

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS  
CURSO DE DIREITO**

## **FIDEICOMISSO NO DIREITO DAS SUCESSÕES**

**PEDRO IRINEU VIEIRA JÚNIOR**

**Itajaí/SC, Novembro de 2009**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS  
CURSO DE DIREITO**

## **FIDEICOMISSO NO DIREITO DAS SUCESSÕES**

**PEDRO IRINEU VIEIRA JÚNIOR**

Monografia submetida à Universidade  
do Vale do Itajaí – UNIVALI, como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Msc. Cláudio José Pinheiro**

**Itajaí/SC, Novembro de 2009**

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente a Deus, pela existência e possibilidade de estar cursando um novo curso universitário, e também a toda minha família, em especial minha esposa Cristiane e minha filha Gabriele, pela compreensão e força nesta etapa da vida.

Também agradeço especialmente o Professor Cláudio José Pinheiro, que foi além de um mestre, um grande amigo, e que sem sua ajuda este trabalho não seria possível.

Finalmente, a todos os professores, funcionários da Univali e colegas, que sempre estiveram próximos, não medindo esforços para o crescimento de todos.

## DEDICATÓRIA

Este trabalho, é dedicado a toda a minha família, e também aos professores que estavam presentes nos momentos mais difíceis, e, em especial ao meu orientador **Claudio José Pinheiro**, um homem honrado, acima da média, possuidor de grande conhecimento e didática, uma qualidade imprescindível aos mestres, o qual tem prazer em compartilhar. Além e todos os melhores atributos possíveis, um grande detentor de uma humildade ímpar, que levo de exemplo para toda a vida.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí/SC, Novembro de 2009**

**Pedro Irineu Vieira Junior  
Graduando**

## **PÁGINA DE APROVAÇÃO**

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo graduando Pedro Irineu Vieira Júnior, sob o título Fideicomisso no Direito das Sucessões, foi submetida em 18 de novembro de 2009, à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Msc. Claudio José Pinheiro e Esp. Eduardo Erivelton Campos, obtendo a nota final 10,0 (dez).

**Itajaí/SC, Novembro de 2.009**

**Professor Msc. Claudio José Pinheiro  
Orientador e Presidente da Banca**

**Prof. MSc Antônio Augusto Lapa  
Coordenação da Monografia**

## ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

### **Capacidade para Suceder**

“Capacidade é a aptidão para receber, exercer e transmitir direitos. A capacidade passiva é a capacidade de alguém adquirir bens numa herança. Há três requisitos para que uma pessoa possa ser considerada herdeira: deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno”<sup>1</sup>.

### **Direito das Sucessões**

O direito das sucessões "vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio a alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento"<sup>2</sup>.

### **Fideicomisso**

O fideicomisso é uma das modalidades de substituição, ao lado da vulgar e da recíproca, que possibilita ao testador (fideicomitente) estabelecer uma dupla transmissão de herança ou de legado; ou seja, em vez de chamar apenas um herdeiro ou legatário, acontece uma transmissão concomitante e sucessiva em benefício de duas pessoas (primeiro o fiduciário, que transferirá ao segundo o fideicomissário).

### **Herança**

“O termo *herança* é exclusivo do direito civil. Daí entender-se *herança* como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> VENOSA. Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 7. p. 1. p. 44.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6. p. 3.

<sup>3</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 6.

## **Indignidade**

“A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito de herança não só ao herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxadamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares”<sup>4</sup>.

## **Renúncia**

“É ato solene pelo qual uma pessoa, chamada a sucessão da outra, declara que não a aceita”<sup>5</sup>.

## **Saisine**

“O sistema de *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrarem na posse dos bens que constituem a herança. Acontece que ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade. O herdeiro pode deixar de aceitar e renunciar a herança”<sup>6</sup>.

## **Suceder**

“Significa substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Ou seja, num conceito abrangente, a referida substituição decorre da troca do titular de um direito”<sup>7</sup>.

## **Sucessão**

[...] a sucessão gravita em torno da morte. A morte do titular de um patrimônio determina a sucessão. O fato morte está preceituado no artigo 1.784 do Código Civil, como segue: “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 52.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7. p. 59.

<sup>6</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.

<sup>7</sup> VENOSA. Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 7. p. 1.

<sup>8</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.



## **Sucessão legítima e testamentária**

“[...] a sucessão legítima é a que decorre da lei. A sucessão testamentária decorre de ato de última vontade”<sup>9</sup>.

## **Testamento**

Define-se testamento como o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte. O testamento é negócio *solene* já que a lei estabelece forma rígida para sua feitura. A desobediência de qualquer das formas legais pode conduzir à invalidade do ato.<sup>10</sup>

## **Título Universal e Singular**

“A sucessão "a 'título universal' quando gera a transmissão da totalidade do patrimônio ao sucessor; e a 'título singular', quando adstrita a uma coisa ou a um direito transmitido”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 16.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 145.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1.

**ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
BA	Bahia
CC	Código Civil
CEJURPS	Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais
Cód.	Código
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça do Estado
ed.	Edição
Min.	Ministro
nº	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
out.	Outubro
p.	Página
Pág.	Página
REsp.	Recurso especial
RJ	Rio de Janeiro
set.	Setembro
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
v.	Volume

## SUMÁRIO

RESUMO.....	13
INTRODUÇÃO .....	14
 CAPÍTULO 1 .....	 18
ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES RELACIONADOS AO FIDEICOMISSO .....	18
1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	18
1.1.1.DIREITO DAS SUCESSÕES NO DIREITO ROMANO .....	21
1.1.2.IDÉIA CENTRAL DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	21
1.1.3. NOÇÃO DE HERANÇA.....	23
1.2 ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA.....	25
1.2.1 FATO QUE DETERMINA A SUCESSÃO.....	25
1.2.2 TRANSMISSÃO DA HERANÇA E A LEI QUE REGULA A CAPACIDADE PASSIVA.....	26
1.3 ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA .....	27
1.4 CAPACIDADE PARA SUCEDER.....	29
1.5 INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO.....	31
1.6 SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA.....	34
 CAPÍTULO 2 .....	 38
SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA .....	38
2.1 T TESTAMENTO E SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. ....	38
2.1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E DO TESTAMENTO.....	38
2.1.2. DEFINIÇÃO DE TESTAMENTO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ..	39
2.2 CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA: ATIVA E PASSIVA .....	42
2.3 FORMAS DE TESTAMENTO E CODICILO .....	48
2.3.1 TESTAMENTO PÚBLICO .....	48
2.3.2 TESTAMENTO CERRADO, SECRETO OU MÍSTICO.....	50
2.3.3 TESTAMENTO PARTICULAR .....	52
2.3.4 CODICILOS.....	54
2.3.5 TESTAMENTOS ESPECIAIS.....	55
2.4 LEGADOS, MODALIDADES, EFEITOS E CADUCIDADE.....	56
2.5 DIREITO DE ACRESCECER ENTRE HERDEIROS E LEGATÁRIO.....	58
 CAPÍTULO 3 .....	 61
FIDEICOMISSO NO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	61
3.1 O FIDEICOMISSO COMO ESPÉCIE DE SUBSTITUIÇÃO HEREDITÁRIA....	61
3.2 HISTÓRICO DO FIDEICOMISSO <i>CAUSA MORTIS</i> .....	63
3.3 CONCEITO, REQUISITOS, MODALIDADES E OBJETO DO FIDEICOMISSO .....	64
3.3.1 CONCEITOS E REQUISITOS.....	65

3.3.2	MODALIDADES E OBJETO DO FIDEICOMISSO .....	69
3.4	DIREITOS E DEVERES DO FIDUCIÁRIO E DO FIDEICOMISSÁRIO .....	71
3.5	CADUCIDADE E EXTINÇÃO DO FIDEICOMISSO.....	73
3.6	FIDEICOMISSO E USUFRUTO .....	76
3.7	UTILIDADE DO FIDEICOMISSO .....	79
	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	81
	REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	88

## RESUMO

Esta Monografia apresenta como objeto de estudo a substituição fideicomissária, disciplinada nos artigos 1.951 até 1.960, da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil). O objetivo investigatório geral foi o de pesquisar, analisar e descrever, com base na legislação supracitada, bem como, na doutrina e na jurisprudência brasileira predominante, sobre o Fideicomisso no Direito das Sucessões. A Monografia é composta de três capítulos: o primeiro trata dos aspectos gerais do direito das sucessões, relacionados com o fideicomisso; o segundo aborda a sucessão testamentária em geral; e o terceiro capítulo sintetiza o resultado da investigação sobre o fideicomisso no direito das sucessões. O assunto do fideicomisso é de difícil entendimento, emprega palavras e expressões pouco conhecidas, que exigem atenção e pesquisa conceitual aprimorada. Além disso, a sua lógica jurídica é facilmente confundida, quando comparada com a de outros institutos de direito semelhantes, como é o caso da "curadoria de bens de prole eventual" e do usufruto. O tema é relevante, atual e tem aplicação prática imediata, ao ser considerada a obrigação que todos têm de disseminar o conhecimento, através de trabalhos monográficos, para as demais classes sociais, reais destinatárias dos institutos e das regras de comportamento

## INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto de estudo uma das três espécies de substituição testamentária; ou seja, o estudo da substituição fideicomissária, disciplinada nos artigos 1.951 até 1.960, da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil).

O motivo da pesquisa, que resultou na produção do presente trabalho, foi o de solucionar os problemas formulados, a fim de testar as hipóteses e dirimir as dúvidas, principalmente para desvendar os detalhes e as implicações jurídicas desse instituto pouco conhecido no âmbito acadêmico e na sociedade em geral, ressalvado uma parte dos operadores do direito.

A escolha do tema aconteceu em sala de aula, no decorrer dos estudos da disciplina "Direito das Sucessões". O assunto do fideicomisso é de difícil entendimento, emprega palavras e expressões pouco conhecidas, que exigem atenção e pesquisa conceitual aprimorada. Além disso, a sua lógica jurídica é facilmente confundida, quando comparada com a de outros institutos de direito semelhantes, como é o caso da "curadoria de bens de prole eventual" e do usufruto.

O tema é relevante, atual e tem aplicação prática imediata, ao ser considerada a obrigação que todos têm de disseminar o conhecimento, através de trabalhos monográficos, para as demais classes sociais, reais destinatárias dos institutos e das regras de comportamento. A relevância decorre ainda, da necessidade acadêmica de aprofundar o conhecimento sobre o tema, a fim de se preparar para os desafios do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, do exercício da advocacia e eventuais participações em outros concursos públicos.

O estudo está delimitado à legislação que trata da disciplina, das regras e dos conceitos relativos à substituição fideicomissária no Direito das Sucessões; bem como, delimitado ao entendimento jurisprudencial e doutrinário, mencionados no decorrer do trabalho.

Fundamenta a validade da presente pesquisa, entre outros motivos, o propósito do desenvolvimento da ciência do direito, como meio de melhor compreensão e aplicação das regras jurídicas contidas na legislação pesquisada, com destaque para os entendimentos predominantes da doutrina e da jurisprudência investigada.

O objetivo institucional foi o de produzir a presente Monografia para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí.

O objetivo investigatório geral foi o de pesquisar, analisar e descrever, com base na legislação supracitada, bem como, na doutrina e na jurisprudência brasileira predominante, sobre o Fideicomisso no Direito das Sucessões.

Os objetivos investigatórios específicos foram os seguintes:

- a) pesquisar, interpretar e relatar sobre os aspectos gerais do Direito das Sucessões relacionados ao fideicomisso;
- b) investigar, analisar e descrever sobre testamentos e sucessão testamentária direcionados para o conhecimento do fideicomisso;
- c) pesquisar, sintetizar e relatar sobre o fideicomisso no direito das sucessões e sobre as demais espécies de substituições testamentárias.

Foram elaborados e serviram de base e estímulo para a realização desta pesquisa, resultante em Monografia, três problemas e respectivas hipóteses, conforme se verificam a seguir:

Primeiro problema: quando acontece a transmissão da herança?

Primeira hipótese: a transmissão da herança legítima e testamentária acontece no instante da abertura da sucessão (no momento da morte) do autor da herança.

Segundo problema: a "curadoria de bens de prole eventual" se confunde com a "substituição fideicomissária"?

Segunda hipótese: a "curadoria de bens de prole eventual" (prevista no art. 1.800 do Código Civil-CC) NÃO se confunde com a "substituição fideicomissária" (regulada no art. 1.951 do CC).

Terceiro problema: no fideicomisso existe dupla transferência de bens (do testador para o fiduciário e deste para o fideicomissário), com a consequente ocorrência de dois fatos geradores do imposto "causa mortis"?

Terceira hipótese: sim; no fideicomisso existe dupla transferência de bens; a primeira acontece quando os bens (herança e/ou legado) são transmitidos do testador (fideicomitente) para o fiduciário (sujeito passivo do primeiro fato gerador); a segunda transmissão de bens surge quando saem do nome do fiduciário e são transferidos para o nome do fideicomissário (sujeito passivo do segundo fato gerador).

A presente monografia está dividida em três capítulos, estruturada da seguinte forma:

No primeiro capítulo são abordados os aspectos históricos, noções gerais do direito das sucessões, de abertura, transmissão, aceitação e renúncia de herança, capacidade para suceder, indignidade, deserdação, sucessão legítima e testamentária.

O segundo capítulo discorre acerca do testamento e da sucessão testamentária, aspectos históricos, definições, capacidade testamentária ativa e passiva, formas de testamento, codicilo, legados, modalidades, efeitos e caducidade; bem como, direito de acrescer entre herdeiros e legatários.

O terceiro capítulo inicia com o estudo da substituição testamentária em geral, conceitos, origem e suas espécies: vulgar, recíproca, fideicomissária e compendiosa; prossegue conceituando o fideicomisso, discorrendo sobre seus aspectos históricos, modalidades, objeto, duração, caducidade, extinção, destaca as diferenças entre fideicomisso e usufruto e termina discorrendo sobre a utilidade contemporânea do fideicomisso.



Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, vez que a pesquisa do tema partiu do geral para a direção particular. Além disso, na Fase de Tratamento de Dados, utilizou-se o Método Cartesiano (verificar, dividir/analisar, sintetizar e enumerar as conclusões), e o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica, de modo que, além das palavras ou expressões cujos conceitos constam no rol de categorias, existem outras definições no decorrer do trabalho.

# CAPÍTULO 1

## ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES RELACIONADOS AO FIDEICOMISSO

### 1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo monográfico do instituto jurídico denominado "Fideicomisso", objeto deste trabalho, pressupõe o conhecimento sistematizado dos aspectos gerais do Direito das Sucessões, entre outros, que tratam da abertura e transmissão da herança, aceitação e renúncia, capacidade para suceder, indignidade e deserdação.

O "Fideicomisso" acontece através de manifestação de última vontade do fideicomitente (testador), que baseado na "fidúcia ou na confiança", deixa disposição testamentária, que chama o fiduciário (com propriedade resolúvel) à propriedade do bem, para transmiti-la ao fideicomissário (titular de eventual direito); isto, depois da morte do fiduciário, ou após o decurso de certo tempo ou sob certa condição estipulados no testamento.

A previsão normativa está contida nas disposições do artigo 1.951 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, com a seguinte redação:

Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

O legislador do Código Civil disciplinou o "Fideicomisso" nos artigos 1.951 a 1.960, seção II (Da Substituição Fideicomissária), no capítulo IX, que trata das "Substituições", título III (Sucessão Testamentária), livro V (Direito das Sucessões), da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, adiante denominado Código Civil.

O fideicomisso é uma das modalidades de substituição, ao lado da vulgar e da recíproca, que possibilita ao testador (fideicomitente) estabelecer uma

dupla transmissão de herança ou de legado; ou seja, em vez de chamar apenas um herdeiro ou legatário, acontece uma transmissão concomitante e sucessiva em benefício de duas pessoas (primeiro o fiduciário, que transferirá ao segundo o fideicomissário).

Nos termos do artigo 1.952, do Código Civil<sup>12</sup>: "A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador". Esta característica, própria do instituto do fideicomisso<sup>13</sup> é na verdade uma exceção à seguinte regra geral: são legitimadas para suceder as "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão", conforme previsto no artigo 1.798, do Código Civil.

Pela regra geral é possível deixar herança ou legado para pessoa nascida ou para o nascituro (já concebido) na época da morte do testador.

De outro modo, através do fideicomisso é possível deixar, através de testamento, herança ou legado para pessoa natural inexistente (denominado de fideicomissário) na época da abertura da sucessão. Esta é uma das principais utilidades do fideicomisso.

Os aspectos históricos e demais características do fideicomisso, objetos da pesquisa, que resultou neste trabalho monográfico, serão apresentados e analisados em detalhes no terceiro capítulo desta monografia.

Os institutos do Código Civil e dos demais atos normativos do direito brasileiro que abrangem o estudo dos aspectos gerais da sucessão "causa mortis" é algo que traz a tona uma dimensão interessante da própria vida humana. Assim, seu estudo mais aprofundado, pelo operador do direito, torna-se muito importante para a vida do profissional que decide focalizar esta área jurídica.

---

<sup>12</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>13</sup> Existe outra previsão legal, que estabelece uma exceção semelhante à referida regra geral, que está contida nas disposições dos artigos 1.799 e 1.800, ambos do Código Civil, que trata (não do fideicomisso) da nomeação de curador "aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir a sucessão".

Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>14</sup>, *suceder* significa substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Ou seja, num conceito abrangente, a referida substituição decorre da troca do titular de um direito.

No âmbito do direito sucessório, com a morte do autor da herança existe a troca ou substituição do falecido (substituído; que estava na titularidade dos bens da herança) pelos herdeiros e legatários (substitutos).

Neste sentido é possível a afirmação de que sucessão é a transferência dos bens, direitos e obrigações do nome do "de cujus" para nome de outrem (sucessor), em decorrência do falecimento daquele.

Neste sentido ensina Maria Helena Diniz<sup>15</sup> que o direito das sucessões "vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio a alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento". O direito das sucessões é representado pelo conjunto de disposições jurídicas que regulam a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido para os seus herdeiros e legatários.

No entendimento de Sílvio Rodrigues<sup>16</sup> a "sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor da herança. No momento exato do falecimento, a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus*, quer estes tenham ou não ciência daquela circunstância".

A pesquisa demonstrou que a sucessão pode acontecer:

a) em decorrência de negócios jurídicos entre pessoas vivas, como por exemplo, no contrato de compra e venda, onde o comprador sucede o vendedor nos direitos decorrentes da titularidade objeto da transferência;

b) em decorrência da morte, onde os sucessores sucedem o falecido, nos bens direitos e obrigações, conforme acima mencionado.

---

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 1.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6. p. 3.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 11.

No próximo item será apresentado um breve histórico do Direito das Sucessões.

### **1.1.1. Direito das Sucessões no Direito Romano**

Neste item será apresentada uma rápida percepção do que fora o Direito das Sucessões na época do Direito Romano, o motivo religioso de sua origem, a predominância do tipo de sucessão e também saber se havia algum herdeiro que era beneficiado por ter certas preferências.

Na leitura que é encontrada em Venosa<sup>17</sup>, fica evidente que o testamento sempre foi muito importante em Roma e nos demais povos antigos, principalmente em decorrência do caráter religioso, onde o sucessor era um continuador do culto familiar. No direito Romano, a sucessão testamentária era a regra, daí a grande importância do testamento na época.

Para o povo de origem germana a herança deveria ser transmitida conforme os laços de consanguinidade; por exemplo: de pai para filho, para neto e assim por diante.

Naquela época e por causa do princípio religioso a sucessão acontecia na linha masculina; a mulher seguia a tradição da família do marido e não dirigia os cultos religiosos, portanto, não recebia herança. Normalmente o pai distribuía a herança em vida ou a herança era transmitida ao primeiro filho homem.

Verifica-se que já mesmo entre os povos primórdios havia o instituto da sucessão, que estaria ligado intrinsecamente dentro da sociedade com os bens e o futuro da continuidade do ser humano.

### **1.1.2. Idéia central do Direito das Sucessões**

Para destacar a idéia central do Direito das Sucessões, Venosa<sup>18</sup>, afirma que o direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, do desaparecimento física da pessoa, em benefício dos seus sucessores.

---

<sup>17</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 3.

<sup>18</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 4.

Esta projeção ou sucessão vem marcada por duas nuances, sendo uma delas a própria lei (de origem germana), e a outra onde a vontade do testador (de origem italiana) é o que indica o caminho a ser traçado.

A partir desta idéia secular, Venosa<sup>19</sup> apresenta as duas formas de sucessão adotada pelo legislador brasileiro: uma regulada pela vontade do falecido, a *sucessão testamentária*, e outra derivada da lei, ou seja, a *sucessão ab intestado* (sem testamento).

É importante realçar a seguinte observação de Venosa<sup>20</sup>, no sentido de que só se pode falar em direito das sucessões quando a sociedade passa a conhecer a propriedade privada. Enquanto no curso da civilização, a propriedade for coletiva, pertencente a um grupo social, não haverá sucessão individual.

No caso da sucessão testamentária acontece uma transmissão de efeitos jurídicos oriundos dos bens do testador em benefício do herdeiro ou do legatário, onde um transfere ao outro, direito e obrigações.

Predomina o entendimento doutrinário quanto à classificação da sucessão, que nas palavras de Diniz<sup>21</sup> pode ser dividida quanto à fonte (em sucessão testamentária e sucessão legítima) e quanto aos seus efeitos (em universal e singular).

A fundamentação legal para a existência da sucessão legítima (lei) e da sucessão testamentária (última vontade) encontra-se no artigo 1.786 do Código Civil, como segue: "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade".

No caso de falecimento de uma pessoa que deixou testamento válido terá que ser cumprida a sucessão testamentária; mas, não é absoluta esta liberdade de testar, conforme alerta Monteiro<sup>22</sup>, ao dizer "que absoluta não é a liberdade de testar, como outrora sucedia no primitivo direito romano"; e continua

---

<sup>19</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 5.

<sup>20</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 5.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 17.

<sup>22</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

dizendo que atualmente, "pelo nosso direito, se o testador tem herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge sucessíveis (art. 1.845), somente poderá dispor da metade de seus bens (art. 1.789)".

Ao explicar a sucessão classificada pela sua extensão, Caio Mário da Silva Pereira<sup>23</sup> discorre o seguinte: "a 'título universal' quando gera a transmissão da totalidade do patrimônio ao sucessor; e a 'título singular', quando adstrita a uma coisa ou a um direito transmitido".

Como afirma Rodrigues<sup>24</sup> não se pode conhecer direito subjetivo sem titular, a titularidade dos direitos do *de cujus* deve ser transmitido, deste o preciso instante de sua morte aos seus sucessores, no caso de título universal. Caso contrário seu patrimônio ficaria sem dono durante algum tempo.

### 1.1.3. Noção de Herança

O ponto crucial dentro do estudo sucessório é o entendimento do conceito de herança.

De acordo com Diniz<sup>25</sup> o objeto da sucessão *causa mortis* é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cujus*, que se transmite aos herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança.

Segundo Rodrigues<sup>26</sup> a herança defere-se como um todo unitário e neste caso, ocorrem num só momento, por força da lei, a morte do titular do patrimônio, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros.

Alerta Venosa<sup>27</sup> que o termo *herança* é exclusivo do direito civil. Daí entender-se *herança* como o conjunto de direitos e obrigações que se

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 1.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 11.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 39.

<sup>26</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 23.

<sup>27</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 6.

transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.

A herança é também denominada espólio ou monte e reúne dentro de si todos os direitos e deveres sobre os bens e direitos que são transferidos a outrem pelo instituto sucessório. Venosa<sup>28</sup>, também qualifica o termo *espólio* como o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida, ou de *cujus*.

Ao se referir à indivisibilidade dos bens da herança, Rodrigues<sup>29</sup> esclarece que antes da partilha, nenhum herdeiro tem a propriedade ou posse exclusiva sobre certo e determinado acervo. Só a partilha individualiza ou materializa o que cabe, concreta e objetivamente a cada herdeiro.

No entendimento de Venosa<sup>30</sup> o termo herança entra no conceito de patrimônio; ou seja, deve ser vista como o patrimônio do *de cuius*.

Pode-se dizer, então, que o patrimônio do falecido englobará os bens materiais e/ou imateriais de uma determinada pessoa. Porém este patrimônio terá que ser economicamente avaliável.

O herdeiro recebe a herança toda ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens; a individualização dos bens acontecerá somente com a partilha. Esta situação é explicada por Venosa<sup>31</sup>, segundo o qual a compreensão de herança é considerada uma universalidade. Nesta linha de pensamento, continua Venosa<sup>32</sup>, explicando que durante o período em que a herança tem existência, o patrimônio hereditário possui caráter de indiviso, como consequência da referida universalidade. Assim, cada herdeiro se porta como condômino da herança.

Para reafirmar o que deve ser entendido por herança, segue a idéia de Diniz,<sup>33</sup> segundo a qual, é o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de

---

<sup>28</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 6.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 23.

<sup>30</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 7.

<sup>31</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 7.

<sup>32</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 7.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 39.



bens materiais, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários.

É importante, trazer a este estudo o conceito dado por Venosa<sup>34</sup> para *legado* que é um bem determinado, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário. O *legatário* sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular entre vivos.

## 1.2 ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

### 1.2.1 Fato que determina a sucessão

A morte do testador é o acontecimento do mundo real que determinará o início de todo o âmbito legal do estudo das sucessões. A morte da pessoa natural e a existência de testamento válido darão oportunidade ao estudo do fideicomisso, desde que este último esteja previsto no ato de última vontade.

Nos termos do artigo 6º, do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a morte.

Segundo Venosa<sup>35</sup> a sucessão gravita em torno da morte. A morte do titular de um patrimônio determina a sucessão. O fato morte está preceituado no artigo 1.784 do Código Civil, como segue: “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O momento da transmissão da herança é a morte do de cujus, daí a importância, segundo Maria Helena Diniz<sup>36</sup>, da exata fixação do dia e da hora do óbito, uma vez que uma precedência qualquer, mesmo de segundos, influi na transmissão do acervo hereditário. Além disso, Diniz<sup>37</sup> afirma que a morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, “uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem óbito do de cujus, dado que não há herança de pessoa viva (*viventis nulla est hereditas*)”.

---

<sup>34</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 8.

<sup>35</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.

<sup>36</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.

<sup>37</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.

Ficou constatado que no momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários.

### 1.2.2 Transmissão da herança e a lei que regula a capacidade passiva

A aceitação da herança no entendimento de Rodrigues<sup>38</sup> é o ato pelo qual o herdeiro manifesta sua vontade de receber a herança que lhe é devolvida.

Conforme Venosa<sup>39</sup>, o sistema de *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrarem na posse dos bens que constituem a herança. Acontece que ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade. O herdeiro pode deixar de aceitar e renunciar a herança.

O herdeiro legítimo e o testamentário (instituído) adquirem automaticamente o domínio e a posse dos bens deixados pelo falecido, independentemente de inventário e partilha. No caso de sucessão testamentária se existir cláusula suspensiva de direito a transmissão da herança acontecerá com o implemento da condição. Em relação ao legatário a transmissão do legado é explicada por Monteiro<sup>40</sup>, como segue: "se fungível a coisa deixada pelo *de cuius* (Cód. Civil, art. 85), o legatário adquire-lhe a propriedade desde a abertura da sucessão; se fungível, só a adquire pela partilha". Quanto a posse, em ambos os casos, o legatário irá adquirir somente com a partilha.

Em relação a lei que regula a capacidade para suceder está prevista nas disposições do artigo 1.787 do Código Civil, como segue: "Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela".

A transmissão automática da herança, conforme estudado acima, é provisória, porque depende de um ato posterior de aceitação ou de renúncia, que será objeto de estudo no item abaixo.

---

<sup>38</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 53.

<sup>39</sup> VENOSA. Silvío de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 14.

<sup>40</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. P. 15.

### 1.3 ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA

A aceitação da herança é fator muito importante dentro do aspecto sucessório, pois através dela, muitos fatores legais iniciam dentro do âmbito de direitos e deveres em relação aos bens e direitos objetos da herança.

A explicação do que deve ser entendido por aceitação da herança está destacada no seguinte texto de Maria Helena Diniz<sup>41</sup>:

A aceitação, ou adição da herança, vem a ser o ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida, visto que ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade, em razão da parêmia *invito non datur beneficium*. Aceita a herança, torna-se definitiva sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Para confirmar o que foi dito acima, sobre o caráter provisório da transmissão da herança, segue o ensinamento de Venosa<sup>42</sup>: "Pela aceitação, portanto, o herdeiro mostra sua vontade de adir a herança, recebê-la. A aceitação, destarte, retroage á data da morte: é uma confirmação".

A aceitação como ato de confirmação é defendida por Silvio Rodrigues<sup>43</sup>, ao dizer que: "Tem-se que em rigor, trata-se apenas de uma confirmação pela qual o beneficiário revela sua intenção de acolher a sucessão que lhe é deferida, pois a aquisição de direitos sucessórios não depende da aceitação".

As três formas de aceitação da herança são destacadas por Diniz<sup>44</sup>, como sendo a expressa, tácita ou indireta e a presumida.

Venosa<sup>45</sup>, explica que a aceitação tácita deriva de qualquer ato positivo em favor do herdeiro ao entrar na posse e propriedade de herança.

Em relação à forma expressa e a tácita de aceitação da herança Rodrigues<sup>46</sup> esclarece o seguinte:

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 67.

<sup>42</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.17.

<sup>43</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 53.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 69.

<sup>45</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.19.

A aceitação expressa é manifestada por escrito. Di-lo a lei. Não é freqüente essa maneira de adir a herança, hoje que não há mais interesse em frisar que se aceita a benefício do inventário. A aceitação tácita prevalece. A lei define como tácita a aceitação que resulta de atos somente compatíveis com o caráter de herdeiros de quem o pratica, ou tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.

A aceitação da herança, na ótica de Venosa<sup>47</sup>, possui natureza de ato unilateral, não receptício. A aceitação da herança é irrevogável: uma vez herdeiro, sempre herdeiro. Esta idéia é completada por Diniz<sup>48</sup>, nos seguintes termos:

Diante de sua irrevogabilidade, o herdeiro não pode arrepender-se dela, pois a aceitação não é possível de retratação, nem poderá, se vier a renunciar, acarretar prejuízo aos credores. Se houver lesão aos direitos dos credores, estes poderão salvaguardá-los, reclamando a providência referida no Código Civil. Art. 1.812. São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.

A aceitação presumida ou ficta, prevista no artigo 1.807, do Código Civil, é comentada por Caio Mário da Silva Pereira<sup>49</sup>, como segue: "dá-se no caso de algum interessado requerer ao juiz, depois de passados 20 dias da abertura da sucessão, que assine ao herdeiro prazo razoável não maior de 30 dias para, dentro nele, pronunciar-se: decorrido o prazo, o silêncio haver-se-á, como aceitação".

Assim como a aceitação a renúncia da herança somente poderá ser formalizada após a morte do autor da herança. Pois somente com a morte do mesmo é que existe a transmissão de bens.

Em relação à renúncia da herança Venosa<sup>50</sup> aduz o seguinte: "Se a aceitação não requer formalidade especial, tal não ocorre com a *renúncia* herança. Como se trata de negócio jurídico abdicativo, de despojamento de direitos, a lei o cerca de cautelas".

---

<sup>46</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 55.

<sup>47</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.21.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 73.

<sup>49</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.22.

<sup>50</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 31.

A única forma de renúncia é a expressa. Dito isto, destaca-se o seguinte entendimento lógico, não existe renúncia na forma tácita, nem presumida. Também não é possível renúncia antes da abertura da sucessão. Também diz Venosa<sup>51</sup>:

Que a renúncia da herança, a exemplo da aceitação, e declaração unilateral de vontade, só que necessita de vontade expressa e escrita. A forma prescrita em lei é a escritura pública ou o termo judicial. A escritura deve ser lavrada aos autos de inventário. O termo é feito perante o juízo do inventário.

Venosa<sup>52</sup>, ainda conclui que o herdeiro que aceita a herança e depois renuncia opera uma transmissão *inter-vivos*. A renúncia admite o mandato, com poderes especiais: requer a procuração pública.

A renúncia da herança, afirma Rodrigues,<sup>53</sup> é ato solene pelo qual uma pessoa, chamada a sucessão da outra, declara que não a aceita.

Não é permitida a revogação da aceitação, nem da renúncia da herança; mas, pode acontecer a possibilidade de anulação.

Outro fator importante, visualizado por Venosa<sup>54</sup>, é o fato de que como não pode ser aceita a herança em parte, não pode haver renúncia em parte. Também é relevante o seguinte esclarecimento de Venosa:<sup>55</sup> quem renuncia deixa de ser herdeiro *ex tunc*, isto é desde a abertura da aceitação; em outras palavras é como se nunca foi herdeiro.

#### 1.4 CAPACIDADE PARA SUCEDER

Os fatores para receber uma herança são fundamentais para que a lei seja atendida em seu maior fundamento que é dar bom destino aos bens e direitos deixados pelo *de cuius*.

---

<sup>51</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.22.

<sup>52</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.23.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 59.

<sup>54</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.23.

<sup>55</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.24.

Foi dito acima, que a "saisine hereditária" proporciona a transmissão automática da herança ao herdeiro e Diniz<sup>56</sup> destaca, neste sentido, o seguinte:

A base do direito sucessório é a transmissão imediata da herança do *de cujus* aos herdeiros legítimos e testamentários, desde que tenham capacidade ou legitimação sucessória, ou seja, desde que possam ser invocados para habilitar-se a suceder, por possuírem título jurídico para fazer jus a sucessão. Não é suficiente que o herdeiro invoque a sua vocação hereditária ou o seu direito de herdar por testamento, pois para tato será imprescindível que seja capaz e não excluído da sucessão.

São três os requisitos para que uma pessoa tenha capacidade para receber herança, no entendimento de Venosa<sup>57</sup>, conforme abaixo destacado:

Capacidade é a aptidão para receber, exercer e transmitir direitos. A capacidade passiva é a capacidade de alguém adquirir bens numa herança. Há três requisitos para que uma pessoa possa ser considerada herdeira: deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno.

Logicamente o referido autor não está considerando a hipótese da substituição fideicomissária (pessoa inexistente: fideicomissário) objeto de estudo do terceiro capítulo desta monografia.

As pessoas jurídicas, no ensinamento de Venosa<sup>58</sup>, também são sujeitos de direitos e, portanto, igualmente tem capacidade sucessória passiva.

A apuração da capacidade passiva, nas palavras de Diniz<sup>59</sup> requer a presença dos seguintes pressupostos:

Para apurar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes pressupostos: morte do *de cujus*, sobrevivência do sucessor, o herdeiro precisa pertencer a espécie humana, título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro.

---

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 46 e 47.

<sup>57</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 44.

<sup>58</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 44.

<sup>59</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 48.

Em face do exposto ficou evidente, como resultado da pesquisa que todos têm capacidade aquisitiva de herança, qualquer que seja a idade do herdeiro, sua capacidade intelectual ou situação econômica vedada o pacto sucessório previsto no artigo 426 do Código Civil.

### 1.5 INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Indignidade é a privação do direito hereditário estipulada por lei, contra a pessoa herdeira ou legatária que cometeu certos atos ofensivos à vida, à honra e à liberdade do autor da herança e de outros parentes previstos em lei.

Neste mesmo contexto Diniz<sup>60</sup> destaca ser a indignidade uma pena civil, como segue: "A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito de herança não só ao herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxadamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cujus* ou de seus familiares".

Os artigos 1.814 e 1.815, do Código Civil, disciplinam os casos de exclusão da sucessão, por indignidade. A pessoa incursa em atos caracterizadores de indignidade poderá ser reabilitada, se a pessoa ofendida, de cujo herdeiro ou legatário ela for, assim o resolver por testamento, ou outro ato autêntico, conforme previsto no artigo 1.818, do Código Civil.

A deserção é a manifestação de vontade, feita pelo autor da herança, através de testamento, pela qual o testador priva o herdeiro necessário do direito de receber sua herança legítima, nos termos do artigo 1.961 e seguintes do Código Civil.

A lei traz fundamentos muito importantes em que informa diversas razões pelas quais um herdeiro pode ser deserdado e assim não receber nenhum benefício oriundo da herança.

---

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 52.

Conceitua Rodrigues<sup>61</sup> "deserdação é o ato pelo qual alguém, apontando como causa uma das razões permitidas em lei, afasta de sua sucessão, e por meio de testamento, um herdeiro necessário".

É através do testamento que o autor da herança poderá privar o herdeiro necessário de receber sua herança, conforme explica Diniz<sup>62</sup>:

Nem sempre a manifestação da vontade do testador possui caráter positivo, no sentido de beneficiar alguém; pode ser negativo, visto que pode privar um herdeiro necessário de sua legítima por meio da *deserdação*, favorecendo com isso, ainda que indiretamente, outro herdeiro.

Como ensina Venosa<sup>63</sup>, a deserdação é a única forma que tem o testador de afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente.

A diferença entre os dois institutos (indignidade e deserdação) é comentada por Diniz<sup>64</sup>, como segue:

Apesar de a deserdação e a indignidade terem o mesmo objetivo, a punição de quem ofendeu o *de cuius*, são institutos distintos, pois a indignidade funda-se, exclusivamente, nos casos expressos do artigo 1.814 do Código Civil, ao passo que a deserdação repousa na vontade exclusiva, que a impõe ao ofensor no ato de última vontade desde que fundada em motivo legal, ainda a indignidade é própria da sucessão legítima, embora alcance o legatário. A deserdação é o meio usado pelo testador para afastar de sua sucessão os herdeiros necessários (descendentes e ascendentes).

Neste sentido discorre Rodrigues<sup>65</sup>:

Enquanto exclusão por indignidade é o instituto que afasta a sucessão tanto herdeiros legítimos quanto testamentários, a deserdação é fundamentalmente, matéria de direito testamentário. A deserdação é o ato do testador com vistas a afastar herdeiro necessário que se revelou ingrato, privando até mesmo de sua legítima.

---

<sup>61</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 254.

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 193.

<sup>63</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 299.

<sup>64</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 62.

<sup>65</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 254.



Para esclarecer como o autor da herança poderá afastar os demais herdeiros não necessários (facultativos) da sua herança, Venosa<sup>66</sup> diz que basta uma disposição testamentária em favor de terceiros, sem os contemplar.

Os requisitos da deserdação estão relacionados abaixo, nas palavras de Diniz<sup>67</sup>:

Para que se efetive a deserdação, é necessária a presença de certos requisitos essenciais, como: existência de testamento válido com expressa declaração do fato determinante da deserdação, fundamentação em causa expressamente prevista na lei, existência de herdeiros necessários, comprovação da veracidade do motivo alegado pelo testador.

Também informa Rodrigues<sup>68</sup> que enquanto a indignidade tem sua força geradora na lei, a deserdação repousa na vontade do *de cujus*.

Venosa<sup>69</sup>, ainda afirma que a indignidade aplica-se indistintamente a toda pessoa que se inclua como sucessor do *de cujus*, herdeiros legítimos, necessários ou não, herdeiros instituídos e legatários.

É prudente destacar que não pode haver deserdação fora dos limites descritos e tipificados pela lei.

As causas que autorizam a deserdação estão relacionadas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

**Art. 1.962.** Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

---

<sup>66</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 299.

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 195.

<sup>68</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 254.

<sup>69</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 301.

**Art. 1.963.** Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Sendo somente estas causas. Não se admite extensão ou analogia. Bem como, no dizer de Venosa<sup>70</sup>, que não há deserdação fora do testamento.

Fator, importante descrito por Venosa<sup>71</sup>, é a inexistência de meia deserdação. Se o testador não desejar o maior rigor ao ingrato, basta que disponha a outros da parte que não se inserir na legítima.

Ainda diz Venosa<sup>72</sup>, que da mesma forma que a indignidade, a deserdação é *pena*. A punição não pode passar da pessoa do culpado. Seus efeitos somente podem ser pessoais.

Também importante é o fato do deserdado não poder gozar de direito algum dos bens dessa herança do qual foi afastado, nem mesmo o usufruto ou administração que decorre do poder familiar dos filhos incapazes e muito menos poderá recebê-los como herança no futuro.

## 1.6 SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

A transferência de patrimônio deixada pelo autor da herança, em virtude da morte, acontece de duas formas:

a) pela sucessão legítima ou "ab intestato"; e,

---

<sup>70</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 303.

<sup>71</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 311.

<sup>72</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 311.

b) pela sucessão testamentária ou disposição de última vontade.

Pode acontecer uma, ou outra e ambas simultaneamente.

A sucessão legítima decorre da força exclusiva de disposição de lei; ou seja, é a lei que estipula quem será herdeiro e quanto é o seu direito na herança.

Na sucessão testamentária esta atribuição fica a cargo do testador, que indicará o herdeiro e se for o caso o quem será o legatário do seu patrimônio.

Neste sentido, Venosa<sup>73</sup> afirma que se a pessoa falecer (ab intestato), a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros, a ordem de vocação hereditária.

Segundo Diniz<sup>74</sup>:

Com a morte de alguém, verificar-se-á, primeiramente, se o *de cuius* deixou testamento indicado como será partilhado seu patrimônio. A sucessão legítima, é a deferida em determinação legal. A sucessão legal absorverá a totalidade da herança.

A sucessão legítima é anterior à sucessão testamentária e é considerada a vontade presumida do falecido. A ordem da vocação hereditária, na sucessão legítima, está descrita no artigo 1829 do Código Civil:

**Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

---

<sup>73</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 107.

<sup>74</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 103.

IV - aos colaterais.

A ordem da vocação hereditária e a regra geral de que o herdeiro mais próximo do falecido afasta o mais remoto são comentadas por Venosa<sup>75</sup>, abaixo:

A regra geral estabelecida no ordenamento e que os mais próximos, excluem os mais remotos, ou seja, havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante. O atual diploma civil, introduz a posição de vocação hereditária concorre do cônjuge em propriedade, juntamente com os descendentes sob determinadas condições e juntamente com os ascendentes.

O mais próximo tem direito primordial, fazendo-se com que na sucessão os mais remotos fiquem absorvidos por aqueles, salvo o direito de representação. Neste sentido Diniz<sup>76</sup>, nos traz que: "Na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. A relação é sem dúvida preferencial".

Assim como dispõe Venosa<sup>77</sup>, a ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança.

A família tem valor preponderante quando se trata o assunto relacionado à sucessão legítima.

De acordo com Rodrigues<sup>78</sup> a sucessão legítima é a que decorre da lei. A sucessão testamentária decorre de ato de última vontade.

A sucessão testamentária decorre de manifestação de última vontade do testador, através de testamento ou codicilo.

Nos termos do artigo 1.857, do Código Civil, "toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles,

---

<sup>75</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 108.

<sup>76</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 104.

<sup>77</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 108.

<sup>78</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 16.

para depois de sua morte". Logicamente, existem restrições à liberdade de dispor em testamento, como por exemplo, a presença de herdeiro necessário, quando então o testador poderá dispor apenas da metade do seu patrimônio.

O estudo sobre a sucessão legítima não será aprofundado neste item porque o tema desta monografia está situado, como dito acima, no âmbito da sucessão testamentária, o que torna suficiente algumas referências gerais sobre o referido instituto. Em relação a sucessão testamentária, as poucas indicações se justificam porque o tema é tratado de forma pormenorizada no segundo capítulo; este, é dedicado ao estudo da sucessão testamentária, como preparativo ao terceiro capítulo que se dedicará de forma específica ao estudo do fideicomisso.

## CAPÍTULO 2

### SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA

#### 2.1 TESTAMENTO E SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.

Examinados os aspectos gerais do Direito das Sucessões relacionados ao fideicomisso, segue o estudo, neste segundo capítulo, apenas em relação à sucessão testamentária. Isto, como já mencionado anteriormente, o "Fideicomisso" acontece através de manifestação de última vontade do fideicomitente (testador), que baseado na "fidúcia ou na confiança", deixa testamento dispondo sobre a sucessão hereditária. É nesta disposição derradeira, que o testador chama o fiduciário (com propriedade resolúvel) à propriedade do bem, para transmiti-la ao fideicomissário (titular de eventual direito); isto, depois da morte do fiduciário, ou após o decurso de certo tempo ou sob certa condição estipulados no testamento.

Nesta parte da proposta de trabalho monográfico serão apresentados alguns aspectos históricos referentes à "sucessão testamentária" e ao próprio "testamento"; em seguida serão destacados os principais conceitos doutrinários sobre este tipo de negócio jurídico (testamento), como resultado apurado na pesquisa bibliográfica.

##### 2.1.1. Aspectos Históricos da Sucessão Testamentária e do Testamento

O berço histórico da sucessão testamentária está na civilização romana, como manifestação de liberdade na destinação do patrimônio para depois da morte. Assim o testamento, por muito tempo, representou o exercício pleno da liberdade no direito civil. Neste sentido, segundo Washington de Barros Monteiro<sup>79</sup> o testamento desfrutava de "grande favor entre os romanos. Diziam estes que tal ato era de direito público, constituindo de certa forma uma vergonha morrer *ab intestato*". No direito brasileiro a forma de sucessão *ab intestato* (sem testamento)

---

<sup>79</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. p. 122.

acontece através da sucessão legítima. A sucessão testamentária vigora, atualmente, com um conceito de liberdade limitada, porque em certos casos, como exemplo, quando o testar deixa herdeiros necessários, a parte disponível para o testamento é reduzida à cinquenta por cento do seu patrimônio.

A pesquisa demonstrou a existência de autores que analisam os aspectos históricos em período anterior à civilização romana, como é o caso de Sívio de Salvo Venosa, ao comentar, em síntese o seguinte<sup>80</sup>:

Primitivamente, o testamento não era conhecido. Na própria Roma, antes das XII tábuas, que não são propriamente direito primitivo, a questão apresentava-se obscura. Mais cedo e dentro ainda do período pré-clássico, surgiu o testamento *per aes et libran* (cerimônia com a balança e bronze).

Mas, todos os autores pesquisados concordam com Sívio de Salvo Venosa,<sup>81</sup> que no "Direito Romano, a sucessão testamentária era a regra, daí a grande importância do testamento na época. Isso era consequência da necessidade de o romano ter sempre, após sua morte, quem continuasse o culto familiar". Este mesmo autor destaca, entre outra, uma definição histórica de testamento, como segue: "O testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte".<sup>82</sup>

As definições contemporâneas de testamento, resultado da pesquisa, serão especificadas e analisadas no decorrer do item seguinte.

### 2.1.2. Definição de Testamento e seus elementos constitutivos

As equivalências estabelecidas entre o termo "testamento" e outros termos conhecidos, para criar um objeto específico de pensamento, ou a instituição de definições, variam na forma de dizer, sem muita alteração de conteúdo, no universo dos autores, cujas obras foram objetos da investigação científica.

---

<sup>80</sup> VENOSA. Sívio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 172.

<sup>81</sup> VENOSA. Sívio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 3.

<sup>82</sup> VENOSA. Sívio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 179.

Para Washington de Barros Monteiro<sup>83</sup> a conceituação de testamento mais apropriada é a seguinte:

testamento é negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade, que não poderão, porém, influir na legítima dos herdeiros necessários.

A partir da definição acima é possível destacar os principais elementos constitutivos do testamento, como segue:

a) o testamento é um negócio jurídico "unilateral", porque a declaração de vontade é manifestada pelo indivíduo, uma só pessoa; assim é proibido o testamento conjuntivo; não pode, na mesma cédula testamentária, simultaneamente, duas pessoas manifestarem suas disposições testamentárias;

b) o testamento é "ato gratuito"; ou seja, não exige uma contraprestação do herdeiro ou do legatário; exceto, pequenos encargos, desde que não sejam predominantes;

c) o testamento é "ato solene"; quer dizer, exige uma série de formalidades para proteger a veracidade e a realidade do ato; por exemplo, número mínimo de testemunhas, leitura em voz alta na presença das testemunhas;

d) o testamento é "ato personalíssimo"; a manifestação de última vontade é pessoal e direta do testador; não se admite intermediário, mandatário ou procurador;

e) o testamento é "ato de negócio jurídico revogável"; isto, para preservar a liberdade de testar e de mudar as disposições do testamento, conforme alteração da vontade do testador; exceto, o reconhecimento de paternidade;

f) o testamento é negócio jurídico "causa mortis", porque só entra no mundo jurídico e produz efeitos de direito depois da morte do testador;

---

<sup>83</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. p. 125.



g) o testamento poderá conter disposições patrimoniais (exemplo: destinar dez por cento do patrimônio hereditário para um determinado amigo) e não patrimoniais (exemplo: perdoar o indigno).

No entendimento de Maria Helena Diniz<sup>84</sup> o conceito apropriado para testamento, com destaque especial para as disposições patrimoniais e não patrimoniais, é o seguinte:

O testamento é ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte do seu patrimônio, mas também faz estipulações: a) extrapatrimoniais, tais como: reconhecimento de filhos não matrimoniais; nomeação de tutor para filho menor, ou de testamentário, disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos; permissão do filho órfão para convolar núpcias com o tutor; reabilitação de indigno; deserdação de herdeiro; determinação sobre o funeral; ou b) patrimoniais, como: recomendação sobre o cumprimento de obrigações do testador; constituição de renda; estabelecimento de condomínio por unidades autônomas; instituição de fundação; substituição de beneficiário na estipulação em favor de terceiro; imposição de cláusulas restritivas.

A definição apresentada por Sílvio Rodrigues<sup>85</sup> apresenta uma característica diferenciada e importante, que é o efeito da nulidade do ato de testar se não forem observadas as formalidades legais, conforme abaixo transcrito:

Define-se testamento como o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte. O testamento é negócio *solene* já que a lei estabelece forma rígida para sua feitura. A desobediência de qualquer das formas legais pode conduzir à invalidade do ato.

Apesar do Código Civil vigente<sup>86</sup> não apresentar uma definição de testamento, como fazia o Código Civil de 1916,<sup>87</sup> menciona com muita objetividade nos artigos 1.857 e 1.858 os principais elementos para a sua definição, como segue:

---

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 179.

<sup>85</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 145.

<sup>86</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>87</sup> Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 e alterações posteriores.

**Art. 1.857.** Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

(...)

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

**Art. 1.858.** O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Depois de analisar os elementos legais, acima destacados, Carlos Roberto Gonçalves<sup>88</sup> define o testamento como o "ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe total ou parcialmente de seu patrimônio, para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade".

Diante dos conceitos acima estudados, tecnicamente, pode ser dito que a sucessão legítima é supletiva da sucessão testamentária, porque segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>89</sup>: "Não se pode negar que o testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada".

O testamento é revestido de diversas exigências formais e substanciais, previstas em lei, que são necessárias à sua própria validade jurídica, entre outras as que tratam das capacidades ativa (para testar) e passiva (ser legatário ou herdeiro testamentário). No item abaixo serão analisados estes aspectos voltados para a capacidade ativa e passiva testamentária.

## 2.2 CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA: ATIVA E PASSIVA

Nos termos do artigo 104 do Código Civil a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>88</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.p. 207.

<sup>89</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 171.

Assim, no caso em estudo, o testador tem que ter capacidade testamentária ativa, para que o testamento seja válido juridicamente.

A capacidade testamentária ativa refere-se aqueles que podem dispor em testamento.

Pela técnica adotada pelo legislador leva para a afirmação de que "a capacidade testamentária" é a regra. Isto acontece porque o Código Civil indica aqueles que não podem dispor em testamento e silencia em relação aos que detém capacidade. Esta técnica legislativa está clara, por exemplo, na norma contida no artigo 1.860 do Código Civil:<sup>90</sup> "Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos".

No que tange a este aspecto ensina Maria Helena Diniz<sup>91</sup> que a capacidade testamentária ativa é condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz.

A capacidade testamentária passa pelo compromisso do testador, no que tange ao seu próprio discernimento do que está fazendo e é neste sentido os comentários de Sílvio Rodrigues,<sup>92</sup> sobre a capacidade testamentária:

Fundamentalmente, no tema de capacidade testamentária ativa, deve exigir-se que o testador não esteja com o seu juízo comprometido, enfim, que tenha discernimento, que possa exprimir livremente a sua vontade, apresentando compreensão e entendimento necessário para perceber, assimilar, alcançar, numa palavra, saber o que está fazendo e qual o significado e extensão do ato que pratica.

Todos estão aptos a testar, porém deverá ser observada a legitimação para o ato, a fim de evitar a sua descaracterização. A pessoa jurídica não morre, acontece a sua extinção pela dissolução da sociedade. Portanto pessoa jurídica apesar de ter capacidade testamentária passiva para receber em testamento, não tem capacidade ativa para fazer testamento. Somente a pessoa

---

<sup>90</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>91</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 183.

<sup>92</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 150.

natural pode testar. Ao examinar este assunto Silvio de Salvo Venosa,<sup>93</sup> comenta o seguinte:

Se não são todas as pessoas que podem testar, importa, então examinar quais as pessoas legitimadas a efetuar o ato. Também não há reciprocidade, porque se, regra geral, todas as pessoas físicas ou jurídicas podem receber por testamento, só as pessoas físicas podem testar. As pessoas jurídicas têm outras formas de disposição de seu patrimônio, quando de seu desaparecimento.

A incapacidade em razão da idade está expressa no parágrafo único do artigo 1.860 do Código Civil, nos seguintes termos: "Podem testar os maiores de dezesseis anos". Neste sentido é possível afirmar que as pessoas menores de idade, desde que relativamente incapazes, podem testar, sem a assistência do seu responsável. A explicação doutrinária dessa possibilidade é apresentada por Sílvio de Salvo Venosa<sup>94</sup> conforme segue abaixo:

Quanto ao fato de se permitir que maiores de 16 anos se utilizem de testamento em ambos os diplomas, o interesse é, como regra, teórico, pois nessa idade dificilmente alguém pensará em ato de última vontade, mas a possibilidade existe.

É no momento da feitura do testamento que deve ser considerada a capacidade para fazer testamento. Neste sentido segue o comentário de Sílvio de Salvo Venosa<sup>95</sup>:

A capacidade para testar é examinada no momento em que o ato é praticado. No dia da feitura do testamento, o menor deve ter completado a idade legal. Não se leva em conta a hora do ato, pois isto traria instabilidade desnecessária. Se houver dúvida acerca da idade, a questão é meramente de prova.

(...)

Que no momento da elaboração do testamento, o agente deve ter a capacidade de entender o ato e seu alcance. No entanto, a saúde mental deficiente no momento da feitura da cártula pode ensejar a anulação do ato. Não tem capacidade de testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, como por exemplo sob efeito de alucinógeno, capaz de tolher o discernimento, ou em estado etílico que o leve a tal.

---

<sup>93</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 183.

<sup>94</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 184.

<sup>95</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 185.

A verificação da capacidade no momento da feitura do testamento é de relevante importância porque nos termos do artigo 1.861 do Código Civil: "A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade".

De qualquer modo, há que se presumir sempre a capacidade. Na dúvida, deve-se resolver pela validade do ato. A regra é de lógica jurídica.

Após a abertura da sucessão é possível a impugnação da validade do testamento. Antes não é permitido porque importaria em litígio de herança de pessoa viva.

O prazo decadencial para impugnar a validade do testamento é de cinco anos, contados da data do seu registro, conforme dispõe a seguinte regra do Código Civil: "**Art. 1.859.** Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro".

Antes de discorrer sobre a capacidade testamentária passiva torna-se prudente destacar algumas hipóteses que não geram a incapacidade testamentária ativa. A idade avançada não impede o ato de testar, desde que a pessoa do testador tenha lucidez ou discernimento mental; ou seja, nestas condições pode dispor em testamento. Até mesmo o suicida que em sua decisão de tirar a própria vida, tem a capacidade legal de testar e exprimir sua vontade, conforme explica Sílvio de Salvo Venosa<sup>96</sup> na seguinte citação: "Não existe incapacidade para o suicida. A autodestruição, por si só, não significa deficiência da vontade. Assim também não há incapacidade para o falido, o insolvente e o ausente. A lei permite o testamento ao cego, pela forma pública, assim também ao analfabeto".

A pessoa analfabeta, o testador impossibilitado de assinar e o cego também podem testar, nos termos do Código Civil, conforme artigos a seguir destacados:

**Art. 1.865.** Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste

---

<sup>96</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 192.

caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

**Art. 1.867.** Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

A lei protege, para fazer testamento, as pessoas que estão moribundas (quase morrendo), as que estão com enfermidade grave ou irada. Em todos estes casos não existe vedação legal para testar.

Em relação a capacidade testamentária passiva, que é a capacidade para adquirir por testamento, também existem restrições legais absolutas (incapacidade passiva absoluta: não podem ser beneficiadas em todos os testamentos) e relativas (incapacidade passiva relativa: não podem ser beneficiadas em certos e determinados testamento).

A regra geral é a capacidade passiva testamentária; ou seja, ressalvado as regras em contrário, todas as pessoas têm capacidade para ser legatário ou herdeiro em testamento. Neste sentido segue o comentário de Maria Helena Diniz<sup>97</sup>:

A capacidade para adquirir por testamento ou capacidade testamentária passiva, rege-se pela regra genérica de que são capazes de receber por testamento todas as pessoas, físicas ou jurídicas, existentes ao tempo da morte do testador, não havidas como incapazes, assim sendo, a capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção.

Animais e coisas não são pessoas (naturais ou jurídicas), não têm personalidade jurídica, portanto, não podem receber por testamento.

O nascituro pode receber por testamento; bem como, as fundações em vias de formação também podem ser beneficiadas.

O Código Civil vigente permite ainda a possibilidade de destinação de patrimônio hereditário para prole eventual de pessoa designada pelo testador e existente ao no momento da abertura da sucessão, como segue: "Art.

---

<sup>97</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 186.

1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão". Neste caso, nos termos do artigo 1.800 do Código Civil, "os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz".

No caso de prole eventual (filhos; não inclui netos) sujeita à curatela, estudada neste momento, o legislador fixou o prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que ocorra a concepção do herdeiro esperado, sob pena dos bens reservados serem destinados aos herdeiros legítimos; isto, salvo disposição em contrário do testador.

É importante destacar que neste caso (curadoria de bens de prole eventual) não se confunde com o "instituto da substituição fideicomissária" (título desta monografia e objeto de estudo específico no terceiro capítulo. Neste caso não existe a figura do "fiduciário", que recebe a herança sob condição resolutiva. O curador é apenas um administrador que guarda e preserva os bens da curatela e não tem direito aos frutos e acréscimos, desde a abertura da sucessão, como ocorre com o fiduciário.

Os casos de incapacidades relativas para adquirir por testamento, entre outros, estão relacionados no artigo 1.801 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

**Art. 1.801.** Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o oficial público, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Antes do estudo das formas de testamento, matéria do item seguinte, é necessário destacar que a capacidade relativa passiva obedece alguns princípios, já explicados acima, como segue: a) podem receber em testamento todas as pessoas naturais ou jurídicas, salvo as disposições legais em contrário; b) o herdeiro ou legatário deve existir ou sobreviver ao testador, salvo o caso de prole eventual; c) a lei vigente no momento da abertura da sucessão regula a capacidade passiva, salvo os casos de condição suspensiva de direito (neste caso é a lei vigente no implemento da condição que regula a capacidade passiva).

## **2.3 FORMAS DE TESTAMENTO E CODICILO**

Nos itens anteriores deste trabalho monográfico foi dito que o testamento é ato solene; ou seja, a legislação exige o cumprimento de requisitos formais, que são diferenciados de acordo com o tipo de testamento que o testador deseja manifestar suas disposições de última vontade.

As diferentes formas de testamento estabelecem comportamentos diversos das pessoas que participam da feitura desse tipo de negócio jurídico. As formas de testamento existem para proteger a manifestação de vontade do testador e para dar segurança jurídica ao ato negocial. A inobservância da forma prevista em lei gera a nulidade do ato.

A seguir serão apresentados os resultados da pesquisa bibliográfica referentes as três formas de testamento ordinário (público, cerrado e particular) e três formas de testamento especiais (marítimo, aeronáutico e militar), mais o codicilo, todos como manifestação de última vontade do testador e do codicilante.

### **2.3.1 Testamento Público**

O testamento público tem sua preponderância no fator da fé pública. Para Venosa<sup>98</sup>, essa forma de testamento:

É a que apresenta a maior segurança, pois ficará registrada em cartório. Sua maior desvantagem é não guardar segredo sobre a

---

<sup>98</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 205.



vontade do testador. Qualquer pessoa poderá ter acesso a ele, como qualquer escritura pública.

A confecção de um testamento público é um ato muito importante e tem sua validade construída dentro da legalidade e publicidade que a lei estabelece. Este tipo de testamento é explicado por Diniz<sup>99</sup>, que destaca a exigência de ser escrito em língua nacional (português), conforme abaixo:

O testamento público é o lavrado pelo tabelião, ou por seu substituto legal em livros de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente, em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas e desimpedidas.

Outra explicação, que lembra a possibilidade da testador utilizar-se de minuta, notas e apontamentos, mas, mantendo a mesma linha de raciocínio é apresentada por Rodrigues<sup>100</sup>, como segue:

O testamento público é escrito pelo tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos, na presença de duas testemunhas.

Dando ênfase à solenidade acentuada do testamento público, Venosa<sup>101</sup> explica o seguinte:

O testamento público é um ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de cinco testemunhas no sistema de 1.916 e de apenas duas testemunhas no código de 2.002. Embora todas as formas sejam solenes, esta é especialmente solene, cercada de garantias para que a vontade do testador se manifeste em sua plenitude.

Tudo isto, pode ser demonstrado claramente com a leitura do artigo 1.864 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

**Art. 1.864.** São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 205.

<sup>100</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 158.

<sup>101</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 205.

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

A lavratura do testamento público segundo Venosa<sup>102</sup> deverá ser realizado pelo tabelião ou autoridade consular, como segue: "O ato deverá ser confeccionado por titular de cartório tabelionato oficial. As autoridades consulares brasileiras também podem lavrar testamento público, autorizadas que estão pelo artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil".

Somente com a interferência notarial de um tabelião, é que o testamento público se traduzirá em ato formal e dentro dos parâmetros legais.

O descumprimento dos requisitos formais, essenciais extrínsecos do testamento gera nulidade do testamento, conforme observa Diniz<sup>103</sup>, nestes termos: "Ser escrito por tabelião, ser presenciado por duas testemunhas idôneas, ser lido o testamento por tabelião em voz alta, ser assinado o testamento pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião".

Segundo Venosa<sup>104</sup> após a morte do testador, o testamento deve ser apresentado a juízo, exibindo-se traslado ou certidão, por qualquer interessado, que requererá ao juiz seja ordenado o seu cumprimento.

A eficácia do testamento público se dará quando da morte do testador, onde será apresentado publicamente, exprimindo a vontade do mesmo.

### **2.3.2 Testamento Cerrado, Secreto ou Místico**

---

<sup>102</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 206.

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 210.

<sup>104</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 210.

Quando o testador tem o objetivo de dar segredo a sua vontade é recomendável a escolha do testamento secreto; mas, existe a desvantagens de não ser cumprido, no caso de destruição do testamento, conforme esclarece Venosa<sup>105</sup>:

Essa modalidade de testamento é escolhida por aqueles que desejam sua última vontade em segredo. Evitam assim maiores dissensões familiares ente os aquinhoados e preteridos. Esta forma tem como desvantagem a possibilidade latente de perda, destruição ou supressão da cártula.

A sequência dos procedimentos que resultará na conclusão do ato de feitura do testamento místico é exposto por Rodrigues<sup>106</sup>:

Este testamento é escrito pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo, e por aquele assinado. Feito o testamento o testador deve entregá-lo ao tabelião, na presença de duas testemunhas, declarando ser aquele o seu testamento, que deseja ver aprovado. Por logo, na presença das referidas testemunhas o tabelião lançará o auto de aprovação.

É o tabelião que têm a competência legal para aprovar o testamento cerrado, conforme explicação de Venosa<sup>107</sup>: "A competência para o oficial fazer o testamento cerrado é a mesma do testamento público. A cédula testamentária, após cerrado o ato, é entregue ao testador. Ficará em sua posse, incumbindo-lhe o destino". Não é diferente da determinação legal prevista no artigo 1.874 do Código Civil: "Art. 1.874. Depois de aprovado e Cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue".

Algumas recomendações são feitas por Venosa<sup>108</sup>, decorrentes da lei, para manter o sigilo típico desta forma de testamento, conforme segue abaixo:

O escrivão não deve ler o testamento. Nada impede, porém, que o testador autorize a leitura, mas isso é irrelevante. O serventuário irá receber a cédula do próprio testador na presença de pelo menos

<sup>105</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 211.

<sup>106</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 162.

<sup>107</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 212.

<sup>108</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 213.

duas testemunhas. O oficial examinará, a certa distância, se existe redação na cédula, se há borrão, rasura ou entrelinha digna de ser ressaltada, no auto. As cautelas da lei servem exatamente para impedir que posteriormente se possibilite a alteração do que foi escrito.

Para realçar a característica principal do sigilo das disposições testamentárias, no testamento cerrado, Diniz<sup>109</sup> discorre o seguinte:

Testamento cerrado, místico ou secreto é o escrito com caráter sigiloso, feito pelo testador ou por alguém a seu rogo, e por aquele assinado, completado por instrumento de aprovação lavrado pelo tabelião em presença de duas testemunhas idôneas. A sua grande vantagem é seu caráter sigiloso, guardando o segredo de seu conteúdo até sua abertura, antes disso, apenas o testador conhece o seu teor.

O testador neste tipo de testamento será o guardião de sua vontade, sendo responsável pela preservação da cédula testamentária até o momento da sua morte, quando então será levado perante o Juiz para realizar a abertura e leitura perante os interessados. Venosa<sup>110</sup> faz algumas recomendações no sentido de preservação do testamento com vista ao seu efetivo cumprimento; ou seja:

O testamento é entregue ao testador. Ele deverá cuidar de sua preservação. Poderá guardar consigo, em caixa forte bancária ou confiar a guarda a um terceiro, interessado ou não. Vimos que o grande inconveniente é a dificuldade de que pode apresentar sua preservação. Poderá ser redigido em mais de uma via, de teor idêntico, para favorecer a preservação.

A outra forma ordinária de disposição testamentária acontece através do denominado testamento particular, conforme será explicado no item seguinte.

### **2.3.3 Testamento Particular**

Este tipo de testamento é realizado na presença de pessoas do âmbito mais próximo do testador. Inspira um sentimento de que a vontade do autor da herança será materializada após sua morte.

---

<sup>109</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 213.

<sup>110</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 217.

Conforme Diniz<sup>111</sup>, o testamento aberto ou hológrafo é o escrito e assinado pelo próprio testador, lido em voz alta perante três testemunhas idôneas, que o também assinam.

O formato e as formas de escrita do testamento particular são explicadas por Sílvia Rodrigues<sup>112</sup> no texto abaixo transcrito:

O testamento particular, também chamado hológrafo pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, prevendo em dois parágrafos as respectivas formalidades. Que seja em caso de próprio punho, lido e assinado por quem escreveu na presença de três testemunhas, que o devem subscrever. No caso de testamento ter sido elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco.

Uma das principais características do testamento particular, que é a dispensa da intervenção do representante do Estado na fase da elaboração do testamento, está comentada, na transcrição seguinte, nas palavras de Venosa<sup>113</sup>:

Essa forma de testamento, também denominado hológrafo, prescinde, em sua elaboração, da intervenção do funcionário do Estado. O presente Código Civil procurou simplificá-lo, pois no sistema de 1.916 foi a modalidade menos utilizada principalmente porque, além de sofrer os mesmos riscos da perda do testamento cerrado, exigia o Código antigo, para sua execução, que pelo menos três testemunhas comparecessem após a morte do testador, para confirmá-lo. Ademais, nesse ato eram mais difíceis de controlar as pressões dos interessados.

Os principais requisitos formais para a elaboração de um testamento particular estão previstos no artigo 1.876 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

**Art. 1.876.** O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois

---

<sup>111</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 218.

<sup>112</sup> RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 165.

<sup>113</sup> VENOSA. Sílvia de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 218.

de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Depois da abertura da sucessão o testamento particular deverá ser apresentado em juízo para passar pelo processo de reconhecimento (pelas testemunhas testamentárias) e confirmação (pelo Juiz) de sua veracidade. Depois de confirmado será determinado o seu cumprimento.

Para encerrar a análise dos requisitos formais do testamento particular é necessário destacar o seguinte: a) sua escrita pode ser em língua estrangeira, desde que as testemunhas a compreendam; b) em circunstâncias excepcionais descritas na cédula testamentária (acidente, terremoto, incêndio, inexistindo testemunha no local), o testador poderá fazer testamento particular sem testemunhas, mas, a confirmação ficará a critério do juiz.

No próximo item será apresentado o resultado da pesquisa sobre o codicilo, que é considerado um pequeno testamento, sempre escrito pelo próprio codicilante (testador), que deverá ser datado e assinado por ele.

### 2.3.4 Codicilos

Depois da feitura do testamento, em certos casos, existe a necessidade de pequenas alterações, como por exemplo, a substituição de testamenteiro ou até mesmo a sua nomeação. Neste caso surge uma das utilidades práticas do codicilo. As disposições especiais sobre o enterro do codicilante, a destinação de esmolas de pouco valor, o legado de móveis, roupas ou jóias, não muito valiosas, podem ser dispostas através de codicilo.

A origem do termo codicilo é explicada por Venosa<sup>114</sup> no seguinte texto:

O termo *codicilo* é diminutivo de *codex*, derivado do latim clássico, de *caudex*, que significava inicialmente tronco de árvore, e daí o sentido de “tabuinhas de escrever” e, depois, livro, registro. Portanto, significava pequeno livro, pequeno registro.

---

<sup>114</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 231.

O Código Civil, no artigo 1.881 dispõe sobre o codicilo o seguinte:

**Art. 1.881.** Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Segundo Diniz<sup>115</sup> Codicilo vem a ser ato de última vontade pelo qual o disponente traça diretrizes sobre assuntos pouco importantes, despesas e dívidas de pequeno valor.

Se houver testamento que venha a ser redigido posteriormente ao codicilo, deverá o mesmo citá-lo, a fim de confirmá-lo, sob pena de revogação dos atos anteriores.

### 2.3.5 Testamentos Especiais

Nos termos do artigo 1.886 do Código Civil são testamentos especiais o marítimo, o aeronáutico e o militar. Estas formas especiais de testamentos estão reguladas nos artigos 1.886 ao 1.896 do Código Civil.

Os testamentos especiais servem para resolver casos de impossibilidade de utilização dos testamentos feitos nas formas ordinárias. Estas impossibilidades, em geral, decorrem de situações de emergências e excepcionais. Apresentam como característica principal a provisoriedade.

As formas de testamento marítimo e aeronáutico são similares ao testamento público e ao cerrado.

O testamento militar possibilita a feitura de duas formas semelhantes aos testamentos ordinários; ou seja, uma equivalente ao testamento público e outra ao testamento cerrado. O testamento militar possibilita ainda a feitura do testamento denominado nuncupativo (feito de viva voz).

---

<sup>115</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 299.

Quando o testador estiver em situação que lhe permite testar pelas formas ordinárias de testamento começa a contagem do prazo decadencial de noventa dias. Esta contagem é a característica da mencionada provisoriedade dos testamentos especiais.

No próximo item será apresentado o conceito de legado, suas modalidades, efeitos e caducidade, que em muito se diferenciam da herança.

## 2.4 LEGADOS, MODALIDADES, EFEITOS E CADUCIDADE

O legado que é uma deixa testamentária de uma coisa certa e determinada ou determinável em favor do legatário.

Segundo Rodrigues<sup>116</sup> o legado é a deixa testamentária a título particular, e nesse sentido opõe-se à herança, em que a sucessão se opera a título universal.

A distinção entre sucessão *causa mortis* a título singular (legado) e a título universal (herança) é feita por Diniz<sup>117</sup>, conforme transcrição abaixo:

Não há que se confundir herança com legado. A herança compreende a sucessão legal ou testamentária, incidindo na totalidade dos bens de *de cuius*, ou numa quota parte ideal deles, embora, com a partilha, o direito do herdeiro fique circunscrito aos bens que lhe forem atribuídos. O legado é típico da sucessão testamentária, recaindo, necessariamente, sobre uma coisa certa e determinada ou uma cifra em dinheiro, sendo, por isso, uma sucessão *causa mortis* a título singular, assemelhando-se a doação, dela diferindo pelo fato de ser ato unilateral e produzir efeitos apenas com o falecimento do *de cuius*.

São três pessoas intervenientes do legado, de acordo com o ensinamento de Maria Helena Diniz<sup>118</sup>, como segue: "O legado requer a presença de três pessoas: a) do testador (legante), que é o que outorga o legado; b) o legatário, que adquire o direito ao legado; c) o onerado, sobre quem recai o ônus do legado ou a quem compete prestar o legado".

<sup>116</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 197.

<sup>117</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 300.

<sup>118</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 305.



Em relação às modalidades dos legados a doutrina destaca, em geral, a seguinte classificação quanto ao objeto, em: legado de coisa (coisa alheia, coisa do herdeiro e coisa do legatário), legado de crédito ou de quitação de dívida, legado de alimentos, legado de usufruto, legado de imóvel, legado de dinheiro, legado de renda ou pensão periódica e legado alternativo.

No que diz respeito aos efeitos do legado verifica-se que não existe a aplicação da "saisine hereditária" (aberta a sucessão, o herdeiro legítimo ou testamentário, adquire desde logo o domínio e a posse da herança).

Aberta a sucessão o legatário adquire apenas o domínio de coisa infungível, porque se for o caso de bem fungível, a aquisição do domínio só vai acontecer com a partilha dos bens.

Em relação à posse do legado não poderá obtê-la de imediato e pela própria autoridade, deverá pedir aos herdeiros, depois de aberta a sucessão. Isto, para prevenir a solvência do espólio.

Os efeitos acima são do legado puro e simples. No legado condicional o pedido do bem acontece depois do implemento da condição. No legado a termo a posse do bem acontece depois do transcurso do prazo (termo) previsto. No legado modal ou com encargos a aquisição do bem acontece como no caso de legado puro e simples.

No que diz respeito à caducidade do legado, que trará a perda da eficácia do ato, gera a impossibilidade de transmissão do bem. E neste sentido Carlos Roberto Gonçalves<sup>119</sup> explica que "caducidade vem a ser a ineficácia, por causa ulterior, de disposição testamentária originariamente válida. Não se confunde com nulidade, em que o testamento já nasce ineficaz, por inobservância das formalidades legais ou em razão da incapacidade do agente".

As causas de caducidade do legado estão enumeradas no artigo 1.939 do Código Civil, conforme abaixo destacado:

**Art. 1.939.** Caducará o legado:

---

<sup>119</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. p. 77.

I - se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía;

II - se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada; nesse caso, caducará até onde ela deixou de pertencer ao testador;

III - se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento;

IV - se o legatário for excluído da sucessão, nos termos do art. 1.815;

V - se o legatário falecer antes do testador.

Diante do exposto é possível verificar que a caducidade do legado pode ser em decorrência da falta do objeto do legado (exemplo: o legante vende o bem) ou do sujeito (legatário; exemplo: indignidade).

No último item, deste segundo capítulo, o tema a ser abordado será o direito de acrescer entre herdeiros e entre legatários.

## **2.5 DIREITO DE ACRESKER ENTRE HERDEIROS E LEGATÁRIO**

O direito de acrescer acontece quando o testador contempla, pela mesma disposição, uma pluralidade de beneficiários (co-herdeiros ou co-legatários), deixando-lhes a mesma herança, ou o mesmo legado, em quinhões não determinados, e um dos beneficiários vem a faltar.

Existem regras prévias para a identificação da existência ou não do direito de acrescer, conforme esclarece, abaixo, Venosa<sup>120</sup>:

Em relação a questão do direito de acrescer a primeira regra a ser fixada é a do exame da vontade do morto. Pode ele ter disposto acerca de substituições, acréscimos ou caducidades das deixas. Sua vontade deve ser obedecida. A segunda regra é observar que, se o testador silencia e nomeia dois ou mais herdeiros ou legatários, sem discriminar sua quota ou porcentagem na herança ou no objeto legado, aos sucessores remanescentes se acresce o benefício. São as chamadas disposições testamentárias cumulativas.

---

<sup>120</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 274.

A possibilidade de identificação do direito de acrescer entre herdeiros e legatários está na interpretação da vontade do testador, conforme escrito no testamento, logicamente com a observância dos requisitos legais,, conforme ensina Diniz<sup>121</sup>:

Se um do testador designar, no ato de última vontade, vários herdeiros ou legatários que receberem, coletivamente, a herança ou legado, é mister interpretar sua vontade, verificando se, na ausência de aceitação devida a falecimento antes da abertura da sucessão, renúncia da parte ideal ou exclusão da sucessão de um dos co-herdeiros ou co-legatários, a nomeação conjunta operará a transferência dos bens do *de cuius* para os sucessores de outra classe ou se o quinhão do faltoso beneficiará os demais co-herdeiros ou co-legatários.

A disciplina do direito de acrescer está prevista inicialmente nas disposições do artigo 1.941 do Código Civil, como segue:

**Art. 1.941.** Quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito do substituto.

Quanto direito de acrescer entre co-herdeiros é mister uma disposição, em que dois ou mais herdeiros são nomeados na mesma herança, em quinhões que ainda não foram determinados de alguma forma, conforme preceito contido no artigo 1.943 do Código Civil:

**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, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos co-herdeiros ou co-legatários conjuntos.

Parágrafo único. Os co-herdeiros ou co-legatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações ou encargos que o oneravam.

No entendimento de Venosa<sup>122</sup> os co-herdeiros beneficiados com o acréscimo do quinhão recebem-no com as obrigações e encargos que o

---

<sup>121</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 330.

<sup>122</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 277.

oneravam. Só se excluem os encargos personalíssimos. Há que se examinar o caso concreto.

Neste sentido, de acordo com DINIZ<sup>123</sup>, o co-herdeiro ou co-legatário só poderá repudiar a parte acrescida se também renunciar à herança ou ao legado.

Conforme Venosa<sup>124</sup> o legatário, bem com o herdeiro, não podem, em princípio, renunciar ao objeto do direito de crescer. Cindir-se-ia o legado. Se ceder a parte acrescida a outrem, trata-se de transmissão inter vivos.

O direito de crescer entre co-legatários está disciplinado no artigo 1.942 do Código Civil, com a seguinte redação:

**Art. 1.942.** O direito de crescer competirá aos co-legatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

Em relação ao direito de crescer entre os legatários ensina Rodrigues<sup>125</sup> que o legislador recorreu à inspiração romana da conjunção *re et verbis*.

Fato que fica evidente é a possibilidade de fracionamento da coisa legada deve ser vista no caso concreto. Por vezes, o fracionamento é possível, mas a perda de valor das partes fracionadas é tão grande que equivale a coisa indivisível.

Com a conclusão da análise e descrição dos temas, objetos da pesquisa, relativos ao segundo capítulo, vem agora o terceiro capítulo com o conteúdo voltado para a denominação da própria monografia, que aborda o "Fideicomisso no Direito das Sucessões".

---

<sup>123</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 331.

<sup>124</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 278.

<sup>125</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 225.

## CAPÍTULO 3

### FIDEICOMISSO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

#### 3.1 O FIDEICOMISSO COMO ESPÉCIE DE SUBSTITUIÇÃO HEREDITÁRIA

Para facilitar a compreensão do tema, é prudente e necessário esclarecer que o "fideicomisso" é uma das espécies de "substituição hereditária".

Assim antes de discorrer especificamente sobre o conceito, origem e demais características do "fideicomisso" serão apresentados, como resultado da pesquisa, o conceito, as espécies, os princípios e outros aspectos pertinentes à "substituição hereditária".

No ensinamento de Washington de Barros Monteiro<sup>126</sup> substituição "vem a ser, portanto, indicação de certa pessoa para recolher a herança, ou legado, na falta ou depois de outra, nomeada em primeiro lugar".

De acordo com Cahali<sup>127</sup> substituição é a possibilidade que possui o testador de substituir ao herdeiro ou legatário outra pessoa, que tomará o lugar de quem não quiser ou não puder receber herança ou legado.

Predomina o entendimento doutrinário de que são quatro as espécies de substituição:

- 1ª) vulgar;
- 2ª) recíproca;
- 3ª) **fideicomissária**; e
- 4ª) compendiosa.

---

<sup>126</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 223.

<sup>127</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 6. p. 425

Fundamentado na doutrina de Maria Helena Diniz,<sup>128</sup> de forma resumida, é possível distinguir uma espécie de substituição da outra, pelos seguintes critérios:

- a) a substituição vulgar consiste na indicação da pessoa que deve ocupar o lugar do herdeiro ou legatário que não quer ou não pode aceitar o que lhe compete; esta espécie de substituição pode acontecer de forma singular (nomeação de um só substituto) ou coletiva (em que há mais de um substituto nomeado);
- b) a substituição recíproca é aquela em que os herdeiros são designados substitutos uns dos outros;
- c) a **substituição fideicomissária** ocorre quando o herdeiro ou legatário recebe a liberalidade para transmiti-la, por sua morte, ou depois de certo tempo, ao seu substituto;
- d) a substituição compendiosa é aquela em que se tem a concorrência da substituição vulgar e da fideicomissária;[ou seja, o testador nomeia substituto para o fiduciário ou para o fideicomissário, se um ou outro não puder ou não quiser aceitar a herança, ou o legado].

Existem seis princípios que regulam as substituições hereditárias, nas espécies acima especificadas, conforme teoria sintetizada por Diniz<sup>129</sup>:

- 1º) o substituto deve ter capacidade para ser instituído em primeiro grau; a existência da capacidade do substituto é a do tempo da abertura da sucessão;
- 2º) podem ser dados substitutos a um só herdeiro ou um substituto único a muitos herdeiros;
- 3º) não é permitida a substituição de mais de um grau;
- 4º) a substituição é uma instituição condicional, porém pode ser subordinada a outra condição, a um termo ou a um encargo;
- 5º) 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 formas;

---

<sup>128</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 353.

<sup>129</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 351.

6º) o substituto deverá cumprir o encargo ou condição imposta ao substituído, exceto se o disponente estabeleceu diferentemente, ou se o contrário resultar das circunstâncias, ou melhor, na natureza da condição ou do encargo.

Nesta fase preliminar foi realizada uma breve exposição do instituto da substituição hereditária, seu conceito, as espécies de substituição (entre as quais foi destacado o fideicomisso), os princípios e outros aspectos pertinentes à "substituição hereditária". No próximo item serão apresentados alguns aspectos históricos do fideicomisso, para facilitar a compreensão do leitor quanto a sua existência, utilidade e finalidade.

### **3.2 HISTÓRICO DO FIDEICOMISSO CAUSA MORTIS**

Fideicomisso deriva de fidúcia, se fundamenta na confiança. No direito romano o testador utilizava-se do fideicomisso para deixar a sua herança em nome de um "herdeiro de sua confiança", para que este transmitisse ao beneficiário final, normalmente uma pessoa proibida de receber a herança, como, por exemplo, um peregrino ou um exilado. Nesta época estava baseado na confiança porque não tinha reconhecimento dos juízes romanos, tendo em vista o objetivo da sua aplicação ou do seu destinatário.

Com o passar dos tempos o fideicomisso passou a ter outro objetivo, conforme explicação de Sílvio Rodrigues<sup>130</sup>; ou seja, agora o instituto já era reconhecido legalmente pelos juízes romanos e servia para estabelecer a transmissão da herança para a segunda geração, tornando-os inalienáveis em relação à primeira geração, que ficava obrigada a transmiti-los a seu substituto, o que assegurava a permanência da riqueza imobiliária na família.

As consequências danosas da excessiva utilização do fideicomisso são explicadas por Magalhães<sup>131</sup>, como segue:

---

<sup>130</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 245.

<sup>131</sup> MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 157.

Nenhum outro instituto sucessório se prestou tanto a nobreza quanto o fideicomisso. Largamente utilizado na França, a ponto de transformar o solo daquele país em terras inalienáveis. Duramente combatido pela Revolução Francesa, que simplesmente o eliminou a pretexto de que ele tinha o inconveniente de inibir a circulação de riquezas e privilegiar poucos com tanto, em detrimento de muitos.

Na época do feudalismo o fideicomisso foi muito utilizado para a conservação do patrimônio familiar, que era transmitido de geração para geração, conforme mencionado por Venosa<sup>132</sup>:

Por intermédio do fiduciário, o testador fazia com que a herança chegasse ao destinatário verdadeiro, o qual, de outro modo, não poderia recebê-la. Aos poucos o fideicomisso vai assumindo o lugar dos legados em Roma. O fideicomisso foi útil ao feudalismo para manter as propriedades unidas e conservar as heranças.

Motivado pelas inconveniências acima mencionadas e pelas inspirações da Revolução Francesa no Século XIX o fideicomisso chegou a ser proibido, conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira,<sup>133</sup> como segue: "A Revolução Francesa suprimiu toda substituição e, em consequência, acabou com o fideicomisso".

O fideicomisso é tradicionalmente aceito pelas legislações portuguesa e brasileira, como noticia Silvio Rodrigues<sup>134</sup>: "Em Portugal e no Brasil, as Ordenações Filipinas admitiam, expressamente, a substituição compendiosa, que é a fideicomissária".

Concluída a parte histórica do fideicomisso hereditário, no limite sintético do propósito dessa monografia, segue no item abaixo, o estudo sobre o conceito, requisitos, modalidades e objeto do fideicomisso.

### **3.3 CONCEITO, REQUISITOS, MODALIDADES E OBJETO DO FIDEICOMISSO**

É prudente lembrar que fideicomisso é uma das espécies da substituição hereditária. Mas, existe entendimento que não considera o fideicomisso

---

<sup>132</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.287

<sup>133</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 145.

<sup>134</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 246.



como espécie de substituição; neste sentido segue a justificativa de Sílvio de Salvo Venosa<sup>135</sup>:

No fideicomisso, não há propriamente uma substituição. Existe uma disposição testamentária complexa por meio da qual o testador institui alguém, por certo tempo ou condição, ou até sua morte, seu herdeiro ou legatário, o qual recebe bens em propriedade resolúvel, denominado *fiduciário*, para que, com o implemento da condição, advento do termo ou de sua morte, passe os bens a outro nomeado, o *fideicomissário*.

Apesar das considerações acima destacadas, a pesquisa demonstrou a predominância do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o fideicomisso é uma espécie de substituição hereditária; por este motivo, o posicionamento majoritário será considerado para efeito desse trabalho monográfico.

### 3.3.1 Conceitos e requisitos

A doutrina brasileira apresenta vários conceitos de fideicomisso, entre os quais se destaca o de Rodrigues<sup>136</sup>:

A substituição fideicomissária, é aquela em que o testador impõe a um herdeiro, ou legatário, chamado fiduciário, a obrigação por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, herança ou legado. O testador deixa seus bens ao fiduciário, que deles se torna senhor, por ocasião da abertura da sucessão.

Confirma Diniz<sup>137</sup> que a Lei nº 10.406, de 10/01/2002 através da "substituição fideicomissária apresenta-se como um recurso técnico-hábil para atender ao desejo do testador de instituir herdeiro não existente ao tempo da abertura da sucessão". E neste sentido, ato contínuo, cita o seguinte exemplo: "um avô poderá contemplar futuro neto, ainda não concebido por sua única filha, por ocasião da abertura da sucessão". A mesma autora continua esclarecendo o seguinte:

---

<sup>135</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p. 290.

<sup>136</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 243

<sup>137</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 342

Mas, se, ao *tempo da abertura da sucessão*, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a nua propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto (CC, art. 1.394) o direito do fiduciário (CC, art. 1.952, parágrafo único) pelo tempo previsto no testamento. Com isso ter-se-á a caducidade do fideicomisso. Prevê, portanto, a conversão do fideicomisso em usufruto.

No caso de fideicomisso não existe uma dupla transferência (do testador para o fiduciário e deste para o fideicomissário). A transferência é do testador (fideicomitente) para o fideicomissário, conforme explica Venosa,<sup>138</sup> como segue:

Tanto o fiduciário quanto o fideicomissário recebem os bens diretamente do fideicomitente (testador). A passagem do fiduciário ao fideicomissário apenas se opera materialmente entre eles. Juridicamente, o fideicomissário recebe os bens por direito causa mortis do autor da herança. Enquanto ele não receber os bens, será titular de um direito eventual.

Conforme preceitua o artigo 1.951 do nosso Código Civil:

**Art. 1.951.** Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Também nos diz Venosa<sup>139</sup> "nada impede que, por ato entre vivos, no direito obrigacional, se estipule o fideicomisso. Nada existe na lei para impedi-lo e propriedade resolúvel é legalmente aceita entre nós". Para Washington de Barros Monteiro, "Questão bastante controvertida é a de saber se o fideicomisso pode constituir-se por negócio jurídico entre vivos, como a doação"; em seguida conclui o seguinte: "Mas a corrente vitoriosa, tanto na doutrina como na jurisprudência, sustenta a perfeita compatibilidade de fideicomisso com os negócios jurídicos *inter vivos*". Neste caso, por ser negócio jurídico entre pessoas vivas passa a ser regulado pelas normas do direito das obrigações.

Ainda nos afirma Venosa<sup>140</sup> que o Código Civil de 2002 restringiu consideravelmente o alcance do fideicomisso, ao estabelecer em seu

<sup>138</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.286

<sup>139</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.286

<sup>140</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.286

artigo 1.952, que somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Segue abaixo tal preceito legal:

**Art. 1.952.** A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. 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.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ esclareceu, confirmando entendimento predominante da doutrina, que o Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002) permite o fideicomisso apenas em favor de quem não foi concebido ao tempo da morte do fideicomitente (testador), conforme fundamentado no seguinte voto:

Por fim e apenas a título complementar, não integrando, portanto, esta decisão, importa considerar que sob a ótica do Código Civil de 2002, as hipóteses de instituição de fideicomisso ficam restritas à salvaguarda de prole eventual, o que se extrai do art. 1.952, ao estabelecer que *"a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador"*, o que sinaliza a intenção de se proteger os interesses coletivos e familiares relacionados à destinação do patrimônio deixado pelo autor da sucessão. Evitar-se-á, dessa forma, a disposição de fideicomisso como ocorrido nos autos, em que a ordem sucessiva foi invertida, subvertendo, assim, o instituto.

(STJ. REsp.: 820814/SP. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ: 25/10/2007, pág. 168).

O fideicomisso é denominado de "universal" quando sua instituição abranger a totalidade ou parte da herança e é denominado de "fideicomisso particular", quando incidir sobre uma coisa certa e determinada ou determinável do acervo hereditário. Assim, por outras palavras esclarece Cahali<sup>141</sup>:

Pode o testador determinar que certa quota-parte de seu patrimônio (herança) ou um ou mais bens dele destacado (legado) fiquem sob a confiança de um herdeiro instituído (fiduciário), sobre o qual pesará a obrigação de transmitir o conteúdo da deixa testamentária a um outro herdeiro ou legatário (fideicomissário), também ele indicado pelo testador.

<sup>141</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. p. 427

Deve ser lembrado que a legítima dos herdeiros necessários não pode ser objeto de fideicomisso, tendo em vista que recai apenas sobre a parte dos bens disponíveis do fideicomitente. Além disso, existe uma simultaneidade de liberalidade, como esclarece Diniz,<sup>142</sup> a seguir:

Na substituição fideicomissária a liberalidade não é simultânea, mas sucessiva, havendo uma dupla liberalidade, em ordem sucessiva, ao fiduciário e ao fideicomissário, pois o fiduciário receberá desde logo, a posse e propriedade de toda a herança ou de quota parte desta ou do legado, isto é, de coisa certa e determinada do espólio, transmitindo o recebido ao fideicomissário depois de sua morte, do decurso de certo tempo ou de certa condição.

Dessa transcrição é possível destacar os seguintes requisitos essenciais da substituição fideicomissária:

a) dupla vocação: o fideicomitente deve dispor em favor do fiduciário e já dispor em favor do fideicomissário;

b) eventualidade da vocação do fideicomissário: se na época da abertura da sucessão não existir a concepção do pretendido fideicomissário e enquanto permanecer o direito do fiduciário permanecerá eventual a vocação do fideicomissário;

c) sucessividade: só depois que acontecer a resolução do direito do fiduciário (morte, condição suspensiva ou termo) é que o fideicomissário poderá reclamar o seu direito hereditário;

d) capacidade testamentária passiva do fiduciário e do fideicomissário: do fiduciário é verificada na época da abertura da sucessão (morte do testador) e a do fideicomissário é apurada na época da resolução do fideicomisso (morte do fiduciário, condição ou termo);

e) obrigação do fiduciário de conservar a coisa fideicomitada para depois restituí-la ao fideicomissário: com a abertura do fideicomisso, o fideicomissário poderá reivindicar do fiduciário ou adquirente o objeto fideicomitado.

---

<sup>142</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 342

As modalidades, o objeto e a duração do fideicomisso serão conhecidos no item seguinte.

### 3.3.2 Modalidades e Objeto do Fideicomisso

No que diz respeito às modalidades do fideicomisso, a doutrina destaca o fideicomisso universal e o fideicomisso particular. Ou seja, quando o fideicomisso tem como objeto a herança denomina-se fideicomisso universal; mas, também há casos de objeto tipo legado e neste caso existe o fideicomisso particular. Assim, o testador através de sua vontade derradeira irá transmitir seus bens e direitos aos herdeiros através de uma forma legal, assegurando a transmissão do patrimônio para mais de uma geração.

Em relação ao objeto do fideicomisso e de acordo com Venosa<sup>143</sup> o fideicomisso pode ser composto de herança ou legado, coisas móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos. O que se transfere ao fiduciário é a propriedade, uma vez que no termo domínio, segundo a doutrina tradicional só se compreendem as coisas corpóreas.

Como mencionado anteriormente e no mesmo sentido Gonçalves<sup>144</sup> confirma que no fideicomisso há três personagens: a) o fideicomitente (testador); b) o fiduciário (em geral pessoa de confiança do testador, chamado a suceder em primeiro lugar; c) o fideicomissário, último destinatário da herança ou legado.

Diz ainda Venosa<sup>145</sup> que tudo que puder ser objeto de herança e legado pode estar contido em fideicomisso e que "Há fideicomisso universal quando se tratar de toda a herança ou fração dela; há fideicomisso singular quando disposição recair sobre porções certas e determinadas do patrimônio".

Um detalhe importante foi salientado por Venosa,<sup>146</sup> ao lembrar que tendo em vista a facilidade de transmissão de coisas móveis, difícil será seu

---

<sup>143</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.288

<sup>144</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. p. 92

<sup>145</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.288

<sup>146</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.289

controle. Por essa razão é que o fiduciário deve prestar caução, para garantir a entrega dos bens sob sua confiança, se assim exigir o fideicomissário.

**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.

Está evidente na leitura do ordenamento legal que não há distinção para a prestação de caução entre os bens móveis e imóveis.

Conforme Venosa<sup>147</sup> se o fiduciário não puder prestar caução idônea, não poderá entrar na posse dos bens. Deve ser nomeado um administrador até que se cumpra a satisfatoriamente a exigência.

Fator relevante trazido por Venosa<sup>148</sup> é o fato que quanto aos imóveis, o fideicomisso deverá constar de averbação no registro imobiliário. Enquanto não houver o registro, o fideicomisso só opera entre fiduciário e fideicomissário.

A possibilidade legal dessa averbação está prevista nas disposições da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73)<sup>149</sup>, como segue:

**Art. 167** - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

(...)

II - a averbação:

(...)

11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso;

<sup>147</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.289

<sup>148</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.289

<sup>149</sup> Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Tem-se aí de forma explícita na legislação competente a imóveis o fato e necessidade de registro do fideicomisso a fim de poder atender entre outros fatores o da publicidade do ato jurídico de substituição fideicomissária.

Diz Venosa<sup>150</sup> que a instituição fideicomissária não pode passar da pessoa do fideicomissário; ou seja, não se admite fideicomisso além do segundo grau. E neste sentido segue o artigo 1.959 do Código Civil vigente: "Art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau".

No próximo item, depois de uma breve introdução recapitulatória, serão apresentados alguns dos direitos e obrigações do fideicomitente, do fiduciário e do fideicomissário.

### **3.4 DIREITOS E DEVERES DO FIDUCIÁRIO E DO FIDEICOMISSÁRIO**

Então diz-se que o fideicomisso atribui a propriedade primeiramente a alguém, depois a outrem. Como afirma Magalhães<sup>151</sup> apesar de ser uma forma de substituição, o fideicomisso possui características próprias que o diferenciam das demais substituições, a começar pelas pessoas que dele fazem parte: o fideicomitente, o fiduciário e o fideicomissário.

Uma das obrigações essenciais do fiduciário é a preservação do bem fideicomitado, porque o seu direito é resolúvel (pode terminar); neste caso, o fiduciário tem a obrigação de transmitir o referido bem para o fideicomissário quando ocorrer o implemento da condição; esta situação foi exaltada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no seguinte acórdão, que garantiu o direito do fideicomissário, apesar da alienação do imóvel pelo fiduciário:

É da essência do instituto do fideicomisso que o fiduciário preserve o bem com as qualidades cuja posse recebe, como atributo da propriedade resolúvel, para transferi-la ulteriormente ao fideicomissário. Se ocorre a venda, deve ela realizar-se de maneira a que o novo bem adquirido tenha equivalência com o anterior, isto é, o mesmo peso de ativo patrimonial que possuía o bem dado em fideicomisso.

---

<sup>150</sup>VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.289

<sup>151</sup> MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. Direito das sucessões no novo código civil brasileiro p. 224

(STJ; REsp.: 945027/BA. 3ª Turma; Parte da fundamentação do voto do Relator Min. Sidnei Beneti; DJE: 24/11/2008).

Uma vez transferido a herança através do fideicomisso, também é transmitido o exercício geral sobre todos os aspectos existentes na mesma.

Note-se o que afirma Venosa<sup>152</sup> tendo o fideicomissário a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel, pode exercer todos os poderes que o direito real lhe confere, inclusive alienar os objetos da disposição.

Ainda como afirma Venosa<sup>153</sup> pode o testador gravar com inalienabilidade o bem fideicometido, como também pode condicionar o direito do fiduciário à apresentação de caução, tornando obrigatória, para o fiduciário, a caução, como dispositivo do fideicomisso.

O fiduciário tem, entre outros, os seguintes direitos:

- a) ter a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel;
- b) ter o direito de usar, gozar e dispor do bem fideicometido, gravado com a cláusula resolutiva
- c) de transmitir o bem aos seus herdeiros legítimos e testamentários, com a cláusula resolutiva;
- d) de ter a propriedade plena se o fideicomissário falecer antes do testador;
- e) receber indenização das benfeitorias úteis e necessárias;
- f) renunciar ao fideicomisso.

O fiduciário tem, entre outros, as seguintes obrigações:

- a) proceder ao inventário dos bens fideicomitados;

---

<sup>152</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.289

<sup>153</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.291



b) prestar caução de restituir os bens fideicomitidos, quando exigido;

c) conservar e administrar o bem fideicomitido;

d) restituir o bem fideicomitido.

O fideicomissário tem, entre outros, os seguintes direitos:

a) exigir que o fiduciário proceda ao inventário do bem fideicomitido;

b) exigir que o fiduciário preste caução;

c) exercer atos de conservação dos bens;

d) renunciar ou aceitar a herança ou o legado.

O fideicomissário tem, entre outros, as seguintes obrigações:

a) responder pelos encargos remanescentes da herança;

b) indenizar o fiduciário pela benfeitorias úteis e necessárias.

No próximo item serão estudadas as causas de caducidade do fideicomisso e a sua extinção.

### **3.5 CADUCIDADE E EXTINÇÃO DO FIDEICOMISSO**

As causas de caducidade acontecem de forma superveniente à feitura do testamento neste caso o testamento continua válido juridicamente, mas, ineficaz, sem condições de produzir os efeitos antes esperados.

Para facilitar a compreensão seguem algumas causas geradoras de caducidade do fideicomisso:

a) incapacidade testamentária passiva, como por exemplo, a pré-morte do fideicomissário em relação ao testador ou ao fiduciário e a declaração de indignidade do fideicomissário;

- b) quando o fideicomissário renuncia a herança ou do legado;
- c) perecimento do bem objeto do fideicomisso.

Estas e outras causas de caducidade são explicadas por Venosa,<sup>154</sup> conforme abaixo destacado:

Que em caso de morte do fideicomissário ou renúncia deste da herança ou legado, bem como caducando o fideicomisso, ficam os bens com o fiduciário, salvo disposição em contrário do testador. Também os motivos que excluem da sucessão os herdeiros e legatários, por indignidade devem também se aplicar ao fideicomissário com relação ao fiduciário, embora não seja ele o autor da herança dos bens sob sua propriedade.

Em relação à extinção do fideicomisso, segue o ensinamento de Magalhães<sup>155</sup>:

o fideicomisso se extingue pelo implemento de sua causa determinante, ou seja, a morte do fiduciário, realização da condição ou verificação do termo, que seriam coisas naturais. Também teremos a extinção do fideicomisso pelo perecimento do objeto sem culpa do fiduciário, a renúncia do fideicomissário ou do fiduciário, o falecimento do fideicomissário, a exclusão da sucessão.

A extinção ordinária e a caducidade do fideicomisso, bem como, as suas consequências foram analisadas por Rodrigues,<sup>156</sup> nos seguintes termos:

O fideicomisso se extingue, ordinariamente, pelo advento do termo, ou condição, pelo qual os bens fideicometidos passam para o fideicomissário. O fideicomisso caduca se o fideicomissário morrer antes do fiduciário. Em tal caso, este último adquire o domínio pleno dos bens fideicometidos, de modo que os transmite, por sua morte, a seus próprios herdeiros e não aos herdeiros do fideicomissário.

Como afirma Venosa<sup>157</sup> o fideicomissário tem um direito eventual sobre bens fideicometidos em poder do fiduciário. Não há mera expectativa, que existe sim antes da morte do autor da herança. A obrigação é do fiduciário de passar os bens.

<sup>154</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.291

<sup>155</sup> MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. Direito das sucessões no novo código civil brasileiro p. 228

<sup>156</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 251

<sup>157</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.291

De forma mais objetiva Gonçalves<sup>158</sup> diz que caducará o fideicomisso: a) se faltar o fideicomissário; b) se faltar a coisa em caso de perecimento, sem culpa do fiduciário.

É importante e oportuno destacar que não existe um segundo fato gerador para a cobrança do Imposto *Causa Mortis* quando acontece a extinção do fideicomisso (na transferência do fiduciário para o fideicomissário). Ou seja, o fato gerador deste imposto acontece uma única vez e é exigido na instituição do fideicomisso, no momento da transferência da herança do nome do falecido para o nome do fiduciário. Portanto, não existe amparo legal para cobrar o mencionado imposto quando o bem é transferido do nome do fiduciário para o fideicomissário, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, abaixo destacado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE FIDEICOMISSO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO É DOAÇÃO CAUSA MORTIS – ITD. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE BITRIBUTAÇÃO. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO-PROVIDO.

I. Cuida-se de recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, manejado pelo Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão que, ratificando a sentença, declarou inexigível o imposto de transmissão sobre a extinção de fideicomisso, sob o entendimento de que o único ato de transmissão se verificou na instituição do fideicomisso, operação já tributada, conforme entendimento jurisprudencial indicado. Em recurso especial, afirma o Estado do Rio de Janeiro que no fideicomisso existem duas transmissões, a do testador para o fiduciário e a do fiduciário para o fideicomissário, motivo porque deve incidir, também na segunda hipótese, o imposto sobre transmissão, tal como pleiteado. Nessa ótica, apontam-se violados os arts. 535 do CPC e 1.733 do Código Civil de 1916.

II. O reclamo, todavia, não merece amparo, porquanto o acórdão recorrido está em absoluta sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que proclama inoportunidade a incidência tributária pretendida pela Fazenda Pública, dado que na instituição do fideicomisso já se operou de forma regular a aplicação do imposto de transmissão. Impede-se, de tal maneira, a ilegal ocorrência de bitributação. Precedente: REsp 606.133/RJ, DJ 11/04/2005, de minha relatoria.

III. Não é devido o imposto de doação sobre extinção de

<sup>158</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. p. 94

fideicomisso, sob pena de ocorrência de bitributação, uma vez que, ao ser extinto o fideicomisso não há transmissão de propriedade.

IV. Inexistência de previsão legal para a imposição do tributo.

Princípio da legalidade.

V. Recurso especial conhecido e não-provido.

(STJ; 1ª Turma; REsp. 1004707/RJ; Relator: Min. José Delgado; DJE: 23/06/2008).

A caducidade do fideicomisso pode decorrer da inexistência superveniente da coisa fideicomitada ou do sujeito passivo do fideicomisso, conforme analisado anteriormente, mas, agora, na forma de entendimento de Cahali<sup>159</sup>:

São causas de caducidade posterior do fideicomisso, resguardada a verificação de sua validade por recair sobre alguém não concebido facção testamentária: a) incapacidade do fideicomissário, pois deve haver capacidade testamentária no momento da abertura da sucessão; b) sua exclusão da sucessão, podendo ocorrer esta última motivada por atos praticados posteriormente à morte do testador; c) sua morte antes do fiduciário; d) sua morte antes de se realizar a condição resolutória do direito do fiduciário; e) a renúncia do fideicomissário, quando este tiver capacidade para tanto; f) o perecimento da coisa gravada, sem culpa do fiduciário.

Apesar de serem considerados institutos diferentes, na verdade existem semelhanças entre eles que serão destacadas no item abaixo.

### **3.6 FIDEICOMISSO E USUFRUTO**

Apesar da distinção entre o fideicomisso e o usufruto, portanto, não se confundem, é possível verificar que os efeitos jurídicos de um são possíveis de ser alcançados através do outro. Ambos apresentam dois beneficiários ou titulares. Assim, torna-se necessário o presente estudo para afastar eventuais confusões.

Segue abaixo as principais diferenças entre usufruto e fideicomisso:

---

<sup>159</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. p. 431

a) o usufruto é direito real sobre coisa alheia X o fideicomisso é espécie de substituição testamentária;

b) no usufruto o domínio é desmembrado (nu propriedade para o proprietário e posse para o usufrutuário) X no fideicomisso cada titular tem a propriedade e posse plena na sua vez;

c) no usufruto os dois titulares exercem simultaneamente seus direitos X no fideicomisso os direitos são exercidos de forma sucessiva.

Muito importante a diferenciação entre o usufruto e o fideicomisso, pois são institutos muito semelhantes, e que podem ser facilmente confundidos.

Uma explicação doutrinária, ora destacada, sobre as diferenças entre usufruto e fideicomisso vem de Venosa<sup>160</sup>:

Tecnicamente, não se confundem ambas as instituições, mas seus efeitos práticos se aproximam. No usufruto, há uma bipartição dos poderes da propriedade entre o nu-proprietário e o usufrutuário. Ambos são titulares concomitantes, em diferente nível, da mesma coisa. No fideicomisso, há uma disposição sucessiva. Primeiro um, depois o outro é que exercem os poderes integrais de propriedade.

Como nos traz Rodrigues<sup>161</sup> para alcançar efeitos protetivos semelhantes, se não idênticos aos do fideicomisso, encontra-se na lei o usufruto, pois talvez a única vantagem que o fideicomisso apresenta sobre o usufruto não pode oferecer, é a possibilidade de se indicar como fiduciária a prole eventual de alguém.

Demonstradas as diferenças, Venosa<sup>162</sup> demonstra que existem semelhanças entre usufruto e fideicomisso, como segue:

Há semelhança entre o fideicomisso e o usufruto, já que: a) o fiduciário e o usufrutuário devem prestar caução, inventariar bens, conservá-los e restituí-los na época estabelecida pelo testador; b) o fideicomissário e o nu-proprietário têm o direito de tomar posse dos

---

<sup>160</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.295

<sup>161</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. p. 251

<sup>162</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 352.

bens no termo fixado para a abertura da substituição e para a cessação do usufruto.

Quando houver uma confusão de institutos deve-se observar a intenção do testador; mas, no entendimento de Diniz<sup>163</sup>:

Não há que se confundir fideicomisso com usufruto testamentário, pois: a) no fideicomisso o testador nomeia os herdeiros ou legatários, impondo a um deles (fiduciário) o dever de, por sua morte, ou pelo advento do termo ou de condição resolutiva transmitir a outro (fideicomissário) a liberalidade, já o usufrutuário somente o direito de usar e gozar a coisa alheia; b) No fideicomisso os dois titulares recebem a liberalidade sucessivamente, substituindo um ao outro, sendo a liberalidade imediata e certa para o fiduciário, e futura e incerta para o fideicomissário. No usufruto os direitos do nu proprietário são exercidos simultaneamente, sendo, portanto, certos e imediatos para ambos os titulares. c) no fideicomisso o fiduciário poderá alienar ou gravar o bem, que proíbe-se no usufruto; c) no fideicomisso com a morte do fiduciário a propriedade transmite-se a seus sucessores, já no usufruto neste caso extingue o direito de usufruto com o falecimento do usufrutuário.

O usufrutuário não pode alienar o bem objeto do usufruto; mas, o fiduciário tem este direito, salvo se gravado com a cláusula de inalienabilidade, segundo Venosa<sup>164</sup>:

No usufruto, não se pode beneficiar prole eventual de uma pessoa. Isso só ocorrerá por fideicomisso. Outro fator, o fiduciário, sendo efetivamente proprietário, pode até mesmo onerar e alienar o bem, se não houver proibição do testador. O usufrutuário não tem jamais esses poderes. Tem ele só a fruição e utilização da coisa. No usufruto, com a morte do nu-proprietário, o direito passa a seus herdeiros, permanecendo os direitos do usufrutuário. No fideicomisso, morrendo o fiduciário, aflora a propriedade do fideicomissário.

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

A bipartição de poderes presente nos dois institutos jurídicos é comentada por Cahali,<sup>165</sup> como segue:

No usufruto há uma bipartição dos poderes, ou faculdades jurídicas, do direito de propriedade e o usufrutuário. Ambos são titulares

<sup>163</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. p. 352

<sup>164</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.295

<sup>165</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. p. 432

concomitantes, em diferente nível, da mesma coisa. Sendo a hipótese da deixa testamentária a de usufruto, as liberalidades são simultâneas, quer dizer, tem aquisição concomitante os direitos tanto do usufrutuário quanto os do nu proprietário. No fideicomisso há uma disposição seqüencial. Primeiro um, depois o outro é que exercem os poderes integrais da propriedade. Quer dizer, a aquisição do direito do outro; não há simultaneidade na aquisição.

Fica assim evidente que o fideicomisso será realizado por inteiro em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Caso o já houver concebido ou nascido o fideicomissário, a nua propriedade pertence a este último e o fiduciário fica com o usufruto do bem, até que acontece a condição resolutiva.

### 3.7 UTILIDADE DO FIDEICOMISSO

Conforme Venosa<sup>166</sup> o fideicomisso dá margem a tantas nuances e tantos problemas de difícil solução prática que sofre severas críticas da doutrina. Muitas legislações não o contemplam. Outras não permitem a amplitude da lei brasileira, agora já bastante restrita. Mas é o próprio Venosa,<sup>167</sup> que destaca a valiosa utilidade do fideicomisso, como segue:

Inafastável, porem sua utilidade, para permitir ao testador projetar seu patrimônio a pessoas ainda não concebidas, quando de seu falecimento. A essa premissa se conteve o mais recente Código, atento à finalidade efetiva e útil do instituto na atualidade, ficando preserva, dessa forma, toda a grandeza e engenhosidade jurídica criada pelo Direito Romano.

Apesar das críticas no sentido da inaplicabilidade do instituto na época contemporânea, na verdade o fideicomisso é indispensável utilidade e inigualável aplicação ao fim a que se destina. Ou seja, nas palavras de Washington de Barros Monteiro<sup>168</sup>: o fideicomisso "oferece incontestável utilidade, correspondendo mesmo a uma necessidade do direito. Efetivamente, só por seu intermédio possível se torna legar bens a pessoas ainda não concebidas ao tempo da morte do testador".

<sup>166</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.296-297

<sup>167</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. p.296-297

<sup>168</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. p. 227.

Considerando que no usufruto o exercício dos benefícios pelos beneficiários (nu-proprietário e usufrutuário) acontece de forma simultânea; torna-se evidente a utilidade do fideicomisso, como único instituto capaz de possibilitar o exercício pleno da propriedade, primeiramente pelo fiduciário e sucessivamente pelo fideicomissário (prole eventual), com a mesma plenitude de direitos (propriedade e posse).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação científica sintetizada nesta monografia revelou a importância da substituição fideicomissária, considerado um instituto clássico do direito romano, é um tema tradicional, apesar de pouco compreendido, mas que tem valiosa possibilidade de aplicação prática, no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

Os estudos realizados nas diversas fontes bibliográficas, que tornaram realidade esta monografia, desmistificaram para o autor deste trabalho o instituto do fideicomisso; isto, nos limites da pesquisa, especialmente em relação aos problemas e hipóteses que orientaram esta atividade acadêmica.

Na verdade, depois dessa pesquisa, ficou evidente que o fideicomisso é útil, indispensável e de inigualável aplicação ao fim a que se destina. O fideicomisso possibilita que por seu intermédio seja possível a transferência de bens para pessoas ainda não concebidas ao tempo da morte do fideicomitente/testador. Esta teoria apreendida na pesquisa e explicada na forma de exemplo pode ser dita da seguinte forma: *um avô poderá contemplar futuro neto, ainda não concebido por sua única filha, por ocasião da abertura da sucessão.*

Nos termos da referida metodologia científica adotada para a redação desta monografia, o trabalho foi estruturado em três capítulos, dos quais se destacam as seguintes e específicas considerações finais.

No primeiro capítulo ficou, logo de início, evidente que o estudo do fideicomisso pressupõe o conhecimento sistematizado dos aspectos gerais do Direito das Sucessões, tais como, abertura e transmissão da herança, aceitação e renúncia, capacidade para suceder, indignidade e deserção. Ficou esclarecido que sucessão é a transferência dos bens, direitos e obrigações do nome do falecido para nome do sucessor, em decorrência do falecimento daquele. Assim, a sucessão se abre com a morte do autor da herança. A pesquisa da história do direito das sucessões demonstrou que o berço da sucessão testamentária encontra-se no direito romano, tida como regra predominante. A doutrina predominante classifica a sucessão hereditária em relação à sua fonte em sucessão testamentária e sucessão

legítima e quanto aos seus efeitos em universal e singular. Verificou-se que herança ou espólio é um conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, para outras pessoas físicas ou jurídicas sobreviventes ao autor da herança; por sua vez, o legado é um bem certo e determinado ou determinável, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário, destinado ao legatário. No que diz respeito à aceitação da herança é considerado o ato jurídico unilateral, irrevogável, pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida; trata-se de um ato de confirmação, que pode acontecer através de uma das três formas: expressa, tácita ou presumida. A renúncia é o ato de formal (expresso) em que o herdeiro repudia a herança. A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente na época da abertura da sucessão ou no momento do implemento da condição suspensiva. A pesquisa demonstrou que a indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito de herança os herdeiros legítimos e testamentários e os legatários, quando praticam atos contra a vida, a honra e a liberdade do autor da herança e outras pessoas indicadas na lei. Por sua vez verificou-se que a deserdação é a manifestação de vontade, feita pelo autor da herança, através de testamento, pela qual o testador priva o herdeiro necessário do direito de receber sua herança legítima. Por fim fica o destaque de que a sucessão legítima decorre da lei e a sucessão testamentária acontece por ato de última vontade.

No segundo capítulo constatou-se que testamento é negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável. Que através do testamento uma pessoa natural poderá dispor dos seus bens disponíveis para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre disposições não patrimoniais. Averiguou-se que a capacidade testamentária ativa é a capacidade para fazer testamento (ser testador, depois dos 16 anos de idade) e que a capacidade testamentária passiva é a capacidade para ser beneficiado em testamento (ser herdeiro ou legatário). Que a "curadoria de bens de prole eventual" não pode ser confundida com a "substituição fideicomissária", porque o curador é apenas um administrador que guarda e preserva os bens da curatela e não tem direito aos frutos e acréscimos, desde a abertura da sucessão, como ocorre com o fiduciário. Ficou demonstrado que as formas de testamento existem para proteger a manifestação de vontade do testador e para dar segurança jurídica ao ato negocial.

Que a inobservância da forma prevista em lei gera a nulidade do ato. Que o testamento pode ser feito através de uma das formas ordinárias (público, particular e cerrado) ou quando se tornar necessário nas formas especiais (marítimo, aeronáutico e militar); existe ainda o codicilo, como manifestação de última vontade. O testamento público é lavrado pelo tabelião, tem sua preponderância no fator da fé pública e exige a presença de no mínimo duas testemunhas. O testamento cerrado, apenas aprovado pelo tabelião, tem o objetivo de dar segredo a sua vontade do testador, também exige a presença de duas testemunhas. Por sua vez o testamento particular é escrito e assinado pelo próprio testador, lido em voz alta perante três testemunhas idôneas, que o também assinam. O codicilo é ato de última vontade pelo qual o codicilante dispõe sobre assuntos pouco importantes, despesas e bens de pequeno valor (até dez por cento da herança). Quanto aos testamentos especiais, nas suas três formas, verificou-se que servem para resolver casos de impossibilidade de utilização dos testamentos feitos nas formas ordinárias e que estas impossibilidades, em geral, decorrem de situações de emergências e excepcionais. Observou-se ainda, que o legado o legado é a disposição testamentária a título particular, e nesse sentido opõe-se à herança, em que a sucessão se opera a título universal. Finalmente segue a consideração final sobre o direito de acrescer, como sendo o direito que acontece quando o testador contempla, pela mesma disposição, uma pluralidade de beneficiários (co-herdeiros ou co-legatários), deixando-lhes a mesma herança, ou o mesmo legado, em quinhões não determinados, e um dos beneficiários vem a faltar.

No terceiro capítulo verificou-se, inicialmente, que substituição é o ato pelo qual o testador estabelece a possibilidade de substituir o herdeiro ou o legatário por outra pessoa, que tomará o lugar de quem não quiser ou não puder receber herança ou legado. Constatou-se que predomina o entendimento doutrinário de que são quatro as espécies de substituição: 1ª) vulgar (singular ou coletiva); 2ª) recíproca (os herdeiros são designados substitutos uns dos outros); 3ª) fideicomissária (somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador); e 4ª) compendiosa (acontece quando o testador nomeia substituto para o fiduciário ou para o fideicomissário). Fideicomisso, como uma das espécies de substituição hereditária, deriva de fidúcia, se fundamenta na confiança do testador, no sentido de que o fiduciário vai conservar e transmitir os bens para o

fideicomissário. Historicamente consta que no direito romano o testador utilizava-se do fideicomisso para deixar a sua herança em nome de um "herdeiro de sua confiança", para que este transmitisse ao beneficiário final, normalmente uma pessoa proibida de receber a herança, como, por exemplo, um peregrino ou um exilado. Depois o instituto passou a ser reconhecido legalmente pelos juízes romanos e sua utilidade mudou para servir como meio de transmissão da herança para a segunda geração, tornando-os inalienáveis em relação à primeira geração, que ficava obrigada a transmiti-los a seu substituto, o que assegurava a permanência da riqueza imobiliária na família. O fideicomisso foi muito utilizado pela nobreza na França a ponto de transformar o solo daquele país em terras inalienáveis; com a Revolução Francesa foi criticado e combatido, porque inibia a circulação das riquezas. Na época do feudalismo o fideicomisso foi muito utilizado para a conservação do patrimônio familiar, que era transmitido de geração para geração. Ressalta-se que no fideicomisso existe uma dupla vocação, porque o fideicomitente deve dispor em favor do fiduciário e já dispor em favor do fideicomissário; assim, o fiduciário deve conservar a coisa fideicomitada para depois restituí-la ao fideicomissário. Quanto as modalidades do fideicomisso ficou evidente que existem duas: fideicomisso universal (herança) e o fideicomisso particular (legado). A pesquisa demonstrou que o fiduciário tem diversas obrigações, como por exemplo, a preservação do bem fideicomitado e a obrigação de transmitir o referido bem para o fideicomissário; mas, por outro lado tem direitos, como exemplo, ter a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel e receber indenização das benfeitorias úteis e necessárias. Além disso, ficou evidente que o fideicomissário também tem direitos (exemplo: exercer atos de conservação dos bens) e obrigações (exemplo: indenizar o fiduciário pela benfeitorias úteis e necessárias). Foi destacado no relato que existem causas de caducidade do fideicomisso, entre as quais se destacam a pré-morte e a renúncia do fideicomissário ou o perecimento do bem. Por último ficaram esclarecidas a utilidades e as distinções que existem entre os institutos do usufruto e do fideicomisso (exemplo: no usufruto os dois titulares exercem simultaneamente seus direitos; porém, no fideicomisso os direitos são exercidos de forma sucessiva).

Nos parágrafos abaixo serão revisados os três mencionados problemas, bem como as respectivas hipóteses, realizando-se as análises, em conformidade com o resultado da pesquisa:

Primeiro problema: quando acontece a transmissão da herança?

Primeira hipótese: a transmissão da herança legítima e testamentária acontece no instante da abertura da sucessão (no momento da morte) do autor da herança.

Análise da primeira hipótese: depois da investigação científica a hipótese resultou parcialmente confirmada, porque realmente a transmissão da herança legítima e testamentária acontece no instante da abertura da sucessão; mas, existe uma exceção, no caso de sucessão testamentária com cláusula suspensiva de direito, onde a transmissão da herança ocorre no momento do implemento da condição suspensiva.

Segundo problema: a "curadoria de bens de prole eventual" se confunde com a "substituição fideicomissária"?

Segunda hipótese: a "curadoria de bens de prole eventual" (prevista no art. 1.800 do Código Civil- CC) NÃO se confunde com a "substituição fideicomissária" (regulada no art. 1.951 do CC).

Análise da segunda hipótese: o resultado deste trabalho monográfico demonstrou que a hipótese é verdadeira em sua totalidade; isto, porque, entre outros motivos: 1º) na curadoria o detentor provisório é sempre um curador, regulado por regras próprias, detém apenas a posse, a guarda de bem alheio; de outro lado, no fideicomisso em comparação figura o fiduciário detentor da posse e da propriedade com condição resolutiva; 2º) na curadoria existe prazo legal de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que ocorra a concepção do herdeiro esperado; de outro lado, no fideicomisso não existe o estabelecimento do referido prazo legal; 3º) o curador não é sujeito passivo do imposto de transmissão "causa mortis"; de outro lado, o fiduciário é sujeito passivo do referido imposto.

Terceiro problema: no fideicomisso existe dupla transferência de bens (do testador para o fiduciário e deste para o fideicomissário), com a consequente ocorrência de dois fatos geradores do imposto "causa mortis"?

Terceira hipótese: sim; no fideicomisso existe dupla transferência de bens; a primeira acontece quando os bens (herança e/ou legado) são transmitidos do testador (fideicomitente) para o fiduciário (sujeito passivo do primeiro fato gerador); a segunda transmissão de bens surge quando saem do nome do fiduciário e são transferidos para o nome do fideicomissário (sujeito passivo do segundo fato gerador).

Análise da terceira hipótese: a pesquisa comprovou que a hipótese é falsa, não corresponde com a verdade. Isto, porque predomina o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que NÃO existe um dupla transferência de bens na substituição fideicomissária. As fontes pesquisas indicadas neste trabalho monográfico esclarecem que, na verdade o único ato de transmissão de propriedade, para efeito do referido imposto de transmissão, ocorre na instituição do fideicomisso; ou seja, quando o testador transfere os bens para o fiduciário; apenas nesta operação que ocorre a tributação; assim, de acordo com acórdãos do STJ e de outros tribunais, não é devido o imposto na extinção do fideicomisso, porque não há transmissão dos bens do nome do fiduciário para o fideicomissário; a exigência do referido imposto no implemento da cláusula resolutiva geraria a ilegal ocorrência de bitributação.

Ao final da presente exposição monográfica, restou evidente que o instituto do fideicomisso serviu para beneficiar aqueles que não podiam receber bens hereditários, serviu feudalismo para manter as propriedades unas e conservar as heranças, foi útil à nobreza para manter a riqueza das famílias de gerações para gerações posteriores e é o único instituto capaz de possibilitar o exercício pleno da propriedade, primeiramente pelo fiduciário e sucessivamente pelo fideicomissário (prole eventual), mantendo nos dois momentos a mesma plenitude de direitos (propriedade e posse), situação jurídica que nem o usufruto é capaz de oferecer, porque destaca a posse da propriedade.

Diante do exposto não resta dúvida da evidente importância do tema e por isso mesmo a investigação científica deve continuar com o mesmo ou com outros propósitos acadêmicos, visando o aperfeiçoamento da utilidade social da substituição fideicomissária.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 12 set. 2009.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 e alterações posteriores. Código Civil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 3 out. 2009.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973e alterações posteriores. Código Civil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 28 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitado. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adota a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. STJ. REsp: 945027/BA. 3ª Turma. Voto do Relator Min. Sidnei Beneti. DJE: 24/11/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE FIDEICOMISSO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO E DOAÇÃO CAUSA MORTIS – ITD. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE BITRIBUTAÇÃO. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO-PROVIDO. STJ. REsp. 1004707/RJ. 1ª Turma. Relator Min. José Delgado. DJE: 23/06/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito processual e civil. Sucessões. Recurso especial. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários. STJ. REsp. 820814. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJ: 25/10/2007, pág. 168. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 9 out. 2009.

CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.



MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 7.