



GUSTAVO **TEPEDINO**  
ANA LUIZA MAIA **NEVARES**  
ROSE MELO VENCELAU **MEIRELES**

**FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL**

VOLUME **7**

# **DIREITO DAS SUCESSÕES**





- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
  
- Fechamento desta edição: 31.01.2020
  
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
  
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
  
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa  
*Copyright © 2020 by*  
**Editora Forense Ltda.**  
*Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional*  
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar  
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040  
[www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br)
  
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

- Capa: Aurélio Corrêa  
Foto: Oliver Sved/Shutterstock

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

---

N42d

Nevares, Ana Luiza Maia

Direito das sucessões / Ana Luiza Maia Nevares, Rose Melo Vencelau Meireles; organização Gustavo Tepedino. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.  
(Fundamentos do direito civil)

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-309-8920-0

1. Herança e sucessão – Brasil. I. Meireles, Rose Melo Vencelau. II. Tepedino, Gustavo. III. Título. IV. Série.

---

Vanessa Mafra Xavier Salgado – Bibliotecária – CRB-7/6644

# Capítulo X

## DAS SUBSTITUIÇÕES

SUMÁRIO: 1. Substituição vulgar – 2. Fideicomisso – Problema prático.

### 1. SUBSTITUIÇÃO VULGAR

Na sucessão testamentária não há direito de representação<sup>1</sup>. Desse modo, a falta do herdeiro ou legatário faz caducar a disposição testamentária, o que enseja a devolução da herança aos herdeiros legítimos. Com efeito, na falta, invalidade ou ineficácia das disposições testamentárias, tem lugar a supletividade da legítima (CC, art. 1.788).

Inexistência do direito de representação na sucessão testamentária

O testador pode evitar a sucessão legítima por meio da nomeação de substituto. Substituto vulgar, também chamado comum ou ordinário, é o herdeiro ou legatário instituído para suceder no lugar de outro que não quer ou não pode receber a deixa. Como exemplo, cite-se a seguinte disposição: “Nomeio Caio meu herdeiro universal e na sua falta Bento”. Por expressa disposição legal, a menção à falta do primeiro instituído na disposição testamentária presume a substituição em qualquer hipótese que não queira ou não possa suceder (CC, art. 1.947)<sup>2</sup>. Dessa forma, o substituto é chamado a suceder se o primeiro instituído não quiser (e. g., quando renuncia) ou não puder (e. g. quando morre antes do testa-

Definição de substituto vulgar

<sup>1</sup> No direito brasileiro, o *ius representationis* é peculiar à sucessão legítima, pois ocorre quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia (CC, art. 1.851); na sucessão testamentária não se presume a vontade de substituir o beneficiário por seu parente. Tal decorre do princípio da liberdade testamentária, que deixa o testador livre para definir o destino dos bens testados quando o beneficiário não quer ou não pode suceder.

<sup>2</sup> Código Civil, “Art. 1.947. O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.”

dor) suceder, ainda que não previstas ambas as situações de forma expressa no testamento. Trata-se de vocação direta, isto é, tanto o substituído, quanto o substituto eventualmente chamado, recebem diretamente do testador.

Substituição e representação

A substituição assim opera de modo mais amplo que a representação. Isso porque somente cabe o direito de representação na falta do herdeiro, o que inclui sua morte ao tempo da abertura da sucessão e as situações a ela equiparadas, isto é, indignidade e deserção. Não há direito de representação em favor dos descendentes do renunciante, eis que a renúncia faz romper a cadeia sucessória. Na substituição, ao revés, o substituto herda no lugar do substituído sem ter qualquer vínculo jurídico com este, a permitir seu chamamento mesmo com a renúncia do substituído.

Ao testador é facultado nomear quantos substitutos entender necessários. Não há limite de grau, porque o substituto é o herdeiro ou legatário definitivo. Assim, não apenas é lícito, bem como recomendável a instituição do substituto do substituto: “nomeio o herdeiro (ou legatário) Antônio; na falta de Antônio nomeio Bernardo; na falta de Bernardo nomeio Caio; na falta de Caio nomeio Daniel; na falta de Daniel nomeio Elza”; e quantos mais substitutos interessar ao testador.

O substituto há de possuir legitimidade sucessória. Se não pode receber diretamente, não receberá como substituto. Os requisitos para a legitimação sucessória devem ser apurados no momento da abertura da sucessão, salvo no caso de disposição condicional, em que o momento a verificar a legitimidade é o do implemento da condição<sup>3</sup>. A falta de legitimidade do substituído opera nulidade da substituição (CC, art. 1.802)<sup>4</sup>.

Espécies de substituição

A substituição vulgar pode ser: i) simples; ii) conjunta; iii) recíproca<sup>5</sup>. Na substituição simples, há um único substituído e substituto, ainda que contemple herdeiros sucessivos, por exemplo, “nomeio Ana minha herdeira universal, sendo Bento seu substituto. Na falta de Bento, nomeio Manuel”. Na substituição conjunta, o testador substitui uma pessoa por várias (CC, art. 1.948)<sup>6</sup>, por exemplo, “nomeio Ana minha herdeira universal, sendo Bento, Caio e Daniel seus substitutos conjuntos”. Na substituição recíproca, o testador substitui com

<sup>3</sup> Orlando Gomes, *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, 16ª ed. rev. e atual., p. 220.

<sup>4</sup> Sobre o ponto, vide Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 23ª ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, p. 278 e Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. 2, São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 634, p. 190, que defendem a caducidade da deixa como decorrência da ilegitimidade do herdeiro ou legatário nomeados substitutos.

<sup>5</sup> Confira-se Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 407.

<sup>6</sup> Código Civil, “Art. 1.948. Também é lícito ao testador substituir muitas pessoas por uma só, ou vice-versa, e ainda substituir com reciprocidade ou sem ela.”



reciprocidade os beneficiários, por exemplo, “nomeio Ana legatária do imóvel XXX e Bento legatário do imóvel YYY, sendo substitutos recíprocos”.

Se, entre muitos coerdeiros ou legatários de partes desiguais, for estabelecida substituição recíproca, a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda (CC, art. 1.950, 1ª parte). Assim, no exemplo “nomeio Aurora herdeira de 12%, Bruno herdeiro de 20% e Carlos herdeiro de 40%, todos substitutos recíprocos”, a proporção deve continuar caso um deles não queira ou não possa suceder. Consequentemente, a renúncia de “Aurora” não transfere seu quinhão de modo igual, mas proporcional para os coerdeiros remanescentes, de forma que a “Bruno” caberá 24% e a “Carlos” competirá 48%, permanecendo este beneficiário com o dobro do quinhão daquele. Vale repisar, na substituição recíproca os coerdeiros ou colegatários aumentam proporcionalmente seu quinhão primitivo. Nesse sentido, afirma Carlos Maximiliano: “Se eram todos iguais, igual é o proveito de cada um, na substituição; o contemplado com dois terços do quinhão do espólio, percebe dois terços do quinhão sem dono. A posição de substituto é, para cada um dos sucessores recíprocos, igual à de instituído; equiparam-se a primária e a subsidiária”<sup>7</sup>.

Divisão na substituição recíproca

No entanto, se além da substituição recíproca for incluído mais alguém na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos (CC, art. 1.950, 2ª parte). Assim, no exemplo “nomeio Aurora herdeira de 12%, Bruno herdeiro de 20% e Carlos herdeiro de 40%, substitutos recíprocos, incluindo Daniel como substituto”, na hipótese de “Aurora” não querer ou não poder suceder, o quinhão de 12% será dividido igualmente entre os substitutos, cabendo 24% a Bruno, 44% a Carlos e 4% a Daniel.

A substituição vulgar é disposição testamentária que pode incidir tanto na sucessão legítima quanto na testamentária, para designar uma pessoa para suceder no lugar de outra que não o queira ou não o possa. Se o herdeiro legítimo é facultativo, o testador poderá livremente instituí-lo ou excluí-lo da herança; de modo que ao lhe nomear substituto, entende-se que o instituiu em primeiro grau. Contudo, se o herdeiro é necessário, caberá a previsão de substituto, mas não para a legítima, porque sobre essa sua vontade não se exerce, não lhe cabe o direito de disposição (CC, art. 1.857, § 1º). Poderá, entretanto, prever substituto para a falta de herdeiro necessário, ou mesmo na parte disponível.

Substituição na sucessão legítima

## 2. FIDEICOMISSO

Fideicomisso é disposição testamentária que institui herdeiros ou legatários sucessivos<sup>8</sup>. Trata-se de disposição complexa, na qual participa o fidei-

Qualificação e estrutura do fideicomisso

<sup>7</sup> Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, cit., p. 409.

<sup>8</sup> “O termo *fiduciário* advém de *fidúcia* (confiança), porque à sua fé e lealdade é cometido o encargo de conservar como bom pai de família e transmitir a pessoa determinada: *heredis*”

mitente (testador), o fiduciário (1º instituído) e o fideicomissário (2º instituído). A sucessão é aberta a favor do fiduciário, que a recebe temporariamente, até sua morte ou o advento de termo ou condição, conforme determinado pelo testador. A aposição de termo ou condição, conforme determinado pelo artigo 1.898 do Código Civil, segundo a qual a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro ter-se-á por não escrita. Note-se que a morte do fiduciário antes do adimplemento da condição ou advento do termo que extinguem seu direito, enseja transmissão *mortis causa* aos seus herdeiros. Ocorrido o evento extintivo do direito do fiduciário, a sucessão se defere ao fideicomissário. Dessa forma, o fideicomissário recebe os bens fideicometidos por delação sucessiva, mas não se questiona a sua qualidade de sucessor *mortis causa*. Eis o argumento que sustenta a jurisprudência quanto a não incidência de nova tributação de imposto *mortis causa* por ocasião da segunda transmissão, mas tão somente da primeira, sob pena de bitributação<sup>9</sup>.

Objeto do fideicomisso

O fideicomisso pode gravar a herança ou o legado. Diz-se universal, quando instituído sobre a herança; e particular, quando estabelecido sobre o legado. Pode o fideicomisso recair sobre herança legítima. Apenas não se admite que incida sobre a legítima dos herdeiros necessários, insuscetível de livre disposição<sup>10</sup> (CC, art. 1.857, § 1º). Discute-se em doutrina a validade do fideicomisso parcial ou de resíduo, no qual o testador concede ao fiduciário o direito de dispor sobre os bens deixados, recaindo o fideicomisso apenas sobre o resíduo, sobre o que restar, quando abrir a substituição<sup>11</sup>. Outros entendem que “a rigor, não se trata de fideicomisso, uma vez que pode desaparecer, *para sempre*, a substância da liberalidade. Mais se assemelha a uma deixa *condicional*: se não alienar em vida, não incluirá em testamento o bem, que, por morte do primeiro beneficiado A, tocará a B”<sup>12</sup>.

Acrescidos

O fideicomissário recebe todos os bens que façam parte do acervo do fiduciário, no que se incluem os bens acrescidos. Entende-se por “bens acrescidos” aqueles que sobrevêm ao acervo por direito de crescer ou por indenização, a exemplo da indenização do seguro dos bens gravados, por desapropriação pública, ou, ainda, por condenação do responsável por danos, que

*fidei committere* – cometer-se à fé do primeiro sucessor” (Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, cit., p. 419).

<sup>9</sup> STJ, 1ª T., REsp. 1004707/RJ, Rel. Min. José Delgado, julg. 27.5.2008, publ. DJe 23.6.2008; STJ, 1ª T., REsp. 606133/RJ, Rel. Min. José Delgado, julg. 8.3.2005, publ. DJ 11.4.2005.

<sup>10</sup> Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, cit., p. 445.

<sup>11</sup> Em defesa desse tipo de disposição, consulte-se Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. VI, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 5ª ed., 1944, p. 214; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 7, São Paulo: Atlas, 2006, 6ª ed., p. 286.

<sup>12</sup> Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, cit., p. 436.

pertencem ao fideicomissário<sup>13</sup>. Quanto às benfeitorias, crescem ao monte e o fiduciário tem os direitos concernentes ao possuidor de boa-fé (CC, arts. 1.212 a 1.222), de modo que deve ser indenizado às custas da herança.

Como regra geral, o herdeiro responde pelos encargos da herança, em sentido amplo, abrangendo condição, modo e obrigações correlatas, dentro das suas forças (CC, art. 1.997). No caso de fideicomisso, cabe primeiramente ao fiduciário satisfazer os encargos (despesas) da herança, passando ao fideicomissário apenas aqueles que ainda restarem quando lhe for devolvida a sucessão, mas não pessoalmente, e sim dentro das forças da herança, conforme o benefício de inventário (CC, art. 1.792). Pode-se exemplificar com os credores da sucessão que agem no primeiro período unicamente contra o fiduciário, dentro dos limites das vantagens auferidas por este; na segunda fase, isto é, depois de efetuada a substituição, contra o fideicomissário, apenas<sup>14</sup>. Vale ressaltar que os encargos criados pelo fiduciário não poderão ultrapassar os limites do seu direito. Por isso, em regra, não atingem o direito do fideicomissário. Contudo, responderá pelos encargos criados pelo fiduciário se o fideicomissário consentir<sup>15</sup>, bem como se forem encargos necessários, resultantes de administração ordenada, criteriosa, profícua do fiduciário<sup>16</sup>, a exemplo da dívida constituída em razão da necessidade de conservação de bens da herança.

Encargos do fideicomisso

São nulas as instituições além do 2º grau (CC, art. 1.959)<sup>17</sup>. Embora de tradição medieval<sup>18</sup>, a proibição de que a cláusula testamentária possa interferir indefinidamente nas gerações futuras impõe-se como forma de assegurar o direito fundamental à herança, que poderia sofrer repetidas restrições para cumprimento de substituições fideicomissárias perpétuas. Nada obsta, entretanto, a substituição vulgar em fideicomisso, sem limite de grau. A verba testamentária que institui beneficiário sucessivo do fideicomissário gera nulidade, mas não atinge o inteiro teor da disposição. Vale dizer, a instituição em terceiro grau é inválida, permanecendo válido o fideicomisso até o segundo grau. Consequentemente, os bens fideicometidos serão objeto de sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, do fideicomissário e não do *de cuius*. Se a substituição se configura como cláusula acessória da nomeação do herdeiro ou legatário, o princípio da gravitação jurídica incide, de modo que a nulidade da substituição,

Substituição além do 2º grau

<sup>13</sup> Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, vol. VI, cit., p. 216.

<sup>14</sup> Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, cit., p. 439.

<sup>15</sup> Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, vol. VI, cit., p. 217.

<sup>16</sup> Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, cit., p. 442.

<sup>17</sup> Código Civil, "Art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau."

<sup>18</sup> Vide, sobre o ponto, Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 175.

por qualquer motivo, não prejudica a instituição, o que se aplica também para a substituição vulgar<sup>19</sup>.

Legitimidade  
para ser  
fideicomissário

Como regra geral, somente são legitimadas a suceder pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão (CC, art. 1.798). Tem-se uma única hipótese de expansão de tal capacidade no âmbito da sucessão testamentária, quanto aos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (CC, art. 1.799, I). Faculta-se ao testador definir, segundo ditames da sua autonomia, o modelo de disposição a favor da prole eventual: i) delação direta, nomeando-a sem o fiduciário como intermediário (CC, art. 1.800) ou ii) delação sucessiva ou indireta, nomeando-a como fideicomissário.

Com efeito, o fideicomisso limita-se a disposições em benefício de pessoas não concebidas no momento da morte do testador. O legislador de 2002 restringiu a autonomia testamentária nesse aspecto subjetivo, de modo a prestigiar a perspectiva funcional do instituto, útil para a transmissão da propriedade em favor da prole futura<sup>20</sup>. Por incidir sobre a parte disponível dos bens, discute-se a possibilidade de o testador diferenciar o beneficiário a partir da origem da filiação, ao instituir a prole eventual. Deixado a cargo do intérprete, impõe-se que se entenda como “prole futura” toda e qualquer descendência, independentemente da consanguinidade ou outra origem, em respeito ao princípio da igualdade da filiação (CR, art. 227, § 6º)<sup>21</sup>.

Prazo para a  
concepção do  
fideicomissário

A parte geral do direito das sucessões estabelece um prazo para a eficácia da disposição a favor de pessoa futura (CC, art. 1.799, I). Se após dois anos da abertura da sucessão não for concebido o herdeiro esperado, os bens a ele reservados serão devolvidos ao seu substituto; e, se este não quiser ou puder receber, aos herdeiros legítimos (CC, art. 1.800, § 4º). Explica-se a limitação temporal porque não interessa o prolongamento indefinido da transmissão hereditária, em especial, por razões de segurança jurídica. Sob a égide do Código Civil de 1916 inexistia prazo, o que acarretava na pendência da transmissão sucessória em caso de instituição em benefício da prole eventual. A problemática atinge a substituição fideicomissária, embora com menos incerteza, em razão do fiduciário, ainda que de natureza resolúvel o seu direito. Assim, discute-se a aplicação do prazo de dois anos ao fideicomisso, como

<sup>19</sup> Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, vol. VI, cit., p. 220.

<sup>20</sup> Nessa direção, vide Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. 2, cit., p. 433; Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, vol. VI, cit., p. 212; Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. III, cit., p. 179; Orlando Gomes, *Sucessões*, cit., p. 93.

<sup>21</sup> Nesse sentido: TJRS, 4ª C.C., Emb. Infr. 70001063478, Rel. Des. Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, julg. 11.8.2000). Contra: TJRS, 2ª C.C., Ap. Cív. 599040649, Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol, julg. 14.6.1999; TJRJ, 8ª C.C., Ap. Cív. 198800101159, Rel. Des. Martinho Campos, julg. 20.6.1989.



modalidade de disposição em benefício de prole futura<sup>22</sup>. Nessa direção, o testador não poderá suprimir ou alterar o prazo legal, por se tratar de regra cogente, com a finalidade de assegurar a estabilidade no direito sucessório, há muito reivindicada<sup>23</sup>.

Ao revés, se já existir o fideicomissário ao tempo da abertura da sucessão, o fideicomisso se transforma *ope legis* em usufruto (CC, art. 1.952)<sup>24</sup>. O fideicomissário que ao final seria o proprietário definitivo da herança ou legado, não precisa mais aguardar o evento aquisitivo do seu direito, pois adquirirá desde logo a propriedade dos bens gravados em fideicomisso. E o fiduciário que seria proprietário temporário dos bens fideicometidos passa a ser usufrutuário, cuja situação persiste até o evento previsto para extinção do seu direito. Já tendo sido concebido, mas ainda não nascido o fideicomissário, também o fideicomisso se converte em usufruto, desde que nasça com vida<sup>25</sup>. A conversão atinge substancialmente o direito do primeiro instituído, vez que como usufrutuário possui direito real limitado ao uso e gozo, diferentemente do fiduciário que tem a propriedade dos bens fideicometidos, embora resolúvel (CC, art. 1.953)<sup>26</sup>.

Conversão do fideicomisso em usufruto

O fiduciário é titular da propriedade plena dos bens fideicometidos. A única restrição diz respeito ao impedimento de alienação incondicionada<sup>27</sup>. Trata-se de propriedade resolúvel, isto é, sujeita à resolução, bem como os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução – o fideicomissário, no fideicomisso –, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha (CC, art. 1.359). O fiduciário

Natureza do direito do fiduciário

<sup>22</sup> Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado*, vol. IV, cit., pp. 799. Caio Mário Pereira da Silva interpreta diversamente a combinação do art. 1.952 com o art. 1.800, § 4º, entendendo que esse prazo deve ser contado a partir do advento do termo ou implemento da condição resolutiva do direito do fiduciário, e não da abertura da sucessão do testador (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol. VI, cit., p. 283).

<sup>23</sup> A favor da alteração do prazo, v. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol. VI, cit., p. 284 e Silvio Venosa *Direito Civil*, vol. 7, cit., p. 292.

<sup>24</sup> Código Civil, “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.”

<sup>25</sup> Confira-se, no mesmo sentido, Silvio Venosa, *Direito Civil*, vol. 7, cit., p. 292.

<sup>26</sup> Código Civil, “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.”

<sup>27</sup> Na lição de Orosimbo Nonato, “o restrito da propriedade originada do fideicomisso ao fiduciário não impede a alienação dos bens fideicometidos: impede a alienação incondicionada” (Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. III, cit., p. 195).

assim poderá constituir direitos reais limitados sobre os bens fideicometidos como usufruto ou servidão, os quais, entretanto, extinguir-se-ão no momento em que se abre a substituição; ou mesmo transmitir a propriedade dos bens fideicometidos, mantido o gravame. O poder de disposição, porém, restringe-se quando houver circunstâncias incompatíveis com a possibilidade de resolução, a exemplo da penhora de bem gravado com fideicomisso<sup>28</sup>. Para melhor garantir o direito do fideicomissário, o testador ainda poderá gravar os bens fideicometidos com cláusula de inalienabilidade.

Na medida em que o direito do fiduciário se extinguirá em favor do fideicomissário, um dos mecanismos estabelecidos pelo legislador para garantir a conservação e entrega dos bens fideicometidos consiste no dever de inventário. A relação descritiva dos bens recebidos pelo fiduciário, inclusive com o seu estado de conservação, servirá de base para eventuais reclamações do fideicomissário. A obrigação de inventariar é assunto de ordem pública, razão pela qual não poderá nem o testador afastá-la, nem o fiduciário se recusar a proceder o inventário<sup>29</sup>. A sub-rogação dos bens fideicometidos em outros é possível excepcionalmente, desde que haja consentimento do fideicomissário<sup>30</sup>. No caso de fideicomisso sobre bens imóveis, o registro atribui publicidade bastante para garantir que não existam terceiros de boa-fé a alegar o desconhecimento da resolubilidade da propriedade do fiduciário. Com relação aos bens

Dever de inventariar os bens fideicometidos

<sup>28</sup> Vide *e.g.* TJRJ, 12ª C.C., Ap. Cív. 200000114708, Rel. Des. Wellington Jones Paiva, julg. 23.10.2001; STJ, 2ª T., AgInt no REsp 1505398/BA, Rel. Min. OG Fernandes, julg. 7.6.2018, publ. DJe 13.6.2018.

<sup>29</sup> Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXXV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, pp. 198-199.

<sup>30</sup> Nesse sentido, consulte-se: TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cív. 199000103317, Rel. Des. Marden Gomes, julg. 28.2.1998. Ver, ainda: TJRJ, 3ª C.C., Ag.Inst. 199400200853, Rel. Des. José Rodriguez Lema, julg. 4.5.1995; TJRS, 17ª C.C., Ap. Cív 70000858662, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, julg. 2.5.2000. Há de se verificar, contudo, as peculiaridades do caso, de modo que a sub-rogação não seja causa de prejuízo ao fideicomissário, como se pode exemplificar no seguinte julgado: "Direito Civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitido. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adota a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. Exame de eventual boa-fé e eventual direito de retenção por parte do adquirente relegada para a execução, na peculiaridade do caso. Eventual ação de regresso contra o fiduciário ressalvada. Patenteando-se que a venda de imóvel objeto de fideicomisso realizou-se em prejuízo de menor fideicomissária, ainda que mediante alvará judicial em que representada pelo fiduciário, ante a aquisição de imóvel de valor sensivelmente menor, anula-se a venda do imóvel fideicomitido, reservada, nas peculiaridades do caso, da discussão a respeito de eventuais boa-fé e direito de retenção por parte do adquirente do imóvel, bem como ressalvado eventual direito de regresso contra o fiduciário e, finalmente, ressalvada a possibilidade de acionamento da fideicomissária quanto ao destino do imóvel adquirido em subrogação, matéria situada fora do objeto do presente processo. Recurso Especial conhecido apenas em parte, por maioria de votos, sem interferência na sucumbência determinada pelo Acórdão recorrido" (STJ, 3ª T., REsp 945027/BA, Rel. Min. Sidinei Beneti, julg. 19.8.2008, publ. DJe 24.11.2008).



móveis, contudo, a efetividade do direito do fideicomissário depende da obrigação do fiduciário em promover o inventário, no qual serão especificadas as coisas que devem ser conservadas e, posteriormente, transmitidas ao fideicomissário.

O artigo 1.953 do Código Civil também determina ao fiduciário a obrigação de prestar caução de restituição dos bens gravados se o exigir o fideicomissário, repetindo dispositivo do Código Civil de 1916, sem considerar que, pela sistemática atual, o fideicomissário é prole futura e incerta ao tempo da aquisição do direito do fiduciário. Desse modo, deve-se entender que a caução pode ser exigida por quem tenha a guarda dos interesses do fideicomissário<sup>31</sup>. Por outro lado, se o fideicomissário estiver concebido ou nascido no momento da abertura da sucessão, hipótese em que se configurará (não mais o fideicomisso, mas) o usufruto, da mesma forma a caução poderá ser requerida, a garantir o direito do sucessor em segundo grau. Na sistemática do Código Civil, portanto, a exigência de caução se justifica mesmo na hipótese em que, com o nascimento do fideicomissário, caracteriza-se o usufruto, tendo a caução o propósito de assegurar a futura entrega do bem ao herdeiro em bom estado de conservação. A faculdade de exigir a caução poderá ser exercida tanto em relação aos bens móveis quanto imóveis, para garantir sua devolução em bom estado<sup>32</sup>.

Dever de  
prestar caução

Aberta a sucessão, desde já pode o fiduciário renunciar a herança ou o legado que lhe compete. Se houver substituto vulgar do fiduciário, tomará o lugar deste na sucessão do *de cuius*, para que assuma a titularidade dos bens até a substituição. Se o testador não nomeou substituto para ocupar o lugar do fiduciário, a renúncia deste importa em devolução ao fideicomissário do direito de aceitar (art. 1.954)<sup>33</sup>. Note-se que a renúncia do fiduciário é causa de caducidade da substituição, assim como a morte do fiduciário antes do testador e a incapacidade ou indignidade do fiduciário. No caso da morte do fiduciário depois de aberta a sucessão, se for outro (diverso da sua própria morte) o evento que deflagra a transmissão ao fideicomissário, aos herdeiros do fiduciário se transmitem os bens fideicometidos até que aconteça o evento resolutório do seu direito (CC, art. 1.951)<sup>34</sup>. Cabe destacar que o fideicomissário a quem se defere a faculdade de aceitar ou renunciar a herança é prole

<sup>31</sup> No mesmo sentido, vide Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol. VI, cit., pp. 286-287.

<sup>32</sup> Carvalho Santos, *Código Civil*, vol. XXXV, cit., p. 199.

<sup>33</sup> Código Civil, "Art. 1.954. Salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar."

<sup>34</sup> 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."

eventual no momento da abertura da sucessão; se nascido ou concebido já recebe a sucessão na qualidade de proprietário. Desse modo, aplica-se ao fideicomissário o disposto no artigo 1.800 do Código Civil a fim de que os bens sejam administrados por curador nomeado judicialmente até seu nascimento com vida. Se o segundo nomeado não for concebido no prazo de dois anos contados da abertura da sucessão, por não haver fiduciário, o fideicomisso caduca, a ensejar a supletividade da legítima. Assim, se o fiduciário Antônio renuncia à sucessão, o fideicomissário poderá aceitar ou renunciar. Mas sendo o fideicomissário os futuros filhos de Antônio e Maria, ainda prole eventual no momento da renúncia, os bens fideicometidos serão administrados por um curador pelo prazo legal até seu nascimento com vida, quando passará a ser proprietário dos mesmos.

O fideicomissário também pode renunciar a herança ou o legado. Nesse caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se o testador não tiver designado substituto comum para tomar o seu lugar (CC, art. 1.955). Caducidade porque não tem efeito a substituição, tornando definitiva a propriedade do fiduciário. Ao se referir à previsão de substituto comum para ocupar lugar do fideicomissário, não há terceiro instituído, pois o substituto seria o próprio fideicomissário. Muito embora titular de direito eventual, não precisa o fideicomissário aguardar o evento resolutório do direito do fiduciário para declarar se aceita ou não suceder, bastando que a sucessão esteja aberta<sup>35</sup>. Vale lembrar novamente que o fideicomisso só se permite em benefício de pessoas ainda não concebidas no momento da morte do testador; caso contrário, transmuda-se em usufruto. Assim, a renúncia do fideicomissário só se torna possível muito depois de aberta a sucessão, pois não é lícito a outrem dispor gratuitamente de seus bens (CC, art. 1.749, II). De todo modo, como são muitos os eventos que podem ensejar a substituição, não é difícil imaginar que antes do seu advento o fideicomissário tenha adquirido plena capacidade civil e possa exercer o seu direito de renunciar. No caso de o direito do fiduciário ter se transformado em usufruto porque estava vivo o fideicomissário na abertura da sucessão, a renúncia do nu proprietário em nada lhe beneficia, mantido o termo final da sua duração, cabendo ao testador regular diversamente se este for o seu interesse. O usufruto vai durar segundo a previsão testamentária para o fato que ensejaria o direito do fideicomissário/proprietário, depois passará para os herdeiros legítimos do testador, salvo nomeação de substituto comum para o fideicomissário/proprietário.

<sup>35</sup> Nesse sentido, vide Carvalho Santos, *Código Civil*, vol. XXXV, cit., p. 208. A doutrina não é unânime, para Orosimbo Nonato a renúncia “somente poderá ser eficaz quando da abertura da substituição; então é que o direito do fideicomissário se consolida e se torna suscetível de renúncia” (Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. III, cit., p. 203).

Outra hipótese de caducidade do fideicomisso é a morte do fideicomissário antes do fiduciário, ou antes de se realizar condição resolutória do direito deste último (CC, art. 1.958)<sup>36</sup>. O fiduciário é herdeiro ou legatário designado para suceder o autor da herança e restituir os bens fideicometidos ao fideicomissário; se este não mais existe, também desaparece para o fiduciário a obrigação de restituir. O direito do fideicomissário não se transmite aos seus próprios herdeiros, de modo que se consolidam os bens fideicometidos na propriedade do fiduciário, salvo disposição em contrário do testador. O mesmo efeito, isto é, caducidade do fideicomisso, ocorre na hipótese de indignidade e incapacidade do fideicomissário.

### PROBLEMA PRÁTICO

O bem gravado com fideicomisso pode ser objeto de penhora?

\* Código Civil, "Art. 1.958. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955."