla transmissão, porquanto o fiduciário e o fideicomissário são sucessores do testador. Quadra, ainda, realçar, como bem obtemperam Tartuce e Simão²⁰, que na substituição fideicomissária não há relação sucessória entre o substituído e o substituto.

Insta destacar que a substituição fideicomissária, na atual sistemática adotada pelo Código de 2002, revela-se como instrumento para atender ao desejo do *auctor successionis* de instituir herdeiro não existente, quando da abertura da sucessão. “*Deveras, pelo art. 1.952 só é cabível em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, ou seja, em favor da prole eventual da pessoa por ele indicada*”²¹. Trata-se de limitação estabelecida pela legislação específica, a qual restringe o fideicomisso a tão somente a hipótese

¹⁹ GAMA, 2006, p. 189.

²⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 382-383.

²¹ DINIZ, 2010, p. 364.

ventilada no dispositivo supramencionado, vez que obsta a circulação de bens. À guisa de citação o Código Civil de 1916²² não trazia, em seu âmago, a limitação insculpida no Diploma de 2002, sendo possível a instituição de fideicomisso em favor de qualquer indivíduo.

Ao lado disso, se, ao tempo da abertura da sucessão, o fideicomissário já houver nascido, este adquirirá a nua-propriedade dos bens fideicometidos, havendo a conversão em usufruto o direito do fiduciário, atentando-se, por necessário, ao lapso temporal assinalado na cédula testamentária. Prima sublinhar que, em se quedando silente a disposição de última vontade, subsiste a presunção de ser o usufruto vitalício. No mais, Tartuce e Simão espancam que “*se ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário*”²³.

Infere-se, ainda, que três são as modalidades da substituição em comento, a saber: **substituição fideicomissária por morte do fiduciário**, quando o de cujus não disser nada, a transmissão dos bens fideicometidos ao fideicomissário restará operada com a morte do fiduciário. Tal modalidade é denominada de fideicomisso *quum morietur*; **substituição fideicomissária sob certa condição**, que se encontra adstrita a um evento futuro e incerto; e, **substituição fideicomissária a termo**, que está atrelada a um evento futuro e certo. Ao lado do expandido, cuida anotar que em relação ao fideicomissário, verifica-se que em referência à sua propriedade pende condição suspensiva.

Doutra banda, o domínio exercido pelo fiduciário sobre a herança ou o legado é resolúvel, como bem assinala o artigo 1.953 do Código Civil²⁴, sendo, *ergo*, proprietário sob condição resolutiva, podendo, em decorrência disso, gozar, dispor, gravar e reivindicar o bem. “*Se o domínio, porém, vier a resolver-se, a alienação porventura feita pelo fiduciário tornar-se-á ineficaz e o adquirente deverá devolver o bem ao fideicomissário*”²⁵. Anote-se, ao lado do pontuado, que, advindo a resolução do domínio, por extensão, restarão

²² BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

²³ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 384.

²⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.953**. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel”

²⁵ DINIZ, 2010, p. 365.

resolvidos os direitos reais instituídos pelo fiduciário, transmitindo-se ao fideicomissário, em favor de quem a resolução resta operada, podendo, inclusive, esse reivindicá-lo do poder de quem o detenha. Com efeito, poderá o testador lançar mão da cláusula de inalienabilidade em seu ato de disposição de última vontade, sem que seja necessário a apresentação de justificativa.

Além disso, há que se registrar que se o fideicomisso incidir sobre determinados bens, estará substanciado o fideicomisso particular, ao passo que se assumir aspecto de uma herança, compreendendo a totalidade ou ainda a quota-parte do espólio, será fideicomisso universal. Gama, ao dispor sobre a matéria em apreço, obtempera que: “*Fideicomisso particular. O que se restringe a um certa porção da herança. Fideicomisso universal. O que abrange a totalidade ou uma fração da massa hereditária*”²⁶. Afora isso, é de boa técnica assinalar que a legítima não pode ser objeto de fideicomisso, o qual só incidirá na parte disponível do testador.

Ademais, para a caracterização da substituição fideicomissária é imprescindível a presença da dupla vocação, sendo necessária a ocorrência de duas disposições incidente sobre o mesmo bem em favor de pessoas distintas, os quais receberão a herança ou o legado, uma sucessivamente após a outra, devendo haver a intervenção de três pessoas diversas, a saber: “*o testador ou fideicomitente, que institui o fiduciário, que receberá a liberalidade com o encargo de transmiti-la ao fideicomissário, que, por não estar ainda concebido ao tempo da abertura da sucessão, terá a titularidade de um direito eventual*”²⁷. Vale salientar que o aspecto eventual do direito permanecerá mesmo após o nascimento do substituto, uma vez que a propriedade da coisa fideicometida só lhe será transmitida com o óbito do substituído, depois do adimplemento de condição estipulada ou ainda pelo decurso de certo lapso temporal. Entrementes, há que se acinzelar, com bastante ênfase, que, em havendo o nascimento do substituto, quando da abertura da sucessão, o fideicomisso restará caducado, sendo que aquele terá a nua-propriedade sobre o bem fideicometido e o substituído o usufruto, como bem arrazoa o parágrafo único do artigo 1.952 do Código Civil²⁸.

²⁶ GAMA, 2006, p. 189.

²⁷ DINIZ, 2010, p. 367.

²⁸ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.952.** [omissis] **Parágrafo único.** Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a

Outro requisito necessário para a substancialização da substituição fideicomissária está relacionado à eventualidade da vocação do substituto, porquanto, até que ocorra a substituição do fiduciário, este será proprietário da coisa fideicometida, havendo condição resolutiva, ao passo que em relação àquele penderá condição suspensiva. “*Não há nenhuma transmissão de bens do fiduciário para o fideicomissário, porque este os recebe, indiretamente, do fideicomitente – daí ser uma substituição indireta*”²⁹. Logo, pelo ínterim que perdurar o direito do fiduciário, o fideicomissário será detentor de um direito meramente eventual sobre o bem fideicometido. Encontra-se acampado entre os requisitos a sucessividade subjetiva dos bens herdados ou legados, de maneira que o substituto sucede ao substituído com a morte deste. Desta feita, tão somente com a abertura do fideicomisso é que existirá o direito de reivindicar os bens que foram alienados pelo fiduciário, sendo que, enquanto não receber a coisa fideicometida, não fluirá em seu desfavor qualquer prazo prescricional. Assim, não será possível o ajuizamento de nenhuma ação, conquanto sua intervenção seja considerada legítima em Juízo, com o escopo de requerer medidas conservatórias, inclusive contra o fiduciário.

Outro requisito necessário é a capacidade testamentária passiva do fiduciário, que é devidamente analisada quando ocorre o momento da abertura da sucessão, bem como a do fideicomissário, quando da substituição. Destarte, não é necessária a existência do fideicomissária no momento em que o *actor successionis* instituir o fideicomisso, todavia, quando operar a substituição, revela-se imprescindível. Em sendo nascido o fideicomissário, quando ocorrer a abertura da sucessão, o fideicomisso será convertido em usufruto.

Nessa senda de exposição, há, ainda como requisito, a obrigação do fiduciário conservar o bem fideicometido para que, posteriormente, o restitua ao fideicomissário, uma vez que o testador deposita sua confiança (fidúcia) no fiduciário, entregando-lhe bens com o encargo de mantê-los conservados, a fim de que, depois, restituir àquele que o sucederá na substituição. Entretanto, em havendo na cédula testamentária cláusula que permita, de maneira expressa, a alienação da coisa, não se está diante do instituto da substituição fideicomissária. “*De qualquer forma, se 'confiar desconfiando', nada impede*

propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”

²⁹ DINIZ, 2010, p. 367.

que *clausule os bens com a cláusula de inalienabilidade, o que sequer necessitará de justificativa*³⁰, uma vez que os bens fideicometidos integram a parte disponível e não a legítima.

Além disso, vale evidenciar que a inalienabilidade não é absoluta, podendo o fiduciário fazê-la, desde que em condição resolutiva, logo, em havendo a abertura do fideicomisso, o substituto poderá, do adquirente, reivindicar a coisa alienada. Deste modo, a alienação feita pelo fiduciário será tornada sem efeito. Em razão de tal aspecto caracterizador, ressoando as disposições contidas no parágrafo único do artigo 1.953 do Código Civil³¹, o fiduciário é obrigado a proceder a inventariança dos bens gravados, assim como a prestar caução de restituí-los ao fideicomissário, se este o exigir.

6.2 Direitos e Deveres do Fiduciário

Tendo por sedimento de ponderação, as balizas fincadas até o momento, pode-se assinalar que o fiduciário é o primeiro herdeiro ou legatário, instituído na cédula testamentária e o único substituído que transmite, em decorrência de seu óbito, a certo tempo ou sob específica condição, a coisa fideicometida ao fideicomissário. Deste modo, a instituição do substituído se dá sob a condição resolutória de transmitir. Afigura-se como direito do fiduciário ter, na forma que insculpi o artigo 1.953 do Código Civil, a propriedade da herança ou do legado, sendo esta, entretanto, restrita e resolúvel, compreendendo o direito de usar, gozar e dispor da coisa fideicometida, ressalva a hipótese de imposição de cláusula de inalienabilidade pelo testador.

Vale realçar que o substituído é livre para alienar e gravar de direito real o bem sujeito ao instituto do fideicomisso, todavia, em sendo aberta a substituição, o fideicomissário poderá reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. *“Desse modo, terceiro que venha a adquirir bens sujeitos a fideicomisso, ou aceite garantias sobre imóveis assim onerados, está assumindo o risco de ver resolvido o seu direito”*³². Outrossim, o fiduciário pode

³⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 385.

³¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.953.** [omissis] **Parágrafo único.** O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário”.

³² DINIZ, 2010, p. 369.

perceber frutos e rendimentos proveniente da coisa fideicometida, usando-os e consumindo-os, sem que haja qualquer limitação à sua disponibilidade.

Outro direito do fiduciário, poderá o substituído, caso venha falecer após o testador, mas antes de decorrido o lapso, promover a transferência da propriedade fiduciária a seus herdeiros legítimos ou testamentários, que dela gozarão. Cuida apontar que, nesta situação, a cláusula resolutiva e da mesma obrigação de restituir a coisa permanecerão produzindo seus efeitos, até que haja o advento do termo ou da condição resolutória, momento em que o substituto receberá os bens objeto do fideicomisso. Igualmente, o fiduciário terá o direito de ter a propriedade plena, quando ocorrer a renúncia do fideicomissário, excetuando disposição em contrário pelo testador, ou ainda se o substituto vier a óbito antes do *auctor successionis* ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito do fiduciário.

O fiduciário terá direito ao recebimento de indenização em decorrência da estruturação de benfeitorias, tanto úteis como necessárias, que implicarem no aumento do valor econômico da coisa fideicometida, sendo-lhe permitido, inclusive, o emprego do direito de retenção, pelo valor delas, uma vez que é considerado como possuidor de *bona fide*. No que tange às benfeitorias voluptuárias, há que se salientar que o substituto só as pagará se quiser, e, caso não queira, poderá o substituído levantá-las, desde que tal ato não cause dano à coisa a que se encontrarem atreladas.

Ainda como direito do substituído, poderá o fiduciário renunciar ao fideicomisso, por termo judicial ou escritura pública, vez que não está obrigado a aceitar a liberalidade. Em havendo o repúdio da herança ou do legado, o domínio será passado ao substituto, a quem é deferido o poder de aceitar. Da mesma forma, poderá o fiduciário sub-rogar o fideicomisso para outros, sendo imprescindível, entretanto, prévia autorização do fideicomissário, nos termos em que preceitua o artigo 1.112, inciso III, do Código de Processo Civil³³, sendo o Juízo do inventário competente. Por fim, dentre o rol dos direitos conferidos ao fiduciário, poderá ele empregar todas as ações do herdeiro, incluindo-se a de petição de herança.

³³ BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “Art. 1.112. Processar-se-á na forma estabelecida neste capítulo: [omissis] III – Alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais de menores, de órfãos e interditos;”

Já no que tange aos deveres, ao fiduciário incumbirá promover a inventariança dos bens fideicometidos, que, em decorrência de ser judicial, é considerado como obrigatório, na forma que insculpi o artigo 1.796 do Código Civil³⁴, uma vez que é imprescindível para a caracterização do objeto do fideicomisso, bem como para tornar certa a obrigação do fiduciário de transmitir tais bens ao substituto, com o implemento do termo ou da condição resolutória. Ao lado disso, quadra evidenciar que o inventário conterá a relação e a descrição dos bens fideicometidos, sendo considerado como o ponto de referência para as eventuais reclamações apresentadas pelo fideicomissário. “*Compete ao fiduciário responder pelas despesas do inventário e pelo pagamento do imposto de transmissão causa mortis*”³⁵.

incumbirá, também, ao fiduciário, na forma que prescreve o parágrafo único do artigo 1.953 do Código Civil³⁶, prestar caução de restituir as coisas fideicometidas, se houver exigência do fideicomissário, com o escopo de assegurar a restituição. Deverá, ainda, conservar e administrar o bem sujeito ao fideicomisso, pelo período que se encontrar sob sua guarda, não tendo, todavia, direito ao reembolso pelos gastos em sua conservação. Por fim, deverá o fiduciário devolver o bem no estado em que se encontrar quando ocorrer a substituição, não respondendo, contudo, pelas deteriorações decorrentes do uso regular da coisa, como também em caso fortuito ou força maior. Entretanto, tal disposição não subsistirá quando houver culpa ou dolo, ocasião em que deverá indenizar.

6.3. Direitos e Obrigações do Fideicomissário

In primo loco, cuida evidenciar que o fideicomissário é o segundo herdeiro ou legatário instituído pelo *auctor successionis* em sua cédula testamentária, bem como o primeiro e único substituto, o qual recebe a herança ou o legado em decorrência do óbito do fiduciário ou ainda quando restar

³⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.796.** *No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o Juízo competente no lugar da sucessão, para fins de ter liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança*”

³⁵ DINIZ, 2010, p. 370.

³⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.953.** [omissis] **Parágrafo único.** *O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário*”.

configurada a condição resolutória do direito desse. “É, pois, um herdeiro ou legatários instituído sob condição suspensiva de receber, tendo direito eventual sobre a liberalidade”³⁷, o qual só se concretizará com o advento do termo ou da condição que extingue o direito do fiduciário. Deste modo, no que tange ao instituto em testilha, diversos são os direitos do fideicomissário, podendo-se assinalar como primeiro o de exigir que o fiduciário proceda ao inventário das coisas fideicometidas, bem como preste caução de restituí-las, como obtempera o parágrafo único do artigo 1.953 do Código Civil³⁸ vigente.

O fideicomissário possui o direito de exercer todos os atos necessários à conservação dos bens, podendo, inclusive, lançar mão das medidas cautelares e asseguradoras, conquanto, em razão de ser mero titular de direito eventual, não possa ajuizar ações com o escopo de resguardar a propriedade e a posse dos bens sujeitos ao instituto em comento. Neste passo, poderá o fideicomissário exercer os atos relativos à testamentaria e à inventariança, apenas na ausência do fiduciário. Ao lado disso, com supedâneo no artigo 22 do Estatuto Civil, poderá o fideicomissário requerer a curadoria dos ausentes.

Nessa toada, ainda como integrante do rol dos direitos, poderá o fideicomissário receber a parte da liberalidade proveniente ao fiduciário, a título de direito de acrescer, pois, “quando o disponente institui dois ou mais beneficiários conjuntos, haverá entre eles o direito de acrescer”³⁹, conforme em altos alaridos diciona o artigo 1.956 do Código Civil. Destarte, tão somente com a cessação do direito do último fiduciário é que os bens acobertados pelo fideicomisso serão transmitidos ao fideicomissário, contabilizando-se, inclusive, os respectivos acréscimos.

O fideicomissário, ainda, possui o direito de receber a herança ou o legado, na categoria do substituto do fiduciário, caso este venha falecer antes do testador, bem como renunciar a sucessão ou dela for excluído, bem como se a condição sob a qual o mesmo fiduciário foi nomeado não se verificar,

³⁷ DINIZ, 2010, p. 371.

³⁸ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.953.** O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel. **Parágrafo único.** O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário”.

³⁹ DINIZ, 2010, p. 372.

conforme em altos alaridos dictiona o artigo 1.943 do Código Civil⁴⁰, cuja interpretação de sua disposições são também aplicáveis ao caso em comento. De igual maneira, receberá o fideicomissário os bens, em decorrência da extinção do fideicomisso, livres de quaisquer ônus, exceto na situação prevista no artigo 1.957 da Lei Substantiva Civil, ou seja, os encargos da herança que ainda restarem.

Em findado o fideicomisso, incumbirá ao fideicomissário recolher o valor do seguro ou o preço da desapropriação no qual se sub-roga a coisa fideicometida, ocorrendo, por consequência, a desapropriação ou destruição decorrente do sinistro. “*Renunciar ou aceitar a herança ou o legado, inclusive como substituto do fiduciário, que repudiou a liberalidade, visto que a renúncia deste antecipa a vocação hereditária do fideicomissário*”⁴¹, acarretando, em decorrência disso, a conversão da modalidade em tela em substituição ordinária, logo, o fideicomissário, na condição de substituto, passa a ter, desde logo, o direito de aceitar ou renunciar a herança.

Vale destacar que, em havendo a renúncia expressa da herança ou do legado, por meio de escritura pública ou termo judicial, restará configurada a caducidade da substituição, ficando, em razão disso, o fiduciário com a propriedade plena da coisa fideicometida, ressalvada disposição em contrário pelo *auctor successionis*. Afora isso, caso o testador indicar um substituto, não operará a caducidade do fideicomisso. À guisa de elucidação, quadra anotar que, na situação vertida, a substituição não extrapola o segundo grau, uma vez que o fideicomissário que desaparece, passando o seu substituto a ocupar a mesma posição. Deste modo, não há que se falar em terceiro grau de substituição. Logo, em havendo a aceitação, terá direito ao objeto inicial e à parte que, ao fiduciário, crescer.

No que concerne à obrigação, insta averbar que compete ao fideicomissário responder pelos encargos da herança que, quando vier à sucessão, ainda restarem, se porventura o fiduciário não pôde satisfazê-los.

⁴⁰ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.943.** *Se um dos co-herdeiros ou co-legatários, nas condições do artigo antecedente, morrer antes do testador; se renunciar a herança ou legado, ou destes for excluído, e, se a condição sob a qual foi instituído não se verificar, crescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos co-herdeiros ou co-legatários conjuntos*”.

⁴¹ DINIZ, 2010, p. 372.

Outrossim, deverá ele indenizar ao fiduciário pelas benfeitorias, tanto úteis como necessárias erigidas por esse, que implicarem no aumento do valor do bem fideicometido.

6.4 Causas de Caducidade do Fideicomisso

Em uma primeira plana, insta analisar que a caducidade do fideicomisso decorre de causas alheias à vontade do *auctor successionis*, uma vez que resultam de fatos supervenientes à facção testamentária. “A *caducidade resulta de certas causas, em consequência das quais a disposição testamentária, ainda que válida, não produz efeitos*”⁴². Deste modo, ainda que o testamento seja considerado como válido, em razão das situações supervenientes, não gozará de eficácia.

Dentre as situações autorizadoras da caducidade, pode-se assinalar a incapacidade testamentária passiva ou a exclusão do fideicomissário. De igual modo, será considerada como causa ensejadora da caducidade se o fideicomissário instituído vier a falecer antes do testador. Conforme pode-se verificar, as situações apresentadas até o momento possuem o condão de obstar a transmissão da coisa fideicometida, em decorrência da ausência de sucessor de segundo grau. Ora, há que se reconhecer que, uma vez substancializada alguma das hipóteses apresentadas alhures, haverá a consolidação da propriedade plena na pessoa do fiduciário, ressalvada, com efeito, disposição contrária do testador. Neste sentido, colhe-se, oportunamente, os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: Agravo de Instrumento. Inventário. Testamento. Instituição de Fideicomisso. Falecimento dos Fideicomissários antes do Fiduciário. Caducidade. Legislação Aplicável. Interpretação estrita de cláusula. A legislação aplicável à solução do fideicomisso é a vigente na época do óbito do fiduciário e não àquela da morte da testadora, eis que a propriedade do bem herdado ou legado, embora resolúvel e restrita, está no âmbito jurídico do intermediário. O falecimento do fideicomissário antes da morte do fiduciário determina a caducidade do fideicomisso, pois não resta realizada a expectativa do direito detido pelo fideicomissário. A existência de cláusula que não expresse claramente a vontade do testador não admite interpretação elástica ante a rigidez da forma testamentária, devendo ser lida como indicação de um terceiro grau, o que a lei veda. Agravo Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº 70046212510/ Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga/ Julgado em 11.04.2012)

⁴² TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 385.

Ementa: Agravo de Instrumento. Inventário. Fideicomisso. Art. 1.958 do NCC. (Art. 1.738 do CC de 1916). Não podem subsistir as disposições testamentárias relativas ao fideicomisso se, como é o caso dos autos, configurada a morte dos fideicomissários antes do passamento da fiduciária. Negado seguimento. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº 70007498306/ Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade/ Julgado em 30.12.2003)

Em igual substrato, em ocorrendo o falecimento do fideicomissário depois do testador, todavia antes do fiduciário ou antes da realização do termo ou da condição resolutória do direito desse. Em tal situação, a propriedade, como bem assinala o artigo 1.955 do Código Civil⁴³, a propriedade restará consolidada no fiduciário. Há que se evidenciar que o fideicomissário possui apenas direito eventual à propriedade do bem subordinado ao fideicomisso, logo, em ocorrendo tal hipóteses, o domínio restará consolidado na pessoa do fiduciário, o qual ficará sendo o proprietário definitivo do bem.

A renúncia da herança ou do legado feita pelo fideicomissário, a qual só pode ser feita após a abertura da substituição, “*caso em que os bens fideicometidos deixam de ser propriedade resolúvel e passam a ser propriedade plena, pura e ilimitada do fiduciário*”⁴⁴, excetuando a hipótese do fideicomitente dispor, em sua cédula testamentária, de modo diverso. Como bem arrazoam Tartuce e Simão⁴⁵, o fideicomissário só poderá apresentar sua renúncia após a ocorrência da morte do *auctor successionis*, não precisando, entretantes, aguardar o óbito do fiduciário, porquanto inexistente relação sucessória entre ambos. De igual maneira, também resta caducado o fideicomisso, quando estipulado a termo, e o fideicomissário vier a óbito antes do fiduciário, ou ainda se a prole eventual não vier a ser concebida no prazo estatuído pelo *de cuius* em sua cédula testamentária.

Outrossim, em ocorrendo o perecimento total do bem sujeito ao fideicomisso, sem que o evento tenha ocorrido por culpa ou dolo do fiduciário, e desde que não haja sub-rogação no valor estipulado sobre o bem perecido, uma vez que havendo a perda parcial da coisa, o fideicomissário receberá a parte subsistente. Neste diapasão, há que se trazer a lume a redação do artigo

⁴³ BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012: “**Art. 1.955.** O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador”.

⁴⁴ DINIZ, 2010, p. 373.

⁴⁵ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 386.

1.940 do Código Civil: “**Art. 1.940.** *Se o legado for de duas ou mais coisas alternativamente, e algumas delas perecerem, subsistirá quanto às restantes; perecendo parte de uma, valerá, quanto ao seu remanescente, o legado*”⁴⁶, ao qual é conferida uma interpretação extensiva, ampliando a redação do dispositivo supracitado ao instituto em comento. O fideicomisso, realce-se com cores fortes e contorno grosso, será extinto apenas na parte que pereceu, desde que não seja configurado o dolo e a culpa do fiduciário.

Por derradeiro, a conversão do fideicomisso em usufruto, se, porventura, o fideicomissário já houver nascido ao tempo do passamento do testador, como bem estrutura o parágrafo único do artigo 1.952 do Código Civil. Como bem ressoam Tartuce e Simão, “*nessa hipótese, a propriedade dos bens não é transmitida ao fiduciário, que receberá apenas o direito real de usufruto e, com ele, a posse direta dos bens*”⁴⁷, ao passo que a nua-propriedade ficará com o fideicomissário. Ao lado disso, prima sublinhar que a legislação não dispõe qual o prazo de tal usufruto, sendo, em razão disso, considerado como vitalício, ressalvando-se disposição em contrário pelo testador.

6.5 Nulidade do Fideicomisso

O Estatuto Civil de 2002, em seu artigo 1.959, torna defeso a instituição de fideicomisso além de segundo grau, como se infere, inclusive, da redação do dispositivo supramencionado, nesta oportunidade, colacionada: “**Art. 1.959.** *São nulos os fideicomissos além do segundo grau*”⁴⁸. Logo, em razão de tais previsões, cuida gizar que nula será a disposição contida na cédula testamentária “*em que o fideicomitente determinar que o fideicomissário entregue a terceiro [...] os bens que recebeu o fiduciário, mas prevalecerá a deixa testamentária instituída em benefício do fiduciário*”⁴⁹, o qual deterá a propriedade plena e livre da coisa fideicometida.

Desse modo, infere-se que se o *auctor successionis* instituir um fideicomisso além do segundo grau, tal disposição será considerada como nula quanto aos graus excedentes. “*Vale dizer que a nulidade de parte da*

⁴⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

⁴⁷ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 384.

⁴⁸ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

⁴⁹ DINIZ, 2010, p. 374.

*instituição não contamina a parte válida, que é aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos (utile per inutile non vitiatur)*⁵⁰. Logo, valorando. Destarte, há nulidade da cláusula testamentária que ultrapassar os instituídos além do segundo grau, permanecendo, entretanto, as disposições até aquele, o qual é hasteado como *conditio sine qua non* para a configuração do instituto em tela, em razão do adágio que entalha *utile per inutile non vitiatur*, ou seja, não há que se prejudicar o útil com o inútil.

6.6 Distinção entre Fideicomisso e Usufruto Testamentário

Inicialmente, impende assinalar que o fideicomisso se assemelha ao usufruto, uma vez que, em ambas as situações, se exige a prestação de caução, inventariança dos bens, conservação e restituição na época estabelecido pelo *auctor successionis*. De igual modo, os aspectos característicos que os aproximam tangem ao direito do fideicomissário e o nu-proprietário de tomar posse dos bens, no lapso temporal assinalado para a abertura da substituição e para a cessação do usufruto.

Doutra maneira, o fideicomisso não pode ser confundido com o usufruto testamentário, eis que naquele o de cujus nomeia herdeiros ou legatários, afixando para um deles (o fiduciário) o dever de, em razão do falecimento, ou mesmo pela consumação do termo ou da condição resolutiva, transmitir a outrem (o fideicomissário) a liberalidade. Destarte, a propriedade, incluindo-se todos os seus predicados, isto é, o direito de usar, gozar e dispor, pertencerá primeiramente ao fiduciário, apesar de resolúvel, passando, posteriormente, ao fideicomissário, que a receberá plena. No usufruto, por seu turno, o nu-proprietário, a quem pertence a propriedade da coisa, poderá, temporariamente, os frutos e as utilidades que produzir. Há, neste passo, uma fragmentação do domínio, pois o nu-proprietário fica com a nua-propriedade, ao passo que o usufrutuário somente com o direito de usar e gozar da coisa.

Em se tratando de fideicomisso, os dois titulares recebem a liberalidade de maneira sucessiva, substituindo um ao outro, sendo a liberalidade imediata e certa para o fiduciário, ao passo que é futura e incerto para o fideicomissário. De outra sorte, *“no usufruto os direitos do nu-proprietário e do usufrutuário são exercidos simultaneamente, sendo, portanto, certos e imediatos para ambos os*

⁵⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 385.

*titulares*⁵¹. Ao lado disso, outro traço que acentua a distinção entre os institutos em apreciação tange ao fato de no fideicomisso o testador está autorizado a contemplar tão somente pessoas incertas ou ainda sem existência ou não concebidas, como bem destaca o artigo 1.952 do Código Civil⁵². Se, ao tempo da abertura da sucessão, os fideicomissários já houverem nascido, estes receberão a nua-propriedade dos bens fideicometidos, dando azo, por extensão, a um usufruto. No usufruto, de outra maneira, tal possibilidade não encontra qualquer assento, porquanto se faz imprescindível, quando da constituição do direito real da fruição, que o usufrutuário e o nu-proprietário existam e estejam individualizados.

Cuida elucidar, também, que, em se tratando de fideicomisso, poderá o fiduciário, em razão de ser proprietário, alienar ou gravar a coisa fideicometida, ao passo que no usufruto tal possibilidade não prospera, já que há uma fragmentação do domínio, não podendo ser praticados tais atos de forma válida. Ademais, o direito ao usufruto é intransferível, conquanto seja comportável a cessão a título gratuito ou oneroso. Ao lado disso, no fideicomisso, em ocorrendo a morte do fiduciário antes do decurso do prazo, ocorrerá a transmissão da propriedade aos seus sucessores; doutra forma, no usufruto há a extinção do direito com o falecimento do usufrutuário, restando consolidada a propriedade plena na pessoa do nu-proprietário.

O fideicomissário não pode dispor dos bens, enquanto estes se encontrarem com o fiduciário; já no usufruto, quando comparado à substituição fideicomissária, verifica-se que o nu-proprietário poderá aliená-lo, desde que sejam respeitados os direitos concernentes ao usufrutuário. No fideicomisso haverá a extinção da substituição se o fideicomissário vier a falecer primeiro que o fiduciário, antes da implementação da condição resolutiva. Neste diapasão, infere-se que tal situação não subsiste no usufruto, porquanto, com a morte do nu-proprietário, a nua-propriedade passará a seus herdeiros, continuando o usufrutuário a gozar de seus direitos. Por derradeiro, no fideicomisso a prescrição dos direitos da herança flui em desfavor do fiduciário, já no usufruto infere-se que tal decurso deflui contra o nu-proprietário e não contra o usufrutuário.

⁵¹ DINIZ, 2010, p. 375.

⁵² BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

7 Substituição Compendiosa

Em uma primeira plana, mister se faz elucidar que a substituição compendiosa constitui uma junção da substituição vulgar e da substituição fideicomissária. *“É o que se verifica na hipótese em que o testador dá substituto ao fiduciário ou ao fideicomissário, prevendo que um ou outro não queira ou não possa aceitar a herança ou o legado”*⁵³⁻⁵⁴, tal hipótese não ultraja o artigo 1.960 do Código Civil, porquanto a modalidade em comento continua sendo de segundo grau. Prima pontuar que se chama compendiosa a modalidade em exame, uma vez que se encontra agasalhada sob um compêndio, ou ainda síntese de palavras, contendo em sua estrutura muitas substituições.

Há, desse modo, várias substituições distintas que dão azo à modalidade em destaque, consistindo um misto de substituição vulgar e de substituição fideicomissária. Vale realçar que há entendimentos doutrinários, como o defendido pelos festejados Tartuce e Simão⁵⁵, que concebem a substituição compendiosa como a fideicomissária, uma vez que, tal como esta, aquela substituição também é indireta, já que é estruturada sob termos oblíquos e deprecativos.

Referências:

BRASIL. **Decreto-Lei Nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012 .

⁵³ DINIZ, 2010, p. 376-377.

⁵⁴ Neste sentido: VICENTE, Ana Cláudia. **Substituição do Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/substituicao-do-direito-sucessorio-4867751.html>>. Acesso em 13 mai. 2012: *“Ocorre com a conciliação da substituição vulgar com a substituição fideicomissária, designando por exemplo substituto para o caso de o fideicomissário, ou o fiduciário não poder ou não querer aceitar o benefício”*.

⁵⁵ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 383.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 06. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Editora Russel, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 06. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

VERDAN, Tauã Lima. O Instituto do Testamento: Análise do Tema sob a Ótica do Diploma Civilista. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 15 mar. 2012. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-civil/instituto-testamento-analise-tema-sob-otica-diploma-civilista>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

VICENTE, Ana Cláudia. **Substituição do Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/substituicao-do-direito-sucessorio-4867751.html>>. Acesso em 13 mai. 2012