

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Débora Cristina Holenbach Grivot

O FIDEICOMISSO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO
CONCEPTURO:

Oportunidade e adequação atual de um instituto milenar como demonstração
da convergência do direito civil e do direito constitucional

Porto Alegre

2014

DÉBORA CRISTINA HOLENBACH GRIVOT

O FIDEICOMISSO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO
CONCEPTURO:

Oportunidade e adequação atual de um instituto milenar como demonstração
da convergência do direito civil e do direito constitucional

Tese apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Doutor em Direito Civil pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira
Noronha

Porto Alegre

2014

Grivot, Débora Cristina Holenbach

O fideicomisso como instrumento de proteção do

Concepturo: Oportunidade e adequação atual de um instituto milenar como demonstração da convergência do direito civil e do direito constitucional /

Débora Cristina Holenbach Grivot. --

2014.

155 f.

Orientador: Carlos Silveira Noronha.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio

Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-

Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014.

1. fideicomisso. 2. concepturo. 3. direito civil constitucional.

4. trust. 5. gerações futuras. I. Silveira Noronha,

Carlos, orient. II. Título.

DÉBORA CRISTINA HOLENBACH GRIVOT

**O FIDEICOMISSO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO
CONCEPTURO:** Oportunidade e adequação atual de um instituto milenar como
demonstração da convergência do direito civil e do direito constitucional

Tese apresentada como
requisito parcial para a obtenção
do título de Doutor em Direito
Civil pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade federal do Rio
Grande do Sul

Aprovada em 12 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Carlos Silveira Noronha
Orientador

Professor Dr. Eugênio Facchini Neto

Professor Dr. Bruno Miragem

Professor Dr. Peter Ashton

Professora Dra. Roberta Drehmer de Miranda

Dedico este trabalho ao meu esposo João Antônio Zimmermann Grivot e ao meu filho Otávio Augusto Hohenbach Grivot, fontes inesgotáveis de amor que fazem tudo valer a pena.

Para atingir o objetivo pretendido com este trabalho foi necessário contar com muitas forças externas pelas quais serei eternamente grata. Mas antes de enumerá-las, é preciso agradecer a Deus pela providência que nunca me falta.

Em seguida, agradeço ao meu orientador, professor Dr. Carlos Silveira Noronha por todos seus ensinamentos, e a equipe da secretaria do Programa em Pós-graduação em Direito da UFRGS, Sra. Rosmari de Azevedo e Sra. Denise Dias de Souza, por estarem sempre disponíveis. Em outro plano, é preciso agradecer aos amigos professor Me. Jefferson Dutra pela ajuda com ideias quando o trabalho ainda era uma semente. Ao professor Dr. Marcelo Schenk Duque pela oportunidade de debater em alto nível sobre a matéria deste trabalho. À professora Dra. Roberta Drehmer de Miranda pela sua vocação acolhedora ter me confortado e incentivado na elaboração deste trabalho. Ainda, agradeço ao professor Dr. Eugênio Facchini Neto pelas críticas construtivas, pelo material emprestado e principalmente pela sua disposição em ajudar, virtude para poucos em tempos atuais; e à professora Dra. Vera Maria Jacob de Fradera pelo seu apoio no momento em que eu mais precisava. Por fim, não seria possível a elaboração deste trabalho sem a ajuda incomensurável da minha família. Agradeço a minha sogra Maria Lúcia Zimmermann Grivot que foi incansável cuidando do meu filho e do meu marido enquanto estive ausente.

*“Se fosse lícito, em Direito, servirmo-nos duma comparação, poderíamos afirmar que o *Ius Romanum* é semelhante a uma árvore. Nasce pequenina; vai-se desenvolvendo, começa a florescer; principia a frutificar, pouco, bastante, muito, muitíssimo. Depois, a frutificação diminui; e quando já não produz mais frutos, encontrando-se, porém num estado de boa conservação, é cortada (a codificação) para ser transformada em boa madeira, que será utilizada nas melhores construções (jurídicas) de todo o mundo.”*

(CRUZ; 1969, p. 10)

RESUMO

O fideicomisso existe há mais de dois milênios. Durante a sua existência, o fideicomisso teve diferentes utilizações, desde a mais remota entrega de patrimônio *post mortem* para pessoas impedidas pela lei de recebê-lo, passando pela perpetuação do patrimônio numa mesma família, e chegando aos tempos atuais como forma de transmitir patrimônio para o concepturo. Esta atual finalidade do fideicomisso, de proteger uma pessoa que ainda não foi concebida, mostra-se muito oportuna e adequada ao novo formato do Direito Civil pelo seu viés constitucional. Os valores protegidos pelo fideicomisso, como modalidade de direito privado, encontram amparo pleno no rol de tutelas constitucionais, dando ao instituto o seu caráter de direito civil constitucional. Desta forma, o fideicomisso não é apenas um instituto milenar que permanece em vigor, mas é instrumento para demonstrar a mais atual virtude do direito civil que é estar em convergência com o direito constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Fideicomisso – História do Direito Civil – Direito Civil Constitucional

ABSTRACT

The *fideicomisso* has existed for over two thousand years. First: In ancient times as a way to distribute assets *post mortem* to persons restricted by law to inherit these assets. Second: to assure the protection and perpetuation of assets in the same family. Thirdly, in present times as a way to transmit assets to yet unborn persons - the *concepturo*. This current role and purpose of the *fideicomisso*, to protect a person who has not yet been conceived, presents itself under a new format of constitutional civil law. Old values protected by the *fideicomisso*, as a form of private law, are now protecting by the constitutional principles, thus giving the history institute of a *fideicomisso* a new character. Consequently, the *fideicomisso* is not only an ancient institution which remains in use, but has become an instrument which reflects the current view of civil law as impregnated and strongly influenced by norms of order to give additional protection by force of these constitutional principles.

KEYWORDS

Fideicomisso – Civil Law History – Convergence with civil and constitutional law

RIASSUNTO

Il fedecommesso esiste da oltre due millenni. Nel corso della sua esistenza, il fedecommesso ha avuto diverse finalità: nel tempo più remoto serviva per la consegna patrimoniale *post mortem* alle persone limitate dalla legge a ricevere. Dopo, fu utile per la perpetuazione del patrimonio in una stessa famiglia. In tempi presenti atua come un modo di passare il patrimonio al concepturo. Questo nuovo scopo del fedecommesso, di proteggere una persona che non è stata ancora concepita, sembra molto opportuna ed adeguata al nuovo formato del diritto civile per la sua prospettiva costituzionale. I valori protetti dal fedecommesso, come una forma di diritto privato, sono ampati in sede costituzionale. Questo fornisce all'istituto il carattere costituzionale del diritto civile. Così, il fedecommesso non è solo un antico istituto che rimane in vigore, ma è uno strumento per mostrare la prospettiva troppo attuale del diritto civile, che deve essere in convergenza con legalità costituzionale.

PAROLE CHIAVE

Fedecommesso – Storia del Diritto Civile – Legalità Costituzionale

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. O FIDEICOMISSO COMO FENÔMENO HISTÓRICO	16
2.1. A HISTORICIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO: DO DIREITO ROMANO AOS DIAS ATUAIS	16
2.2. A HISTÓRIA DO FIDEICOMISSO DESDE O SEU SURGIMENTO ATÉ OS DIAS ATUAIS	28
2.2.1. Fideicomisso no Direito Romano	28
2.2.2. O Fideicomisso na legislação bizantina e nos costumes germânicos	40
2.2.3. O fideicomisso na interpretação dos glosadores e desenvolvimentos posteriores	42
2.2.4. O fideicomisso no Direito Português	43
2.2.5. A história do Fideicomisso no Brasil	45
2.3. AS FINALIDADES DO FIDEICOMISSO NO SEU PERCURSO HISTÓRICO: CONVENIÊNCIA DO INSTITUTO NA ORIGEM E SUAS TRANSFORMAÇÕES	47
2.4. A IDEOLOGIA DO FIDEICOMISSO NA ATUALIDADE	59
3. CONCEPTUO COMO FIDEICOMISSÁRIO	63
3.1. PROLE EVENTUAL, <i>NONDUM CONCEPTI</i> OU CONCEPTURO: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO	63
3.2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DAS DISPOSIÇÕES ACERCA DOS <i>CONCEPTUROS</i>	65
3.3. A LEGITIMIDADE DA PROLE EVENTUAL PARA RECEBER POR TESTAMENTO	73
4. NOVA PERSPECTIVA DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL – base para a confirmação do papel do fideicomisso como instrumento de direito civil-constitucional	83
4.1 A RELEITURA DO DIREITO CIVIL	83
4.1.1 A superação da histórica dicotomia público-privado como construção de uma releitura do direito civil pela perspectiva constitucional	84
4.1.2 Constituição e Direito Privado: os influxos na construção de um novo perfil do direito civil	94
4.2. TUTELA DAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS: A EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO E PROTEÇÃO DA PESSOA	106
4.2.1 Sentido estrutural – A viagem semântica do conceito de pessoa como base da estrutura do direito privado	108

4.2.2 Sentido valorativo – O critério para a releitura do Direito Civil na legalidade constitucional como desenvolvimento da proteção da pessoa no seu sentido existencial.....	116
5. A ADEQUAÇÃO E OPORTUNIDADE DO FIDEICOMISSO NA ATUALIDADE...	119
5.1. SENTIDO PATRIMONIAL - A UTILIDADE DO INSTITUTO PELA PERSPECTIVA DA DESTINAÇÃO PATRIMINIAL.....	121
5.1.1. O <i>trust</i> do direito anglo-saxão:	122
5.1.2. Instrumento de preocupação com as gerações futuras.....	130
5.2. SENTIDO EXISTENCIAL – O FIDEICOMISSO COMO INSTRUMENTO DE CONVERGÊNCIA DOS DIREITOS PRIVADO E PÚBLICO	134
6. CONCLUSÕES	142
Referências	146

1. INTRODUÇÃO

O tema do fideicomisso está inserido no direito sucessório já há mais de dois milênios. A sua linguagem e até mesmo a sua essência não é uma novidade nos ordenamentos jurídicos que travam origem no Direito Romano e que resguardam aspectos da sua tradição. Tal é o caso do Direito Brasileiro: perpassada a sua construção histórica pela forte contribuição do Direito Romano e Europeu, ainda consagra a vigência do instituto do fideicomisso nas suas disposições acerca da substituição testamentária. Porém, em que pese a permanência do instituto, face sua milenar existência nos ordenamentos jurídicos de tradição romanista, ele não pôde mostrar-se perenemente constante em relação ao seu conteúdo de fundo. Em função disso, muitos aspectos transformaram-se desde a origem mais remota até a sua utilização atual.

Esta amplitude temporal é a fortaleza do instituto porque mesmo diante de severas críticas e objeções a sua positivação, o fideicomisso permaneceu integrando o corpo de instituições de direito privado desde a Antiguidade até a atualidade, e, conforme será defendido nesta tese, projetando-se ao futuro como viabilizador da proteção de valores até então desconhecidos do ordenamento jurídico. Este é o dom do instituto: o perpassar milênios e continuar se adaptando às realidades sociais nas quais está inserido. Dentro da atual dogmática jurídica, o fideicomisso assume um papel viabilizador de novos paradigmas do direito civil, resultado de uma construção histórica. Isso porque a inovação da lei no contexto histórico se deu pela consagração do concepturo como único beneficiado na condição de fideicomissário. Esta restrição de legitimidade oportunizou a renovação do instituto pela própria proteção existencial da pessoa ainda não concebida.

Neste diapasão, a metodologia de defesa desta tese é histórico-analítica. Para retratar a grandiosidade do tema, defendendo-o como instituto bimilenar e extremamente atual, que se projeta ao futuro, este trabalho prima por abordar a historicidade do fideicomisso, desde suas mais profundas raízes romanas até o espaço que ocupa na nova perspectiva do direito civil. Esta

pesquisa é apresentada com o método histórico analítico justamente para atingir o objetivo primordial que é a defesa da utilidade histórica do fideicomisso, em tempos remotos, em tempos atuais e em tempos futuros.

Três são as hipóteses que se pretende comprovar nesta tese: a primeira aspira demonstrar que o fideicomisso é instituto histórico e como fenômeno histórico, conveio adequadamente em cada época a uma ideologia própria. A segunda hipótese, enquadrada na nova normativa do instituto, pretende demonstrar que o concepturo é ente digno de proteção, desde épocas mais remotas. A terceira hipótese sustenta uma releitura do instituto do fideicomisso segundo a doutrina do direito civil constitucional. Este cerne da pesquisa ampara a ideia da despatrimonialização ou repersonificação do direito civil pelo prisma de um instituto bimilenar que, apoiado na sua história, é versátil o suficiente para continuar resguardando os interesses de cada época e agora pode ser instrumento de viabilização material de uma nova releitura do direito civil.

Para defender a tese segundo a qual o fideicomisso é instituto que representa na práxis a novo perfil do direito civil, este trabalho foi construído em quatro partes. Na primeira parte, depois de uma ambientação e situação da historicidade do próprio fenômeno jurídico, há um detalhamento histórico do instituto do fideicomisso desde suas origens mais remotas, perpassando o direito intermédio, bem como o direito português e culminando na história que o instituto teve no direito brasileiro.

Uma vez que o objeto desta tese é a comprovação da utilidade do fideicomisso na atualidade como manifestação prática da nova releitura do direito privado, faz-se necessário numa exposição histórico-analítica apontar quais foram os interesses deste instituto durante sua longa vida. Esta é a preocupação do primeiro capítulo, no qual se analisam historicamente quais foram as diferentes finalidades que o fideicomisso teve durante os mais de dois milênios de atividade. Com esta visão, é possível observar as transformações, verdadeiras metamorfoses, pelas quais passou o fideicomisso a ponto de poder continuar sendo útil inclusive numa dimensão atual e futura do Direito.

Na segunda parte do trabalho é apresentada a inovação do fideicomisso no direito brasileiro fazendo uma análise do conceito de “prole eventual”, “*nondum concepti*” ou “concepturo”. Além disso, é verificada a legitimidade do concepturo para ser beneficiado em testamento e por fideicomisso.

É justamente neste novo componente do instituto que se firma a sua possibilidade de perpetuação, já que é no ente não concebido, protegido por fideicomisso, que se sustenta o novo reposicionamento da ideologia do instituto. É através do concepturo que o direito pode demonstrar-se menos patrimonialista e mais existencialista, porque há um evidente deslocamento do foco de interesse do patrimônio para o sujeito, protegido antes mesmo de ser concebido.

Assim, a terceira parte desta tese demonstra a releitura do direito civil pela perspectiva constitucional, diante de uma superação da histórica dicotomia ‘público-privado’ e dos influxos do direito constitucional e do direito civil, bem como apresenta a tutela das situações patrimoniais e pessoais na aventura da concepção de pessoa no curso da história. Esta etapa pretende ser base para assegurar a tese proposta na quarta parte do trabalho, qual seja a oportunidade e a utilidade atual do fideicomisso como instrumento hábil para planejar a disposição sucessória conforme os desígnios do testador, da mesma forma que dá proveito a gerações futuras. E assim, se consegue demonstrar que o fideicomisso é muito oportuno porque como instrumento de direito privado se conjuga com o direito constitucional já que protege o ente não concebido, isto é, a pessoa em sua dimensão existencial. Afirma-se, então, a tese de que o instituto multissecular continua oportuno pela sua historicidade e capacidade de perpetuar os mais altos valores do ordenamento jurídico.

Enfim, é verdade que as necessidades da vida humana não reclamam direitos para além da sua existência. O próprio direito sucessório representa um transpassar de direitos para depois do fim da existência humana. Mas esta tese ousa afirmar que, utilizando-se de instituto tão vetusto pode-se tutelar o “por vir”, proteger a pessoa antes mesmo de ela vir a existir, como manifestação inequívoca de uma nova expressão do direito civil ressignificado.

2. O FIDEICOMISSO COMO FENÔMENO HISTÓRICO

2.1. A HISTORICIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO: DO DIREITO ROMANO AOS DIAS ATUAIS

Para inaugurar o presente estudo, faz-se necessária a ambientação ou inserção do tema no seu contexto histórico. Uma vez que se pretende demonstrar a historicidade do fideicomisso dentro da categoria de direito sucessório pela forma como se deu a sua perpetuação no tempo e nos cenários jurídicos de mais de dois milênios, é imperioso apresentar os panoramas nos quais esteve inserido.

Em sede de análise histórica, o jurista não pode satisfazer-se com o conhecimento superficial dos seus campos de estudo. Deve antes de tudo intentar captar o espírito do objeto analisado, tentando adentrar na sua índole, através de reflexões sobre a interpretação histórica do fenômeno jurídico em cada um de seus contextos¹.

Assim, tudo começa no Direito Romano², cujo estudo é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico como um todo. É, pois, no Direito Romano que se encontra o componente da civilização moderna, ponto de partida para qualquer compreensão da juridicidade atual. Isso porque, segundo Rudolf Von Jhering, por três vezes Roma ditou leis para o mundo e serviu de laço de união entre os povos: primeiro pela unidade do Estado romano na

¹ Para tanto muito oportuno é o pensamento de Pietro Perlingieri, numa luminosa explanação, na qual discorre sobre a necessidade de um retorno ao estudo das fontes, referindo-se ao Direito Romano, origem do direito civil: “É preciso fazer privilégio ao retorno do estudo das fontes numa ampla acepção, sem excessiva distinção entre fontes jurídicas e não jurídicas, na consciência que o fenômeno jurídico não se exaure naquele legislativo e jurisprudencial, mas se identifica com a complexa experiência social. Este retorno as fontes e a sua exegese, numa leitura crítica tendente a construir um ambiente cultural das diversas fases de desenvolvimento do ordenamento jurídico pode ser útil, seja para testemunhar, em sede histórica, que o direito vigente não é compreensível e individualizável sem a pesquisa do caráter das atuais relações econômicas, éticas, sociais e políticas, seja para frisar a necessidade de recolher preliminarmente aquelas que são de um lado as fontes de direito e organização e procedimentos argumentativos, muito tributários dos estudos de lógica e de antropologia, de retórica e de filosofia, ou também o trabalho dos juristas”. (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 19).

² “Direito romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano 565 d.C., quando ocorreu a morte do imperador Justiniano”. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1).

plenitude do seu poderio, depois pela unidade da Igreja quando da queda do Império e finalmente pela unidade do direito adotado na Idade Média fruto de sua construção milenar³. Por isso, a importante missão romana na história do Direito pode ser compreendida também pelo triunfo da ideia de universalidade que pode transmitir e dar como exemplo para outras etapas históricas.

Há, nas palavras de Jean Gaudemet, um verdadeiro 'milagre romano'⁴ porque na história de treze séculos foi possível vislumbrar a passagem de uma civilização tribal a um Império que a sua época representava uma verdadeira globalização. Segundo a famosa lenda, a fundação da *civitas* se deu em 754 a. C. quando esta não passava de um pequeno centro rural. Dez séculos depois disso, Roma é o centro de um vastíssimo império que tem como limite norte a atual Inglaterra, a oeste a Ibéria, a África ao sul e a leste o Oriente Próximo até as fronteiras do império persa.

Trata-se de uma história cuja fundação é mítica: irmãos gêmeos Rômulo e Remo, que na infância teriam sido amamentados por uma loba e seriam descendentes de Enéias, guerreiro troiano que, depois de destruída Tróia, teria navegado rumo à Itália, conforme poesia épica Eneida de Virgílio. Por isso, as origens de Roma são lendárias. Teriam sido sete reis (Rômulo; Numa Pompílio; Tulo Hostílio; Anco Márcio; Tarquínio, o Prisco; Sérvio Túlio; e Tarquínio, o Soberbo) numa forma inicial de governo monárquica⁵, mas o certo é que o direito deste período era arcaico cuja fonte máxima era o costume, origem do *ius civile*. Na verdade, todos os povos primitivos tem no costume o primeiro dos direitos. Costume é o complexo de usos praticados pelos antepassados e transmitidos às gerações, pela tradição de forma espontânea e independente da existência de órgãos que o elaborem. Em Roma o costume era chamado de *mos maiorum*, sendo esta a fonte mais importante de direito arcaico. Mas a passagem histórica da Monarquia para a República determinou o surgimento das magistraturas e o aparecimento de novas fontes de direito.

³ IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**. Trad. Fernando Vela. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 29.

⁴ GAUDEMET, Jean. O Milagre Romano. **Os Homens e a Herança no mediterrâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 27.

⁵ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Barcelona: Ariel. 1999, p. 33. "En la época más remota, en el vértice del estado romano habia un rey (*rex*), a quien correspondia no solo la jefatura militar y política, sino también la representación de la comunidade ante los dioses."

Aproximadamente em 450 a.C. foi publicada a Lei das XII Tábuas, que é uma consolidação escrita do antigo direito costumeiro romano como resultado da luta de classes - plebeus contra os patrícios. Esta é a primeira fonte de direito civil positivado e que traduz a realidade arcaica do direito romano primitivo se comparado com a sua própria evolução.

Fator importante nesta etapa histórica, em 367 a.C. foi a introdução do cargo de Pretor da Cidade e cerca de 242 a.C. do de Pretor Peregrino. Estes cargos determinaram uma evolução porque sua atribuição também era jurídica e sua produção – Edito dos Magistrados – é fonte de direito, origem do *ius honorarium*⁶.

Depois de uma acentuada expansão territorial e crises políticas, em 44 a.C. há o assassinato de Júlio César, a mando do Senado. Mais tarde, Otávio, sobrinho e filho adotivo de Júlio César põe fim à República, inaugura o Império Romano pelo seu Principado e é titulado de "Augusto" pelo Senado, recebendo poderes teoricamente limitados para governar. É o início da "Pax Romana", período de concentração de poder, mas de paz e de máxima supremacia romana sobre o Ocidente. Nesta fase, há uma expansão também das fontes do direito porque além das leis comiciais, do edito dos magistrados, há também os *senatusconsultos*, as constituições imperiais e as respostas dos jurisconsultos, todas fontes plenas de surgimento de direito civil romano.

⁶ “Enfim, por que era o edito dos magistrados fonte de direito? Eis a explicação. No edito dos magistrados judiciários, estes não se limitavam a relacionar os meios de proteção (ações) aos direitos decorrentes do *ius civile* (na república, integrados pelos costumes e leis). Desde tempos remotos, esses magistrados, com base no seu *imperium* (poder que lhes permitia dar ordens a que todos deviam obedecer), concediam medidas judiciais - por exemplo, os interditos, que visavam a corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando este lhes parecesse iníquo. Com o advento da Lei Aebutia (que introduziu, na metade do século II a.C., o processo formulário essa interferência aumenta, porquanto os magistrados judiciários, que passaram a redigir um documento - a fórmula - onde se fixava a demanda a ser julgada, em geral, pelo juiz popular, se arrogaram, a pouco e pouco, o direito de denegar, quando lhes parecesse justo, ações que tutelavam direitos decorrentes do *ius civile* (o que, evidentemente, tirava a eficácia prática desses direitos); bem como de criá-las para proteger situações - não previstas no *ius civile* - que lhes parecessem dignas de tutela. Ora, nesse último caso, tais situações assim tuteladas passavam, na prática, a ter eficácia jurídica, dando nascimento indiretamente a direitos, motivo por que o Edito é considerado fonte de direito (*ius honorarium* ou *praetorium*, em contraposição ao *ius civile*). Portanto, os magistrados judiciários, no direito romano, não podiam atribuir direito a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações (o que, praticamente, equivalia à criação de direitos). Em virtude disso, o *ius honorarium* ou *praetorium* como acentua Ferrini era um sistema de ações, e não um sistema de direitos”. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24).

O primeiro século da nossa era foi de expansão territorial, estabilização do Império e início da decadência do poder do Senado. No segundo século houve uma série de Imperadores sem dinastia por ausência de herdeiros e um período de paz com o Senado. O direito nesta etapa foi denominado direito clássico e é com base nesta produção jurídica o direito romano floresce⁷.

No terceiro século há a decadência final do Senado, quando o exército romano ocupa o lugar político do Senado e passa a nomear os Imperadores. É um período marcado por lutas constantes entre oficiais do exército e permanente troca de Imperadores. Assim inicia-se a crise, com dificuldades econômicas e primeiros conflitos sem vitória com povos bárbaros, além do auge das perseguições aos católicos. No ano 285 d.C., o Imperador Diocleciano faz uma primeira divisão territorial do Império Romano duas grandes partes: *pars Occidens* e *pars Oriens*, que será definitivamente dividido somente em 395 com o imperador Teodósio. Antes disso, o Imperador Constantino transfere a capital do Império Romano do Oriente para Constantinopla e o Império Romano do Ocidente de Roma para Milão, quando em 313 d.C. publica o Edito de Milão, proclamando a tolerância religiosa e adotando o cristianismo como religião oficial. O quinto século é a marca da decadência estrutural, política e jurídica de Roma: é o fim da antiguidade e início da Idade Média no ocidente.

A linguagem histórica menciona o período que sobrevém ao império Romano como Idade Média e o Direito aproveita esta locução para tratar do direito intermédio. Por isso, o período que vai da conquista de Roma pelos bárbaros até a queda de Constantinopla, sede do Império Romano do Oriente, denomina-se formalmente de Idade Média (476-1453 d.C.). Não há dúvida que

⁷ Sobre o direito clássico, afirmou Jean Gaudemet: “O direito tem de se adaptar a essas transformações. Curiosamente, o pensamento grego, que de forma alguma se preocupava com a organização do direito das cidades gregas, foi amplamente utilizado pelos juristas romanos para desenvolver e construir o direito “clássico”. O raro equilíbrio desse direito, que inegavelmente lhe confere valor permanente e quase universal, resulta desta combinação que o gênio romano soube realizar entre uma preocupação bastante concreta com as necessidades práticas e a inserção do direito no quadro de um pensamento doutrinal”. (GAUDEMET, Jean. O Milagre Romano. **Os Homens e a Herança no mediterrâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 34).

a era romana foi pujante para o Direito e outras tantas áreas do desenvolvimento da civilização ocidental⁸.

Porém, Roma não resistiu aos múltiplos fatores que determinaram o seu fim. A rigor, o marco do fim se dá em 476 d.C. quando o então Imperador do Império Romano Ocidente, Rômulo Augusto é deposto de seu cargo pelos bárbaros germânicos denominados hérulos, que um dia fizeram parte do Império Romano, mas liderados por Odoacro, determinando o marco divisório histórico entre a Antiguidade e a Idade Média.

Em que pese a historiografia definir tal evento e tal data como baliza de eras, o certo é que não houve inicialmente uma mudança radical, ou pelo menos uma alteração drástica na condição decadente da civilização em geral. Tanto que o historiador Ferdinand Lot afirma que a própria noção de um período intermédio entre os tempos antigos e a época moderna levou algum tempo a surgir e que só veio a ser aceite pela ciência numa data relativamente recente⁹.

Quanto ao Direito neste primeiro momento, também chamado de Alta Idade Média, diante do vácuo político que havia se instaurado, passa a ser

⁸ Mario Curtis Giordani faz um bom panorama desta difusão cultural: “Roma oferece-nos o espetáculo raro a luz da História, de um povo que surge de modestas origens, que se desenvolve interna e externamente, criando notáveis instituições de domínio e de governo, constrói um Império considerável que abrange os povos mais diversos sob o ponto de vista racial e cultural e finalmente entra em decadência e sucumbe ante o assalto avassalador das hordas bárbaras. A grandiosa construção política de Roma fê-la herdeira de multimilenárias civilizações orientais e da multissecular civilização grega. Esse enorme patrimônio cultural não só foi difundido, conservado, aproveitado e até certo ponto adaptado e ampliado pelo senso prático dos romanos, mas sobretudo foi transmitido às nações e estados que sucederam à desintegração do Império Romano do Ocidente e que foram constituindo o germe de uma nova civilização, a Civilização Ocidental. Nessa herança colossal que Roma nos legou reside sobretudo o interesse do estudo de sua História. Com efeito, direta ou indiretamente sentimos ainda hoje, bem viva a presença de Roma quer na Língua, quer no Direito, quer na Religião (foi Roma que nos legou o Cristianismo), quer nos costumes, quer em muitos outros aspectos da nossa civilização. De um certo modo, podemos considerar como realizado o desejo expresso por Horácio no seu famoso *Carmen Saeculare* (Canto do século). composto a pedido de Augusto: “Alme sol, curru nitido diem qui Promis et celas aliusque et idem Nascereis possis nihil urbe Roma Visere maius” – “Ó sol fecundo que produzes o dia com (teu) carro brilhante e o encobres, e nasce sempre diverso e sempre o mesmo, oxalá nada possa contemplar (nos séculos) maior que a cidade de Roma”.(GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 7).

⁹ LOT, Ferdinand. **O Fim do Mundo Antigo e o Princípio da Idade Média**. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 13.

determinado segundo o Principio da Pessoaalidade, segundo o qual a lei se estabelece de acordo com a origem sanguínea do povo bárbaro¹⁰.

Assim, regras jurídicas de um povo vinculavam somente este grupo e não eram seguidas por outros. O chamado *ius sanguinis* (“lei do sangue”) era estabelecido para ser aplicado independentemente do lugar, mas sim pela origem do sujeito que aplica, do seu sangue, não da sua região. Segundo John Gilissen, no ‘sistema da pessoaalidade do direito’ cada individuo vive segundo o seu próprio direito, isto é, o direito do grupo social (povo, raça, tribo, nação) ao qual pertence e por isso, no século VI da nossa era, um *Franco Salio* vive *secundum legem salicam* pouco importando onde se encontra, enquanto um *Galo-Romano* vive por toda parte *secundum legem romanam*, e assim por diante, já que este princípio aplica-se, sobretudo nos domínios do direito civil e do direito penal; pelo contrário, no direito público, todos os habitantes do reino franco, por exemplo, estão submetidos à autoridade do mesmo rei e à mesma administração¹¹. Especificamente sobre o direito que chega para nós através da História do Direito Português, sabe-se que na época visigótica as fontes do direito estavam constituídas pelos costumes germânicos, o direito romano vulgar, e em 506 vem editada a *Lex Romana Visigothorum*, ou Breviário de Alarico¹².

Enquanto isso, na parte Oriental, é época de Justiniano, um dos mais importantes imperadores face à espetacular obra jurídica que lega a posteridade. Justiniano tinha adoração pela glória romana e um projeto de

¹⁰ Peter Stein descreve esta forma jurídica da seguinte forma: “No início da Idade Média, o sistema dos tribunais imperiais caracterizados por juizes de profissão que representavam um aparato estatal com atribuição de fazer cumprir as suas sentenças, desaparece. Em substituição se iniciou a fazer recurso a órgãos judicantes constituídos por grupos de homens livres, escolhidos por grupos de habitantes do lugar os quais procuravam compor as controvérsias da maneira menos disruptiva possível para a vida em comunidade. Tais assembleias de homens livres deviam estabelecer quais fossem as regras consuetudinárias relevantes para o caso do qual estavam investidas. As regras não eram aplicadas de forma rígida, mas constituíam uma gama de substrato com base no qual as disputas eram resolvidas, muitas vezes fazendo recurso a promessas. O indivíduo, ao invés de ter a sensação de pertencer a um império mundial, tinha então aquela sensação de ser membro de uma comunidade de pessoas com a mesma origem e os mesmos costumes”. (STEIN, Peter. **II Direito Romano nella Storia Europea**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2001, p. 43).

¹¹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 169.

¹² “The Breviarium Alaricianum consists of law and rules that are in any case reasonable and tolerably well expressed. VINOGRADOFF, Paul. **Roman Law in medieval Europe**. London: Harper & Brothers, 1909, p. 12.

restaurá-la em Constantinopla, capital de seu Império. Encarregou Triboniano de restaurar o direito clássico e Belizário de restaurar o cenário militar e territorial. A tarefa executada pelos seus juristas pode implantar o mais espetacular documento jurídico que encerra todo o *ius Romanum* até então: o *Corpus Iuris Civilis*. Dividido em quatro partes a compilação contém as constituições dos seus antecessores (no Codex), das suas próprias constituições (Novellae) e dos textos dos jurisconsultos (Digesto ou Pandectas) e do manual básico de ensino jurídico (Institutas).

No ocidente, além do direito correspondente a cada povo bárbaro, também a Igreja Católica começa a se desenvolver e a suprir o vácuo deixado por Roma, interferindo em vários setores da vida pública e privada, valendo-se sempre de características próprias dos romanos, como por exemplo, a repartição de competências em (padre, bispo, arcebispo, cardinal, etc.). Intervinha na vida dos fiéis e tratava de conflitos, julgando alguns processos de sua competência e assim criando um direito próprio. A base deste ordenamento católico proveniente da Igreja foi chamada de direito canônico: é chamado de canônico por causa da palavra 'cânon' que em grego significa regra. Uma das principais importâncias desse direito foi o fato de ser escrito que lhe dava prioridade em muitos locais da Europa, pois a oralidade imperava em um período de analfabetismo. Ao final a Igreja Católica contará com um domínio absoluto no campo religioso, criando um direito com caráter unitário que nenhuma instituição poderia oferecer naquele período¹³.

Por outro lado, na parte ocidental, a Idade Média apresenta fases diferentes na evolução do direito: do direito vulgar ao *ius commune*¹⁴ e a Recepção do Direito Romano. Trata-se de um fenômeno complexo manifestado da seguinte forma: um povo (habitantes da Europa do séc. X) permite voluntariamente que uma cultura estrangeira (cultura romana positivada no *Corpus Iuris Civilis*) penetre na sua vida sem que tenha sido a ela

¹³ CASTRO, Flávia Lages. **Historia do Direito Geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 133.

¹⁴ "Fundamentalmente por obra de la doctrina desarrollada sobre los textos conocidos de 'derecho civil' y de 'derecho canonico' se configura un solido cuerpo de 'derecho comum' – ius commune – a todo orbe católico, lo que constituye uno de los fenomenos culturales más relevantes en la historia bajomedieval y moderna de Europa." (CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho: Derecho Común**. Salamanca: Ediciones Universidad, 2005, p. 24).

submetido ou dominado. Certo que tal evento não se deu de forma uniforme em toda a Europa, mas o resultado final pode ser entendido como a disseminação da cultura e do direito romano em uma nova etapa.

Segundo Sebastião Cruz, o direito recepcionado por cada povo foi diferente quanto à forma e variável quanto à intensidade; mas quase nenhum país europeu deixou de receber a sua influência. Os efeitos da recepção também são muito diferentes. Vão desde a assimilação de umas quantas formas de pensamento jurídico romano (como na Inglaterra) até à consagração e adopção de muitas normas concretas e de toda a construção dos conceitos jurídicos do *Ius Romanum* (como na Alemanha) ¹⁵.

Este movimento cultural encontra a sua “sede” na escola de Bolonha, mas irá se irradiar para toda a Europa, inaugurando a etapa dos estudos de direito romano, do estudo dos textos genuinamente compilados por Justiniano¹⁶. Assim, o direito intermédio pode ser apontado como aquele decorrente da Glosa da escola de Bolonha, dos Comentários à Glosa da Escola dos Comentadores ou Pós-Glosadores, e de obras posteriores decorrentes da Recepção do Direito Romano na Europa¹⁷.

¹⁵ CRUZ, Sebastião. **Direito Romano. Lições. I - Introdução. Fontes.** Coimbra: Livraria Almedina, 1969, p. 95.

¹⁶ “Estoy convencido de la verdad invariable de mi tesis: ‘aunque el derecho romano hubiera sido mil veces más perfecto de lo que en realidad fue, no hubiera acudido un solo estudiante a oír a los glosadores en Bolonia si aquel Derecho no hubiera sido, al propio tiempo el derecho del Imperium Romanum. Ciertamente que se tropieza frecuentemente con la afirmación de que la difusión prodigiosa del derecho romano en Europa se debe a sus excelsas cualidades intrínsecas, a la circunstancia de ser el Derecho técnicamente más perfecto que el mundo ha conocido. Con esto se pretende justificar la recepción del derecho romano así como la moderna enseñanza romanística.” KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p.132.

¹⁷ Para Sebastião Cruz: “O nascimento da ciência jurídica em Bolonha está integrado no movimento cultural geral da Europa, que durante o século XI avançou até as camadas mais profundas da cultura antiga. É uma consequência fatal dessa movimentação. Todavia, pelo menos dois factores ajudaram (ou facilitaram). a criação deste entusiasmo científico pelo estudo do Corpus Iuris, com uma intensidade totalmente nova: 1. a influência da ciência jurídica do oriente (nessa altura, sécs. VI a XI, em época de esplendor), sentida quer através da escola de Ravena e da cultura de Veneza e de Milão, quer directamente; 2. a descoberta em Pisa, no século XI dum manuscrito completo do Digesto, que despertou em Irnério uma apaixonante curiosidade científica, levando-o a fazer um estudo consciencioso sobre este texto. Estavam lançadas as bases das investigações sobre o Corpus Iuris... [esse precioso manuscrito do Digesto, que data dos fins do séc. VI esteve em Pisa até 1406, ano em que foi trazido como troféu da derrota desta cidade, para a biblioteca laurenciana de Florença, onde se encontra. Em virtude destes factos, é conhecido por littera pisana, mas sobretudo por littera florentina”. (CRUZ, Sebastião. **Direito Romano. Lições. I - Introdução. Fontes.** Coimbra: Livraria Almedina, 1969, p. 96).

A fase subsequente é a do Direito Moderno, com a queda de Constantinopla, com a descoberta do novo mundo, com a revolução protestante iniciada na Alemanha do século XVI, com a Revolução Francesa do século XVIII bem como a revolução industrial do séc. XIX.

Esta fase caracteriza-se pelas intensas transformações de ordem política, econômica, social, religiosa e cultural que puderam ser observadas neste período. Este processo interferiu enormemente no direito privado como uma revolução comercial, uma reforma religiosa, criação de estados nacionais e dos governos absolutos, além da própria revolução intelectual do racionalismo e o desenvolvimento do individualismo.

Segundo os ensinamentos de Francisco Amaral, a Idade Moderna foi importante para a formação do direito civil moderno face ao surgimento do Estado e pela racionalização do pensamento e da cultura, o que levou ao desenvolvimento da ciência jurídica com seus conceitos abstratos, suas operações lógicas e o caráter sistemático da ordem jurídica¹⁸.

A revolução Francesa é usualmente tida como o marco histórico que divide a Idade Moderna da Contemporânea. Porém, a Idade Contemporânea começa, de fato, com o movimento iluminista do século XVII e principalmente do século XVIII. No Direito, o Iluminismo acarretou uma profunda transformação no entender do fenômeno jurídico, o que atinge seu ápice com o surgimento da Escola do Direito Natural e nas grandes codificações. Trata-se da era das codificações, sendo o Code Napoleón o primeiro deles, promulgado em 21 de março de 1804. É oportuno frisar que as principais características desta codificação são o laicismo, o individualismo e as regras de igualdade, liberdade e espiritualidade do homem. Foi o início de um período onde há o fim dos privilégios de classes e a instauração da supremacia da lei.

¹⁸ Para Francisco Amaral: "A sociedade moderna é marcada pela instituição do homem como sujeito singular livre e igual sem vínculos sociais (como acontecia na Idade Média). e responsável por si mesmo. O sujeito de direito em abstrato é o homem livre e igual do iluminismo. No campo jurídico, a liberdade individual, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil são institutos jurídicos fundamentais que a ciência jurídica constrói com princípios, conceitos, categorias e modelos que formam o direito como sistema racional". (AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120).

De outra parte, na Alemanha do século XIX surge a escola Histórica Alemã, cujo precursor foi Friedrich Carl Von Savigny. Para esta escola, o direito não é um mero produto da razão, mas a manifestação da consciência popular, sendo que as instituições de cada nação como a língua e o direito, por exemplo, refletiam este caráter do povo e deveriam mudar de sociedade para sociedade. Em virtude, porém, da inexistência de um Código Civil, os juristas alemães mostraram-se menos "legalistas", dando mais atenção aos usos e costumes e aceitando uma interpretação mais elástica do texto legal. Assim, o direito se manifesta "silenciosamente" como revelação de forças que operam dentro do sujeito e não pela vontade arbitrária do legislador¹⁹.

Os legados mais intensos da escola Histórica, segundo Franz Wieacker, foram (a) o sistema pandectista, e (b) o método de construção sistemática e conceitual, bem como a dedução lógica da decisão jurídica a partir do sistema e dos conceitos. Savigny postulava na "Methodenlehre" uma 'estrutura' interna, uma 'unidade do tratamento, um conteúdo comum, tarefa comum para uma ciência jurídica que não esteja submetida a qualquer acaso'.²⁰

Para a Pandectística, os conceitos têm caráter sistemático, mas não só isto: têm também caráter axiológico já que viabilizam princípios que são permanentemente válidos sobre a correção do direito de forma tal que a sua aplicação deve conduzir a uma aplicação dita "justa". Foi com este cenário que surgiu o BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil Alemão, que se

¹⁹ Segundo Sebastião Cruz: "Em relação ao Direito Romano, a escola histórica alemã tomou duas direcções científicas distintas: a). Histórico-crítica, defendendo a necessidade absoluta de preparar boas edições de textos. Neste aspecto verifica-se uma continuação do humanismo jurídico do século XVII propugnado pela escola do mos gallicus; e os representantes desta orientação da escola histórica afirmam-se como historiógrafos puros ou filólogos do direito romano – Mommsen, Bruns, Karlowa, Gradenwitz, Bluhme, Lenel, Ferrini, Scialoja, Perozzi, Bonfante, Segrè, etc. b). Dogmático-Pandectística, adaptando cientificamente o ius privatum romano (representado, sobretudo pelas Pandectae de Justiniano). às bem complexas e por vezes bastante diversas relações privadas modernas. Daí a designação desta orientação científica – usus modernus Pandectarum, ou simplesmente Pandectística. Representantes mais notáveis são Ihering, Brinz, Dernburg, Puchta, Vangerow e sobretudo Windscheid. A pandectística entregou-se a um doutrinário jurídico que ainda hoje assombra pela sua agudeza e engenho. Da pandectística nasceu o BGB de 1900, um dos melhores códigos de todos os tempos e que é, sem dúvida, a maior consagração do Direito Romano". (CRUZ, Sebastião. **Direito Romano. Lições. I - Introdução. Fontes.** Coimbra: Livraria Almedina, 1969, p. 101).

²⁰ "(...). A escola histórica renovou a ciência jurídica ao conceituá-la, à sua maneira, como histórica; com isto, ela apontou deliberadamente para uma nova dogmática jurídica e não para a investigação histórica". (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 475).

apresentava numa estrutura rigorosa com uma verdadeira renúncia à casuística, sobretudo na implantação do princípio da abstração e na consagração das cláusulas gerais. Além disto, apresentava a sua sistemática colocação de uma Parte Geral antevendo os pressupostos de uma Parte Especial. Esta sistemática foi a que chegou até o Código Civil Brasileiro de 1916 e onde se sustentou os princípios do direito privado brasileiro, como será abordado no decorrer deste estudo.

E no que tange o direito brasileiro, a História do Direito Civil pode ser apresentada por derivação de fontes distintas, a começar pelo Direito Português.

Desde os primórdios do período colonial no Brasil, as regras jurídicas utilizadas no território brasileiro eram aquelas da metrópole. Isso porque a organização jurídica da colônia se deu pela incorporação das regras alienígenas e não pela criação própria, sendo um verdadeiro enxerto ou recepção forçada do direito Português no Brasil. O certo é que esta implantação jurídica traz consigo as características da cultura europeia, construída nos alicerces do Direito Romano e no Direito Canônico da época histórica. Assim, a fonte primitiva de direito civil no Brasil foi sem dúvida o direito português, fundado nas Ordenações do Reino de Portugal.

Com o fim do período colonial, a alteração da estrutura administrativa no Brasil reflete diretamente no Direito. Isso porque com a proclamação da Independência e principalmente com a confecção da Carta Constitucional de 1824, o direito civil brasileiro começa seu processo de criação própria, que se desdobra em várias fases no curso de noventa e dois anos²¹.

O jurista encarregado de elaborar a codificação brasileira foi Augusto Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Império. Em 1857 ele apresenta a

²¹ “Em 1845, o grande advogado Francisco Inácio de Carvalho Moreira, Barão de Penedo, defende no instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros a tese da imediata remodelação do direito civil brasileiro, formado por Legislação esparsa, desordenada e numerosíssima. Sentindo a mesma necessidade, Eusébio de Queirós propõe em 1851 que se adote o Digesto português de Correia Teles. Mas é Teixeira de Freitas quem inicia os trabalhos de codificação. Atendendo a convite de José Tomás Nabuco, Ministro da Justiça, encarrega-se Teixeira de Freitas em 1855 de consolidar a legislação civil existente no Brasil para que fosse bem conhecida e depois redigir o Código Civil”. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163).

Consolidação das Leis Civis. No período de 1860 a 1865 o mesmo autor se incumbiu de realizar um esboço de código, que não conseguiu encerrar e que tinha quase cinco mil artigos. Este documento foi muito importante por ser fruto de uma das mais brilhantes mentes jurídicas do Brasil de todos os tempos. Seguiu o modelo alemão porque entendia mais culto e mais adequado para comportar normas de direito civil que ao final se mostraram muito avante do seu tempo, servindo de inspiração inclusive para outros ordenamentos, como o argentino por exemplo. Por motivos políticos, ele foi desligado da tarefa que veio a concretizar-se com Clóvis Beviláqua em 1916.

Este código tinha inspiração direta no Direito Romano, às vezes quase cópia. Assim, o Direito Privado brasileiro do século XIX, estava baseado no tríplice vértice: contrato, patrimônio e família, modelo semelhante ao das fontes romanas do *pater familias* e suas relações de direito. O processo de codificação pelo qual passou o mundo jurídico da Modernidade concretizou um direito individualista e patrimonialista com feições burguesas haja vista o interesse desta classe social em 'ter' e não em 'ser'. Por isso, a melhor tutela jurídica era a garantia da liberdade individual, sendo esta a perspectiva do ser humano pleno. Este modelo tradicional, com princípios burgueses, foi confrontado com uma nova perspectiva jurídica, no advento do século XX. Uma das vertentes desta mudança foi o deslocamento do centro de proteção jurídica: do patrimônio à pessoa. Antes de entrar em vigor a lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil, já havia o debate sobre a evolução do direito civil sob o título de uma releitura do direito civil, ou um pensamento crítico do direito civil contemporâneo. Para Pietro Perlingieri²², o respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego á preconceituosa premissa do caráter

²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

residual do código, e por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Assim, o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora e a Constituição mostra-se a fonte unificadora do sistema, conforme será analisado no Capítulo 4 deste trabalho.

Neste sentido, observadas as linhas gerais da evolução do direito como fenômeno histórico, passa-se a observar o instituto do fideicomisso inserido neste contexto demonstrando a sua historicidade e oportunidade.

2.2. A HISTÓRIA DO FIDEICOMISSO DESDE O SEU SURGIMENTO ATÉ OS DIAS ATUAIS

2.2.1. Fideicomisso no Direito Romano

O instituto do fideicomisso surge em Roma e, como todo o Direito Romano, percorre diferentes etapas na sua evolução. No que diz respeito ao seu surgimento no período mais remoto, a doutrina romanística anuncia que a sua origem está fora do direito civil, como forma de possibilitar a destinação *post mortem* dos bens beneficiando indivíduos desprovidos de tutela judiciária²³. Assim, criou-se um modo de disposição de última vontade a partir de uma certa desarmonia entre as necessidades sociais e o direito posto²⁴.

A rigidez e o formalismo atinentes ao direito romano primitivo, em matéria de sucessões, geravam como consequência a limitação às possibilidades de disposição de última vontade, cingidas de muitas formalidades concernentes às capacidades e formas.

Assim, em face do rigorosíssimo direito quiritário romano, determinadas pessoas estavam fadadas a uma inexpugnável incapacidade sucessória

²³ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999, pg. 421. "O *fidei commissum* é originariamente um pedido não formal do causante, cujo cumprimento ele 'comete à lealdade' de outrem. Na República ainda não se considera este acto como vinculação jurídica exigível em juízo, mas apenas como obrigação moral para aquele a quem o causante legou algo onerado com o pedido de satisfazer esse desejo."

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 335. GOMES, Orlando. **Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 196.

passiva. Diante desta circunstância, o testador era tido a burlar o direito civil vigente, através de um pedido (*rogatio*). Este pedido era feito para o herdeiro, solicitando-lhe que, depois da sua morte, entregasse o patrimônio que o disponente indicasse para um terceiro a quem desejava beneficiar.

No que tange a categoria de pessoas que não estavam beneficiadas no direito civil pleno, aparece precisamente o caso do estrangeiro, pois lhes falta o *ius testamenti factio passiva*, que era o direito decorrente da cidadania, por isso conferido somente para quem fosse cidadão romano, traduzido na faculdade de ser contemplado num testamento²⁵.

Assim, no manual de Gaio, a explicação da criação do instituto parece adequada à realidade da época. Isso se dá porque a pessoa que se quer beneficiar não está vinculada ao direito da cidade e por isso fora do ordenamento jurídico romano, como é o caso dos estrangeiros. Tanto é assim que Gaio refere expressamente esta circunstância, afirmando que os estrangeiros podiam dar e receber missões de confiança e tal foi a origem do fideicomisso:

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 113.

Gaio 2.285: Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum.

Gaio 2.285: Assim, os estrangeiros podiam dar e receber missões de confiança e tal foi a origem do fideicomisso.

Por isso, o próprio Gaio refere a existência do impedimento por parte dos latinos denominados *iuniani* em face da *Lex Iunia*. Afirma que se chamam latinos porque se assemelham aos latinos das colônias e *iuniani* porque receberam a liberdade em virtude da *Lex Iunia*, sendo anteriormente considerados escravos. Logo em seguida, afirma tal lei não permite que eles realizem testamento nem adquiram ou sejam beneficiados em testamento de outro. Por fim faz a efetiva ressalva que tais pessoas não podem adquirir por testamento, mas podem adquirir por fideicomisso:

Gaio 1.22: Homines Latini Iuniani appellantur; Latini ideo, quia adsimulati sunt Latinis coloniariis; Iuniani ideo, quia per legem Iuniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse. 1.23. Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere vel ex testamento alieno capere vel tutores testamento dari. 1.24. Quod autem diximus ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid inde directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt.

Gaio 1.22: Homens se chamam latinos junianos, latinos porque se assemelham aos latinos das colônias, junianos porque receberam a liberdade em virtude da lei Junia, sendo assim que anteriormente eram considerados escravos. 1.23: Porém, a lei Junia não permite que façam testamento nem adquiram ou sejam nomeados por testamento de outro. 1.24: O que dissemos sobre não poderem adquirir por testamento entenda-se no sentido que não podem adquirir nada diretamente a título de herança ou legado, mas podem adquirir por fideicomisso.

Da mesma forma, além de beneficiar estrangeiros desprovidos de *ius testamenti*, ou o *latino iuniani*, o fideicomisso também foi manobra utilizada pelo romano que pretendia burlar as regras da *Lex Furia* e da *Lex Voconia*²⁶. Segundo as precisas referências da obra de Giovanni Rotondi, denominada *Leges Publicae Populi Romani*²⁷, na qual o autor faz um elenco cronológico da atividade legislativa dos comícios romanos, a *Lex Furia Testamentaria* foi um plebiscito do tribuno chamado *Furius*, cuja data é desconhecida, mas certamente anterior a *Lex Voconia*. O que se sabe do conteúdo desta lei é que

²⁶ “Cícero nos fala de fideicomissos empregados com o intuito de desviar os golpes das atroz proscricções de Sila e de outros instituídos em fraude a Lei Vocônia, que proibia a um homem possuidor de fortuna de cem mil asses ou mais, instituir herdeira uma mulher, e ao legatário, receber mais do que o herdeiro instituído.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 335).

²⁷ ROTONDI, Giovanni. **Leges Publicae Populi Romani**, Hildesheim: Georg Olms, 1966, p. 283.

proibiu o recebimento de mais de mil asses a título de legado, estabelecendo que, se um legatário obtivesse mais do que o permitido, o herdeiro poderia exercitar contra ele uma ação de execução (chamada de *manus iniectio*) pretendendo o quádruplo do excesso obtido²⁸.

Nas Institutas de Gaio a referência a tal lei é expressa informando que outrora era permitido investir todo o patrimônio em legados e manumissões de escravos, nada deixando o de *cujus* ao herdeiro, a não ser o mero nome de herdeiro. Refere o jurisconsulto ainda que a Lei das XII Tábuas parecia permitir-lo uma vez que constava na Lei a referência expressa a esta possibilidade. A consequência desta circunstância foi a declinação da herança por parte dos herdeiros. Por isso foi promulgada a Lei Furia pela qual, excetuadas algumas pessoas, não era permitido às outras receberem mais de mil asses a título de legado ou *mortis causa*. Essa lei, porém, não alcançou o fim que pretendia porque quem tinha, por exemplo, cinco mil asses como patrimônio poderia partilhar tudo legando o total a cinco homens recebendo mil asses cada um:

²⁸ DOMINGO, Rafael (org). et alii. **Textos de Derecho Romano**. Elcano: Aranzadi, 2002, p. 376.

Gaio 2.224: Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: "VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO". qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 2.225: Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortis causa capere permissum non est. sed [et] haec lex non perfecit, quod uoluit: qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

Gaio 2.224: Era permitido outrora investir todo o patrimônio em legados e manumissões de escravos, nada deixando o de cujus ao herdeiro, a não ser o mero nome de herdeiro. A Lei das XII Tábuas parecia permiti-lo, explicando, com as seguintes palavras que se considerasse ratificado o disposto por alguém a respeito dos próprios bens: QUE SEJA ESSE O DIREITO COMO SE TIVESSE LEGADO SOBRE OS SEUS BENS. Por essa razão, os herdeiros inscritos abstinham-se da herança. Assim, muitos morriam sem testamento. 2.225: Por isso foi promulgada a Lei Furia pela qual, excetuadas algumas pessoas, não era permitido as outras receber mais de mil asses a título de legado ou mortis causa. Essa lei porém, não alcançou o fim que tinha em mira porque quem tinha por exemplo cinco mil asses como patrimônio poderia partilhar tudo legando o total a cinco homens recebendo mil asses cada um.

Com estas restrições da Lei Furia, o que se pretendia era impor a deferência à sucessão legítima, através do ataque aos legados. Nas fontes não há uma indicação direta do fideicomisso, mas este instituto tem sua origem nesta circunstância porque é um si uma forma de superar as limitações da regra civil. Já a *Lex Voconia*, do ano 169 a. C.²⁹, surgiu de um plebiscito que limitou a capacidade das mulheres de receber patrimônio por testamento. Dispunha, em primeiro lugar, que nenhuma mulher poderia ser nomeada herdeira de uma herança que superasse uma determinada quantia. Mas esta norma não se aplicava as sucessões *ab intestato*, nem aos legados, nem aos testamentos das vestais e dos *flâmines dialis*³⁰. Em segundo lugar, dispunha que somente as irmãs se incluíam no rol de parentes agnados do *de cujus*. E por fim, em se tratando de grandes heranças, nenhuma pessoa poderia receber a título de legado mais do que o herdeiro. Esta atinge propriamente os legados, restringindo-os. Com esta restrição, a utilização dos fideicomissos se sobressai, uma vez que fora das regras do direito civil, e principalmente baseado na confiança, o autor da herança não sofre as restrições da lei, porque não submetido a ela.

²⁹ DOMINGO, Rafael (org). et alii. **Textos de Derecho Romano**. Elcano: Aranzadi, 2002, p. 386.

³⁰ DOMINGO, Rafael (org). et alii. **Textos de Derecho Romano**. Elcano: Aranzadi, 2002, p. 386.

Primeiramente sobre a restrição da mulher, Gaio apresenta a história afirmando que a mulher que, pela Lei Voconia, não puder ser instituída herdeira por quem esteja inscrito no censo como possuidor de cem mil asses, pode, no entanto receber herança que lhe foi deixada em fideicomisso:

Gaio 2.226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multis legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Gaio 2.226: Por isso promulgou-se mais tarde a Lei Voconia, dispondo que ninguém poderia receber a título de legado ou mortis causa mais do que os herdeiros. Por essa Lei, eles evidentemente receberiam pelo menos alguma coisa. Ocorreu, porém, um vício quase igual ao da Lei Fúria, porque distribuindo o patrimônio em legados a várias pessoas, o testador podia deixar uma bagatela ao herdeiro de modo a não lhe ser conveniente suportar os encargos da herança em troca desse pouco.

Assim, o próprio manual do jurisconsulto apresenta o instituto do fideicomisso como forma de solucionar o problema jurídico impelido pela *Lex Voconia*, que limitava a transmissão de herança de homem possuidor de mais de cem mil asses para mulher. Além disso, a *Lex Voconia*, da mesma forma que a *Lex Furia*, tinha a intenção de proteger o herdeiro de manobras na destinação patrimonial *post mortem*, já que pelo disposto nesta lei, ninguém poderia receber a título de legado ou *mortis causa* mais do que o herdeiro, objetivando que este recebesse pelo menos alguma coisa. Porém, o fideicomisso, aparece como possibilidade lateral de realizar esta deliberação de forma diversa daquela tradicional, decorrente do direito civil. E quanto ao sucesso da lei, novamente não obtém êxito no propósito haja vista a possibilidade de distribuir o patrimônio em legados a várias pessoas deixando para o herdeiro uma quantia irrisória somente para cumprir a letra da lei. Se assim fosse, não seria conveniente ao herdeiro suportar os encargos da herança em troca de um pouco de patrimônio que não chegaria a responder pelas obrigações ali recebidas.

Assim, a enquanto *Lex Voconia* limitava não somente o recebimento de herança pela mulher, como a livre disposição do patrimônio do homem em detrimento do seu herdeiro através das limitações ao direito de deixar legado, o

instituto do fideicomisso aparece como solução para ambas as impossibilidades.

No que diz respeito às limitações dos legados, em sequência à Lex Furia e à Lex Voconia, surgiu a Lex Falcidia, determinando a solução do tema. Para esta Lei, disposição patrimonial *post mortem* por legado não pode ultrapassar três quartas partes da herança toda, já que um quarto deve ser destinado ao herdeiro. Assim, esta lei inova o direito determinando a “quarta falcídia”, independente de quanto deva ganhar o legatário ou de qual é o valor total da herança. Nas Institutas de Gaio, esta lei e suas disposições são tratadas de forma explícita, afirmando que é proibido ao testador legar mais de três quartas partes da herança, pois é necessário que o herdeiro receba a quarta parte:

Gaio 2.227: Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.

Gaio 2.227: Promulgou-se por isso a Lei Falcídia, proibindo que o testador legasse mais de três quartas partes da herança, pois é necessário que o herdeiro receba a quarta parte. Eis o direito em vigor

Por isso, quanto aos legados, a Lex Falcídia põe termo as controvérsias e intrujices, com a especial ressalva: somente aos legados e não sobre os fideicomissos que há este tempo continuavam laterais as sanções jurídicas. Assim, a restrição aos legados atingiu seu objetivo, preservando o direito do herdeiro contra a dissolução do patrimônio do *de cuius*, mas que continuava alvo de desvios através de fideicomissos, ainda sustentados na confiança depositada pelo disponente ao fiduciário, e por isso fora do sistema jurídico positivado. Neste sentido, Clóvis Beviláqua afirmou que aos poucos o uso dos fideicomissos se generalizou em Roma, porque a modificação dos costumes geralmente determina a sua cristalização na lei e em especial o caso dos fideicomissos, generalizando-se tornava-se necessário que a lei os regulasse, para não ficar, exclusivamente, entregue á honestidade do fiduciário, o cumprimento das ordens do testador.³¹

Assim, na época de Cícero, a relação proveniente do fideicomisso ainda tinha caráter moral, situação que perdura até o Império quando Augusto

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 336.

inaugura o caráter jurídico do instituto, permitindo ao fideicomissário dirigir-se aos Cônsules, para obter destes que coagissem o fiduciário a executar o fideicomisso, de acordo com as determinações do testador. O 'inaugurar' do instituto pode ser atribuído à criação de normas jurídicas acerca da regulação do fideicomisso, até então baseado em elementos metajurídicos como as virtudes de lealdade, probidade e boa-fé dos executores. Portanto, as normas jurídicas que cabiam aos legados passam a ser cabíveis também ao fideicomisso, ressalvadas as diferenças pertinentes aos dois institutos³².

A regulação do instituto do fideicomisso a partir de Augusto se deu com a determinação daquele imperador aos Cônsules que processassem casos de fideicomissos. Esse processamento se dava através da *cognitio extraordinem* e não pelo procedimento corriqueiro a sua época, qual seja, o procedimento formulário. Por essa razão, alguns romanistas asseveram que, apesar de inaugurada a regulação do fideicomisso em Roma, ainda não estava propriamente implantada no ordenamento uma vez que se encontrava fora do *ius civile*³³. Somente mais tarde, o imperador Claudio confirma e revigora a inclusão do instituto no mundo jurídico criando especificamente um magistrado especial para julgar casos de fideicomisso, sendo chamado de *Praetor Fideicomissarius*.

Tanto nas Institutas de Justiniano, como no Digesto de Justiniano estão descritos a história deste nascer jurídico do instituto e a referência ao Pretor Fideicomissário. Nas Institutas de Justiniano a fonte é a seguinte:

³² Quanto às diferenças entre legados e fideicomissos: "O fideicomisso não é sujeito a quaisquer formalidades; ele pode ser instituído em testamento, em codicilo confirmado por testamento, em codicilo não confirmado por testamento, em codicilo *ab intestato*, ou até oralmente por meio de gesto (*nutu*).; se o fideicomisso é inserido em testamento pode se o fideicomisso é inserido em testamento, pode sê-lo antes da instituição de herdeiros, em outra língua que não o latim, e em termos de solicitação (e não imperativos, como sucedia no legado).; a execução do fideicomisso pode estar a cargo de quem quer que receba, *mortis causa*, a qualquer título, bens do falecido (assim, o herdeiro testamentário, o herdeiro *ab intestato*, o legatário, o fideicomissário).; o fideicomisso pode ser instituído em favor de pessoas que, por não possuírem a *testamenti factio passiva*, são incapazes de ser herdeiras ou legatárias; e o fideicomisso (ao contrário do que ocorria com os legados *per vindicationem* e *per praeceptionem*). não concedia ao fideicomissário, diretamente, direito real sobre a coisa, mas lhe atribuía apenas direito de crédito contra o fiduciário." (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 817).

³³ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**, Ristampa dela X. Edizione, Torino: Giappichelli, 1957, p. 643.

I.2.23: Nunc transeamus ad fideicommissa. et prius de hereditatibus fideicommissariis videamus. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

I.2.23: Passemos agora aos fideicomissos e tratemos primeiro das heranças fideicomissárias. Assim, cumpre saber que nos primeiros tempos todos os fideicomissos eram inválidos, porque ninguém era obrigado a dar o que se lhe pedia. E pois, se se deixava herança ou legado a quem se não podia deixá-los, confiava-se isso a quem podia recebê-los pelo testamento. E chamaram-se fideicomissos porque não se constituíam por laço algum jurídico, mas tão somente pela proibição daqueles a quem se pedia. Depois divino Augusto, movido por considerações pessoais, ou por dizer-se que alguém lho pedia por sua própria saúde, ou pela notória improbidade de alguns, mandou uma ou duas vezes que os cônsules interviessem com sua autoridade. E como isso parecia justo e era popular, converteu-se aos poucos em jurisprudência constante e tamanhos favores obtiveram os fideicomissos, que insensivelmente se criou até um pretor especial chamado fideicomissário para conhecer deles.

Já no Digesto de Justiniano o teor do direito é o seguinte:

D.1.2.2.32: (Pomponius) Capta deinde sardinia mox sicilia, item hispania, deinde narbonensi provincia totidem praetores, quot provinciae in dicionem venerant, creati sunt, partim qui urbanis rebus, partim qui provincialibus praeessent. deinde cornelius sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, et praetores quattuor adiecit. deinde gaius iulius caesar duos praetores et duos aediles qui frumento praeessent et a cerere cereales constituit. ita duodecim praetores, sex aediles sunt creati. divus deinde augustus sedecim praetores constituit. post deinde divus claudius duos praetores adiecit qui de fideicommisso ius dicerent, ex quibus unum divus titus detraxit: et adiecit divus nerva qui inter fiscum et privatos ius diceret. ita decem et octo praetores in civitate ius dicunt.

D.1.2.2.32: Depois, capturada a Sardenha, logo depois a Sicília, igualmente a Espanha e depois a província de Narbona, foram eleitos tantos pretores quantas as províncias que vinham ao domínio, alguns para que presidissem às questões urbanas, outros às provincianas. Então, Cornélio Sula constituiu as quaestiones publicae como as de falso parricídio, de sicariis, e acrescentou quatro pretores. Depois Caio Júlio Cesar constituiu dois pretores e dois edis para que guardassem os cereais – e instituiu-os pretores e edis cereais, termo derivado da deusa Ceres. Assim, foram eleitos doze pretores e seis edis. Depois o divino Augusto constituiu dezesseis pretores. Depois o divino Cláudio acrescentou dois pretores que tivessem jurisdição nas causas de fideicomisso, um dos quais o divino Tito retirou, e o divino Nerva acrescentou um que tivesse jurisdição nas causas entre o fisco e os particulares. Assim é que dezoito pretores têm jurisdição na civitas.

Mesmo depois de orquestrada a regulamentação do instituto do fideicomisso no ordenamento jurídico, o seu *modus operandi* ainda representava o espírito da época, pois o fiduciário é o herdeiro e o

fideicomissário algo aproximado a um adquirente a título particular, impondo o inconveniente de o herdeiro ter, às vezes, nada mais do que o título de herdeiro e os encargos da herança, sem de outra parte ser beneficiado³⁴. Foi, então, necessária a limitação dos fideicomissos contra excessos, à semelhança do que já muito se havia feito com os legados. Para tanto, foi implementada a reforma dos *Senatusconsultus*³⁵ Trebeliano e Pegasiano.

O *Senatusconsulto* Trebeliano é do ano 56 da nossa era, foi motivado pelo fato de as dívidas e créditos de uma herança não serem transmitidos diretamente ao fideicomissário, sendo intermediado pelo fiduciário. Até o advento deste *senatusconsulto*, problemas desta natureza (relação entre o fiduciário e o fideicomissário) eram solucionados ou com vendas fictícias da herança com estipulações. O *Senatusconsulto* Trebeliano determinou que o fideicomissário ocupasse juridicamente o lugar de herdeiro (*heredis loco*), o que na prática significa que pode exercitar ações úteis contra o herdeiro instituído³⁶. Nas *Institutas* de Gaio há minucioso relato de tal circunstância:

³⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 819.

³⁵ “A palavra *senatus + consultum*, de início, significa uma consulta feita ao senado, já que, desde os tempos mais remotos, certos magistrados, para resolver determinadas questões, eram obrigados a ouvir (a consultar, *consulere*). o senado, mas não a seguir a sua opinião. Desde que a opinião do senado começou a ter um certo valor, pelo menos na prática, e portanto a não ser completamente indiferente ao magistrado consulente não seguir essa opinião, *senatusconsultum* principiou a significar uma decisão do senado. Os *senatusconsultos* são uma fonte de *ius civile* muito importante; mas levou seu tempo, antes de obterem a categoria de verdadeiras normas jurídicas.” (CRUZ, Sebastião. **Direito Romano – Lições**. Coimbra: Almedina, 1969, p. 217).

³⁶ “SC. Que trató de evitar los problemas que planteaba el que los créditos y las deudas de la herencia no se transmitieran directamente al fideicomissário. Con anterioridad a esta normativa el problema se resolvía por medio de estipulaciones entre herdero y fideicomisario, en virtud de las cuales se comprometían a compensarse del resultado que produjera el ejercicio de las acciones a favor y en contra de la herencia. Con la nueva regulación se situo al fideicomisario *heredis loco*, de manera que se le concedieron como útiles las acciones que competían a favor y en contra del herdero (Gai.2.251,253,255)., el cual quedaba asegurado con una *exceptio doli* frente a posibles reclamaciones de los acreedores (Ulpiano D.36.1.1.4).. El fideicomisario dispuso también de una *hereditas petitio* fideicomissária y de una *actio familiae erciscundae utilis*. Sin embargo, no se resolvieron con este SC. Todos los problemas, pues el herdero podía no estar interesado em adquirir la herencia”. (DOMINGO, Rafael (org). et alii. **Textos de Derecho Romano**. Elcano: Aranzadi, 2002, p. 391).

246. Nunc transeamus ad fideicommissa.

247. Et prius de hereditatibus uideamus.

248. In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituitur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.

249. Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse uidentur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

250. Cum igitur scripserimus: LVCIVS TITIVS HERES ESTO, possumus adicere: ROGO TE, LVCI TITI, PETOQVE A TE, VT CVM PRIMVM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIUS SEIO REDDAS RESTITVAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est uel sub conditione uel pure relinquere fideicommissa uel ex die certa.

251. Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is uero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.

252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

246. Passemos agora aos fideicomissos.

247. Tratemos em primeiro lugar das heranças fideicomissárias.

248. Cumpra, pois saber que é necessário instituir herdeiro direito confiando-lhe, à fé, o encargo de restituir a herança a outrem. Atente de que é invalido o testamento onde ninguém é instituído herdeiro direito.

249. Parece-me que as palavras mais usadas nos fideicomissos são as seguintes: PEÇO, ROGO, QUERO, CONFIO À FÉ. Cada uma dessas palavras é tão exata, por si mesma, como se elas forem empregadas em conjunto.

250. Quando, pois, escrevemos que L. TICIO SEJA HERDEIRO, poderemos acrescentar: ROGO-TE E PEÇO-TE, L.TICIO, QUE ASSIM QUE ACEITARES A MINHA HERANÇA, A ENTREGUES E A RESTITUAS A C.SEIO. Podemos pedir que seja restituída uma parte, sendo livre a cada um deixar fideicomissos sob condição pura e simples, ou ainda a partir de dia certo.

251. Restituída a herança, quem a restituiu continua, porém, herdeiro, e na verdade quem vai receber a herança e faz, ora está em lugar de herdeiro, ora em lugar de legatário.

252. Antigamente não se achava nem em lugar do herdeiro, nem em lugar do legatário, mas no lugar do comprador, porque naquele tempo se costumava, com formalidade, vender, por dinheiro, a herança a quem ela se restituía. Entre este e o herdeiro celebravam-se as mesmas convenções habituais que se celebram entre comprador e vendedor da herança, e que este o indenizaria por tudo a quanto este mesmo fosse condenado a pagar por causa da herança ou pelo que desse em boa-fé pela mesma. Em geral, o comprador o defenderia convenientemente, se alguém agisse contra ele por causa da herança. Por sua vez, quem recebia a herança estipulava que lhe seria entregue tudo quanto coubesse ao herdeiro por motivo da herança e também que o herdeiro admitiria o exercício das ações hereditárias, por parte do comprador, na qualidade de seu procurador ou cognitor.

253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure ciuili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissis restituta esset hereditas; per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi. praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

254. Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permissa est. per quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissis reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio uocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

253. Mais tarde, porém, sendo cônsules Trebélío Maximo e Aneu Séneca, foi editado um senatusconsulto dispondo que, quando se restituir a alguém a herança por fideicomisso, as ações por direito civil pertencentes ao herdeiro e as ações propostas contra ele seriam decididas a favor do fideicomissário ou contra ele. Por esse senatusconsulto, tais estipulações caíram em desuso, porque o pretor começou a conceder ações uteis, favorecendo ou contrariando quem recebesse a herança como se as decidisse a favor ou contra o herdeiro, sendo essas ações prometidas no edito.

254. Como, por outro lado, os herdeiros nomeados se recusavam a adir a herança, por isso de nenhum lucro nulo ou de insignificante lucro quando se lhes pedia a restituição da totalidade ou de quase toda a totalidade da herança, extinguindo-se os fideicomissos, o senado decidiu mais tarde, no consulado de Pégaso e Pusião, que fosse permitido reter a quarta parte da herança àquele a quem a restituição dela fosse pedida, porque a Lei Falcídia admite na retenção no caso de legados. A mesma retenção é permitida igualmente no que se refere às coisas singulares deixadas em fideicomisso. Por esse senatusconsulto, o próprio herdeiro arca com as despesas da herança, mas quem recebe pelo fideicomisso o quinhão da herança, que lhe é deixada, fica como legatário parcial, ou seja, aparece como legatário a quem se lega parte dos bens, Essa espécie de legado chama-se *partilha* porque o legatário reparte a herança com o herdeiro, resultando disso que as estipulações fossem habituais entre o herdeiro e o legatário parcial, idênticas às celebradas entre quem recebe a herança por fideicomisso e o herdeiro, isto é, que o lucro e o prejuízo hereditário sejam também partilhados entre ambos, segundo o quinhão de cada um.

255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure ciuili, in eum uero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.

255. Assim, quando não se pede ao herdeiro testamentário a restituição de mais de três quartas partes da herança, esta é restituída dos termos do senatusconsulto Trebeliano, concedendo-se ações hereditárias contra ambos, conforme os quinhões, a saber, contra o herdeiro civil, por direito civil e contra o que recebe a herança pelo senatusconsulto Trebeliano. Embora o herdeiro permaneça nessa qualidade, mesmo quanto ao quinhão restituído, cabem-lhe inteiramente e contra ele as ações, não é ele onerado, entretanto, ulteriormente, nem se lhe concedem ações além do ativo que lhe restar da herança.

Enfim, a etapa final da evolução histórica do instituto fideicomisso no Direito Romano se dá quando há uma junção dos institutos dos legados e dos fideicomissos, na obra de Justiniano. Esta circunstância ocorre pela aproximação de ambos os institutos pela maior proteção do fideicomisso dentro das regras jurídicas ordinárias na mesma medida em que os legados vão se flexibilizando de toda carga rigorosa de formalidades que esteve vestido por muitos séculos. Por isso, o direito de Justiniano simplifica sistema introduzido pelo senatusconsulto Pegasiano, estabelecendo que a transmissão da herança, em qualquer hipótese, se faria de acordo com o senatusconsulto Trebeliano. Desta forma, o fideicomissário passa a considerar-se sempre como sendo o herdeiro. Além disso, dos preceitos do senatusconsulto Pegasiano apenas dois continuam em vigor: a) o que atribui ao fiduciário a quarta parte da herança; e b) o que obriga o fiduciário a aceitar a herança, e a transferi-la ao fideicomissário³⁷.

2.2.2. O Fideicomisso na legislação bizantina e nos costumes germânicos

Segundo Mario Caravale, a legislação bizantina não introduz modificações relevantes na disciplina que Justiniano já havia dado ao fideicomisso³⁸. Já na opinião de Romualdo Trifone, o fideicomisso operou uma

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 821.

³⁸ CARVALE, Mario. Fedecommissio. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 109.

mudança radical neste período. Ocorre que a transformação operada pelo instituto não se deu propriamente no seu procedimento, já alterado por Justiniano (unificação metodológica dos fideicomissos com os legados), mas especificamente na sua função³⁹.

Efetivamente, na época imediatamente posterior a reforma de Justiniano, qual seja, o período bizantino, o fideicomisso está estritamente ligado ao procedimento dos legados e por isso tende a perder uma identidade própria, como a perda da característica da valorização da fidelidade⁴⁰, elemento inicialmente informativo do instituto⁴¹. A verdade é que neste período há pouca referência a esta modalidade de sucessão, tratando-a sim como legado.

Os costumes germânicos não admitiam a possibilidade do indivíduo dispor do seu patrimônio após a morte já que a única forma de delação da herança era pela linha sanguínea. O direito consuetudinário dos povos bárbaros germânicos não conhece a sucessão testada e com essa as disposições fideicomissárias. Na verdade, mesmo depois de introduzida a sucessão testamentaria, o fideicomisso permaneceu estranho ao direito germânico primitivo⁴². Tal circunstância era determinada por fatores culturais e religiosos, porque o falecido deixava mais do que o que hoje se considera como patrimônio, ele transmitia o culto doméstico e as crenças religiosas, e, sendo assim, não há como deixar tal herança fora da família, pois o direito de dispor dos próprios bens era um verdadeiro contraste com as crenças religiosas e com o costume germanico⁴³. Por isso, sabe-se que os bárbaros por muito tempo não conheciam o instituto do testamento e por consequência, o fideicomisso, tanto que Romualdo Trifone, fazendo um relato histórico deste tema afirma que quando os bárbaros passaram a conhecer o testamento, o

³⁹ TRIFONE, Romualdo. **II Fedecomesso. Storia dell'istituto in Italia dal diritto romano all'inizio del secolo XVI**. Napoli: L. Pierro & Figlio, p. 17.

⁴⁰ CARVALE, Mario. Fedecomesso. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 109.

⁴¹ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

⁴² CARVALE, Mario. Fedecomesso. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 110.

⁴³ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

fizeram com muita desconfiança, considerando-o como um elemento de subversão da paz doméstica⁴⁴.

Porém, também estes povos do período intermédio, pretenderam fazer valer a vontade em detrimento de uma linhagem legítima. Contaram com uma figura própria denominada em italiano de *salmanno*, que tinha a competência de receber a herança sob confiança e transmiti-la depois da morte: ideia original do fideicomisso. A partir do momento em que os bárbaros passaram a fazer uso do testamento para garantir o respeito da própria vontade contra as oposições dos parentes mais próximos, recorreram a ajuda do *salmanno* (sala=transferência, man= homem), o qual exercitava o mesmo ofício do *familiae emptor* ou do *heredes fiduciarius* dos Romanos. Diante da instituição do herdeiro, o mandato para uma pessoa de confiança de colocar em execução a própria vontade, pareceu, e era efetivamente, o meio mais apto e oportuno.⁴⁵

Por isso, o seu procedimento diante dos costumes germânicos se aproximou tanto quanto possível do procedimento romano, principalmente no tocante a execução testamentária, mas por evolução, decaiu fatalmente.

Ainda, esta etapa de costumes germânicos determinou uma transformação do fideicomisso perante a Igreja Católica que segundo a doutrina apoderou-se do instituto para obter vantagens patrimoniais próprias⁴⁶.

2.2.3. O fideicomisso na interpretação dos glosadores e desenvolvimentos posteriores

O fideicomisso faz parte do rol de temas estudados pela escola de Bologna no movimento de Recepção do Direito Romano. Neste tema, os juristas se atêm ao texto de Justiniano e a este não acrescentam tecnicamente

⁴⁴ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 195.

⁴⁵ “Fin da quando i barbari cominciarono a far uso del testamento, per garantire il rispetto dela propria volontà contro le opposizioni dei parenti più prossimi, ricorsero all’aiuto del *salmanno* (sala= tradizione; man= uomo)., il quale esercitava lo stesso ufficio del *familiae emptor* o del *heredes fiduciarius* dei Romani. Di fronte all’istituzioni di erede, il mandato ad una persona di fiducia, di mettere in esecuzione la propria volontà sembrò, ed era infatti, il mezzo più adatto e più opportuno.” (TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 195).

⁴⁶ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 195.

nenhuma modificação. Entretanto, cumpre observar que, conforme afirma Mario Caravale⁴⁷, o período da Glosa apresenta uma importância significativa ao instituto do fideicomisso não só pelo fato de retomar seu estudo, mas principalmente pela transformação na interpretação da finalidade do instituto, operada pelos intérpretes, como uma espécie de proibição de alienação dos bens fora da família.

Mas a importância da escola dos glosadores para a história do fideicomisso não reside somente no renascimento do instituto romanístico; a importância é dada especialmente ao influxo que os intérpretes exerceram sobre a aplicação prática do instituto, pela ligação estabelecida com aquela doutrina sobre a proibição de alienação *extra familiam* dos bens hereditários, que a escola de Bolonha andava elaborando e que inevitavelmente deveria ter reflexos sobre a vida do fideicomisso⁴⁸.

A partir do retorno ao estudo do Direito Romano no período intermédio por labor dos glosadores, ao fideicomisso se pode observar uma dedicação mais especializada. Bártolo, precursor da Escola dos Comentadores faz referência expressa ao instituto tratando-o como uma promessa de restituição após a morte⁴⁹. Neste âmbito histórico, importa perceber que o fideicomisso, apesar de ter sofrido alterações de significado, não foi escorraçado do sistema, mas ao contrário, foi preservado a ponto de ser objeto de estudo pela escolástica, motivo pelo qual pode se perpetuar no campo de aplicação do direito.

2.2.4. O fideicomisso no Direito Português

⁴⁷ CARAVALE, Mario. Fedecommissio. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 110.

⁴⁸ CARAVALE, Mario. Fedecommissio. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 110.

⁴⁹ CARAVALE, Mario. Fedecommissio. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 111.

Em Portugal o instituto do fideicomisso serviu como meio eficaz de perpetuação do patrimônio na família. Tal circunstância se deu historicamente desde o princípio da monarquia⁵⁰, como manifestação da cultura da época⁵¹.

De outra parte, sabe-se que a instituição do fideicomisso nesta etapa histórica se deu mais significativamente por via consuetudinária do que legislativa, já que são raros os preceitos positivados sobre o tema⁵². No primeiro período monárquico de Portugal, os fideicomissos dos reis (e também dos populares) eram regulados *magis moribus quam legibus* (mais pelo costume que pelas leis). Efetivamente Ordenações do Reino de Portugal nada referem sobre o assunto, a não ser as Filipinas⁵³ que apenas fazem rápidas e pouco instrutivas referências à matéria⁵⁴.

Assim, em Portugal, a origem do instituto do fideicomisso se deu para beneficiar a alta classe dos reis e rainhas. O seu *modus operandi* sustentava-se no costume e nas regras antigas de Direito Romano então modificadas de sentido para que a sua utilização inviabilizasse a destruição do patrimônio da família⁵⁵.

Por isso, Ernesto Ribeiro afirma que no Direito Português pré-codificado havia, neste diapasão, uma forte carência de princípios que pudessem reger o instituto, afirmando que as leis nacionais neste tema foram absolutamente deficientes, já que o estilo, a praxe do foro e principalmente o Direito Romano puro foram as verdadeiras normas por que se regularam as disposições fideicomissárias⁵⁶.

⁵⁰ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**, Vol. III, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 172.

⁵¹ SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. vol. VI, 17. ed. revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 271.

⁵² “São escassos os preceitos legislativos nessa época sobre o fideicomisso, guardando completo silêncio ao propósito as Ordenações Afonsinas e Manuelinas. As mesmas Ordenações Filipinas apenas de raspão e incompletamente aludem ao instituto.” (NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 173).

⁵³ Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 87.

⁵⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 338

⁵⁵ RIBEIRO, Ernesto Rodolpho Hintze. **Dos Fideicomissos no Direito Civil Moderno**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1872, p. 49.

⁵⁶ RIBEIRO, Ernesto Rodolpho Hintze. **Dos Fideicomissos no Direito Civil Moderno**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1872, p. 49.

Assim, pretendeu o Código Civil Português⁵⁷, os artigos 1866 a 1874, tratar do tema, dissipando o estado de incerteza oriundo das omissões do antigo Direito. Porém, o fez de forma muito deficiente⁵⁸. No direito português atual, consta no artigo 2286:

Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.

De toda sorte, ao contrário de outras legislações modernas, como a francesa, por exemplo, em Portugal o instituto permaneceu no campo jurídico, ainda que com outro sentido diverso do original.

2.2.5. A história do Fideicomisso no Brasil

Já no Brasil o fideicomisso ingressa no ordenamento pela via legislativa, constando de matéria trazida pelos portugueses com a sua legislação, antes mesmo de ser positivada pelo codificador de 1916⁵⁹. Teixeira de Freitas, ao elaborar a Consolidação das Leis Civis consagra no artigo 1.034 a reprodução do conteúdo referente ao fideicomisso que constava nas Ordenações Filipinas no livro IV, título 88, preâmbulo.

No Código Civil de 1916 são os artigos 1733 a 1740 que consagram as disposições sobre o instituto, conforme se transcreve:

Código Civil de 1916: Art. 1.733. Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado.

Art. 1.734. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel. Parágrafo único. É obrigado, porém, a proceder

⁵⁷ Trata-se do primeiro Código Civil português, elaborado por Visconde de Seabra e que entrou em vigor em Portugal em 1867.

⁵⁸ “Lograria o Código Civil o seu intento? O nosso juízo e convencimento envolvem uma negação formal. O Código Civil se cortou por algumas dificuldades existentes, veio, todavia, criar novos embaraços, ambiguidades deploráveis, contradicções de difícil solução.” (RIBEIRO, Ernesto Rodolpho Hintze. **Dos Fideicomissos no Direito Civil Moderno**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1872, p. 50).

⁵⁹ “Carlos de Carvalho chamou-lhe substituição compendiosa no art. 1052 da sua Nova Consolidação verbis: ‘Há substituição compendiosa quando o testador designa o herdeiro que deve substituir o herdeiro instituído loque que este venha a faceler.’ O preceito deriva imediatamente da Ord. liv. IV, título 87, § 12.” (NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III, Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1957, p. 173).

ao inventário dos bens gravados, e, se lhe exigir o fideicomissário, a prestar caução de restituí-los.

Art. 1.735. O fideicomissário pode renunciar a herança, ou legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, ficando os bens propriedade pura do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.736. Se o fideicomissário aceitar a herança ou legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo crescer.

Art. 1.737. O fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem, quando vier à sucessão.

Art. 1.738. Caduca o fideicomisso, se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último. Neste caso a propriedade consolida-se no fiduciário nos termos do art. 1.735.

Art. 1.739. São nulos os fideicomissos além do segundo grau.

Art. 1.740. A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.

Na legislação atual, o fideicomisso está presente nos artigos 1951 a 1960, com o seguinte conteúdo:

Código Civil de 2002: 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.

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.

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.

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.

Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.956. Se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo crescer.

Art. 1.957. Ao sobrevir a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem.

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.

Art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau.

Art. 1.960. A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.

Assim, o fideicomisso está plenamente em vigor passados mais de dois milênios, e conforme será comprovado nesta tese, demonstrando-se útil segundo os novos perfis do direito civil diante do direito constitucional.

2.3. AS FINALIDADES DO FIDEICOMISSO NO SEU PERCURSO HISTÓRICO: CONVENIÊNCIA DO INSTITUTO NA ORIGEM E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Conforme demonstra a já analisada história do fideicomisso, que remonta mais de dois milênios pode-se afirmar que as transformações operadas no tempo, em alguma medida, foram marcadas pela variação ideológica a qual o instituto esteve atrelado. Desta forma, é extremamente importante observar as finalidades às quais o instituto esteve integrado durante o seu vastíssimo período de existência, para poder perceber, com a sua evolução, a sua ocasião e oportunidade, tanto histórica como atual.

Este trabalho pretende comprovar que, pelo seu caráter histórico, o fideicomisso é apto não só a permanecer legitimamente no rol de direitos positivos vigentes no Brasil como também é instrumento jurídico hábil a demonstrar uma releitura do direito civil pela perspectiva constitucional, na medida em que atualmente consagra proteção a um ente ainda não concebido. Assim, passa-se a analisar a historicidade do fenômeno pelo seu viés finalístico.

No direito romano utilizou-se o fideicomisso, primitivamente, como forma de transmitir a propriedade à pessoa desprovida de *ius testamenti*⁶⁰ ou capacidade sucessória. Além disso, também objetivava a simplificação dos procedimentos, já que o formalismo atinente à transmissão do patrimônio após a morte era dominante na primeira etapa do direito romano. Entre os incapazes de serem beneficiados no testamento estavam os estrangeiros e as mulheres, podendo assim ser favorecidos mesmo que fora da órbita civil. Da mesma forma, por outros motivos que não a falta de vinculação com a cidade

⁶⁰ *Ius testamenti* foi era o direito decorrente da cidadania romana que conferia ao cidadão o direito de legitimamente elaborar um testamento ou ser beneficiado por ele.

(estrangeiros) ou o gênero sem poder (mulheres), outros foram os casos em que mesmo com capacidade e sexo masculino, ainda assim recebiam patrimônio por fideicomisso. Isso demonstra que a finalidade do instituto nesta etapa histórica esteve ligada mais ao recurso de escapar do formalismo e burlar a lei do que propriamente criar uma categoria de beneficiados⁶¹. Assim, o propósito do instituto no Direito Romano primitivo nada mais era senão uma forma de contornar as limitações sucessórias impostas pelo ordenamento jurídico.

A partir de Augusto o instituto passou a ser tutelado pelo direito civil e com isso iniciava a sua primeira metamorfose⁶², já que foi este o marco do ingresso do instituto no ordenamento jurídico positivado, sendo parte integrante do sistema. Assim, pela primeira vez na história do instituto, havendo possibilidade de ser expugnado pelo seu caráter paralegal, ao contrário, foi integrado ao sistema de direito vigente para se agregar no rol de formas lícitas e válidas de transmitir patrimônio pela vontade do testador.

Desta forma, ainda no direito romano os fideicomissos perderam a simplicidade originária e de certa forma o seu objetivo inicial. O que principiou como uma forma de atender a vontade do disponente de alcançar patrimônio para pessoas incapazes passou a ser letra da lei, com o propósito simples de transmissão patrimonial tal qual as demais vontades do *de cuius*.

Este direito evoluciona, e a etapa subsequente se dá com Justiniano. Este imperador, na compilação que mandou elaborar, estabelece o início do viés odioso que o fideicomisso vai assumir no curso de sua história. Isso se dá porque Justiniano, mesmo avesso às substituições perpétuas já que as reduziu a quatro graus, extinguindo-se o fideicomisso *post quatuor domum generationes* (conforme disposição da Novela 159), estabelece a possibilidade

⁶¹ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso (Diritto Romano). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 189.

⁶² Segundo Aurelio Buarque de Holanda, o verbete metamorfose significa: [do gr. metamórphosis] S.f. 1. Transformação de um ser em outro. 2. Mudança de forma ou de estrutura que ocorre na vida de certos animais, como os insetos e os batráquios. 3. Alomorfia. 4. P. ext. Mudança, transformação. 5. Fig. Mudança notável na fortuna, no estado, no caráter de uma pessoa. HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. No contexto desta tese, esta palavra está empregada no sentido de transformação de uma finalidade do instituto do fideicomisso em outra.

de utilização do fideicomisso para manter um patrimônio na família e, assim, o objetivo inicial do fideicomisso começou a desaparecer. Mas, é preciso registrar que esta etapa é fecunda de dúvidas, pois a Novela 159 não é interpretada de forma fácil pelos romanistas e nem mesmo teve grande influência ulterior no instituto⁶³.

Assim, as principais características do fideicomisso, como a *fides* original, esvaziam-se diante de tantas intervenções legislativas: não há mais por que basear-se na confiança que o *de cuius* deposita no fiduciário já que ele é constrangido pela lei a cumprir o determinado pelo disponente⁶⁴. Mais ainda, o objetivo pelo qual existe o fideicomisso nesta época já é outro. Por isso, a partir de Justiniano, o fideicomisso não é mais do que um encargo de restituir a outrem aquilo que alguém lhe confiou à guarda.

Os principais motivos da utilização deste instituto nesta época, entre outros, eram os de evitar danos por uma má gestão dos bens, regulação mais estável entre os interesses da viúva e da prole, no sentido de uma melhor coesão doméstica, bem como uma forma de conservar os bens dentro da família, porque a substituição de beneficiados determina que o patrimônio repartido entre os herdeiros não saia da família pela morte de qualquer um deles ou ainda evitar uma alienação contrária a quem o *de cuius* quer beneficiar⁶⁵.

Já no primeiro período da época medieval, como foi observado na subdivisão anterior, não há grande volume de estudos que refiram o fideicomisso, ainda que os exíguos que o façam tenham por objetivo evitar o desmembramento patrimonial na família, sem mencionar especificamente o instituto⁶⁶. Assim, o objetivo pelo qual se utiliza o fideicomisso na Idade Média liga-se a uma preocupação de encontrar algum expediente capaz de impedir a dilapidação do patrimônio e principalmente a conservação de pelo menos para

⁶³ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III, Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1957, p. 171.

⁶⁴ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso (Diritto Romano). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 193.

⁶⁵ TRIFONE, Romualdo, Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

⁶⁶ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

alguns sucessores próximos uma boa parte dos bens hereditários, ainda que sem referir propriamente a terminologia do instituto.

Segundo a referência de Romualdo Trifone, as primeiras vozes acerca do fideicomisso na Idade Média podem ser atribuídas aos autores medievais Eustachio Romano, com a possibilidade de o testador deixar privilégios ao primogênito, Michele Attaliate e Michele Psello com a possibilidade de instituir herdeiro ou legatário com encargo de restituição a uma terceira pessoa e ainda a obra de Costantino Armenopulo ressalta o conceito de administração, da defesa e da conservação dos bens como obrigação inerente da restituição⁶⁷.

E assim, depois de um período de transição no qual há pouquíssimas ou nenhuma referência ao fideicomisso, as características deste instituto (confiança e restituição) são tratadas separadamente. Para tratar da primeira característica, surgiu a figura do “epítropo”: uma pessoa de confiança do *de cuius* que lhe transmitiria os bens. Já o tratamento da restituição se deu de forma desarticulada, podendo o fideicomisso e a simples restituição serem tratadas por equivalentes⁶⁸.

O desenvolvimento do instituto passa a ser marcado pela alteração do seu sentido: uma verdadeira metamorfose na finalidade ao utilizar o fideicomisso. Isso porque, enquanto a figura do epítropo parece reacender a longínqua figura do fiduciário do primitivo Direito Romano, o encargo de restituir os bens a um terceiro passa a ser operado dentro da própria família, representando os interesses familiares, ou mais especificamente a fortificação da unidade familiar a ponto de construir um núcleo economicamente estável e duradouro⁶⁹. Esta nova feição justifica-se pela sua inserção histórica, já que naquela etapa era preciso estabelecer um núcleo de força econômica capaz de resistir às crises econômicas e sociais. Para tanto, o fideicomisso foi importante e principalmente, foi oportuno e adequado para a realização das necessidades a que esteve ligado.

⁶⁷ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

⁶⁸ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

⁶⁹ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

Isso significa que as hipóteses de restituição estão cada vez mais dispostas pelo interesse da família, quiçá como forma de perpetuar além do patrimônio, os efeitos da *patria potestas*⁷⁰. É neste contexto que surge a designação *fideicomisso de família*. Para esta modalidade o objetivo do instituto é de deixar para o herdeiro direto na posição de fiduciário uma gama de bens somente por certo tempo ou sob certa condição até que se pudesse transferir para quem efetivamente o *de cuius* queria beneficiar como fideicomissário. Assim, como os parentes foram os primeiros (e talvez os únicos) a encontrar vantagem nesta forma de instituição, o instituto toma também a denominação de fideicomisso de família. Portanto, no período imediatamente pós-Justiniano (período bizantino ou greco-romano), a ocasião e oportunidade do fideicomisso começa a ser aquela de conservar o patrimônio familiar com os supérstites do *de cuius*, e por isso, conservando os bens de família, pelo menos temporariamente⁷¹.

Na parte ocidental da Europa, neste primeiro período intermédio, os costumes germânicos, sustentados no princípio da personalidade do direito, não conheceram sequer a instituição testamentária. Somente mais tarde, por força do *ius commune*, instituições semelhantes puderam ser apreciadas, mas o fideicomisso permaneceu em segundo plano para aqueles povos. Nesta etapa, somente a Igreja Católica principia a utilizar o instituto a seu critério e com os seus interesses⁷².

Na sequência histórica posterior aos povos bárbaros, o que Romualdo Trifone denomina de *documenti giuridici prebolognesi*, fazem referência aos três elementos essenciais do fideicomisso: a restituição, a rogatória e a liberdade do testador de escolher o modo de manifestar a própria vontade. Mas a ocasião e a oportunidade do instituto passam a ser insistentemente absorvidos pelo interesse familiar: antes mesmo do início do segundo milênio da nossa era, assegurar que continue pertencendo à família aquilo que foi

⁷⁰ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Romano). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 193.

⁷¹ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 194.

⁷² "Dell'istituto germanico si avvale soprattutto la Chiesa: la maggior parte, infatti, delle istituzioni degli esecutori testamentarie aveva lo scopo di realizzare donazioni 'pro anima' che andavano ad ingrossare i patrimonio ecclesiastici allora in formazioni." (CARAVALE, Mario. Fedecomesso. **Enciclopedia Del Diritto**. XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, p. 110).

recebido dos antepassados e o que foi construído e acumulado em vida passa a ser o desejo e a aspiração que qualquer um que seja proprietário de algo⁷³.

Como já foi abordado, o período da Glosa foi determinante para o desenvolvimento e permanência do instituto no mundo do Direito, primeiramente porque há evidente retorno ao seu estudo, e depois por ser objeto de nova interpretação, assim utilizando o vetusto fideicomisso com nova ideologia. O novo sistema de ideias que começaram a ser protegidas pelo fideicomisso não se estabeleceu abruptamente: não estava bem definido o sentido de perpetuação do patrimônio na família, mas sim a proteção dos familiares com a conservação do bem. A obrigação de entregar o patrimônio a outrem por motivo da morte de alguém era a essência das disposições fideicomissária, mas a interpretação prática destes dispositivos entre pessoas da mesma família e no seu interesse começa a se estruturar ainda que de forma incipiente e equivocada⁷⁴.

Parece manifesto que nesta etapa o foco não é exatamente o patrimônio, mas a preservação de condições familiares. Com esse propósito um fator pejorativo seria a divisão dos recursos da família entre tantos integrantes, como aconteceria pela via natural. Assim, tal circunstância direcionava a tendência de preservação patrimonial à fatídica característica da proibição de alienar o bem – característica que mais tarde será a determinante para a desventura do instituto. E desta forma, a obrigação de restituir e a proibição de alienar o bem se integram como características do fideicomisso à época da Glosa, motivando a sua transformação⁷⁵.

A inalienabilidade dos bens deixados em testamento foi inicialmente desconexa do instituto do fideicomisso propriamente dito, sendo determinada primeiramente por circunstâncias ocasionais e depois com o propósito de prolongar a permanência dos bens na família do disponente. Ainda que a proibição de alienação dos bens não seja romana, a tradição e a cultura da

⁷³ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 195.

⁷⁴ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 196.

⁷⁵ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 196.

linhagem agnática é própria do direito romano como forma de perpetuar não só o nome de família, mas a própria família em si. Assim, utilizando os argumentos romanos para alcançar o objetivo de perpetuação da família, a inalienabilidade atinge os herdeiros homens excluem as mulheres⁷⁶.

O fideicomisso, que passa a adquirir a característica da inalienabilidade e da perpetuação pela linha masculina com o fito de inibir a saída dos bens do núcleo familiar, se mostra eficiente para desenvolver a nova tendência histórica da época: a fusão entre esfera pública e esfera privada numa espécie de feudo medieval. Isso porque para atingir o objetivo de conservar o patrimônio doméstico, procurou-se reduzir as causas de desmembramento da família com a repartição do patrimônio entre os herdeiros legítimos. O chefe de família continua sendo o supremo moderador a quem se atribui a custódia de todos os bens e todas as pessoas. Por isso, se este chefe testar todos os seus bens, não pode mais ter força os avanços obtidos ainda no período romano acerca da salvaguarda da repartição dos bens entre todos os herdeiros, o que passa então a ser somente do herdeiro agnado homem.

Ainda mais, não apenas a exclusão da linhagem feminina, mas também a preferência por somente um dos filhos homens, tal qual se praticava em matéria de enfiteuse e outros direitos: manutenção compacta do patrimônio sucedendo somente o primogênito. E assim se mostra a fusão pública e privada antes mencionada: a primogenitura como mecanismo de perpetuação dos bens feudais mediante uma série de substituições. Então, sendo a vontade do testador o perpetuar de seu patrimônio tal qual perpetuaria sua família e seu poder, o fideicomisso tornou-se o expediente jurídico mais apto para atingir este escopo. Para tanto, operou uma transmutação das suas características romanas em novas facetas e ao final do século XV a transformação já estava completa.

Assim, o fideicomisso ingressa da Idade Média para a Idade Moderna com a pecha da perpetuidade da instituição. Ocorre que em tal momento histórico este é o valor a ser protegido, já que as substituições perpétuas

⁷⁶ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 196.

apresentavam traços de institutos feudais, tendentes a conservar o poderio das grandes famílias aristocráticas⁷⁷.

Portanto, a antiga ordem jurídica romana, decaída no período Intermédio, determinou à sociedade medieval uma construção jurídica nova com elementos velhos, em especial no caso em análise: o fideicomisso. O vácuo político deixado pelos romanos produziu como uma de suas consequências a busca pelo reforço na esfera privada, particularmente na unidade familiar e em especial no seu sentido numérico e econômico⁷⁸.

Enquanto o sistema feudal determinou a sujeição dos indivíduos, nas cidades o comércio motivou o acúmulo de riquezas. Decorrente deste acúmulo, os novos ricos pretenderam conservar o patrimônio para fazer frente aos antigos nobres e senhores feudais, para, com a sua riqueza, criar prestígio e honra para sua família. De tal modo, neste particular, o fideicomisso pode exercer a perpetuação da riqueza na família daquela época.

Nesse sentido, uma nova feição ao poder familiar concede uma nova utilidade ao fideicomisso: perpetuar a riqueza na família excluindo mulheres e filhos que não os primogênitos, sacrificando qualquer ideia de igualdade entre eles em prol do nome e da dignidade da família frente à sociedade. E assim, nos últimos dois séculos do período intermédio, o fideicomisso apresentava-se como um instituto firme, vigoroso capaz de ter vida por muitos séculos ainda, chegando à atualidade, ainda que com outra ideologia e oportunidade, respondendo a novas perspectivas econômicas e sociais.

Ressalta-se desta forma o novo foco de proteção do fideicomisso: a intenção do testador de conservar o seu patrimônio dentro da sua família. Assim, com o intuito de imobilizar o mais longinquamente possível o patrimônio dentro da própria família, o Direito Intermédio conheceu diferentes institutos como o vínculo⁷⁹, a capela⁸⁰, o morgado⁸¹, e a primogenitura, entre outros.

⁷⁷ GANGI, Calogero. **La successione testamentaria nel vigente diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1948, p. 36.

⁷⁸ TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Direito Romano). **Novissimo Digesto Italiano**. VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975, p. 199.

⁷⁹ “Quando o proprietário tornava os bens inalienáveis a benefício de certas pessoas de uma família, chamava-se *vínculo*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 139).

Todos estes como variações de fideicomisso, e com o objetivo precípuo de perpetuação e engessamento do patrimônio numa mesma descendência familiar. De outra parte, os vínculos eram perpétuos, indivisíveis, inalienáveis. Os morgados serviam à conservação do lustre das famílias e as capelas serviam à piedade do instituidor. Quanto ao fideicomisso, na sua estrutura, eram da mesma forma perpétuos e indivisíveis por corresponderem a um mesmo objetivo que os vínculos, morgados e capelas. Segundo Pontes de Miranda:

O fideicomisso era regulado *moribus magis*, diz Pascoal José de Melo Freire, *quam legibus*. Das Ordenações Manuelinas (começo do século XVI), Livro II, Título 35, § 49, é que se inicia a discriminação legal precisa. A vinculação para sempre (ingênuo perpetuidade das coisas humanas!) com cláusula de inalienabilidade, existiu em Portugal provavelmente no século VIII: o mais remoto documento é de 870 (Diplom. et Charte, doc. 5) que é de fundação. O doc. n. 633, de 1084, não contém a cláusula de inalienabilidade objetiva, mas a obrigação de não alienar lá está, exceto ao mosteiro de São Simão. No doc. de 1156 que vem nas Dissertações Cronológicas de João Pedro Ribeiro (III, parte 2ª, 51, n. 13), o testador, temendo que os filhos alienem os bens a outrem que não o mosteiro, reforça a obrigação de não alienar com a resolução do direito deles. Tudo leva a crer que as restrições de poder eram obrigacionais.⁸²

Num texto do século XIX, Antônio Ribeiro de Liz Teixeira comenta o Direito Português fazendo referência ao fideicomisso tácito, no qual o testador impõe ao herdeiro a condição de não alienar *inter vivos*, nem dispor da herança *mortis causa*; pois assim os seus herdeiros legítimos vem a ser substituídos, sem que sejam expressamente mencionados. Por isso utilizou a expressão latina “*fideicomissis etiam nos utimur moribus magis quam legibus*” e acrescentou:

Pondera o A. na nota que nossas LL. se não occupão largamente d’esta espécie de disposição, mas desde o princípio do século 14º; pois que, além d’outros testamentos, o da Rainha Santa Isabel contém um fideicomisso de sua corôa de esmeraldas em favor da

⁸⁰ “Se rendas do vínculo se tirava alguma coisa para o administrador e o restante se mandava distribuir em obras pias, dizia-se *capela*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 139).

⁸¹ “Se só havia alguns cargos pios, cabendo toda a renda ao administrador, tratava-se de *morgado*. Nos velhos documentos as expressões *capelas* e *morgados* são empregadas indistintamente. Para a instituição de morgados era preciso licença do poder legislativo (Lei de 3 de agosto de 1770, §§ 13 e 15).”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 140).

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 140.

Rainha D. Beatriz, substituindo-lhe a infanta D. Maria sua filha, e neta da testadora. Santa Isabel empregou palavras precativas; mas é certo que ellas não formão a natureza e essência d'este fideicomisso, a qual está na manifestação da vontade de que D. Beatriz fiduciária restituísse na morte a infanta indicada para fideicomissária.⁸³

A marca da finalidade do fideicomisso nesta época nada mais é senão a efetiva perpetuação do patrimônio no seio familiar. Quem instituísse um fideicomisso estabelecia que o patrimônio afetado deveria ser transmitido de geração em geração para um só membro e integrante da linhagem familiar, preferivelmente da linha masculina, enquanto todos os demais integrantes, se existissem, deveriam ficar excluídos de tal tipo de benefício hereditário. Assim, os bens de família passavam de uns para os outros mediante mecanismo jurídico lícito que os consagrava unidos, indivisos e inalienáveis. O beneficiado ao mesmo tempo em que recebia o bem e a sua titularidade, recebia também a obrigação de conservá-lo e passa-lo aos seus sucessores. Por isso, os bens eram menos de um titular e mais da própria família, da casa e deveria ser conservado da mesma forma em que se conserva o nome e a tradição da família⁸⁴.

É por isso que Orosimbo Nonato afirmou que “o *fideicomisso deparou no feudalismo o caldo de cultura que o grandeou até a hipertrofia*⁸⁵”. Segundo este autor, não foi conceito original e simples do instituto que lhe fez abjeto, mas foi a hipertrofia que sofreu que lhe suscitou prasmos e anátemas⁸⁶.

No direito brasileiro, o instituto teve, igualmente, opositores e defensores. A corrente mais veemente foi aquela que viu no fideicomisso um caráter execrável, como demonstram as palavras de Orosimbo Nonato:

Trata-se de instituto de muitos ainda hoje hostilizado, matriz de disceptações sem conto, servindo apenas, segundo Muratori na

⁸³ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez: ou commentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito. Do direito das cousas com relação à propriedade ilimitada.** Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848, p. 457.

⁸⁴ GALLIGANI, Chiara. **'Ordine dele Famiglie, I concorsi gentilizi nella Lucca del Seicento tra maggiorascato e primogenitura.**, Pisa: Edizioni ETS, 2009, p. 9.

⁸⁵ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária.** Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 174.

⁸⁶ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária.** Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 174.

citação de Washington de Barros Monteiro 'ad imbrogiare il mondo di liti e di sofisticherie'.⁸⁷

Por outro lado, doutrinadores saíram em defesa do instituto enfatizando a sua oportunidade, como se percebe nas palavras de Clóvis Beviláqua:

Despida, assim, de inconvenientes que lhe apontam, é a substituição fideicomissária de grande utilidade em muitos casos, principalmente quando o testador receia que os seus bens sejam dilapidados pelos instituídos.⁸⁸

E vozes de peso como a de Pontes de Miranda⁸⁹ defenderam o fideicomisso da percepção negativa que teve em face das suas transformações. Para este autor o instituto do fideicomisso afasta-se da ideia de inalienabilidade que lhe deu viés odioso, sendo sim um instituto de proteção patrimonial, mas não de petrificação dos bens, porque esta foi a eiva que teve por vários séculos, adentrando o direito moderno.

Segundo aponta Orosimbo Nonato, no decorrer da elaboração da primeira Lei Civil do Brasil, a emenda nº 1.687 do Senado ao então projeto de Código Civil de 1916 foi no sentido de extinguir o fideicomisso; o que não aconteceu por obra e intervenção de Rui Barbosa⁹⁰. O próprio Clóvis Beviláqua, ao tratar do tema, referiu que a maioria das outras nações aboliu o instituto⁹¹. Mas a ideologia que remanesce na permanência do fideicomisso na legislação civil do século XX é apropriadamente manifestada nas razões expostas por Eptácio Pessoa:

Votei pela manutenção do fideicomisso, que a maioria da Comissão considera um instituto arcaico e, entretanto, figura nos dois mais recentes monumentos das codificações do direito civil, o Código alemão, art. 2.100 e o Código suíço, art. 488. Basta considerar que o usufrutuário tem apenas o uso e gozo da coisa, não podendo dela

⁸⁷ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 178.

⁸⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 340.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 137.

⁹⁰ "A emenda nº 1.687 do Senado ao projeto de Código Civil da Câmara dos Deputados encerrava radical vedação: 'Fica abolido o instituto do fideicomisso'. Mas a Câmara restabeleceu o texto de seu projeto que, lapidado na revisão de Rui Barbosa, constitui o art. 1733 do Código Civil." (NONATO, Orosimbo, *Estudos sobre sucessão testamentária*, Vol. III, Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1957, p. 178).

⁹¹ "Na deficiência quase total das leis pátrias tínhamos de apelar para o subsídio das romanas, acomodadas à razão jurídica dos tempos modernos, interpretada esta pelos códigos das nações cultas que, aliás, em sua maioria, aboliram os fideicomissos, e pela doutrina dos bons juristas." (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 339).

dispor, enquanto que o fiduciário tem também o domínio, embora restrito e resolúvel, para ver que o fideicomisso, distinto do usufruto, no modo de constituição e na própria essência, se posta a aplicações de que não é suscetível esse outro instituto.

As razões contra ele indicadas, ou seja, de natureza econômica, embaraço à livre circulação dos bens, ou de ordem moral, fraude contra credores, desigualdade no tratamento dos filhos, etc. perdem todo o seu valor em face das disposições do Projeto que o proíbem além do segundo grau, regulam a inscrição dos imóveis e consagram a herança necessária.

Quanto á razão política, á relação necessária que baudry-Lacantinerie descobre entre substituição fideicomissária e as sociedades aristocráticas, das quais é aquela uma das molas mais poderosas, aí está o Código suíço a mostrar que nenhuma incompatibilidade existe entre as organizações democráticas e o fideicomisso, tal como o admitem as legislações modernas.⁹²

Deste modo, o fideicomisso foi defendido em sede legislativa para poder permanecer inserido no ordenamento jurídico pátrio, para, como afirma Orosimbo Nonato, proteger inclusive “*peças de existência futura e incerta.*”⁹³

É, então, diferenciando-o do usufruto e abrindo uma possibilidade de proteção de pessoas não concebidas que o instituto é ideologicamente defendido por parte da doutrina do século XX no Brasil, razão pela qual pode ingressar no direito atual, conforme será analisado no item a seguir. Frise-se então o nascimento da perspectiva atual segundo a qual o fideicomisso é muito oportuno para proteger o ente não concebido, conforme as palavras e Orosimbo Nonato:

Razão assiste, pois, a Clóvis Bevilacqua quando, depois de refutar outras razões armadas contra a subsistência do fideicomisso, obtempera: ‘... o fideicomisso, além de criar uma forma jurídica especial, corresponde a uma necessidade do direito que o usufruto não pode satisfazer. Quando o testador quer deixar a sua quota disponível para a prole eventual de seus filhos ou de outras pessoas de sua estima, recorre, naturalmente ao fideicomisso. É legitimo interesse da família que essa vontade benéfica se possa realizar.’⁹⁴

⁹² NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 179.

⁹³ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 179: “O fideicomisso presta-se, como observara Epitacio pessoa, a aplicações de que não é suscetível o usufruto. Ademais disso somente o fideicomisso possibilita a proteção a pessoas de existência futura e incerta.”

⁹⁴ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 179.

2.4. A IDEOLOGIA DO FIDEICOMISSO NA ATUALIDADE

Antes de analisar a finalidade que o fideicomisso tem hoje, é preciso ponderar a forma como tal instituto pode permanecer no elenco de dispositivos positivados no sistema codificado. Orlando Gomes apresentou em 1963 a 'Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil' e em parte específica sobre o fideicomisso asseverou:

Quanto às substituições, é antiga a hostilidade à que se apresenta sob forma de fideicomisso. O Código em vigor, admitindo-o, não permite, contudo, que ultrapasse o segundo grau. É conveniente dar um passo à frente na política de limitação à substituição fideicomissária, visto que constitui um obstáculo à circulação dos bens e não se justifica como processo técnico para atingir resultado a que se pode chegar por meios mais simples. Assim se fez no Anteprojeto, limitando o emprego desse processo de substituição aos casos de sucessão de pessoa que ainda não exista no momento de sua abertura. Se o testador quer deixar bens a futuros netos, que espera ter, de outro recurso não dispõe que o de servir-se da faculdade de instituir a substituição fideicomissária. Nessa hipótese, justifica-se plenamente. O Anteprojeto permite-o como um recurso para beneficiar a prole eventual do testador.⁹⁵

Assim, fica evidente que os doutrinadores sempre tiveram consciência que o instituto por muito tempo sofreu a pecha da constrição dos bens e não obstante isto se viu o jurista reformador do direito civil brasileiro diante da preservação do instituto⁹⁶.

Em verdade, o fideicomisso foi instituto de muitas polêmicas. Várias legislações o retiraram de cena enquanto outras o conservam com maior ou menor extensão. Tanto juristas como economistas observaram problema neste instituto principalmente por ser contrário ao princípio da livre circulação de riqueza, máxime em tempos de individualismo e liberalismo burguês. Além disso, blateraram alguns que os procedimentos e os métodos de implementação deste tipo sucessório traziam mais controvérsias que soluções. Esta foi a demonstrada opinião de Ademar Tavares ao retratar o tema:

... em 1916 a lei 3.071 de 1º de janeiro, o define após acirrada discussão na Comissão que queria enxotar o velho instituto como

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963, p. 115.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed., revista, atualizada e aumentada de acordo com o código civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209.

inexpressivo e carunchoso, fonte inesgotável de demandas infinitas, parletaria maléfica que se enrama e confunde a cada passo com o instituto do usufruto muito mais claro, muito mais simples, aceitável e preferido na sua estrutura. Ficássemos nós com o usufruto e repelíssemos definitivamente o fideicomisso como o fizeram os códigos italianos, argentino, uruguayo, boliviano e mexicano – bradava, os seus adversários – e o usufruto nos socorreria perfeitamente e estaria de vez liquidado esse eterno quebra-cabeças engangarrado nas verbas testamentarias para tormento dos juízes e tribunaes.⁹⁷

Enquanto parte da doutrina se esforçava para retirá-lo do sistema apontando defeitos e distorções, o legislador optou por sanar dúvidas⁹⁸, como a semelhança com o usufruto, por exemplo, e mantê-lo positivado. Segundo Ovídio Baptista:

O caráter distintivo entre usufruto e fideicomisso está no sentido de simultaneidade ou sucessividade da instituição de herdeiros. Se o testador disser: 'lego a X minha propriedade tal, ficando Y com o usufruto' haverá em verdade, instituição de usufruto; se, porém, o testador declarar: 'Lego a X minha propriedade tal e por morte deste (ou depois de certo tempo), passará a mesma a Y', ou disser 'Lego a X o usufruto de minha propriedade tal, que passará por sua morte (ou depois de certo tempo) a Y', em qualquer destes dois casos, estará a estabelecer fideicomisso e não usufruto, pois que a propriedade, resolúvel embora, vai desde logo ao primeiramente contemplado, que será então fiduciário, passando sucessivamente ao herdeiro último indicado. Não há aí instituição simultânea de nuapropriedade e usufruto, mas nomeação sucessiva de herdeiros: ao primeiro irá a propriedade plena, porém resolúvel, propriedade total ainda que temporária do bem legado.⁹⁹

Orlando Gomes, com o encargo de reformador do direito civil, em 1965 publica a obra "Reforma do Código Civil" e destina capítulo específico para tratar do fideicomisso, em especial a justificativa da permanência do instituto no ordenamento jurídico. Começa asseverando que não deve ser irrestrita a faculdade concedida ao testador de instituir herdeiro ou legatário por fideicomisso¹⁰⁰. Aduz que o fideicomisso não se justifica em outras hipóteses que não a de beneficiar pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador porque se este quer beneficiar com os mesmos bens mais de uma

⁹⁷ TAVARES, Ademar. Breves Linhas sobre a história do fideicomisso. **Arquivo Judiciário**. vol LII, 1939, p. 83.

⁹⁸ JACOMINO, Sérgio. O fideicomisso no projeto do Código Civil. **Revista de Direito Imobiliário**. maio-agosto, nº 44, 1998, p. 33.

⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Fideicomisso de Segundo Grau. **Revista Jurídica**. ano 1, nº 1, abril, 1953, p. 17.

¹⁰⁰ "Admite o Código Civil, entretanto, a substituição fideicomissária em toda sua amplitude, contanto que não ultrapasse o segundo grau (arts. 1733 a 1744). Razão não há, porém, para conservá-la com essa extensão." (GOMES, Orlando. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965, p. 231)

pessoa pode fazê-lo através do usufruto. O contrário não é possível: no caso de pessoas que ainda não existem ao tempo da abertura da sucessão do testador, não é possível beneficiá-las com usufruto porque este pressupõe a existência concreta de titular de direito de propriedade. Desta forma justifica-se plenamente a defesa da permanência do fideicomisso no Código Civil¹⁰¹. Assim, o então PL 634/1975 tinha o artigo 2002 com o seguinte teor:

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

Fato histórico curioso inserido neste contexto foi a proposta de emenda do deputado Henrique Eduardo Alves, que pretendia a fixação do instituto somente para descendentes do testador e concebidos ao tempo da abertura da sucessão, segundo a Emenda n. 1043, conforme transcrição a seguir:

Emenda nº 1043 (Deputado Henrique Eduardo Alves) Artigo 2.002 e seu parágrafo único. Suprima-se. Justificação Este dispositivo desfigura completamente a substituição fideicomissária. Dispositivos Referenciados do PL: caput do art. 2002, § 1º do art. 2002 Parecer Parcial (Deputado Celso Barros) Emenda nº 1.043 (Deputado HENRIQUE EDUARDO ALVES) No comentário ao art. 1.847 esclarecemos que a regra fixada no Projeto (art. 2.002) conflita com a tendência do direito em seu avançado processo de socialização, embora já constitua, de certa forma, um avanço em relação ao conteúdo do Código Civil vigente, nesta matéria. Em seu estudo "A Reforma do Código Civil (Publicações da Universidade da Bahia, 1965, pag. 237), ORLANDO GOMES, após situar, em síntese, a questão do fideicomisso no Projeto de 1965, de que é, como sabemos, coautor, fez esta observação: "Se não fosse a necessidade de conservá-lo para permitir a herança de prole eventual, a melhor solução seria proibir a substituição fideicomissária, pura e simplesmente. Trata-se de instituto que rescende ao passado e se esvaziou em face dos princípios a que hoje se subordina o Direito das Sucessões. Assim como se aboliram as substituições perpétuas, os morgados e capelas, também devem ser eliminadas as substituições hoje limitadas ao segundo grau. Ademais, o fideicomisso tem sido, entre nós, fonte abundante de questões pela semelhança que apresenta com o usufruto. Também em razão já sistemática do Projeto não é possível eliminar de uma vez o fideicomisso, pois isso importaria no desequilíbrio doutrinário das posições individualistas por aquele assumidas. Mas não é possível recuar, para adotar-se o que está no Código vigente com abrangência até o segundo grau. A emenda, ao que se depreende de sua brevíssima justificação, propõe a configuração do instituto pela forma vigente no Código Civil, para situá-lo com aquela amplitude. Seria, em verdade, um retrocesso, em face de outras colocações adotadas pelo Código. Assim, reportamo-nos às considerações feitas no capítulo "Da Vocaçao Hereditária, manifestamo-nos pela rejeição da Emenda. E, consoante a tese ali defendida, não nos parece deva prevalecer a redação do texto. Preferimos a do Projeto de 1965, com a alteração constante da

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965, p. 237.

subemenda que apresentamos. Subemenda do Relator Art. 2.002 – A substituição fideicomissária somente é permitida em favor de descendentes do testador desde que concebidos ao tempo de sua morte. Parecer Final (Deputado Ernani Satyro) EMENDA N° 1043 – Pela rejeição.

Não tendo prevalecido a proposta de emenda ao artigo 2002 do então Projeto de reforma do Código Civil, foi mantido o enunciado original nas revisões subsequentes: artigo 1.978 da PLC 118/1984, artigo 1.964 do PL 634-C/1975 (em 1998) e por fim artigo 1.952 da Lei nº 10.406/2002 – texto do Código Civil em vigor.

Para os casos em que já estavam elaborados os fideicomissos antes da entrada em vigor do novo Código, uma vez vencida a *vacatio legis*, passaram a não valer os dispositivos contrários ao novo enunciado do instituto¹⁰².

Então, é de se concluir que houve uma verdadeira metamorfose na finalidade e oportunidade do fideicomisso como instituto de direito vigente: não há mais a consagração da imortalidade dos bens, mas um amparo ao benefício de uma pessoa ainda não concebida. Este novo perfil do fideicomisso arrancou aplausos de muito bons juristas, como foi o caso de Orlando Gomes:

Numerosos são, porém, seus defensores, todos empenhados em demonstrar sua utilidade. A proibição absoluta é injustificável, devendo ser aceite com limitações, não apenas quanto ao círculo da família e ao primeiro grau, mas também relativamente à hipótese única em que se apresenta como o processo técnico adequado à consecução de resultados dignos de proteção jurídica. Permitido, deverá ser exclusivamente para ensejar a sucessão de pessoa inexistente no momento de sua abertura. Se o testador quer instituir futuros netos, não tem outro meio. Quando, pois, a substituição fideicomissária se apresenta como o recurso exclusivo para favorecer a prole eventual do testador, e justifica seu emprego. Nos outros casos não. Se existem as pessoas as quais deseja o testador beneficiar, o propósito pode alcançar-se com o usufruto, que tem, sob o ponto de vista prático, as mesmas consequências. Proibindo-se o fideicomisso em favor de pessoas existentes do tempo da abertura da sucessão, previnem-se, por outro lado, controvérsias e litígios frequentes que costumam surgir na interpretação das cláusulas

¹⁰² “A regra do caput do artigo em questão é de ordem pública, o que significa dizer que, tanto nas substituições fideicomissárias dispostas em testamentos realizados antes da entrada em vigor do novo código, sem que haja, à época, ocorrida a abertura da sucessão, como naquelas realizadas após a vigência do novo diploma, salvo se forem devidamente modificadas ou adaptadas ao novo esquema, em princípio, serão inteiramente nulas por ilicitude do objeto (art. 166, II e VII, 2. parte do CC)., beneficiando-se assim, pelo princípio da sobre (art. 1788, 2. parte do CC)., os herdeiros legítimos do autor da herança”. (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões – das substituições no código de 2002. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. n. 66, jan./mar. 2006, p. 50).

testamentárias que contêm duplicidade de herdeiros ou legatários.
103

Desta forma, o Código Civil Brasileiro apresenta o instituto num imaginário tocante à legitimação de um ente que ainda não foi concebido. Esta é a nova ideologia do fideicomisso. Mais longe ainda pretende ir esta tese ao defender que esta nova ideologia serve para demonstrar o novo perfil que o direito civil tem nos tempos hodiernos porque a proteção da pessoa não concebida nada mais é do que a concretização de princípios consagrados constitucionalmente que amparam a pessoa na sua dimensão existencial. Para comprovar esta tese, primeiramente é preciso verificar a normatividade e inserção do conceito de concepturo, conforme será exposto a seguir.

3. CONCEPTURO COMO FIDEICOMISSÁRIO

3.1. PROLE EVENTUAL, *NONDUM CONCEPTI* OU CONCEPTURO: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

Segundo ensina Pontes de Miranda, enquanto nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida, *nondum conceptus* é o ente humano futuro que pode vir a ser concebido, também chamado de prole eventual¹⁰⁴.

Na doutrina italiana, por exemplo, a questão é tratada de forma similar; há, porém, a ressalva de que a expressão utilizada para designar o concepturo

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. revista, atualizada e aumentada de acordo com o código civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.

¹⁰⁴ Sobre o conceito de nascituro, disse ainda: “Fica ele como elemento do suporte fático do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, em nome dele ou do ato-fato jurídico ou do fato jurídico *stricto sensu*, em nome dele, dependendo do nascimento com vida a *eficácia* do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu* ou do ato-fato jurídico ou fato jurídico *stricto sensu*. Se o concebido nasce morto, foi ineficaz, aí, o fato jurídico *stricto sensu*, ou ato jurídico”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**., t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 166).

é '*nascituri non concepti*'. Dentro desta denominação ingressam tantas quantas forem as delimitações do tema.

No extremo início do século XX, em 1905, o jurista italiano Adolfo Bolognesi, escrevendo monografia intitulada '*La successione dei nascituri non concepti nel diritto italiano vigente*' fez um sumo esforço de exposição de um caráter jurídico da instituição hereditária dos concepturos, afirmando não haver unanimidade no assunto¹⁰⁵.

Já José Maria Mata de Antonio, faz uma brilhante investigação sobre o tema no direito espanhol iniciando sua exposição ao afirmar que "*concepturus, por concebir, o nondum conceptus elipsis de nascituris nondum conceptus*" é a forma técnica geralmente aceita com a qual se expressa a ideia da possibilidade de nascimento de uma pessoa que não está concebida no momento da criação de um ato jurídico que se produz para o caso do seu nascimento¹⁰⁶.

A expressão é amplamente utilizada no direito comparado, mas não tão difundida no direito pátrio. No Brasil não há uma única referência expressa ao seu conceito na lei, apenas o seu tratamento. Assim, além daquela significação objeto deste estudo, pode-se observar a alusão ao concepturo como geração do por vir, no artigo 225 da Constituição Federal¹⁰⁷ e como proteção da doação aos "filhos de futuro" no artigo 1173 do Código Civil¹⁰⁸. Diante desta circunstância, de o conceito e tratamento do concepturo não estar nem na letra da lei, nem difundido na doutrina, esta investigação mostra-se interessante, por ser inovadora neste sentido.

¹⁰⁵ BOLOGNESI, Adolfo. **La successione dei nascituri non concepti nel diritto italiano vigente**. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1905, p. 55.

¹⁰⁶ ANTÔNIO, José María mata de. Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del concepturos. **Revista de Derecho Privado**. n. 2003-05, Septiembre, 2003, p. 658.

¹⁰⁷ Art. 225 da Constituição federal: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

¹⁰⁸ Art. 1173 do Código Civil: "A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar".

3.2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DAS DISPOSIÇÕES ACERCA DOS *CONCEPTUROS*

Como qualquer outro assunto jurídico, também os *concepturos* estão inseridos no campo da História e do Direito. Na história mais antiga, os romanos não admitiam a possibilidade de instituir o nascituro não concebido nem em matéria de sucessão legítima nem em matéria de sucessão testada¹⁰⁹. Quanto aos nascituros em si, os juristas romanos admitiram que este pudesse ser destinatário de direitos somente depois de um preciso trabalho de adaptação e manipulação das fontes, resultando sem dúvida na consagração no Digesto de Justiniano:

¹⁰⁹ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. *Rivista di Diritto Civile*. Anno XVI, 1924, p. 417.

D.1.5.7 (Paulus) Quae liberis damnatorum conceduntur. qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

D.1.5.7. (Paulus) Quem está no útero é protegido igualmente, como se estivesse in rebus humanis, todas as vezes que se pergunta das vantagens do próprio parto: embora de modo algum favoreça a outro antes de nascer.

A verdade é que na compilação Justinianeia não se encontra uma só afirmação que trate da sucessão do concepturo¹¹⁰: quanto à sucessão intestada havia o princípio da coexistência¹¹¹, ainda que de embrião entre o sucessor e o sucedido, já que fundada no parentesco civil ou natural, porque as pessoas concebidas depois da morte do sucedido não são seus parentes. Nem de forma diversa tratava a sucessão testamentária: as pessoas incertas não podiam ser instituídas herdeiras. Isso é em parte justificado pela posição que deve haver entre o sucessor e o sucedido, conforme explica Giuseppe Stolfi:

(...) mas também porque era admissível uma solução de continuidade nas relações jurídicas entre defunto e herdeiro. Ainda que esta relação tivesse acontecido depois da abertura da sucessão, teria se entendido que a hereditariedade ocorreu desde a morte do de cuius e as relações mencionadas seriam reguladas como se as partes estivessem submetidas a hereditariedade naquele instante. Ora, se o nascituro não concebido tivesse sido admitido na sucessão, teria sido criada uma exceção a regra da retroatividade de todas as relações jurídicas hereditárias porque por mais remotamente que se quisesse chegar, teria encontrado sempre um período de tempo no qual o herdeiro não existia e por isso haveria a evidente falta de um sujeito ao qual atribuir um direito¹¹².

Mas de outra parte, em sentido histórico, é controversa a circunstância de este tema ter estado ou não inalterado no último estágio do direito Romano porque os institutos jurídicos em geral foram alterados naquela etapa histórica. A herança, por exemplo, não era mais a sucessão da soberania do chefe familiar, mas somente os seus bens e o princípio que regia a sucessão civil antiga qual seja o princípio da sucessão pela linha agnática já havia perdido espaço a sucessão cognática (sucessão sanguínea) e marital.

¹¹⁰ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 418.

¹¹¹ “Il concetto dell’originaria famiglia romana, avente sua base nel rapporto di patria potestà e nel vincolo agnaticio; il contenuto prevalentemente personale e politico che ala successione ereditaria ne deriva, esigevano senza dubbio l’esistenza dela persona física del successore al momento dela morte dell’ereditando.” (BOLOGNESI, Adolfo. **La successione dei nascituri non concepti nel diritto italiano vigente**. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1905, p. 7).

¹¹² STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 418.

Existe uma passagem do Digesto de Justiniano de autoria do jurisconsulto Juliano que faz referência ao não concebido no intuito de não identificá-lo como cognado do *de cuius* porque nascidos depois da morte do autor da herança. Tal é a passagem:

D.38.16.8 (Juliano): Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius anaforkws [per relationem] accidit.

D.38.16.8 (Juliano): O Pretor também promete no seu Edito a posse dos bens a título de proximidade aos que tiverem sido cognados do defunto ao tempo da morte deste. Porque isto de que pelo costume os netos se chamem cognados daqueles, depois de cuja morte foram concebidos, não se faz com propriedade, mas por abuso, ou melhor por relação.

Tal referência está inserida na discussão sobre a concessão da posse dos bens hereditários aos *unde cognati*¹¹³. Uma vez que tal sucessão poderia ser alcançada a um número muito grande de pessoas, sabe-se que também aos netos do morto e por isso o debate se desloca para o entendimento de quem pode estar na condição de neto porque o texto de Juliano refere a existência de uma *consuetudine*¹¹⁴ que atribuía ao conceito de neto também aquele que ainda não nasceu, concebidos depois da morte do *de cuius*.

Tanto pela leitura do passo como pela observação da doutrina que lhe faz alusão, percebe-se que o jurisconsulto reprova o costume de designar como neto aquele ente que ainda não foi concebido. Uma explicação muito pertinente é a de Alejandro Guzmán sobre este tema:

A cláusula *Unde Cognati* do Édito do Pretor, que expõe Juliano, chamava à sucessão de um falecido os seus cognatos mais próximos, ou seja, parentes de sangue, seja legítimo ou ilegítimo, pela linha paternal ou materna, independentemente agnação ou parentesco civil. O vínculo da cognação poderia, portanto, podia

¹¹³ Segundo ensina José Carlos Moreira Alves, trata-se da terceira classe a ser chamada pelo Pretor, onde colocavam-se os cognados do *de cuius* (isto é, seus parentes consangüíneos). até o sexto grau, e mesmo até o sétimo numa única hipótese: a de o pai do cognado e o *de cuius* serem netos de irmãos, ou de irmãs, ou de irmão e irmã. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 746).

¹¹⁴ Sobre este conceito, ver a definição de Sebastião cruz: “Consuetudo é uma palavra que surge na terminologia jurídica muito depois da expressão ‘mores maiorum’, para traduzir a ideia de costume. Embora apareça antes da época post-clássica (se é que não está interpolada nos textos clássicos onde se encontra), é destinada quase exclusivamente a designar o costume no sentido moderno, isto é, a observância constante e uniforme duma regra de conduta pelos membros duma comunidade social, com a convicção de sua obrigatoriedade, quer dizer, de que isso corresponde a uma necessidade jurídica.” (CRUZ, Sebastião. **Direito Romano – Lições**. Coimbra: Almedina, 1969, p. 171).

alcançar a muitos parentes em linha reta ou colateral, também os netos. Mas foi um firme princípio do direito sucessório ab intestato que para o chamado a receber a herança tivesse, pelo menos, concebido no momento da morte do *de cuius*. No entanto, o texto pressupõe a existência de uma consuetudo (sc. Loquendi) consistente em denominar "netos" também os concebidos após a morte do *de cuius* (costume que também temos hoje). Juliano reprova este costume, porque estes não são verdadeiros netos (um morto, de fato, não pode tê-los nem se pode ser neto de um morto); e explica a origem deste costume: por abusionem. O abuso (katáchresis) é uma metáfora consistente em aplicar a algo que não tem nome próprio, o nome mais próximo existente. No caso do texto, se trata de que não há um nome próprio para designar quem, sendo concebido, teria sido o neto do pai do seu pai, se tivesse vivido naquele momento. O nome mais próximo convém, no entanto, é "neto": a abusio, portanto, consiste em aplicá-lo. A cláusula final: "ou melhor como uma anafórica" não se compreende, porque a anáfora é uma figura que consiste em repetir intermitentemente uma palavra ou expressão no início de cada nova cláusula do discurso, que não tem nada a ver com o tema do fragmento em exame. Pode se tratar de uma glosa, sem dúvida, muito inepta. Com tudo isso, o jurista queria explicar que o edito se aplica netos já concebidos quando da morte do avô falecido, não aos não-concebidos, ainda que na consuetudo também se chame de netos estes últimos.¹¹⁵

Assim, a este tempo, para além da impossibilidade de ser neto aquele que ainda não nasceu vigia com força o princípio da existência do herdeiro ao tempo da morte do autor da herança.

Pois ocorre então a mudança de direção no direito da sucessão com a atitude de Justiniano, contendo no proêmio da Novela 118 do ano 543, a expressão clara que estão abolidas todas as regras anteriores para regular *ex novo* a sucessão dos cognados¹¹⁶. Esta evolução mostrou-se sensível no âmbito do '*postumo concebido*' que nada mais é do que o nascituro a época da morte do *de cuius*. Este póstumo é tido como potencialmente sujeito à *patria potestas* e por isso lhe foi reconhecida a condição de herdeiro (*heres suus*), na medida em que demonstrando existência como *persona* poderia romper o testamento¹¹⁷. Mas esta etapa de evolução ainda admite somente o póstumo que seja concebido ao tempo da morte do testador¹¹⁸.

¹¹⁵ GUZMÁN, Alejandro. El Communis Usus Loquendi em el Derecho Romano. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**. Sección Derecho Romano, XXI, Valparaíso Chile, 1999, p. 61.

¹¹⁶ Há uma divergência acerca da expressão 'cognados', ver em STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 419.

¹¹⁷ "Avutosi questo trattamento per il *postumus suus*, il Pretore trovò modo di estendere il beneficio anche al *postumus alienus* accogliendogli la *bonorum possessio secundum tabulas*."

A etapa histórica subsequente – o Direito Comum – teve a matéria tratada de forma evolutiva. Segundo Stolfi, recentemente¹¹⁹ foi atribuído aos glosadores o mérito de reconhecer a validade da instituição de um nascituro ainda não concebido quando da morte do *de cuius*. Em verdade, afirma Luigi Tripiccione que os glosadores admitiram uma mudança de interpretação, aceitando a instituição do não concebido interpretando o passo I.20.27 pela necessidade de não excluir completamente da herança as pessoas incertas, sob a consideração que, já no direito antigo, se fazia recurso ao fideicomisso para favorecer a aquisição por testamento dos incapazes¹²⁰.

Então, afirma Tripiccione que o fideicomisso que originariamente surgiu com o objetivo de abrandar o rigor da lei no que concerne às pessoas incapazes de receber por testamento, retomou sua função quando da proteção do nascituro não concebido¹²¹.

Assim, no direito intermédio, o rigor dos dispositivos romanos a respeito de *ius testamenti* obrigou os juristas a realizar um sutil trabalho de exegese para transformá-lo num direito interpretado mais ágil, e como afirma Stolfi, nada há de mais sugestivo que seguir este contraste entre a vontade privada e as regras da lei¹²².

Segundo este autor, os juristas no afã constante de viabilizar uma reforma legislativa, dispostos a dobrar a norma da lei às exigências da prática, acabaram por proclamar a possibilidade do não concebido de receber não somente em virtude de um fideicomisso, mas também por força de uma

(BOLOGNESI, Adolfo. **La successione dei nascituri non concepiti nel diritto italiano vigente**. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1905, p. 15).

¹¹⁸ BOLOGNESI, Adolfo. **La successione dei nascituri non concepiti nel diritto italiano vigente**. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1905, p. 16.

¹¹⁹ Quando trata de ‘recentemente’ o autor faz referência precisa ao autor Luigi Tripiccione. Naquele texto Tripiccione, na nota de rodapé, faz a seguinte observação: “I dottori del diritto comune sono, attraverso la glosa, pervenuti ad ammettere la possibilità di istituire erede i figli nascituri non ancora concepiti di determinata persona vivente al momento della morte del testatore, pur non avendo il diritto romano classico riconosciuto espressamente la possibilità della istituzione in parola. (TRIPICCIONE, Luigi. La delazione legittima della heredità nel caso di mancato avvento di nascituri non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno 1922, p. 450)..

¹²⁰ TRIPICCIONE, Luigi. La delazione legittima della heredità nel caso di mancato avvento di nascituri non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno 1922, p. 450.

¹²¹ TRIPICCIONE, Luigi. La delazione legittima della heredità nel caso di mancato avvento di nascituri non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno 1922, p. 451.

¹²² STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 422.

instituição. Conforme narra o jurista, uma sentença célebre de um tribunal famoso advertia de forma cética que não havia certeza se era possível no direito romano instituir póstumos alheios concebidos depois da morte do testador, mas é certo que uma decisão neste sentido não seria injusta¹²³.

Na verdade, as demonstrações de Stolfi acerca da história intermédia da aceitação do concepturo como sucessor manifestam a qualificação de *incerta personae*¹²⁴. Diz o autor que quando se colocou aos juízes italianos uma elegante questão acerca do direito transitório, se se devia entender válida a instituição de nascituros não concebidos nos países onde imperava o direito comum antes da codificação, estes responderam afirmativamente, em contraste com a doutrina que negava tal possibilidade¹²⁵.

Fazendo uma referência histórica, Stolfi aponta que em França antes da Codificação, a incapacidade dos não concebidos foi vivamente opugnada pelos práticos do direito, em matéria de sucessão legítima¹²⁶. Quanto à sucessão testada, inicialmente a jurisprudência francesa seguiu as inovações tornadas em uso comum na Itália, ratificando a instituição pura e simples dos não concebidos. Depois, foi opinião dos civilistas que o nascituro não concebido não pudesse ser destinatário de direitos. Os juristas responsáveis pela codificação francesa entendiam necessário que o herdeiro estivesse pelo menos no ventre materno no momento da morte do testador e estabeleceram que as disposições se tornassem sem efeito se este não nascesse vivo¹²⁷.

Quanto á história italiana, segundo informa Stolfi, antes da unificação, os estados italianos tinham direitos esparsos e neles estavam dispostos os direitos mais variados. A princípio a instituição dos não concebidos era proibida pela Lei civil de 1819 (art. 822), mas particularmente nos outros estados da seguinte forma: (1) No estado Pontifício, onde vigia o direito comum, era

¹²³ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 423.

¹²⁴ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 424.

¹²⁵ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 424.

¹²⁶ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 427.

¹²⁷ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 430.

opinião largamente difundida que o *nondum conceptus* pudesse ser instituído herdeiro. (2) No Ducado de Modena a capacidade do não concebido era admitida antes das constituições de 1771 e depois do código civil de 1852 com a cláusula que os frutos seriam recebidos pelo herdeiro depois de nascido. (3) Em Toscana um rescrito admitia a capacidade dos não concebidos limitando-a, porém, aos nascituros de um certo e determinado matrimônio e depois, somente no caso destes concepturos serem instituídos em união a pessoa já nascida e já concebida de matrimônio existente. (4) na Lombardia o código austríaco permitia a chamada fideicomissária do não concebido e um decreto concedia a possibilidade de gratificar de imóveis os descendentes imediatos não concebidos de determinada pessoa e de moveis também os filhos de tais pessoas. (5) No Ducado de Parma os não concebidos podiam suceder sem limitação. (6) No reino da Sardenha tal instituição era permitida pelo Código Albertino¹²⁸.

E assim, no início dos trabalhos preparatórios do código civil italiano não ocorreram oposições violentas à sucessão dos nascituros não concebidos, já que em quase todos os estados italianos tal regulação estava bem ou mal já assegurada.

Na codificação italiana, o Projeto Miglietti previa como requisito da herança a coexistência do *de cuius* e do herdeiro, afirmando que o 'não ente' não pode ser capaz de direitos. A explicação dada por Stolfi é puramente econômica, já que o assunto é de interesse prático: a propriedade fica suspensa e incerta, quase vacante porque conferida a um ser que pode não ter vida ou que ao menos ficaria em expectativa por alguns anos na posse precária de quem tem interesse de desfrutá-la¹²⁹.

Na esteira da evolução codificatória, o projeto Pisanelli reproduz aquelas disposições contidas no projeto anterior, consagrando a possibilidade de pular uma geração. Aduz o codificador que o herdeiro mais próximo pode ter perdido a confiança do testador sem, porém, que este último tenha perdido o

¹²⁸ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 432.

¹²⁹ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 433.

afeto familiar. Segundo ele, não se pode vetar ao testador de prover aos filhos futuros do seu herdeiro legítimo, ou mesmo de estranhos, também porque tais disposições em nada afetaram as normas havidas em Piemonte, onde se quis evitar que o herdeiro dissipasse o patrimônio hereditário familiar, condenando a prole à miséria ou ao incerto sustento dos parentes.

E assim, Piacentini coloca o problema da seguinte maneira: o legislador italiano acolhendo a norma em virtude da qual os filhos imediatos de uma determinada pessoa viva no momento da morte do testador podem receber por testamento mesmo que ainda não estejam concebidos. Diz o autor que tal fato fez surgir numerosos e graves questionamentos. A determinação da natureza jurídica da norma, a determinação e identificação dos poderes do administrador da herança a espera do nascimento da prole beneficiada, a determinação do direito dos herdeiros legítimos no caso da não implementação da prole eventual, entre tantas outras questões de menor importância¹³⁰.

Na esteira histórica, foi controvertida a admissibilidade do nascituro não concebido à herança de quem fosse morto *intestato* no direito germânico pré-codificado. A maioria dos juristas aderiu à solução tradicional segundo a qual à abertura da sucessão o herdeiro deveria estar *in rerum natura*, já que a sucessão imediata (princípio do direito hereditário) veta que possa suceder quem não é ao menos concebido quando da morte do *de cuius*¹³¹.

Assim, quando se procede a codificação prevalece a opinião tradicional confirmada por Windscheid, tudo sustentado no §1 do BGB pelo qual a personalidade começa no dia do nascimento com vida, resultando que o *post*

¹³⁰ PIACENTINI, Ezio. La cosi detta istituzione di nascituri non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XV, 1923, p. 144.

¹³¹ Mas em outra posição Stolfi faz narrativa histórica e cronológica de seus precursores, afirmando: "Poucos juristas, ao contrário, com uma exegese sutil que foi exposta muito bem por Mühlenbruch e por Fadda propugnaram a teoria de Voet. Começou Griesinger afirmando que Justiniano havia regulado a sucessão legítima segundo o princípio da cognação e do parentesco sanguíneo; seguiram esta corrente Löbenstern e Schirmer, que submeteram os breves comentários seguintes a uma análise acuta para chegar a uma solução a qual aderiu por último Dernburg: que cada proibição devesse ser entendida por abolida pela Novela 118 que proclamou parente de alguém aquele que tivesse sido concebido depois da sua morte". STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 434.

mortem defuncti conceptus não tem nenhum direito a receber uma sucessão aberta antes do seu concebimento¹³².

Ainda acerca da doutrina alemã do século XIX, no que concerne a sucessão testada, e da mesma forma que a respeito da sucessão *intestada*, as opiniões são divergentes. Uma parte dos juristas assevera que Justiniano não mudou nada acerca dos princípios fundamentais do direito antigo e que ainda no último estágio do direito romano era preciso a coexistência do testador e do herdeiro designado. Outra parte (menos numerosa) nega que tal requisito fosse ainda imposto. Tal divisão culminou na redação § 2101, alínea 1 do Código Alemão: Se é instituída como herdeira uma pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão, na dúvida, é de acreditar que esta tenha sido instituída como herdeiro subsequente. Se não responde a vontade do testador que o instituído deva tornar-se herdeiro subsequente, a instituição é ineficaz¹³³.

Feita uma breve análise histórica acerca das disposições jurídicas do concepturo, é oportuno observar a efetiva legitimidade deste para receber patrimônio em virtude da morte de alguém.

3.3. A LEGITIMIDADE DA PROLE EVENTUAL PARA RECEBER POR TESTAMENTO

O Código Civil de 1916 previa no artigo 1718 que eram absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão¹³⁴.

¹³² STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 435.

¹³³ STOLFI, Giuseppe. La successione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XVI, 1924, p. 438.

¹³⁴ Nesta seara, uma questão interessante sobre a discussão travada entre doutrinadores do século passado é referida por Giselda Hironaka: “O Código civil anterior, em seu artigo 1.718, não se referia aos filhos das pessoas nessas condições, mas fazia referência genérica à prole eventual dessas pessoas. Logo tratou a doutrina de então de afastar os netos das pessoas indicadas do alcance legal, o que é no mínimo estranho a menos que se conceba a hipótese cerebrina de as pessoas indicadas já possuírem prole quando da feitura do testamento, prole esta por sua vez apta a gerar novos descendentes, tendo querido o testador beneficiar novos e eventuais filhos destas pessoas que nomeou. E essa conclusão a que chegou a doutrina

A doutrina brasileira daquele século, analisando a parte *in fine* do artigo, mostrava-se coerente ao ressaltar que a prole eventual era parte legítima para ocupar o polo sucessório, sem maiores problemas. Tanto assim que Orlando Gomes¹³⁵ asseverou que sendo a sucessão um dos modos pelos quais se transfere a propriedade, tal transmissão pressupõe, necessariamente, um adquirente atual, e se ele ainda não existe, não é possível verificar-se a determinação do testador. Mas o próprio código abre uma exceção ao admitir a validade da verba testamentária se ela se referir a prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão. Nesse caso, poderão adquirir por sucessão testamentária pessoas não concebidas até a morte do autor da herança.

Assim, o direito anterior possibilitava a instituição de herdeiros não concebidos e estes poderiam sem dúvida ser fideicomissários. Disso se observa com atenção que a parte *in fine* do art. 1718 do Código de 1916 tratava o concepturo como parte capaz para adquirir por testamento e não especificamente nas disposições fideicomissárias. Frise-se que a possibilidade de nomeação dos não concebidos está disposta na parte final do art. 1.718 e por isso dentro do capítulo intitulado “Da capacidade para adquirir por testamento”, e não propriamente naquele destinado ao fideicomisso. Por isso, a doutrina já perscrute que não era mais do que uma exceção à regra segundo a qual aos “indivíduos não concebidos até a morte do testador” faltava aptidão para suceder ao de cujus mediante ato de última vontade¹³⁶.

Assim, os doutrinadores do século XX entendiam que a parte *in fine* do artigo 1718 tratava de fideicomisso, ainda que tácito¹³⁷: as pessoas nomeadas, a cuja prole se pretendia testar, desempenhavam papel de fiduciários,

anterior é óbvia, uma vez que se quisesse beneficiar os netos assim considerados teria o testador indicado os filhos já existentes das pessoas que nomeou em vez destas últimas. Tendo a lei atual feito referência aos filhos, pôs fim a essa celeuma doutrinária”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, Parte Especial, Do Direito das Sucessões (artigos 1.784 a 1.856)**. Volume 20, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98).

¹³⁵ GOMES, Orlando. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965, p. 233.

¹³⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45, 2009, p.19.

¹³⁷ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45, 2009, p. 19. Segundo o autor, opinião diversa era a de Pontes de Miranda.

recebendo por morte do *de cuius* a herança ou o legado com a obrigação de transmiti-los aos filhos que por ventura viessem a conceber.

Entretanto, a sucessão para o ente não concebido não pode ocorrer imediatamente, porque estes efetivamente ainda não existem. Desta forma, a propriedade dos bens da herança chegaria às raias de ser um direito sem sujeito. Por isso o fideicomisso é o instrumento útil para esta finalidade: é preciso que haja dois herdeiros ou legatários, sucessivos (um atual – fiduciário e o outro futuro – fideicomissário). É para isso que serve o fideicomisso: para que a herança se transmita, ao abrir-se a sucessão, a um pré-herdeiro certo e, sucessivamente, a um pós-herdeiro eventual. O fiduciário pré-herdeiro é, nessa hipótese, intermediário necessário, ao qual se atribui a propriedade temporária dos bens que o testador quer deixar a pessoas não concebidas até a data de sua morte¹³⁸.

Assim, é evidente que a prole eventual é legitimada a receber por testamento decorrente de fideicomisso. Há, porém uma controvérsia posta por Pontes de Miranda, contra a ampla maioria doutrinária daquele momento histórico, segundo a qual o objetivo da parte *in fine* do artigo 1718 do Código Civil de 1916, para além de exercitar o pulo de uma geração, a instituição da prole eventual é determinada por uma construção fideicomissária¹³⁹. Trata-se do caso de o testador voluntariamente objetivar aquinhoar em momentos distintos e sucessivos as pessoas que designasse e mais tarde a sua prole eventual sendo assim uma hipótese de fideicomisso. Se, porém, o testador deixou para a prole eventual para não deixar à pessoa designada, não há como vislumbrar caso de fideicomisso haja vista não haver propriamente um fiduciário – aquela geração a que se quis saltar¹⁴⁰. Haveria diferenciação entre

¹³⁸ GOMES, Orlando. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965, p. 234.

¹³⁹ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45, 2009, p. 20.

¹⁴⁰ Dois exemplos extraídos do próprio texto de Pontes de Miranda talvez ilustrem a diferença por ele identificada: a) “deixo a A o prédio x, passando, por morte dele, aos filhos de B, se B os tiver”: A é legatário; os filhos que eventualmente B venha a ter também o serão (na qualidade de fideicomissários); b) “não me merece consideração A, por isso deixo os meus bens aos filhos que tiver”: A não é herdeiro: o testador o “pulou”, para beneficiar somente sua prole; não há fideicomisso pela ausência da vocação dupla, característica essencial do instituto. (PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 170).

tais legitimidades, confirmando ou não a existência do instituto, caso a vontade do testador fosse proteger e beneficiar também as pessoas geradoras da prole eventual – aqueles no papel de fiduciários¹⁴¹.

Assim a legitimidade apresentada por Pontes de Miranda acerca do concepturo é direta, significando dizer que não dependia do anterior chamamento de seu pai, de sua mãe ou de ambos¹⁴². Além disso, outra pertinente ressalva feita por Pontes de Miranda é aquele segundo a qual tal dispositivo (art. 1718 do CC de 1916) não confere personalidade jurídica à prole eventual de pessoa existente e determinada¹⁴³. O fato de estar protegido no ordenamento jurídico como sucessor legítimo não confere ao concepturo *ipso iure* a personalidade jurídica de que gozam os nascidos com vida, tal qual preconiza o artigo 2º do atual Código Civil¹⁴⁴. Efetivamente não era esta a ideia do artigo, bem como ainda não é. O fato de estar legitimado a suceder não significa que tenha personalidade jurídica¹⁴⁵.

O atual Código Civil, tratando da legitimação sucessória do concepturo, estabelece:

Art. 1799: Na sucessão testamentária podem ser ainda chamados a suceder:
I – os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Trata-se da legitimação da prole eventual para benefício deixado pelo testador e é uma exceção no direito sucessório brasileiro, no qual vige a regra

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 170.

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 170.

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 170.

¹⁴⁴ Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

¹⁴⁵ “Não se há de atribuir ao art. 1718, in fine, o ter conferido personalidade á prole eventual de pessoa existente e determinada; o art. 1718 tem de ser interpretado tanto na 1ª quanto na 2ª parte, de acordo com o art. 4º”. (PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 170).

da coexistência, isto é, são capazes de herdar somente os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão¹⁴⁶.

Outra questão que abre é se esta prole eventual é descendente ou não do testador. Sendo a prole derivada do testador poderia um primeiro crítico afirmar que se trata de continuar, mediante fideicomisso, na esteira histórica do instituto no qual a perpetuação do patrimônio se dava na própria família. Equivocada tal afirmação já que, como visto no capítulo anterior, tal circunstância se dava em tempos passados em razão da ideologia da época em conservar o patrimônio e não proteger a prole em si. Parece sutil a diferença de ideologias, mas é evidente a diferença de objetivo. Hoje, em que pese muito mais restrito do que antanho, o fideicomisso se propõe a um objetivo muito mais amplo que é a proteção daquele que sequer foi concebido ao tempo da morte do autor da herança.

Na doutrina brasileira atual há uma controvérsia a respeito da instituição da prole eventual do próprio testador ou de outrem. Segundo Anna Beraldo, apesar de algumas divergências doutrinárias e ressaltando-se que o instituto da prole eventual não foi elaborado especificamente para este fim, o melhor entendimento é no sentido de que é possível a indicação de prole eventual própria, diante de avanços tecnológicos na medicina reprodutiva¹⁴⁷.

Para outros, porém é possível instituir a própria prole eventual caso se trate da parte disponível uma vez que não são herdeiros legítimos aqueles que ainda não nasceram, nem sequer foram concebidos. Por isso, tal matéria

¹⁴⁶ “O segundo princípio que se aplica a ambas as espécies de sucessão, legítima e testamentária, é o de que o herdeiro ou legatário tem de sobreviver ao de cujus. A herança não se defere no vazio, não se transmite ao nada. A delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido: nascitur ubi sit et na sit. Se naquele instante o herdeiro já é morto, defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos de imediata, se for ele o único. Trata-se do denominado princípio da coexistência ao qual alude Carlos Maximiliano: ‘herar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte ; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário’. Não basta, que no momento da morte do de cujus o sucessor já viva, é indispensável também que ainda viva. Continua de pé a mesma regra – da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro; deve este sobreviver aquele. Tal princípio com ressalva que admite a vocação do nascituro aplica-se também à sucessão testamentária para a qual todavia o Código Civil dedica algumas regras especiais como a legitimação da prole eventual e da futura fundação.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 7, direito ds sucessões, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71)..

¹⁴⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 136.

poderia somente estar na seara da disponibilidade do testador, mais ainda no instituto do fideicomisso¹⁴⁸.

Para outra parte da doutrina, não é possível dispor do patrimônio beneficiando prole eventual do próprio testador porque o conteúdo do artigo 1799, I parece ser muito claro ao referir que a prole deve ser de ‘pessoa viva’ ao abrir a sucessão, o que por evidência não é o caso do *de cuius*. Giselda Hironaka propõe um debate muito atual sobre uma possível inserção deste tema¹⁴⁹: há legitimidade da prole do *de cuius* concebida por métodos laboratoriais e ainda não levada à gestação. Efetivamente, já é possível diante das mais modernas técnicas da biomedicina, que o autor da herança tenha disponibilizado seu material genético em vida para a criação de embriões com seu material genético destinado a serem implantados em uma mulher (podendo ser homóloga ou heteróloga a reprodução caso se trate de sua mulher ou companheira ou outra mulher sem vínculo conjugal). Desta celeuma preocupa-se não especificamente com os nascituros que eventualmente já estivessem implantados ao tempo da sua morte, mas quanto aos embriões criopreservados. A problemática é estabelecida acerca da condição destes embriões, se nascituros ou prole eventual, decorrendo diferentes consequências patrimoniais conforme a solução encontrada. Mas de todas as hipóteses a que se possa chegar, ainda que por amor ao argumento, se os embriões congelados fossem considerados prole eventual, poderia o doador do material genético testar em favor de sua própria prole eventual? Neste caso, parece fulgente que para beneficiar prole eventual, esta não pode ser parente em primeiro grau do *de cuius* para não ferir a regra do artigo 1799 que dispõe

¹⁴⁸ Neste sentido Ana Teixeira: “Questão interessante que vem sendo discutida pela doutrina diz respeito à possibilidade do testador, usando da previsão contida no inc. I do art. 1799 do CC beneficiar o próprio filho nascido após seu falecimento, através do uso de técnicas de reprodução assistida, devendo-se ressaltar que o art. 1597 III prevê que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Vê-se que tal disposição esclarece a questão da presunção da paternidade. No entanto, aqui, no campo do direito das sucessões, no qual se trata de destinação de patrimônio, não se pode trabalhar com situações incertas, sem limite temporal, sob pena de se comprometer a segurança jurídica. Assim, a regra é a disposta no art. 1798 do CC; legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.(TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720)..

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, Parte Especial, Do Direito das Sucessões (artigos 1.784 a 1.856)**. Vol.20, 2. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 97.

que a prole é de pessoa indicada pelo testador, o que certamente não seria ele próprio, da mesma forma que a pessoa indicada deve estar viva no momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, no campo do direito civil, até surgirem as técnicas de reprodução artificial, o tema do início da personalidade se colocava de forma tríplice: atribuía-se proteção aos nascidos com vida a teor do artigo 2º do Código Civil, atribuía-se proteção aos nascituros com uma discussão doutrinária acerca do início desta proteção (teorias natalista e concepcionista), atribuía-se proteção a prole eventual em casos especiais. Depois de surgida a técnica de reprodução humana assistida passou a existir um descompasso entre a teoria tradicional contida no Código Civil e aquela que merece proteção acerca dos embriões criados em laboratório. Isso porque tal ente não pode enquadrar-se na definição de nascituro porque não está na qualidade de *qui in útero est*. Não pode se enquadrar na categoria de prole eventual porque já concebido, ainda que artificialmente. A solução parece ser uma proteção jurídica específica aos embriões, resultado da evolução biomédica. Mas um fator relevante é que até recentemente – e por toda história da civilização até então – seria impensável, por exemplo, a concepção extrauterina, e hoje é realidade mais do que viável, resultado do avanço tecnológico dos últimos tempos.

No que se refere ao instituto do fideicomisso no Direito brasileiro, a inovação da Lei Civil concerne à restrição da legitimidade sucessória do fideicomissário, frise-se:

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

A novidade do dispositivo citado está justamente em tornar evidente e irrefutável a única hipótese na qual o instituto passa a valer, qual seja a de instituir como fideicomissário a pessoa ainda não concebida ao tempo da morte do testador. É inovação porque, como foi investigado em etapa anterior, em que pese o instituto ser bimilenar, tal hipótese ou não era sequer cogitada ou, em época mais recente, era controvertida. No direito atual, tal legitimação é a única possibilidade de utilização do instituto. Quando da reforma da lei civil, o

reformador responsável pela permanência do instituto com estas eloquentes alterações assim afirmou:

É forçoso reconhecer que a redução do fideicomisso à hipótese única admitida no Anteprojeto provoca situações que complicam a mecânica do instituto. Se não fosse a necessidade de conservá-lo para permitir a herança de prole eventual, a melhor solução seria proibir a substituição fideicomissária, pura e simplesmente. Trata-se de instituto que rescende ao passado e se esvaziou em face dos princípios a que hoje se subordina o Direito das Sucessões. Assim, como se aboliram as substituições perpétuas, os morgados e capelas, também devem ser eliminadas as substituições hoje limitadas ao segundo grau. Ademais, o fideicomisso tem sido, entre nós, fonte abundante de questões pela semelhança que apresenta com o usufruto. Uma vez que se pode alcançar, através de outros processos técnicos, os resultados que se obtêm com a substituição fideicomissária, sem os inconvenientes desta, preferível reduzir seu emprego à hipótese em que se apresenta como o instrumento apropriado á efetivação da vontade do testador.¹⁵⁰

Porém, ao contrário do que uma primeira conclusão precipitada poderia sugerir, na qual o engessamento do instituto pode ser a marca definitiva do seu fim, as novas tendências da sociedade e os extraordinários avanços do Direito pelo sua própria releitura podem contar com um novo aporte hermenêutico da utilização de um instituto tão vetusto, como será investigado adiante.

No caso específico da opinião de Pontes de Miranda sobre este tema, não há dúvidas que o autor reconhecia a possibilidade de instituir fideicomisso beneficiando a prole eventual. Tanto é assim que em longo relato acerca da passagem dos bens fideicomitidos, finaliza sua lição apresentando a legitimidade da prole eventual:

É preciso que o fideicomissário, ao tempo da passagem, ainda viva? Isto não é de direito cogente. Se o testador disse herdeiros legítimos, compreende-se; se fez personalíssimo o fideicomisso, também se compreende: nos outros casos, não. Para os últimos, cumpre distinguir: A) Fideicomissário que vivia ao tempo da abertura da sucessão e já não vive, sendo herdável o direito dele. B) Fideicomissário que vivia ao tempo da abertura da sucessão e já não vive, sendo inerdável o seu direito. C) Fideicomissário que já não vivia ao tempo da morte do testador. Nos dois últimos casos, cabe a regra, no primeiro, não. Atendidas as considerações que fizemos sobre fideicomissos personalíssimos e não personalíssimos, o que decide de tudo isto é a interpretação. Tanto mais quando (caso c) em vez da herdabilidade do direito eventual, questão que se desenrola na herança do fideicomissário, a respeito da natureza do seu direito, pode surgir, e não raro surge, a da substituição dele, problema que concerne na herança do testador ao teor da verba da segunda instituição. D) Sendo possível, como é, a substituição de pessoas

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965

nomeadas fideicomissárias aos casos em que ainda não vivem, a respeito delas não cabe a regra. O fideicomissário pode ser prole eventual do fiduciário ou de outrem. Pode ser quem apenas está concebido. Não se pode, porém, generalizar a ponto de dizer como fez a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de novembro de 1947 (R. dos T., 172, 119) que ‘não obsta ao fideicomisso a inexistência do fideicomissário ao tempo da morte do testador, pois que ele deve já existir por ocasião da morte do fiduciário.’¹⁵¹

Ocorre que para ele não era necessária a elaboração do fideicomisso para transmitir os bens para a prole eventual, entendendo que não era esta a ideologia única do fideicomisso, apenas uma possibilidade, porque se o testador quisesse beneficiar as pessoas apontadas em etapas diferentes e sucessivas e, posteriormente a sua prole eventual, então estará se tratando de fideicomisso. Se, ao contrário, o testador “deixou à prole eventual, para não deixar à pessoa designada”, demonstrou com clareza que pretendia excluí-la. Neste caso, segundo aquela doutrina, não é de admitir-se o fideicomisso, pois não haverá fiduciário¹⁵².

A utilização (que Pontes de Miranda reputava meramente facultativa) do mecanismo do fideicomisso dependeria, portanto, da vontade do testador, conforme ele pretendesse ou não beneficiar o primeiro grau de seu parentesco, sendo estas as pessoas responsáveis por transmitir os bens aos seus filhos oportunamente. Isso porque o autor entendia que a delação dos sucessores não concebidos na data da abertura da sucessão podia ser direta, isto é, não dependia do anterior chamamento de seu pai, de sua mãe ou de ambos¹⁵³. Mais ainda, o objetivo desta instituição direta era justamente o ‘pulo’ de uma geração, que não precise ou não mereça a herança. Esta circunstância de ‘saltar’ uma geração se verifica perfeitamente com a delação direta, sem intermediário da prole eventual do excluído quase numa ficção de que tal sucessor já estivesse vivo¹⁵⁴.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 159.

¹⁵² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009, p. 20.

¹⁵³ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45, 2009, p. 20.

¹⁵⁴ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45, 2009, p. 21.

Por isso, especificamente sobre a legitimação do fideicomissário no direito brasileiro de então (Código Civil de 1916), eram legitimadas as pessoas já existentes ao tempo do testamento, o nascituro, e a prole eventual de pessoas designadas pelo *de cuius*. A evolução deste direito positivo para o atual se mostra evidente com a correção de imperfeições sobre a questão (segundo alguns muito tormentosa) da sucessão da prole eventual não só porque estabeleceu-se prazo razoável para consolidação da herança (arts. 1.798 e 1.799) mas principalmente por resolver a dúvida sobre a necessidade ou não de estar vivo o herdeiro.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o Código de 1916 disciplinava a substituição fideicomissária, fixando-lhe estrutura dogmática e concedendo ao testador ampla liberdade na escolha do fideicomissário, que, como já foi visto, poderia ser tanto uma pessoa já existente ao tempo do testamento, quanto um nascituro, ou a prole eventual dos designados pelo testador desde que estes designados fossem vivos ao abrir-se a sucessão¹⁵⁵.

Assim, observado o fideicomisso pela sua perspectiva histórica, da mesma forma que se observa a legitimidade da prole eventual para receber por testamento, tem-se em consideração que até o advento do Código de 2002 o concepturo poderia sim ser parte legítima a ser beneficiada em disposição patrimonial *post mortem*, mas não claramente de que forma (por fideicomisso). Somente com a inequívoca alteração da letra da lei se pode observar que uma previsão de proteção genérica (mediante legitimação) transformou-se numa proteção direta com regras e requisitos. Mais do que isso, esta específica é a possibilidade de legitimação passiva do instituto. E assim, esta aparente restrição de legitimidade fez do instituto um portal para uma nova hermenêutica, conforme será explanado no item a seguir.

¹⁵⁵ SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. vol. VI, 17. ed. revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 273.

4. NOVA PERSPECTIVA DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL – base para a confirmação do papel do fideicomisso como instrumento de direito civil-constitucional

4.1 A RELEITURA DO DIREITO CIVIL

Pelo que demonstra a História, o Direito Civil cumpriu tarefa de satisfazer interesses patrimoniais do indivíduo. Com o advento do século XXI houve uma verdadeira metamorfose no escopo principal do Direito Civil, que passa a preocupar-se primordialmente com a pessoa na sua dimensão existencial, como forma de promover a dignidade desta. Esta mudança pode ser estudada como uma releitura dos tradicionais institutos de Direito Privado através da Legalidade Constitucional¹⁵⁶.

O agente principal da releitura pela qual passa o Direito Civil é a pessoa, antes um dos elementos secundários diante dos pilares no qual se sustentavam o Direito Privado – a propriedade, a família e o contrato¹⁵⁷. A partir da legalidade constitucional, a pessoa se torna o novo foco de princípios máximos como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do princípio da solidariedade social (art. 3º, I). Por isso, diante de um conjunto de princípios consagrados a nível constitucional, como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da igualdade material e a democracia, entre outros, apresenta-se o direito privado com um novo perfil, visando à efetividade destes princípios.

Desta forma, o Direito passa a ser tratado com um viés de humanidade já que o homem toma o centro do ordenamento jurídico privado, deslocando o

¹⁵⁶ A expressão 'legalidade constitucional' é utilizada por Pietro Perlingieri na construção de uma nova perspectiva do Direito Civil, na qual se fundamenta toda esta pesquisa PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

¹⁵⁷ "Soa legítimo, por conseguinte, reconhecer Direitos Civis de índole constitucional ancorados em percepções aproximadas do dissecar crítico, informado pelo movimento da problematização no tripé das titularidades, do trânsito jurídico e do projeto parental". (FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 15).

patrimônio para um segundo plano. Este deslocamento pode ser entendido como uma verdadeira constitucionalização do direito privado. Esta promoção do direito a nível constitucional mexe com critérios milenares de separação de dois direitos até então entendidos como antagônicos: a famosa distinção público–privado. Em verdade, o fenômeno da constitucionalização do direito civil representa uma faceta de superação da divisão dos mundos jurídicos, o que representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado, e o direito privado de outro¹⁵⁸.

4.1.1 A superação da histórica dicotomia público-privado como construção de uma releitura do direito civil pela perspectiva constitucional

O sentido da expressão dicotomia pode ser o simples método de classificação baseado numa divisão ou subdivisão que contenha dois termos distintos e em geral contrapostos¹⁵⁹. No campo do Direito há uma tradicional e antiquíssima distinção entre as esferas do direito público e do direito privado, justamente em termos dicotômicos. A dicotomia ‘público-privado’ remonta as fontes romanas, nas quais o sentido da divisão era a utilidade pública e o interesse particular, sendo que há inclusive a expressa referência a afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado.

¹⁵⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 15.

¹⁵⁹ Verbetes (dicotomia): [Do gr. dichotomía] S.f. 1. Método de classificação em que cada uma das divisões e subdivisões não contém mais de dois termos. [Cf. politomia.]. (...). 4. Lóg. Divisão lógica de um conceito em dois outros conceitos, em geral contrários, que lhe esgotam a extensão. Ex.: animal = vertebrado e invertebrado. HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

Institutiones, 1.1.4: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod tripartitum est; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Institutiones 1.1.4: Duas são as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se refere á República Romana; privado é o direito que versa interesse dos particulares. Deve-se dizer que o direito privado é tripartido, porque consta de preceitos de direito natural, do direito das gentes e do direito civil.

D.1.1.1.2 (Ulpianus 1 inst.): Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

D.1.1.1.2 (Ulpianus 1 inst.): São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da res Romana, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos sacra, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais ou civis ou das gentes.

Assim, é certo que foi com os romanos que, pela primeira vez, tal distinção passou a existir como preocupação dos juristas: a dicotomia existente entre Direito Público e Privado baseava-se no critério da utilidade pública ou particular da relação: o primeiro critério dizendo respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*), enquanto o segundo critério dizia respeito ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*)¹⁶⁰.

Uma distinção comum diz respeito ao sentido de subordinação e de coordenação, já que há oportunidades em que as duas partes interessadas de uma relação jurídica se acham no mesmo plano, contratando ou tratando de igual para igual e em outros casos uma das partes assume uma posição de

¹⁶⁰ “Em outras passagens do Digesto, a distinção reaparece, acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest (Digesto 38.2.14)*. e *privatorum conventio iuri publico non derogat (Digesto 45.50.17)*...Aí vem salientado que a vontade das partes tem força para modificar as normas de direito privado, mas não pode derogar normas de direito público. É sabido, também que a própria colocação do problema costuma vir acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado. Ou seja, a uma visão supostamente descritiva da natureza das coisas, passa-se imperceptivelmente a uma visão prescritiva, carregada de valor ideológico.” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 15)

eminência, de maneira que há um subordinante e um subordinado¹⁶¹. Na medida em que os privados estão numa mesma plataforma de interesses, a relação entre eles é de coordenação, enquanto que será de subordinação quando o Estado, e seu interesse público determinam uma desigualdade na relação¹⁶². Uma das explicações para esta distinção de coordenação e subordinação é sustentada na ideia de que o interesse geral e os interesses dos particulares não podem ser sopesados da mesma maneira.

Historicamente, houve períodos de supremacia do interesse privado sobre o interesse público e vice-versa. A cada etapa histórica um tipo de ideal esteve em pauta e com ele uma ideologia a ser assegurada. Tanto é assim que na Grécia antiga havia uma prevalência da esfera pública face ao desequilíbrio existente nas posições dentro da família e ao equilíbrio nas posições dos cidadãos na ágora, e no período subsequente, o romano, há nítida prevalência da esfera privada sobre a pública, já que a força criativa daquele direito esteve sempre ligada ao direito privado. Enfim, a divisão histórica entre esfera pública e esfera privada, esteve na Antiguidade vinculada às necessidades que premiam serem supridas¹⁶³.

Por isso, a dicotomia 'público-privado', na antiguidade, pode ser identificada por imperativos a serem alcançados, como por exemplo, na Grécia a atividade e criação de regras de política e democracia e em Roma a criação de um modelo jurídico privado e individualista que pode percorrer milênios e chegar até os dias atuais, pois sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que causou em todo o nosso pensamento

¹⁶¹ “Certamente esta é a base sobre a qual os juristas posteriores passaram a distinguir o direito privado do público. De fato, no estado de natureza as relações jurídicas podem ser somente relações de coordenação, já que os indivíduos estão todos em plano de igualdade. Com a passagem à sociedade civil e a constituição da autoridade do Estado, instauram-se situações de desigualdade entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem. Desta situação de desigualdade surgem relações de subordinação”. (FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 17).

¹⁶² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 321.

¹⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 127.

jurídico, e em ter chegado a ser, assim como o Cristianismo, um elemento da civilização moderna¹⁶⁴.

No período medieval, face ao papel desempenhado pelos senhores das terras, o parâmetro público esteve mais destacado do que o privado, já que do direito de propriedade emanava o poder político e com este, a ideologia a ser protegida, determinando a prevalência do direito privado sobre o direito público. Assim, fica evidente que no período medieval, o aspecto privado sobrepuja o aspecto público diante de uma verdadeira primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos¹⁶⁵.

De outra parte, com o advento da Baixa Idade média – ou período final – devido ao surgimento do Estado moderno, há outra reversão de forças, interpenetrando novamente o público e o privado. Nesta época, há um duplo interesse a ser protegido: primeiramente aquele de uma emergente burguesia num governo centralizado nas mãos da monarquia nacional ao invés do descentralismo havido em época feudal¹⁶⁶; depois da própria realeza que pretende se apoiar na nova classe econômica economicamente mais fortalecida, e principalmente com uma funcionalização do privado ao público. Isso porque como aponta Facchini, interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem se cobravam tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos¹⁶⁷.

Mas uma mudança de perspectiva determina outra etapa na distinção ‘público-privado’: é a marca da diferença entre as relações econômicas e das relações políticas, determinando a distinção entre Sociedade e Estado¹⁶⁸.

¹⁶⁴ IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**. trad. Fernando Vela, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 30.

¹⁶⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 18.

¹⁶⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 18.

¹⁶⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 18.

¹⁶⁸ “A homogeneidade da esfera pública só pode ser garantida, então, como um conjunto a sociedade que se opõe a outro conjunto de um só elemento o indivíduo que caracterizará a

O surgimento do Estado nacional tornou possível e necessária a ideia de um Direito unificado para cada Estado nacional. A ideia de codificação é acolhida também pelos monarcas absolutistas que desejavam ver a lei por eles editada como aplicável para todo o território nacional. Quando cai a monarquia absolutista, a codificação torna-se a meta jurídica da burguesia recém-chegada ao poder, de modo a promulgar Códigos que protegessem em todo o território nacional o direito de propriedade privada e a liberdade de contrato no âmbito do direito privado. Nesta conjuntura o direito público se distingue ainda mais do direito privado sendo que é neste contexto histórico que se dá o movimento codificatório. Por isso os primeiros Códigos serão marcados por esta dicotomia da ideologia liberal burguesa. Assim, o direito serve para atender fins específicos e determinados pela classe social burguesa acolhendo, protegendo e resguardando legitimidade aos seus anseios econômicos.

Desta forma, a histórica divisão dicotômica público-privado fica ainda mais intensa, derivando inclusive a outros setores como a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral, repercutindo inclusive no âmbito jurídico com a intensificação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. Se neste contexto o Direito Público traduz-se na regulação jurídica do Estado em sua estruturação e funcionamento, e se o Direito Privado corresponde à regulação da sociedade civil, de suas relações intersubjetivas e do mundo econômico que lhe representa a ideia de liberdade, então se acentua a distância entre um e outro ramo, porque o Direito Público não pode atacar e ofender a ideia de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual, consagradas nos Códigos civis que surgem nesse

esfera privada. Como, porém, a esfera privada também é social, a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado. Esse elemento novo é um artifício, um ente artificial, como os produtos do trabalho, do fazer humano: o Estado. Nesse sentido, Hobbes nos irá falar do Estado Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: soberania. O direito, explicado pela soberania, tornase comando, relação de autoridade no sentido de poder. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129)

primeiro ciclo de codificações¹⁶⁹. A elevação desta proteção a nível codificado, com o advento da Codificação Civil, traduz a existência de um direito sistematizado cujo foco é a liberdade do indivíduo, traduzido quase que num egoísmo que espelha a característica do individualismo¹⁷⁰. Impõe-se a marca do século XVIII – o individualismo, o novo valor a ser consagrado, em oposição ao período anterior no qual o valor do indivíduo não estava relacionado às suas características e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado¹⁷¹.

Esta liberdade objetivava a não intervenção estatal nos negócios e interesses econômicos da burguesia, assegurando uma verdadeira autonomia do indivíduo. Desta forma o direito público se distancia do direito privado face seus universos e interesses diversos. Assim, o código passou também a ser a garantia das liberdades civis dentro do âmbito privado, assegurando a autonomia do indivíduo contra a ingerência do poder estatal. Os dois pilares, os códigos civis e as constituições, estabelecem um novo aparelhamento jurídico da sociedade, tudo sob o signo da época: o ‘individualismo jurídico próprio do pensamento liberal’, que se exprime na divisão do direito em público e privado, na garantia da liberdade dos indivíduos, e na concepção da centralidade do direito em face da política e da filosofia¹⁷².

É a fase do primado do privado sobre o público que retrata a ideia segundo a qual os códigos, contendo legislação civil, têm a presunção e a pretensão de proteger o indivíduo em todas as suas necessidades, que para a época nada mais era do que o princípio liberal burguês “*laissez faire laissez*

¹⁶⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 19.

¹⁷⁰ “A codificação é fenômeno histórico frequente na vida dos povos, havendo, todavia, grande diferença entre as codificações antigas e as modernas. As antigas tinham um caráter mais geral, visando a totalidade do direito, enquanto as modernas são especiais, disciplinando um só ramo jurídico. As primeiras surgiram como simples compilações, já as modernas apresentam-se sob a forma sistemática. Os códigos antigos recolhiam leis, doutrinas, princípios jurídicos, enquanto os modernos contêm, apenas, preceitos legais, que enunciam regras ou, eventualmente princípios. Os códigos eram difusamente redigidos, os modernos são redigidos de forma breve e concisa”. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159).

¹⁷¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 20.

¹⁷² AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

passer que le monde va de lui-même". Segundo Facchini Neto, neste contexto aparece a 'ideologia dos 3 c s': pretende-se que a legislação civil (leia-se os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da completude significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a ideia de legislação caracterizada pela sua clareza significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da coerência afasta a possibilidade de antinomias. Tudo isso deriva do mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições¹⁷³.

A sequência histórica se dá pelo advento de um constitucionalismo social fruto do período pós-guerra, quando novas forças ideológicas precisam ser protegidas juridicamente e constitucionalmente¹⁷⁴. Assim, o Estado começa uma reviravolta pela retomada da força que havia perdido para o individualismo na medida em que somente no conjunto se pode proteger a singularidade.

No que diz respeito ao direito privado, há uma nítida alteração do equilíbrio das forças, porque a antigo primado da vontade se enfraquece diante das novas perspectivas do caráter social do direito. Há uma verdadeira limitação à ampla liberdade do indivíduo de se autodeterminar em face da consagração dos princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade da pessoa humana. Nesta etapa, o direito codificado totalizador perde a sua força para o surgimento de uma nova fonte de direito privado, os chamados microssistemas ou legislações extravagantes, o que pode ser denominado de 'era dos estatutos'.

¹⁷³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 20.

¹⁷⁴ "Se o chamado mundo da segurança que caracterizou a era das codificações liberais representou de certa forma o primado do direito privado sobre o direito público, esta relação se inverte com o advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do Welfare State. De certo modo o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação essa que fora o resultado da ascensão da classe burguesa". (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 24).

Segundo Lorenzetti, produziu-se uma inversão da *Lei de Maine* que chamava a atenção para a tendência da civilização de evoluir do *status* ao contrato; agora a evolução dá-se do contrato ao Direito estatutário.¹⁷⁵ Diante da nova Constituição e da proliferação dos microssistemas, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. É nas normas constitucionais o novo *loci* das regras e princípios que regem o direito privado, já que é naquele âmbito que se encontram os princípios fundamentais do ordenamento jurídico¹⁷⁶.

Assim, o direito privado observa em certa medida uma desestruturação formal em várias fontes de produção normativa, enquanto o direito público passa a ser instrumento de consagração de princípios e axiomas mais altos do ordenamento jurídico. É o tempo da descodificação e da constitucionalização dos direitos,

No caso do direito civil que é objeto deste estudo, é possível afirmar que a por muitos denominada ‘constitucionalização’ se deu como fenômeno a partir do século XX diante de uma preocupação de civilistas por uma readequação do direito privado aos valores que estavam sendo propagados pela nova dimensão constitucional, máxime a Constituição de 1988. A verdade é que a Constituição de 1988 foi instrumento transformador de todo o sistema por que atingiu seu caráter axiológico. Disto pode impor uma releitura de todas as instituições que estavam a sua mercê, ensejando uma renovação de todo o sistema. Os valores colocados a nível constitucional interferem no entendimento do conteúdo infraconstitucional na medida em que o antigo individualismo e patrimonialismo cede espaço aos valores existenciais e não patrimoniais.

Foi como uma “descoberta da Constituição”, pois perceberam os civilistas que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado democrático e Social de Direito e

¹⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 46.

¹⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. nº 65, ano 1993, p. 23.

da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo¹⁷⁷.

Inicia-se um processo de aproximação dos campos público e privado numa tendência à convergência, já que as áreas de competência de cada uma das categorias de direito que historicamente estiveram uma dualidade, passam a ter confins pouco nítidos e conteúdos tangentes.¹⁷⁸ As antigas posições dos campos dicotômicos público-privado passam a aproximar as suas direções como mecanismo de integração de valores, sendo que ambos os setores passam por transformação semântica. E assim, as identificações de cada campo, antes precisas e individualizadas passam a tocar-se mutuamente, chegando ao fim o binômio público-privado.¹⁷⁹ Assim, a tendência é o fenecimento da dicotomia em face da interpenetração dos interesses cada vez mais próximos de um ou de outro setor. Há, pois uma dificuldade de individualização das fronteiras entre o direito público e o direito privado por causa do cada vez mais contundente contato de uma esfera na outra.

A contextualização proposta por Perlingieri é aquela que demonstra a dificuldade de individualizar um interesse particular que seja completamente autônomo e independente, isolado do interesse público, principalmente em face da dificuldade precisar a fronteira entre o direito público e privado na elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia¹⁸⁰. Por isso, se o antigo critério romano de distinção, qual seja o do interesse público e do interesse particular, fosse ainda o marco de diferenciação esta poderia chegar

¹⁷⁷ LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

¹⁷⁸ Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. nº 65, ano 1993, p. 29).

¹⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 31.

¹⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.

às raias do impraticável já que não é mais possível apontar um interesse privado absolutamente independente do público e vice e versa.

Por outro lado, há uma necessária utilidade em verificar a profundidade desta interpenetração haja vista a melhor hermenêutica do atual denominado “direito civil-constitucional”. Partindo da ideia de unidade do sistema advindo de um histórico binário público-privado, entendem alguns estudiosos que se trata de um reflexo de cima para baixo de eficácia constitucional no campo civil que lhe é subordinado¹⁸¹. Outros entendem que se trata de uma elevação de baixo para cima de conteúdo civil a nível constitucional¹⁸². E ainda outros entendem que se trata de uma via de mão dupla numa influência recíproca. Esta é a defesa que pretende esta tese, que numa via onde há uma convergência do direito civil e do direito constitucional, o instituto do fideicomisso é hábil e perfeito instrumento de demonstração da nova releitura dos antigos pilares do ordenamento segundo a perspectiva dos valores mais elevados de numa sociedade. Para tanto, a seguir será demonstrado como esta constitucionalização do direito civil pode ser experiência prática do fideicomisso. Isso porque, nas palavras de Pietro Perlingieri: “a superação da tradicional distinção do direito público e do privado, com a conseqüente individualização de um direito civil mais aderente aos problemas e as

¹⁸¹ “Há uma série de normas constitucionais de natureza pública ou mesmo que se dirigem tanto ao Direito Público quanto ao privado (ex vi o disposto, por exemplo, no art. 3º da CRFB), que podem vir a incidir sobre relações privadas. Desta feita, não apenas ao normatizar uma disciplina fundamental para ao trinômio ‘pessoa-família-patrimônio’, ou ao tratar da pessoa humana, a Constituição está definindo conteúdos normativos possíveis para um Direito civil Constitucional”. (NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma realidade contemporânea**. Carmen Lúcia Silveira Ramos organizadora et al. Rio de Janeiro: Renovart, 2002, p. 17).

¹⁸² “Os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, o dano. Na Constituição de 1988, as partes consideradas essenciais de direito civil estão reguladas em normas autônomas, que congregam seus fundamentos básicos assim distribuídas: 10 sobre direitos de personalidade; 14 sobre direito de família; 9 sobre direito contratual; 12 sobre responsabilidade civil; 30 sobre direito das propriedades; 2 sobre direito das sucessões; 5 sobre pessoas jurídicas civis (não empresárias).. Além dessas, há normas voltadas aos outros ramos do direito privado, a saber, o direito empresarial, o direito do trabalho e o direito do consumidor”. (LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20).

exigências da sociedade, se funda sobre a releitura do código civil e das leis especiais à luz da Constituição republicana”¹⁸³.

4.1.2 Constituição e Direito Privado: os influxos na construção de um novo perfil do direito civil

Tratar dos influxos da Constituição e do Direito Privado é outra viagem histórica, sem a qual seria impossível compreender o sentido e o conteúdo desta nova modalidade jurídica.

Do ponto de vista do direito civil, a trajetória da construção deste fenômeno jurídico no Brasil encontrou acolhida a partir dos anos 90 pelo pioneirismo de dois juristas brasileiros que disseminaram os ensinamentos recebidos diretamente na Itália. Trata-se de Gustavo Tepedino, com o texto “Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”¹⁸⁴, e Maria Celina Bodin de Moraes, com o texto “A caminho de um direito Civil-Constitucional”¹⁸⁵. A estes estudiosos somaram-se nomes de alto prestígio na comunidade jurídica, como Luiz Edson Fachin¹⁸⁶ entre outros, sendo hoje absolutamente disseminada a ideia de um direito civil constitucional.

Mas assim como outros exemplos na História do Direito, também este foi fruto de um enxerto. Não foi uma criação brasileira, mas uma adaptação ou adequação do direito brasileiro a uma considerada ‘melhor doutrina’ sobre o tema. Efetivamente, é extraordinária a oportunidade de coadunar as normas de direito civil com o direito constitucional. Mas há que se conhecer que esta ‘constitucionalização’ se deu em outros países da Europa por necessidades diferentes da realidade brasileira.

Quando esta corrente metodológica, que defende a permanente necessidade da leitura do direito civil pela ótica constitucional¹⁸⁷, trouxe esta doutrina para o Brasil, o direito civil estava bem em meio a uma reforma

¹⁸³ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 189.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 1-22.

¹⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil-Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, Rio de Janeiro, 1993, p. 21-32.

¹⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

¹⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**, São Paulo, Atlas, 2013, p. 6.

legislativa. O código Civil de 1916 estava em processo de substituição pelo atual Código Civil de 2002. É bem verdade que o processo de tramitação do novo código foi muito moroso, e que no interim da sua proposição e publicação a sociedade que lhe é base passou por profundas transformações. Contudo não só a sociedade brasileira, mas a própria virada de século e estágio global da humanidade.

Esta circunstância, de um novo Código Civil que nasce depois de muitas décadas de tramitação, já com a pecha da morosidade e a dúvida da sua correspondência com a atualidade, teve ainda que somar-se a crítica formulada por uma parte considerável dos juristas e estudiosos brasileiros segundo a qual o tempo em que foi publicado o Código não era de Codificação, mas sim de ‘descodificação’¹⁸⁸, conforme pode ser observado supra.

Por outro lado, findo o período bélico, a superveniência do pós-guerra determina uma autêntica renovação jurídica a nível constitucional. As nações europeias tendem a concretizar a nível fundamental, os novos rumos da humanidade, traduzindo na Lei Maior o comprometimento com valores antes não consagrados, como a solidariedade social, a dignidade da pessoa humana, além dos princípios democráticos, entre outros.

O evidente descompasso do conteúdo axiológico do Código Civil italiano e a mais avançada consagração de princípios e valores constitucionais levou a doutrina italiana a estudar o Direito Civil não mais pelo seu próprio conteúdo, mas pela perspectiva constitucional já adequado ao novo momento da humanidade.

Neste contexto, máxime é a contribuição do jurista italiano Pietro Perlingieri, para quem o centro do Direito Civil não é mais o Código, pois entende que a norma constitucional se torna a razão primária e justificadora (se não a única) da relevância jurídica das relações civis¹⁸⁹.

¹⁸⁸ A principal obra sobre esta vertente jurídica é a de Natalino Irti *L’età della decodificazione*, 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999. O original foi escrito em 1978.

¹⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 199.

Esta perspectiva parece muito oportuna, mas a sua conjuntura histórica lhe explica: como interpretar as regras e relações civis criadas num contexto ditatorial numa nova etapa da civilização? Diante das normas constitucionais. Isso porque, com a elaboração do novo conteúdo axiológico constitucional, adaptado a nova etapa pós-guerra, vislumbra-se a ideia de que 'para todo o espírito, é preciso um corpo'. O direito civil fez às vezes do corpo no qual se criava um novo espírito.

Por este motivo, Gustavo Tepedino asseverou expressamente que é equivocado entender a constitucionalização do direito civil por outro aspecto que não o de influência das normas constitucionais no campo privado. A título de análise é importante observar o conteúdo do seu argumento:

Da atualidade da visão unitária do ordenamento e conseqüentemente da teoria da interpretação, decorre o equívoco de se imaginar o processo hermenêutico como via de mão dupla, vale dizer, como fenômeno em que normas constitucionais e normas de hierarquia inferior influenciam-se mutuamente. Tal entendimento, contudo mostra-se inteiramente equivocado. A fundamentação hermenêutica é axiológica e não lógica. Por isso há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional. Imaginando-se a aludida recíproca influência no processo interpretativo, acaba-se por eternizar noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete¹⁹⁰.

Para este autor o fluxo interpretativo deve vir da Constituição para a norma infraconstitucional sob pena de estabelecer-se uma inversão hierárquica das forças hermenêuticas. Assevera desta forma argumentando que o conteúdo normativo infraconstitucional é mais concreto e se a interpretação se desse de outra forma poderia chegar ao extremo de se tratar de uma 'interpretação conforme' às avessas¹⁹¹.

¹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

¹⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

Em verdade, ao mesmo tempo o fenômeno da descodificação desponta na Itália como diretriz para uma nova dimensão do direito privado, conjuntamente com a nova percepção de que o conteúdo da norma civil precisaria de uma hermenêutica segundo os princípios constitucionais; por outra via, o direito constitucional se fortalece estabelecendo sua força nos direitos fundamentais e estes se irradiando por todas as relações privadas.

A construção deste ponto de vista da História - a interpretação do conteúdo do direito a partir do eixo constitucional e dos seus direitos fundamentais irradiando efeitos no campo privado - se deu com o direito alemão, remontando a Alemanha do pós-guerra num famoso *leading-case* do constitucionalismo contemporâneo – a sentença Lüth do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht ou BVerfG)¹⁹².

¹⁹² “Em 1940 o diretor Veit Harlan filmou *Jud Süß*. O enredo girava sobre a vida de Joseph Ben Issachar Süßkind Oppenheimer (1698 ou 1699-1738), um financista alemão de origem judaica que saneou o erário do ducado de Württemberg. Conselheiro do duque Karl Alexander, recomendou medidas inovadoras, típicas de uma economia de mercado, bem como impôs uma rígida política fiscal e monetária. Sua meteórica ascensão social e econômica, assim como suas impopulares políticas terminaram por gerar inveja e ódio não apenas nos mais aquinhoados, mas outrossim nos burocratas do ducado. Falecendo o duque, seu protetor, Süß foi preso no mesmo dia, acusado nada menos que de alta traição, lesa majestade, peculato, corrupção, advocacia administrativa, sacrilégio e... estupro! Mesmo sem prova de qualquer um dos crimes (especialmente no que toca ao estupro, as duas parteiras que examinaram a sedizente vítima afirmaram sua virgindade), acabou condenado à morte em 1738. Foi-lhe oferecida clemência, caso abjurasse sua fé. Porém, em face de sua recusa, seguiu-se sua execução, por morte na forca, no mesmo ano. O filme de Harlan pouco caso fez da verdade histórica. Sua concepção artística sobre o personagem Süß -que reunia todos os estereótipos antisemíticos, como ganância, covardia e deslealdade- era harmônica com os fins do nacional-socialismo. No filme Süß seqüestra e estupra a ariana Dorothea, a qual, desonrada por um israelita, prefere cometer suicídio. Não bastasse o estrondoso sucesso obtido na Alemanha, Heinrich Himmler ordenou que todos os integrantes da SS, membros da polícia e guardas de campos de concentração assistissem o filme *Finda a II Grande Guerra*, e após três absolvições em processos acerca de seu passado nazista, Harlan voltou à ativa filmando *A Amada Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), de 1950. Todavia, o que parecia uma plena reabilitação social sofreu grave percalço: na abertura da *Semana Alemã do Filme* de 20 de setembro do mesmo ano, Erich Lüth, na condição de Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, dirigiu-se a uma audiência de distribuidores e diretores de filmes de cinema, bradando: “A pessoa que menos se credencia para restaurar a necessidade de moralidade no cinema alemão, que inexistiu no Terceiro Reich, é o homem que dirigiu “*Jud Süß*” e escreveu o seu roteiro. Se justamente este homem for o escolhido para representar a indústria cinematográfica alemã, quem pode imaginar o dano que sofreremos em todo o mundo? É verdade que ele foi absolvido formalmente em Hamburgo, mas substancialmente a sentença foi condenatória. E eu quero que o cinema alemão mostre caráter também! Se ele mostrar caráter em sua imaginação, ousadia visual e soberba arte, ele merecerá todo o auxílio e conquistará o que necessita a fim de sobreviver: sucesso de público na Alemanha e internacionalmente”. Receosa dos efeitos negativos que a cruzada moral de Lüth contra Harlan poderia acarretar para a carreira nos cinemas de “*A amada imortal*”, que produzira e distribuía, a produtora *Domnick-Film-Produktion* Ltda desafiou Lüth a justificar estes ataques. Não perdendo a oportunidade de resposta, pontualizou com ainda maior veemência sua indignação em carta aberta à imprensa: “A corte

Neste contexto surge a expressão “Drittwirkung” que significa a eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Segundo Marcelo Duque, a expressão surge com Hans Peter Ipsen, que ao desenvolver um longo estudo sobre o princípio da igualdade, questionou se a igualdade de direitos (Gleichberechtigung) deveria ser exigida apenas frente aos poderes públicos ou também no plano do direito privado, perante terceiros¹⁹³.

A história alemã do século XX projetou no mundo jurídico a resposta ao nacional-socialismo através da preocupação veemente com os direitos fundamentais, inclusive no plano entre privados. Por isso é possível afirmar que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não tem por acaso seu surgimento na Alemanha: primeiro pela extraordinária milenar e histórica capacidade tedesca de sistematização dos conceitos e argumentos jurídicos; segundo porque a própria história daquele povo, à altíssimo custo para a humanidade, foi palco de episódios que - não poderia de outra forma -

não negou o fato de que durante boa parte do regime hitlerista Veit Harlan foi o diretor nazista de cinema número 1, ou que seu filme *Jud Süß* demonstrou que ele era um expoente comprometido com a limpeza homicida dos judeus. Alguns empresários aqui e no exterior podem não se opor ao ressurgimento de Veit Harlan, mas a integridade moral da Alemanha não pode ser destruída por argentários insensíveis. O seu retorno somente pode reabrir feridas ainda mal curadas, e ressuscitar uma descrença que seria fatal para a reconstrução da Alemanha. Por todas essas razões não é apenas direito, como também dever de todos os alemães de protestar contra, e mesmo de boicotar este ignomioso representante da indústria cinematográfica alemã.” A produtora do filme imediatamente foi a juízo e obteve liminar em ação cautelar –confirmada na ação cominatória principal- que ordenava Lüth a se abster de novos chamamentos a boicote contra seu filme. A decisão foi confirmada pelo tribunal regional. Contra esta decisão Lüth ingressou com um recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) – e entrou para a história do Direito- dando nome a um leading case do constitucionalismo contemporâneo, a Sentença Lüth (Lüth-Urteil), do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgerichtshof – BVerfG). O paradigmático aresto da corte constitucional tedesca, dando provimento ao recurso de Lüth - considerando que sua liberdade de expressão fora indevidamente limitada pelas cortes ordinárias-, aplicou pela primeira vez a teoria que inspirou o presente estudo, a *Drittwirkung der Grundrechte*, ou eficácia contra terceiros (contra particulares) dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais não apenas seriam oponíveis contra o Estado, mas também contra pessoas privadas.” (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. **A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung). sob enfoque de seus deveres de proteção (schutzpflichten)**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, p. 6).

¹⁹³ DUQUE, Marcelo Schenk, *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40, (rodapé n. 6)..

tem como consequência a proteção dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana¹⁹⁴.

Porém, a pesar do surgimento e elaboração teórica da *Drittwirkung* atribuída aos alemães do século passado, o tema tem hoje calibre internacional se visto pelo campo de incidência territorial, e interdisciplinar se visto pelo campo de incidência temática¹⁹⁵.

De outra parte, algumas vozes bradam a elevação do direito privado a nível constitucional e neste sentido a constitucionalização dos direitos civis e de institutos que antes competiam ao Direito Civil. O sentido desta constitucionalização é justamente a definição em nível constitucional de princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do Direito¹⁹⁶.

Neste sentido, há uma opinião corrente segundo a qual é extraordinário o valor hermenêutico decorrente da migração de institutos e princípios de direito privado para o texto constitucional – os pilares do direito civil: família, propriedade e contrato. Nesta seara, a afirmação de que o conteúdo jurídico privado que está em nível constitucional admite uma nova hermenêutica das relações privadas conforme a Constituição, tal como todos os outros dispositivos constitucionais que completam o sistema¹⁹⁷. Por isso que Eugênio Facchini Neto ensina que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo

¹⁹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras** – Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas do Brasil, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras** – Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas do Brasil, 2. ., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

¹⁹⁶ “O que veio a contrariar toda a história do Direito Moderno, onde coube sempre ao Código Civil a definição dos institutos básicos aplicáveis aos outros ramos jurídicos”. (TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, Constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?, **Revista de Direito Privado**. v. 27, 2006, p. 231).

¹⁹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 31.

servir como parâmetro de conforto para todo o ordenamento jurídico além de auxiliar a este critério informativo e interpretativo validante¹⁹⁸.

Mas parece ser uma via prudente aquela que tende a um meio termo, onde há sim um campo de preservação do conteúdo jurídico privado em que pese a influência da hermenêutica constitucional. Isso porque, os dois ramos - o direito civil e o direito constitucional – aproximam-se para além dos seus valores: ambos dizem respeito ao cotidiano de cada pessoa humana e de cada cidadão, respectivamente. Isso porque na opinião de Paulo Lobo, as normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente, pois cada um de nós é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes de relações negociais e familiares. Do mesmo modo, em todos os dias exercemos a cidadania e somos tutelados pelos direitos fundamentais. Essa característica comum favorece a aproximação dos dois ramos do direito em interlocução proveitosa¹⁹⁹.

Com base na ideia de que a Constitucionalização do direito privado poderia suprimir a própria essência deste direito como autônomo, surge o juízo segundo o qual é temerosa tal diretriz, porque, ao final, poderia eliminar o próprio âmbito de existência do direito privado. Desde algum tempo alguns juristas vem propondo o questionamento sobre qual o papel do direito privado neste contexto. Facchini teme que o Direito Privado, com os seus institutos, se torne de certa maneira uma província do Direito Constitucional, não se pode olvidar a persistências de claras distinções (embora não mais dicotômicas) entre tais ramos jurídicos²⁰⁰.

Assim faz Ludwig Raiser, em texto da segunda metade do século XX, quando propõe a reflexão sobre um processo irreversível de invasão das

¹⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 41.

¹⁹⁹ LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**, Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

²⁰⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 48.

estruturas públicas na privada ou especificamente qual o papel, a função e o futuro do direito privado, afirmando:

O inventário que tentamos produzir em poucas e despretensiosas linhas mostra que o Direito Privado de modo algum se estiolou em seu conteúdo espiritual. No entanto, ao que parece, encontra-se em retirada no campo de sua aplicação. Estas considerações levam a indagar se estamos frente a um processo irreversível ou qual a função que do Direito Privado hoje e em futuro previsível é chamado a desempenhar²⁰¹.

O jurista prepara a construção de seu argumento apontando para a pressuposição de uma autonomia e coesão interna do Direito Privado como axioma ou ideal que deve ser mantido ou preservado para que não perca a sua identidade. Para ele a melhor lucubração seria aquela que mostra que a atualidade é herdeira de uma grande tradição que deve ser respeitada, mesmo que já não seja possível ser totalmente integrada²⁰². Assim, o primeiro argumento é a força da tradição, da história pragmática que é inerente ao conteúdo de direito privado, sendo muito temerosa a sua abdicação.

Por outro lado, o direito privado tem, entre outros, um papel de refletir em primeiro grau as características essenciais da sociedade: perdendo sua especificidade, o direito privado poderia ser condenado à extinção. Se, a pretexto de uma constitucionalização do direito privado, acabasse este desfigurado, então a consequência seria mais grave do que a causa determinante de sua evolução.

Por isso é preciso reconhecer a primazia de conhecimento do direito privado é preservá-lo de inadequadas ingerências do direito constitucional que como um sol possantíssimo ao invés de iluminar e dar vida, queima a vitalidade de seus subjugados. Para Marcelo Schenk Duque, eficaz é a “teoria do efeito recíproco” quando demonstra a existência de pontos de entrelaçamento entre o direito constitucional e o direito privado, isso porque sob esta perspectiva se pode reconhecer que a “primazia de conhecimento (Erkenntnisvorang) do

²⁰¹ RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre, 9 (25)., Porto Alegre, 1979, p.15.

²⁰² RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre, 9 (25)., Porto Alegre, 1979, p. 15.

direito privado” representa o grau de importância que o direito privado tem em relação ao direito constitucional²⁰³.

Da mesma forma, não tem cabimento adequado a segunda vertente (pela qual o direito privado se dirigiria à Constituição) porque a Constituição não é cabedal continente para o amplo catálogo de direitos privados e por isso o fim do direito não pode estar associado com a positivação do fenômeno civil a nível constitucional. Como afirma Marcelo Duque, essa ideia parte da constatação de que a constituição e particularmente o seu catálogo de direitos fundamentais não está apta a formar precisa e detalhadamente o conteúdo do direito privado como um todo de modo que a partir dela não se deixam derivar as soluções para todas as questões jurídicas de ordem privada.²⁰⁴ Assim, é inadequado entender a releitura do direito civil por pretender *status* de norma constitucional porque seria impossível a Constituição conter em uma noz a totalidade do ordenamento jurídico²⁰⁵.

Então, ao mesmo tempo em que é preciso defender a primazia de conhecimento do direito privado principalmente em face da sua história (a tradição é suporte concreto para viabilidade de muitos institutos, máxime o fideicomisso analisado nesta seara) também é preciso reconhecer a autoridade das normas constitucionais. Por isso surgem algumas defesas no sentido da permanência da autonomia do direito privado em face da ‘avalanche’ advinda da constitucionalização do direito privado²⁰⁶.

Assim, os cidadãos deveriam encontrar nas disposições de direito civil – direito privado – a regulação da sua vida em sociedade: não mais porque o código é “a constituição dos direitos civis”, mas porque, mesmo numa evolução não linear as disposições civis permanecem dando continuidade axiológica à

²⁰³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

²⁰⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

²⁰⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

²⁰⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 399.

vida de relação. Mais ainda: os valores no plano de direito civil – segundo a doutrina, contidos no Código de 2003: socialidade, eticidade e operabilidade – estão em permanente evolução histórica.

Por esta linha de raciocínio, é preciso enfatizar a virtude do diálogo, porque tais âmbitos do ordenamento jurídico, apesar de estarem em posições hierárquicas distintas, possuem relações recíprocas, porque o elemento de troca está a nível valorativo. E então a teoria do ‘diálogo das fontes’ se mostra muito oportuna. Expressão cunhada pelo jurista Erik Jayme e difundida amplamente no Brasil pela jurista Claudia Lima Marques²⁰⁷, para quem a teoria do diálogo das fontes é um método da nova teoria geral do direito muito útil, podendo ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI²⁰⁸.

Então, esta teoria (do diálogo das fontes) é humanista e humanizadora, pois, como já foi apontado, o diálogo se dá a nível valorativo, utilizando o sistema de valores como linguagem do diálogo. Esta teoria propõe uma interpretação orientada por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁹.

²⁰⁷ “Erik Jayme, ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, afirma que o fenômeno mais importante nesta sua teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado, é que a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, estas fontes todas não mais se excluem ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando o que as fontes dizem.” (MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.19).

²⁰⁸ “Método é caminho, Metodologia é um processo, uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa.” (MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques coordenação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.21).

²⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques coordenação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 78.

Enquanto a tarefa (em termos de diálogo – a fala) do direito constitucional é a proposição de princípios a agirem em todo o sistema, a tarefa (ou a fala) do direito privado é a de transformar os princípios consagrados na constituição em instrumentos concretos de ação o que, segundo Marcelo Duque, determina que o legislador busque continuamente uma regulação que concretize os pressupostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais, de modo a obter uma maior determinação da regulação normativa bem como uma maior clareza e previsibilidade jurídicas em relação à que seria obtida por um recurso direto e imediato aos direitos fundamentais.

Bruno Miragem, apresentando considerações sobre o tema num texto com título muito pertinente denominado ‘Eppur si muove’, fazendo evidente analogia ao que – segundo a tradição – pronunciou Galileo Galilei, condenado pelo tribunal do Santo Ofício em razão de seus esforços na defesa da tese, já suscitada por Copérnico, sobre o movimento da Terra em torno do Sol²¹⁰. Esta expressão ‘virada de Copérnico’ como metáfora da virada semântica do direito civil constitucional foi apresentada por Luis Edson Facchin²¹¹. Têm razão ambos juristas, assim como a Terra e o Sol, o Direito Civil e o Direito Constitucional são sim cada um, um ente individualizado e diferente, mas que se movem em conjunto. Dialogam os astros e as fontes. Havendo um diálogo harmonizado e equilibrado entre a Constituição e o direito privado, há uma consolidação e concretização dos valores constitucionais da mesma forma que há uma consolidação e concretização da tradição como virtude da *phronesis* do direito privado²¹².

Observada a virtude da harmonia do diálogo, pode-se adotar a denominação *convergência* para determinar a integração de ambos os campos,

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. **Diálogo das Fontes** – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Claudia Lima Marques coordenação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 85.

²¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

²¹² “Si la valoración precedente de la naturaliza y de las tareas del actual Derecho Constitucional y del actual Derecho Privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que reciprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan. Em tal ordinamiento integrado, el Derecho Costitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado, y el Derecho privado de importancia decisiva para el Derecho Costitucional”. (HESSE, Konrad. **Derecho Conastitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p.81).

cada qual com o seu papel e respeitando o primado de cada um: não se sobrepuja o direito privado ao fazê-lo convergir e direcionar-se ao direito constitucional²¹³. Ao contrário, tal ideia afasta o temor do abafamento – ou da histórica prevalência – de um ramo sobre o outro. Segundo Marcelo Duque é exatamente nesse sentido que o pensamento de convergência do direito privado para o direito constitucional: centrado na ideia de convergência na interpretação possui uma vantagem em relação ao pensamento da constitucionalização do direito privado. Isso porque a ideia de convergência transmite com maior facilidade a importante noção de que não se cogita o abafamento da identidade de antigos âmbitos do direito por meio da constituição. Isso porque ela se apoia no fato de que há uma congruência (Kongruenz) entre o direito privado e os direitos fundamentais, cuja pré-compreensão dá conta de aspectos distintos²¹⁴.

E fazendo como faz a História, retorne-se ao início deste tópico quando o tema era a origem da legalidade constitucional proposta por Perlingieri. Há de se fazer a veemente referência que no direito brasileiro não se deu história semelhante àquela que determinou a necessidade de encontrar fora do Código o conteúdo axiológico coerente da norma. O Código Civil reelaborado por direção de Miguel Reale tem a sua marca de jurisfilósofo de altíssimo quilate.

Mais ainda, as normas de direito civil, positivadas no Código tendem a encontrar a socialidade pretendida por seu elaborador, Miguel Reale, alterando a premissa individualista da norma anterior²¹⁵. Por isso, não há que se falar em

²¹³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 397.

²¹⁴ Por isso Marcelo Schenk Duque afirma que é mais adequada a expressão convergência do que constitucionalização do direito privado. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

²¹⁵ Esta opinião segundo a qual o código tem a marca da socialidade pretendida pelo seu elaborador é firme nos textos de Judith Martins-Costa, MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gérson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. Mas não é unânime. Juristas de grande credibilidade têm apontado que, entre avanços e retrocessos, o Código civil de 2002 não corresponde propriamente a uma diretriz social inarredável, principalmente por não ter tratado de questões importantes da realidade social da vida de relação. Isso pode ser compreendido nas palavras de Luiz Edson Fachin, que asseverou: “Para além da discussão teórica, é preciso refletir se o novo Código Civil produz resultados práticos, isto é, se de fato consegue atender às necessidades do povo brasileiro, sobretudo quando se tem em mente a composição altamente heterogênea dessa nação. A resposta a isso não é simples. A inserção principiológica em um estatuto privado, conforme

desatualização da lei civil propriamente dita com o contexto humanizado na qual está inserida. Por isso a convergência das normas de direito privado, protegidas na sua existência pelo simples fato de serem fruto de uma construção histórica repleta de tradição, são muito oportunas para serem coparticipes do processo hermenêutico constitucional.

Com esta evidenciação, se pode ingressar especificamente no âmbito onde o fideicomisso, como monumento histórico que tem a marca das novas diretrizes do direito civil a partir da reforma do Código Civil se direciona a convergir com o direito constitucional pelos seus princípios e valores de proteção da pessoa na sua dimensão existencial e não mais puramente patrimonial. Com este fito, a etapa subsequente analisa a tutela da pessoa, máxime pelo método histórico analítico que permeia esta tese.

4.2. TUTELA DAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS: A EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO E PROTEÇÃO DA PESSOA

É preciso distinguir o conteúdo da tutela para que se possa de forma adequada fazer uma análise valorativa da proteção jurisdicional: se a pessoa humana é o centro de todo o ordenamento jurídico, é por este viés que o valor constitucional deve incidir na norma civil para iluminar e projetar o âmbito de atuação do direito.

As situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais²¹⁶. Isso porque fica evidenciado que no ordenamento se operou uma opção que lentamente se vai concretizando entre personalismo (superação do

analisado, pode atribuir ao Poder Judiciário uma maior possibilidade de fazer justiça no caso concreto e, nesse sentido, o Código de 2002 atende às demandas mais diversas de uma sociedade tão multicultural. Contudo, causa desassossego que o atendimento dessa demanda dependa de uma interpretação positiva por parte do Judiciário e não de uma produção legislativa competente". FACHIN, Luiz Edson, **Código Civil brasileiro: entre avanços e retrocessos**. Texto para o Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung, em Hannover, 20 a 23 de novembro de 2014.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade)²¹⁷. Assim surge a ideia de repersonalização do direito civil, ou sob outra terminologia, a despatrimonialização do direito civil.

Este fenômeno projeta o *loci* do homem em relação ao Direito: deixa de ser um coadjuvante na teoria da relação jurídica para ser efetivamente o centro principal de interesse do direito civil. Isso se dá com a alteração da preocupação principal do direito civil: as regras não tendem mais ao predomínio do aspecto patrimonial²¹⁸, mas tendem à tutela dos interesses existenciais apropriadas a consideração da pessoa humana.

Esta valorização da pessoa humana na hermenêutica civil se fundamenta principalmente nas novas diretivas correspondentes aos direitos de personalidade. E não é por acaso que este grupo de previsões normativas encontra-se na abertura dos dispositivos civis contidos no Código. Há uma evidente preocupação de qual é o *príus* do novo perfil do direito civil, demonstrando que interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais: na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico²¹⁹.

Esta nova perspectiva não pretende expurgar ou reduzir o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, pretende sim alterar o enfoque dado pela tutela jurídica ao próprio titular do direito subjetivo. Seria impossível retirar o caráter econômico das relações da vida privada em épocas de globalização, por isso não seria esta a pretensão da nova leitura do direito civil. Segundo Perlingieri, a celeuma se instaura na exigência de tutela do homem buscando um aspecto idôneo não a 'humilhar' a aspiração econômica, mas pelo menos a

²¹⁷ “Com o termo certamente não elegante despatrimonialização, individua-se uma tendência normativo-cultural.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. tradução de Maria Cristina de Cicco, 3. ed. Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33).

²¹⁸ “Recorde-se que o modelo dos códigos modernos, o Code napoleón, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e duas relações.” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 34).

²¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 34.

atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa²²⁰.

Por isso, parece que o progresso jurídico sobre o tema requer uma releitura do *ethos* do conceito de pessoa para o ordenamento jurídico sendo este o fulcro ou cerne da tutela de direito civil ressignificado. Esta é a preocupação da parte que segue neste trabalho.

4.2.1 Sentido estrutural – A viagem semântica do conceito de pessoa como base da estrutura do direito privado

Depois de demonstrada a construção histórica do direito civil, máxime na sua perspectiva de proteção patrimonial da pessoa, relegando ao segundo plano a condição imanente de ser humano como o objeto mais precioso a ser tutelado pelo Direito, é preciso enfrentar tal crítica pelo aspecto estrutural. Isso significa argumentar que o deslocamento do enfoque patrimonial para o existencial é consequência do equívoco de observação da relação jurídica pelo sentido exclusivamente técnico²²¹.

Isso porque, como afirma Luiz Edson Fachin, perceber a pessoa somente como sujeito de direito pode acarretar ‘um relegar a condição inata de pessoa’, que não depende desse redescobrimto jurídico para ser titular de direito fundamental. Para ele, não enquadrar o sujeito como elemento da relação jurídica depende concretamente da orientação que se tem no plano das ideias²²².

Neste ponto de vista, adota-se a crítica elaborada por Orlando de Carvalho quanto à noção clássica de relação jurídica e seus elementos que historicamente (desde o seu surgimento na Pandectística) sempre colocou a pessoa como correspondente a um termo técnico inserido e elaborado teoricamente, sem conexão com o seu ser concreto²²³. Assim, é neste cenário que se faz cogente a ‘repersonalização’ do Direito Civil. A pessoa que está no

²²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 3. ed. Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

²²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

²²² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

²²³ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica – seus sentidos e limites**. 2. ed. atualizada, Coimbra: centelha, 1981, p. 90.

cume da normatização não é o homem em sentido abstrato como foi o do liberalismo econômico, mas o homem concreto da sociedade contemporânea, retratando a busca de um humanismo socialmente comprometido²²⁴.

Como referiu o autor português, é preciso observar que a construção do conceito de pessoa é histórica. Diante disto, perspicaz é a observação de que para a cultura grega, 'pessoa' é '*prosopon*' que significa máscara utilizada nas peças teatrais, justamente aquilo que se coloca na frente do rosto, e representa o ator que segura a máscara. Como tal não designa o homem, nem em sentido geral, ou físico, nem mesmo em sentido ético-espiritual; designa isso sim o personagem. Também em latim a palavra *persona* designava máscara teatral que representava o personagem e não o homem. Para ambas, enquanto o homem é real, a pessoa é a aparência fictícia e lúdica. Tanto é assim que com este recurso poderia um homem representar uma figura feminina num tempo em que era costume o impedimento das mulheres representar²²⁵.

Os romanos evoluíram a expressão *persona* do significado de máscara para o significado de homem (homem no seu sentido naturalístico), conforme se depreende deste passo do jurista Gaio:

²²⁴ "Necessidade também de referir constantemente o Direito aos interesses, considerando-o na linha de Heck, como um serviço da vida, mas diferentemente dele, de uma vida inserida numa dinâmica histórica que aponta para uma autêntica emancipação pessoas. Possibilidade com estas correcções de uma teoria geral da relação jurídica que seja não apenas um instrumento científico para a compreensão de todo o Direito Civil, mas um instrumento pedagógico para a formação do jurista verdadeiramente empenhado nas grandes lutas do seu tempo." (CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica** – seus sentidos e limites. 2. ed. actualizada, Coimbra: centelha, 1981, p. 100).

²²⁵ COTTA, Sérgio. *Persona* (Filosofia Del Diritto). **Enciclopédia Del Diritto**. vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore. 1983, pg 160.

GAIO 1.8: Omne autem ius, quod utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.

GAIO 1.8: todo o direito que usamos ou respeita às pessoas ou às coisas ou às ações.

Também no Direito de Justiniano verifica-se a expressão pessoa traduzida no sentido natural de homem:

D.1.5.2.: Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secutus et his proximis atque coniunctis applicantes titulos ut res patitur, dicemus.

D.1.5.2: Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens, nós declaramos ter seguido o édito perpétuo, primeiramente com o status das pessoas e depois os outros, aplicando os títulos próximos e os conjugados a estes conforme a matéria.

Assim, na época romana, tanto era pessoa o homem livre como o escravo (*persona servi*) que por sua vez não era considerado sujeito de direito e não gozava de capacidade jurídica, reservada apenas ao *pater familias*, único sujeito de direito no modelo romano baseado no *status*.²²⁶

Michel Villey demonstra que a diversidade dos clássicos (onde são pessoas tanto o homem escravo como o homem livre, o homem cidadão e o homem estrangeiro, o homem *sui iuris* e o homem *alieno iuris*) supõe diversos papéis e que esta noção foi distorcida para o singular, a “pessoa” abstrata²²⁷.

É verdade que num momento histórico da construção do direito das pessoas se forjou um conceito de personalidade jurídica como atributo comum de todos os homens, retirando-lhes a sua dimensão plural e concreta substituindo pela ideia abstrata de sujeito de direito.

A verdade é que a palavra *persona* viveu uma verdadeira “aventura semântica”²²⁸. A atual concepção jurídica de pessoa, em sua reconstrução histórica, para além de não ter tido sempre a mesma conotação, pode-se dizer que era ignorada pelas culturas ocidentais antigas como a grega e a romana.

²²⁶ “Homines. È questa la nozione principale del titolo V (De statu hominum). del libro I del Digesta di Giustiniano, titolo che, terminata l’esposizione delle fonti normative, dà inizio ad una sintesi sulle materie private e pubbliche. Alla concreta nozione di homines sono conesse quelle, anche concrete, di liberi, servi, cives Romani, ingenui, libertini, qui in utero sunt, etc. Il passo di Ermogeniano, che dà il motivo di fondo dell’ordine sistematico (“cum igitur hominum causa omnes ius constitutum sit”). non fa riferimento alla “società”, bensì ai singoli homines nella loro concreta pluralità.” (CATALANO, Pierangelo. *Dirito e Persone. Studi su Origine e Attualità del Sistema Romano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 167).

²²⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito*, os meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003. Pág. 370

²²⁸ Expressão utilizada por COTTA, Sérgio. *Persona (Filosofia Del Diritto)*. **Enciclopédia Del Diritto**. vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore. 1983, pg 159.

Essa noção foi introduzida pelo cristianismo na linguagem culta (teológico primeiro, filosófico depois) e então na linguagem comum. Mesmo drástica tal afirmativa expõe suas percepções: por um lado filosoficamente correta, mas por outro muito discutível porque dá mais atenção ao léxico do que o núcleo conceitual. Para Alexandre Cunha, não é por acaso que na Idade Média que os conceitos de ‘pessoa’ e de ‘ser humano’ tornam-se coincidentes, pois antes de São Tomás de Aquino, consideravam-se as coisas como podendo ser dotadas de capacidade jurídica, e, até que os jusnaturalistas espanhóis da Escola de Salamanca fossem chamados a revolver a questão do status jurídico das populações nativas da América, sequer se havia cunhado a ideia de que todos os seres humanos são pessoas²²⁹. É com a influência da Igreja Católica que a significação de pessoa passa a ser relacionada ao indivíduo, e assim deixa de lado a importância semântica para ter um caráter de conteúdo. Isso porque era necessário explicar como o Pai (Deus) se mostra através do Filho (Jesus Cristo) sendo esse uma pessoa²³⁰.

E este *iter* cultural-semântico chega, então, a atribuir ao termo ‘pessoa’ o significado de ‘pessoa individual e individualizada’. Os canonistas medievais utilizaram a expressão ‘pessoa’ para designar qualquer ente que seja passível de imputação do seu próprio agir e ter então capacidade jurídica. Nesta nova concepção duas são as direções que o conceito toma: a direção a patrimonialização e a direção da abstração, ambas as direções atinentes a um único conceito de pessoa.

Além disso, o cristianismo veio a contribuir para a construção e consolidação do conceito de pessoa jurídica, já que, por motivos sócio-ideológicos, pretendiam justificar como um ente abstrato (a Igreja) poderia ser titular de patrimônio²³¹. Assim, neste período, o termo ‘pessoa’ deixa para trás

²²⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas: entre o Individualismo e Humanismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 18, 2000, p.16.

²³⁰ “Os sábios do Cristianismo viram-se envolvidos com a elucidação de dois pontos fundamentais da doutrina: o “mistério” da encarnação e o da Trindade. Se Deus é um só – e não poderia deixar de sê-lo, segundo o dogma – a unidade é da divindade, isto é, da natureza divina, porque as pessoas são três: a trindade é das pessoas.” (MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa*. **Revista dos Tribunais**. v. 590, 1984, p.17).

²³¹ “Também estes entes podiam possuir e o seu patrimônio não pertencia nem ao Estado nem ao ente territorial no qual estavam compreendidos, nem muito menos a uma determinada pessoa física. A gestão era confiada aos administradores, sob a vigilância dos Bispos”.

a significação de ‘máscara’ para designar o ator mesmo, agora titular de direitos e responsabilidades: ‘pessoa’ no seu sentido jurídico assume um primordial conteúdo econômico, pessoa na figura dominante do proprietário. Neste sentido a pessoa se torna o fulcro do ‘individualismo jurídico’²³².

Então a doutrina alemã do século XIX faz, a seu tempo, uma releitura da teoria de pessoa. Savigny, no parágrafo 60 do Livro II intitulado “As pessoas como Sujeitos de Relações Jurídicas” afirma que “*cada relação jurídica consiste na relação de uma pessoa com uma outra pessoa*”²³³. E segundo Pierangelo Catalano, tal definição exprime plenamente o pensamento típico de um romanista do século XIX. E a confirmação disto é realmente a própria indagação que Savigny faz “*quem pode ser sujeito de uma relação jurídica?*” quando ele mesmo deduz que “*esta questão*” seja relativa à possibilidade de ‘ter’ direitos, ou seja, a ‘*capacidade jurídica*’.²³⁴

Na verdade, as concepções de Savigny são ligadas ao subjetivismo próprio da época histórica. E esta posição é comprovada pela posição do próprio Savigny em tema de propriedade quando afirma: “*o fim da presente pesquisa, para o fim ao qual se dirige, pode dizer respeito somente a pessoas determinadas nas relações jurídicas, porque cada um deve considerar-se como capaz na relação jurídica puramente negativa na qual todos estão frente a uma única pessoa, por exemplo, a um proprietário*”²³⁵. No instituto do direito da propriedade, construído como direito real e absoluto uma vez que confere ao titular, um poder de fazer valer frente todos os outros sujeitos indistintamente, o que constitui a extrema abstração que alcança o subjetivismo jurídico.

Tal circunstância revela também que é possível que um sujeito, titular de algum direito, seja exclusivamente destinatário de um dever negativo de não ingerência. Por isso, se o polo subjetivo da relação jurídica não é a “pessoa” e sim o “sujeito de direito”, seja ele decorrente de um ser vivo ou fictício (pessoa

(CAMPITELLI, Adriana. Persona (Diritto Intermedio). **Enciclopedia del Diritto**. vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 188).

²³² COTTA, Sérgio. Persona (Filosofia Del Diritto). **Enciclopédia Del Diritto**. vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore, 1983, pg 162.

²³³ SAVIGNY F.C.von. **Sistema del Diritto romano attuale**. trad. V. Scialoja, II, Torino, 1888, § 60, p. 1.

²³⁴ CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. **Studi su Origine e Attualità del Sistema Romano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 178.

²³⁵ SAVIGNY F.C.von. **Sistema del Diritto romano attuale**. trad. V. Scialoja, II, Torino, 1888, § 60, p. 2

humana ou jurídica), mas sempre dotado de capacidade jurídica, identifica-se precisamente o que é relevante para o Direito: não é mais o estudo das pessoas, e sim o estudo da capacidade jurídica, capacidade de adquirir direitos. Esta circunstância determina na ideia de sujeito de direito predomina o juízo da capacidade jurídica do que da pessoa²³⁶.

Portanto, a “pessoa” passa a ser entendida como “sujeito” e também como “indivíduo”²³⁷. O homem é o sujeito da norma jurídica e, conseqüentemente, único objeto da teoria da pessoa²³⁸. Surge então a concepção de “homem-indivíduo-abstrato” que é o sujeito das relações jurídicas, como uma espécie de objetivação, já que a sua importância é externa, é a de fazer parte de uma relação jurídica.

Pela explicação de Judith Martins-Costa, sujeito que é visto pela perspectiva do ‘indivíduo’ não está mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, status. Está sim inserido numa ‘lógica proprietária’ que reveste a própria ideia de pessoa humana. Absorvida a concepção de ‘pessoa’ na de ‘indivíduo’ são delineadas tramas semânticas cuja consequência é a fusão do ‘ser pessoa’ no ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’²³⁹.

Segundo Messinetti, a participação do homem na vida do direito, que se manifesta no acontecimento de fatos jurídicos, pressupõe que exista um sujeito capaz de tornar-se titular dos efeitos jurídicos que tais fatos venham a determinar²⁴⁰. Capacidade toma então posição de maior destaque em relação ao sujeito, como uma peça teatral e seu ator. O sujeito é o ator da encenação teatral, e não se sabe quem efetivamente está interpretando o papel, interessa

²³⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da Pessoa Humana**: O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.22.

²³⁷ À propósito, ver noção de Pierangelo Catalano que lança a hipótese de que estes pensadores do século XVIII distorceram a concepção estritamente romanista para adequá-la a então realidade. É assim que explica: “si ricorda che, al proposito, lo Schulz aveva sostenuto che i romani fossero privi di un termine tecnico per indicare, tra l’altro, anche la capacità di giuridica; lo stesso autore, pertanto, sembrava introdurre tale concetto al fine precipuo di rendere attuale il diritto romano, com ciò trasponendo concetti giuridici moderni che negli antichi giuristi.”, CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone. Studi su Origine e Attualità del Sistema Romano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

²³⁸ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1987, p. 14.

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, março 2001, p. 9.

²⁴⁰ MESSINETTI, David. Personalità (diritti dela). **Enciclopedia del Diritto**, v. XXXIII, Padova: cedam, 1983, p.374.

somente interpretar e estar na dinâmica da apresentação, na dinâmica do adquirir direitos e contrair obrigações e movimentar o mercado, atitudes atribuíveis àqueles que são capazes²⁴¹. Tanto é assim que bem colocadas foram as palavras de Giorgio Oppo quando disse que *“a capacidade é uma noção parcial que exprime o sujeito como ‘aquele que se comporta’ mais do que exprimir uma ‘escolha de valores’, noção governada pelo ordenamento positivo*²⁴²”.

Portanto, a tecnicidade do conceito pressupõe a abstração do ser concreto que suporta a denominação de ‘sujeito de direito’ em face da ideia de uma justiça mediante uma igualdade formal²⁴³: todos os indivíduos são iguais porque podem igualmente ser considerados sujeitos de direito, capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Neste ponto cabe aproveitar a crítica feita por Orlando de Carvalho à sistematização alemã, fruto da Pandectística, na criação da Parte Geral do Direito Civil na legislação codificada. Argumenta o autor que tal estrutura tende a reduzir as pessoas a mero elemento da relação jurídica, concorrendo para uma ‘reificação’ ou ‘desumanização’ do jurídico. Neste sentido Orlando de Carvalho afirmou que não tardará para o próprio sistema das Pandectas se mostrar intrinsecamente incoerente ou com resíduos jusnaturalistas obsoletos, na medida em que, na relação jurídica, ainda arranca da pessoa dos sujeitos. Para este autor esta tecnicidade resvala numa superficialidade e na própria falta de um desígnio humano sensível, pois se trata de um conjunto de puras e

²⁴¹ “a restrição das preocupações dos juristas, no campo da pessoa, à capacidade jurídica, associada à visão individualista possessiva que levou Messinetti a cunhar o conceito de ‘lógica proprietária’ para definir a metodologia civilística do século XIX, tem uma de suas mais amplas expressões na teoria do patrimônio desenvolvida por Aubry e Rau. Para esses autores a ‘idéia de patrimônio deduz-se diretamente desta de personalidade’.” (CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa Humana: Conceito do Direito Civil. **A Reconstrução do Direito Privado**, Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.235).

²⁴² OPPO, Giorgio. Declino del Soggetto e Acesa della Persona. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XLVIII, n.6. Nov/Dic 2002, p.835.

²⁴³ “É que do sujeito medieval remetido somente a uma essência teocêntrica, apta a conferir-lhe universalidade, instaura a moderna razão da igualdade formal entre todos os seres humanos a partir dos conceitos”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82).

simples fórmulas virtualmente adaptáveis a toda a espécie de substância, demonstrando a sua indiferença quanto à missão da própria lei²⁴⁴.

Esta é a crítica pelo sentido estrutural: para atingir um estágio tal de abstração jurídica condicionou-se a concepção de pessoa ao de sujeito de direito num sentido técnico e abstrato sem conexão com o seu viés ontológico, o que desconectado desta perspectiva, afasta-se da qualidade própria de ser humano. Neste ponto de vista, o objeto da crítica é o próprio fato da tecnicidade do conceito: o sujeito como elemento da relação jurídica, ao mesmo tempo em que equivale ao conceito de pessoa, coloca esta definição a cargo do Direito: a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal. E então muito oportuna a colocação de Luiz Edson Fachin para quem, neste contexto, o sujeito não 'é' em si, mas 'tem' para si titularidades²⁴⁵.

Não pode mais um ordenamento jurídico que coaduna suas fontes de produção normativa com a mais consagrada virtude da proteção da dignidade da pessoa humana permanecer com estruturas fundamentais que engessam o sistema todo diante de categorias desconexas com a realidade atual, ou historicamente atual. Tanto é assim que há uma tendência contemporânea pelo abandono dessas concepções abstratas e genéricas. Sobre esta virada valorativa a nível infraconstitucional, opinou Judith Martins-Costa que o Código Civil de 2002 deve ser compreendido sob a ótica dos paradigmas culturais provenientes da obra filosófica e dogmática de Miguel Reale²⁴⁶. Para esta autora, tanto a concepção do direito como experiência, como a necessidade de concreção das normas, polarizadas por valores que adquirem entidade na experiência concreta da vida civil, explicam a razão pela qual muitas das regras do Código, ainda que não fundamentalmente alteradas em sua *littera*, são

²⁴⁴ "A monstruosidade do jurista 'puro' designadamente do legista de tão famigerado renome, se tem raízes mais hundas que a pandectística moderna, a esta deve, no entanto, um inestimável álibi". (CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica** – seus sentidos e limites. 2. ed. actualizada, Coimbra: centelha, 1981, p. 60).

²⁴⁵ "É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de 'outra ordem'), e é mais um 'indivíduo patrimonial'." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82).

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gérson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

diversas, em seu significado e alcance, pela nova alma que as vivifica, centradas que estão na pessoa humana como “valor-fonte” de todos os demais valores²⁴⁷.

Então é pertinente a lição de Orlando de Carvalho para quem é muito oportuna a ‘repersonalização’ do direito civil, ou seja, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos, já que sem essa raiz o direito é ininteligível, porque o Direito, não sendo um sistema lógico, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores²⁴⁸.

É neste contexto que o fideicomisso pode ser exemplo do reajuste dos institutos que sustentam o sistema ao seu novo paradigma²⁴⁹: não se perde a moldura na qual estão expostas as circunstâncias a serem protegidas pelo ordenamento (fideicomisso é bimilenar), mas dá-se o enfoque mais à função de proteção da norma do que seu aparato estrutural.

4.2.2 Sentido valorativo – O critério para a releitura do Direito Civil na legalidade constitucional como desenvolvimento da proteção da pessoa no seu sentido existencial

A norma constitucional que reconhece e garante os direitos invioláveis do homem é particularmente importante na medida em que se põe como uma cláusula geral de tutela essencial da pessoa humana.

Como já foi abordado, é nítida a identificação do sentido valorativo que o direito atribui ao seu conteúdo: se o maior cuidado do Direito for dado para a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, submetidos a apreciação

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gérson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

²⁴⁸ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica – seus sentidos e limites**. 2.ed. atualizada, Coimbra: centelha, 1981, p. 90.

²⁴⁹ “Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica. E é por isso que a palavra ‘coisa’, objeto de uma relação jurídica, cede lugar à definição mais ampla que, a seu turno, se liga ao interesse, inclusive dos não sujeitos nos moldes tradicionais.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82).

econômica, então são mais importantes as regras jurídicas atinentes à tutela do patrimônio: se assim estiver o estado das coisas, então o Direito Privado fica restrito à proteção dos bens patrimoniais. Deste ponto de vista não há espaço para a dimensão social da existência. Entretanto, conforme muito bem frisa Judith Martins-Costa, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente - passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual mais que tudo, ressalta a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.²⁵⁰ O que Luiz Edson Fachin definiu como a 'virada de Copérnico' faz a pessoa ser o valor fundante de todo o ordenamento, reafirmando a primazia da pessoa concreta ocupando um *locus* privilegiado no sistema que se observado em estrutura hierarquizada certamente está no seu topo²⁵¹.

Quando Pietro Perlingieri ensina sobre a legalidade constitucional afirma que tanto na aplicação direta como na aplicação indireta, a norma constitucional acaba por ser aplicada de qualquer forma²⁵². Isso porque a norma constitucional não se presta somente estar no alto do ordenamento irradiando efeitos ou determinando regras de hermenêutica, mas principalmente por funcionalizar valores²⁵³.

Então, a expressão 'constitucionalização do direito civil' deve ter esta perspectiva: escapa do critério estrutural (seja da estrutura da própria relação

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 132.

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. **Dialogos sobre Direito Civil**. org. Carmen Lucia Silveira Ramos et.al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

²⁵² "Sia nella applicazione c.d. indireta, dovuta alla presenza nella legislazione ordinaria di una normativa specifica di clausole generali o di principi espressi, sia nella applicazione c.d. diretta definita in tal modo per l'assenza dell'intermediazione di un qualsiasi enunciato normativo ordinario, la norma costituzionale finisce con l'essere utilizzata comunque". (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 199)

²⁵³ "Non quindi sempre e soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idônea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazione soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori." (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 199).

jurídica quanto da estrutura hierarquizada da aplicação das normas) para sofrer uma drástica alteração de sentido. O direito civil não é mais uma ilha isolada a qual se atribuía o compito de regular toda esfera privada como uma verdadeira 'constituição de direitos civis'. O direito civil deve observar a informação advinda da esfera constitucional máxime seu conteúdo axiológico que interpenetra no ambiente privado. Da mesma sorte que o direito civil mantém a sua substância de tradição inalienável, como fenômeno histórico, este se coaduna a sua nova etapa culturalista com os mais altos princípios e valores constitucionais²⁵⁴.

Dentro do mais consagrado rol de princípios a nível constitucional a pessoa humana é resguardada inclusive pela sua perspectiva existencial. Neste sentido, a proteção de um ente ainda não concebido – concepturo – é um dos fatores que podem demonstrar a preocupação com os princípios constitucionalmente afirmados numa nova dimensão do direito civil. Isso porque interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal devem antepor-se aos interesses e direitos patrimoniais, supondo que, numa hierarquia de valores, aqueles ligados à pessoa humana, ainda que não concebida, prevalecem sobre o interesse econômico. Tanto é assim que o Código Civil demanda de seus intérpretes a compreensão da nova metodologia para compreender o fenômeno jurídico. Esta lógica metodológica está assentada em critérios de valor que direcionam o valor da norma tradicional privada diretamente nos Direitos Fundamentais²⁵⁵.

Por isso então é possível, e de forma plena, defender a pertinência absoluta do instituto do fideicomisso porque está em perfeita consonância com

²⁵⁴ "Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão-somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil." (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 109).

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 84.

a ideia de um instituto tradicional que compactua e concretiza os mais altos valores da pessoa humana, já que lhe protege a nível existencial. Esta é a tese que se defende neste trabalho.

5. A ADEQUAÇÃO E OPORTUNIDADE DO FIDEICOMISSO NA ATUALIDADE

Não resta dúvida que o fideicomisso tem uma previsão e uma função dentro do ordenamento jurídico. A sua previsão enquadra-se na hipótese de beneficiar um ente não concebido. Nesta circunstância de legitimação do concepturo, pelo que defende esta tese, é cabível numa releitura do direito civil pelo viés valorativo correspondente a dimensão existencial da pessoa humana.

Já a sua função de efetivamente de transmitir patrimônio, da mesma forma se enquadra numa perspectiva protetiva, também pelo viés valorativo porque sim o direito de propriedade é fundamental para a realização plena do ser humano. Mas neste ponto é possível ir além, demonstrando a atualidade e utilidade do instituto do fideicomisso, na medida em que esta proteção de caráter patrimonial corresponde a uma preocupação o direito do disponente em deliberar e decidir questões de entrave na sua sucessão, como num verdadeiro planeamento sucessório.

Em face disto, é possível observar o papel que o instituto toma no cenário atual como instrumento condizente com a convergência dos direitos público e privado, tanto pelo seu sentido existencial pela simples previsão do concepturo como beneficiário, como pelo seu sentido patrimonial na medida em que, passados mais de dois milênios, o fideicomisso continua sendo oportuno na transmissão patrimonial.

Muitos estudiosos e operadores do direito permanecem irredutíveis na opinião segundo a qual o instituto do fideicomisso não tem mais utilidade. Este trabalho tem por objetivo demonstrar justamente o contrário. Para aqueles juristas e práticos do direito que se mostram veementes na posição da falência

do instituto, a principal razão de seus argumentos são o efetivamente baixo número de casos em que o fideicomisso foi concretizado nos tribunais e na prática judiciária. Segundo esta corrente de opinião, o fideicomisso há muito já deveria ter sido expugnado.

A imensa maioria dos operadores do direito ou nunca se depararam com um fideicomisso na prática ou simplesmente não o conhecem por conta da sua posição na tábua de matérias de direito sucessório: o fideicomisso sempre é o último a ser tratado e muitas vezes, de forma muito sucinta. Em verdade, durante toda a sua larga existência o fideicomisso sempre teve acirrados opositores, em todos os níveis de argumentos e em todas as épocas históricas, isto é, correspondendo todas as utilidades que o instituto já teve desde a sua remotíssima origem. A mais recente objeção é a sua reduzida realidade prática.

Este, porém, não é argumento sólido para desconstruir o instituto, já que desconhecimento é quase sempre um fator de aversão. Quando se ignora a existência de um objeto, não é possível defendê-lo. Talvez esta seja a razão de tamanha repugnância. Da mesma forma, uma vez que o fideicomisso viabiliza-se somente através da parte disponível da sucessão mediante testamento, a própria antipatia ao ato de dispor em vida do patrimônio pode ser explicação tanto para o uso incomum do instituto como pela reticência dos operadores do direito. Porém, fica evidente que a simples não utilização do instituto não é motivo suficiente para odiá-lo. Menos ainda repudiá-lo em face de sua gigantesca tradição. A sua sobrevivência por mais de milênios só corrobora a sua força vital, já que não é qualquer instituto que permanece integrando o ordenamento jurídico por tanto tempo. Mais ainda, está em vigor e sim, tem a sua adequação e oportunidade.

Conforme demonstra esta tese, o fideicomisso tem em si a utilidade e oportunidade de um instrumento atual, por dois basilares motivos:

(1) em primeiro lugar, o fideicomisso como instrumento cuja finalidade é sim destinação patrimonial corresponde não só a direito de dispor do próprio patrimônio, mas principalmente porque se coloca como instrumento capaz de atingir objetivos que o disponente não alcançaria por outros meios, numa verdadeira forma de planejamento sucessório.

(2) em segundo lugar, pelo aspecto da legitimação do instituto – só é viável a existência de um fideicomisso se aplicável a um ente não concebido. Esta previsão por si só já demonstra o caráter do instituto. Sem observar propriamente a função, mas pura e simplesmente a previsão do instituto já é possível demonstrar que nenhum outro campo de direito civil tem a grandiosidade de prever um tratamento específico ao ente não concebido. Isso nada mais é do que tratar a pessoa de forma digna e concretizar as teorias sobre a consideração da pessoa na sua dimensão existencial.

Mas, mais ainda do que dignidade pura e simples, é um tratamento diferenciado porque observa a pessoa pelo seu viés ontológico e com isso se afasta cada vez mais da ótica patrimonialista de tempos mais remotos. Com este olhar, o ser humano tem previsão no ordenamento jurídico além de sua condição de sujeito de direitos, mas tem previsão no sentido mais pleno de 'pessoa por existir'. Neste sentido, esta tese revela sua força ao demonstrar que é possível uma releitura do direito civil através do fideicomisso como instrumento que coloca o concepturo como beneficiário e por isso chama a pessoa no seu sentido mais existencial à categoria protegida pelo direito.

Diante desta perspectiva, a seguir se demonstra a adequação e oportunidade do instituto tanto porque é instrumento planejamento sucessório como instrumento de convergência dos direitos privado e público em face do sentido existencial propugnado pela legitimação do instituto: o fideicomissário somente pode ser um ente não concebido e só esta previsão já é a releitura oportuna do direito civil conforme os mais nobres valores constitucionais.

5.1. SENTIDO PATRIMONIAL - A UTILIDADE DO INSTITUTO PELA PERSPECTIVA DA DESTINAÇÃO PATRIMONIAL

Neste ponto defende-se a utilidade do fideicomisso pelo seu viés patrimonial. Primeiramente porque é um instrumento de destinação patrimonial que corresponde à deliberação do seu titular. Como foi demonstrado neste trabalho, o Direito é um fenômeno histórico e o fideicomisso, assim como as

demais disposições testamentárias remontam sua origem mais primitiva: o Direito Romano. Durante toda sua longa vida, o fideicomisso sempre esteve ligado à destinação patrimonial, como ficou plenamente demonstrado, teve uma utilidade a cada etapa de sua existência e pode configurar-se e desfigurar-se a cada necessidade social neste percurso. Por isso se pode demonstrar a sua historicidade intrínseca e sua contínua oportunidade.

Hoje, o fideicomisso é útil e oportuno não somente pelo seu caráter que se coaduna com a nova releitura do direito civil pela dimensão existencial da pessoa, mas também pelo caráter de oportunizar como ferramenta útil o planejamento sucessório, cujo resultado final, não será somente a escolha da destinação dos bens, mas em última *ratio*, a proteção das gerações futuras²⁵⁶.

5.1.1. O *trust* do direito anglo-saxão:

Para demonstrar esta oportunidade em destinar patrimônio segundo o interesse de seu titular, se mostra muito conveniente a referência ao instituto do *trust* do direito comparado por dois principais motivos: (1) o *trust* tem na sua essência uma incrível semelhança com o fideicomisso primitivo; (2) o *trust* é um instituto muito difundido nos países de *Common law* que está em grande expansão em toda a Europa de tradição romanística em face de recentíssimas alterações legislativas no âmbito comunitário²⁵⁷. A metodologia utilizada para atingir este fim resume-se a somente indicar pontos nos quais a conveniência

²⁵⁶ Neste tema: 'gerações futuras', é interessante enriquecer o debate com os ensinamentos de John Rawls em 'Uma teoria da justiça'. Tratando da teoria da justiça, o autor propõe o seguinte debate: "Devemos agora considerar a questão da justiça entre gerações. Não é preciso enfatizar as dificuldades levantadas por esse problema. Ele submete qualquer teoria ética a testes severos, senão impossíveis. No entanto, a explicação da justiça como equidade ficaria incompleta sem uma discussão dessa importante questão. O problema surge no contexto presente porque ainda permanece aberta a questão de saber se o sistema social como um todo, a economia competitiva envolvida pelo grupo adequado de instituições básicas, pode satisfazer os princípios da justiça. A resposta necessariamente dependerá, pelo menos em uma certa medida do nível fixado para o mínimo social. Mas isso, por sua vez, se liga ao problema da extensão em que a geração presente é obrigada a respeitar as reivindicações de seus sucessores. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314.

²⁵⁷ Convenção de Aja de 1º de Julho de 1985, art. 1º: This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

do instituto semelhante (o *trust*) pode corroborar com a tese de utilidade do fideicomisso brasileiro apesar dos esforços da doutrina em expugná-lo.

A legislação brasileira não reconhece expressamente a figura do *trust*, mas é oportuno referi-lo para demonstrar que a utilidade do fideicomisso é compatível com aquela do *trust* que é muito utilizado em outros países. É comum observar-se em institutos jurídicos estrangeiros semelhanças e soluções para problemas locais, mas a importação de ideias deve ser cautelosa porque certamente tais institutos se baseiam em experiências, culturas, conceitos e imaginários totalmente estranhos ao universo em que se quer aplica-los. Por isso, não se pretende uma recepção do *trust* no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se um reforço de argumento da utilidade do fideicomisso segundo a semelhança com instituto que em outros países dá muito certo.

O *trust* tem incidência em países de sistema jurídico da *Common law*²⁵⁸, e está diretamente ligado à noção primitiva de fideicomisso em face da base axiológica ser a mesma: a fidúcia²⁵⁹. No direito romano, a menção e utilização do termo *fides* é tão antiga quanto a fundação da própria cidade²⁶⁰. Está na identidade de cada romano para ser empregada a cada caso concreto. Para Amélia Castresana, o ser e sentir-se pessoa naquela época, obrigava o cidadão a frequentes referências à *fides*, desde a mais espontânea das interjeições até aquelas mais complexas, diante de determinadas situações jurídicas²⁶¹. Para alguns juristas, como Fritz Schulz, por exemplo, a fidelidade era traço presente na caracterização de um romano, já que para os romanos,

²⁵⁸ WORTLEY, B. A. Les trust et ses applications modernes en droit anglais. **Revue Internationale de Droit Comparé**. 4, Paris, oct.-dec. 1962, p. 702: "Le trust est la création non de la common law mais de l'équity du chancelier et, comme institution, elle est profondément entrée dans la vie sociale anglo-américaine et dans celle du Commonwealth."

²⁵⁹ No direito romano existiam primitivamente dois tipos de fidúcia: fidúcia cum amicus que era um contrato fiduciário concluído com uma pessoa de confiança com fins para os quais não existiam meios civis idôneos. Já a fidúcia cum creditore tratava-se da transmissão da propriedade de um bem em garantia de um crédito. Para esta matéria remete-se ao seguinte texto: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

²⁶⁰ GROSSO, Giuseppe. Fiducia, **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, pg. 385.

²⁶¹ CASTRESANA, Amélia. **Fides, Bona Fides**. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, pg. 9: "Precisa es, por tanto, la reflexión de Bonfante cuando afirma que el pueblo romano fue el pueblo del Derecho y de la *fides* y, si Roma pudo ser tan fecunda en la creación jurídica fue precisamente por su vivencia de la *fides*."

ser fiel era um dos seus princípios vitais e quando falam de *fides*, os romanos chegam a ser patéticos²⁶². Outro autor de grande exponencial, Álvaro D'Ors, refere da mesma forma que os romanos tinham exata consciência da superioridade do seu direito (*ius civile*), como o direito civilizado por excelência, principalmente porque nele estão incluídas instituições ou virtudes de validade geral a todos os povos que se perfectibilizam além da forma, mas no princípio da lealdade à palavra dada, isto é na *fides*²⁶³.

Em comparação, o *trust* tem a mesma essência porque, nas palavras de B. A. Wortley, o grande segredo do *trust* não repousa na propriedade em si, mas sobre os modelos de confiança e consciência impostos pelo tribunal²⁶⁴. Para este autor, o *trust* fundamenta-se na confiança dada e aceita e este é o ponto de coincidência com o fideicomisso primitivo romano.

Segundo alguns juristas, o elemento '*fidúcia*' integrante do conceito de fideicomisso remonta historicamente o período arcaico romano no qual não havia uma sanção jurídica para o seu descumprimento²⁶⁵. Importa referir que o instituto do fideicomisso carrega mais do que a expressão linguística atinente a *fides*. Tem na sua genética a ideia hoje difundida e consagrada da expressão

²⁶² SCHULZ, Fritz. **Principios de Derecho Romano**. 2ª Edição. Tradução de Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pg. 244: "Los romanos se vanglorian de su fidelidad y contraponen orgullosamente la 'fidelidad romana' a la púnica o a la griega. Ser fiel es uno de sus principios vitales. Naturalmente, en ocasiones, ellos resultaron tambien culpables de falta de fidelidad, pero la existencia de la regla es tan poco negada por estos hechos como la existencia de una norma jurídica es negada por su violación. En realidad, los romanostienen seriamente a la fidelidad y para ellos la infidelidad es una mancha social. Por otra parte, la fidelidad es tambien uno de los aspectos de la *constantia* que a los romanos les parece la virtud central Del hombre."

²⁶³ D'ORS, Alvaro. **Derecho Privado Romano**. Pamplona: EUNSA, 2006, pg. 66: "La fides es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealdad a la palabra dada. Es una virtud del más poderoso; así, la fides deorum (cfr. la exclamación 'pro deum fidem!') es la protección dispensan los dioses, y la fides Romana por excelencia es la firmeza de Roma respecto a sus aliados (de donde foedus, aliança); asimismo hay una fides patroni respecto a los propios clientes, una fides tutoris, iudicis, etc. La fides llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma, y es el fundamento de todas las obligaciones no-formales, p. ej., el prestamo mutuo (fidem sequi = credere)."

²⁶⁴ WORTLEY, B. A. Les trust et ses applications modernes en droit anglais. **Revue Internationale de Droit Comparén**. 4, 14ème année. Paris, oct.-dec. 1962, p. 702.

²⁶⁵ VOGLI, Pasquale, Fedecomesso, **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968, pg. 104: "il fedecomesso, per la *fides* cui si ispira, e que è ricordo del tempo in cui esso era privo di sanzione giuridica, è accostato, sotto qualche aspetto ai rapporti *inter vivos* di buona fede".

da boa-fé e da probidade do fiduciário²⁶⁶. Tanto é assim que Mario Talamanca²⁶⁷, referindo-se à tutela judiciária acerca dos fideicomissos no direito romano, assevera que a discricionariedade do juiz neste tema permite em certa medida admitir que o conteúdo da prestação seja determinado segundo o *arbitrium boni viri*²⁶⁸ do fiduciário.

Então, verifica-se que a origem do instituto do fideicomisso se dá com esta denominação, cuja raiz etimológica pode ser encontrada na expressão “*Fidei tua Comitto*”, que denota aproximadamente “*acometo a tua confiança*”²⁶⁹. Assim, pelo ensinar de Pontes de Miranda, “à base do *fideicomissum* está o *dever moral*”²⁷⁰ de realizar a vontade do *de cuius* e transmitir o bem ao fideicomissário.

Por isso é surpreendente a conexão dos institutos em comparação: a primitiva fundamentação do fideicomisso no direito romano é a atual oportunidade do *trust* anglo-americano. Em verdade, o *trust* é muitíssimo versátil²⁷¹. Tanto que entre as suas variadas aplicações, aquela que diz respeito a destinação dos bens *mortis causa* também é contemplada. Assim porque Nicole Terpins refere que talvez o mais flexível mecanismo para planejamento sucessório e gestão profissional de recursos de terceiros de

²⁶⁶ TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1990, pg. 752: “Il giudice della *cognitio* aveva poteri più ampi del *iudex privatus* dell’*ordo iudiciorum privatorum*, e doveva tener sempre conto della *fides* che improntava l’istituto.”

²⁶⁷ TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**, Milano: Giuffrè, 1990, pg. 752: “Sempre sulla base della *fides* che regge l’istituto, la *voluntas testantis* aveva spesso un’immediata influenza sull’efficacia e la validità del lascito in casi in cui nei legati rilevava soltanto in virtù dell’*exceptio doli*: ad. es., in materia di revoca *nuda voluntate*.”

²⁶⁸ DOMINGO, Rafael (org) et alii, **Textos de Derecho Romano**, Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002, pg. 404: “*arbitrium (arbitratus) boni viri: juicio u opinión de un hombre honesto sobre la cuestión que le ha sido sometida.*”

²⁶⁹ A grande maioria da doutrina refere à origem etimológica do instituto. Cf. Armando Dias de Azevedo: “A rigidez da lei escrita na antiga Roma feria de incapacidade sucessoria passiva varias categorias de pessoas, o que levava o testador a burlá-la por meio do pedido (rogatio) que fazia ao seu herdeiro para que este se encarregasse de entregar tais ou quais bens ao terceiro a quem desejava beneficiar. Esse pedido era votado à boa-fé do herdeiro – *fidei tua comitto* - , donde a expressão *fideicomissum*, traduzida em vernáculo por fideicomisso.” AZEVEDO, Armando Dias de, **O Fideicomisso no Direito Pátrio**, São Paulo: Saraiva, 1973, pg. 3.

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, t. LVIII, § 5.833, n. 1, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1984, pg. 141.

²⁷¹ “Ora, o *trust* constitui, como sabemos, um instituto tipicamente vinculado ao sistema da Common law, asseverando-se até que é o ‘anjo-da-guarda do anglo saxão, que o acompanha em tudo que é lugar, impassível desde o seu berço até o seu túmulo.” WALD, Arnoldo. Algumas consideracoes a respeito da utilizacao do ‘trust’ no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Economico e Financeiro**. Sao Paulo, rev. dos tribunais, 1995. n.99, p.107.

todos os tempos seja o *trust* porque os propósitos para os quais este instituto pode ser criado são tão ilimitados quanto à imaginação de quem o opera²⁷².

É necessário um breve incursão nas peculiaridades do instituto²⁷³ para fazer adequadamente demonstração de que a utilidade do fideicomisso é compatível com aquela do *trust* que é muito utilizado em outros países. Como

²⁷² TERPINS, Nicole Mattar Haddad. Algumas considerações sobre o trust e as perspectivas de sua assimilação no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 49, n. 153/154, jan./jul. 2010, p. 165.

²⁷³ Assim como o instituto tem um campo vastíssimo, a bibliografia de referência de igual sorte é muito grande. Para estruturar esta comparação neste trabalho foram consultadas as obras estrangeiras: CHESHIRE, Geoffrey Chevalier. **Il concetto del 'Trust' secondo la Common Law inglese**. Torino: Giappichelli, 1998. DE FRANCIS, Francesco. **Dizionario Giuridico Inglese-Italiano**. 1. Milano: Giuffrè, 1984. FRIGESSI DI RATTALMA, Marco. La competenza giurisdizionale in materia di trust nel regolamento comunitario n. 44/2001. **Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale**, Padova, v.39, n.3/4, p. 783-808, jul. 2003. LUPOI, Maurizio. **Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese**. Milano: Giuffrè, 1971. LUPOI, Maurizio. **Trusts**. Milano: Giuffrè, 1997. REALI, Alessio. Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova, v. 57, n. 2, pt. 2, p. 161-209, mar./abr. 2011. VIDARI, Francesco Pene. Trust e divieto dei patti successori. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova, v.46, n.6, pt. 2, p. 851-889, nov. 2000. WORTLEY, B. A. Les trust et ses applications modernes en droit anglais. **Revue Internationale de Droit Comparé**. 4, Paris, oct.-dec. 1962, p. 699-710. E as obras nacionais: CHALHUB, Melhim Namem. Trust - fidúcia. repercussões do instituto anglo americano no direito brasileiro. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro**, degrau cultural, 2002. v.51, p.25-33. CHALHUB, Melhim Namem. Afetação patrimonial no direito contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Civil : RTDC**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 111-147, jan./mar. 2007. CHALHUB, Melhim Namem. Trust - breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 79-113, ago. 2001. COSTA, Judith Hofmeister Martins. Os negócios fiduciários; considerações sobre a possibilidade de acolhimento do 'trust' no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1990. v.657, p.37-50. GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia ('trust'). **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1965. v.211, p.11-20. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. FERREIRA, Waldemar Martins. O 'trust' anglo-americano e o 'fideicomiso' latino americano. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.51, p. 182-202, jan. 1956. FONSECA, Rodrigo Garcia da. Considerações sobre trust (fidúcia) no direito comparado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1996. v.334, p.153-190. JAEGER, Guilherme Pederneiras. O instituto inglês do Trust. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 3, n. 17, p. 167-187, nov./dez. 2010. MARTINS, Raphael Manhães. Análise da 'aclimatação' do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 244-276, abr./jun. 2010. OLIVA, Milena Donato. O trust e o direito brasileiro - patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 149-177, jan./jun. 2010. OLIVA, Milena Donato. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.938, p. 59-77, dez. 2013. STUBER, Walter Douglas. A legitimidade do 'trust' no brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1989. v.76, p.103-108. TERPINS, Nicole Mattar Haddad. Algumas considerações sobre o trust e as perspectivas de sua assimilação no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil : Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 49, n. 153/154, p. 165-198, jan./jul. 2010. WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1995. n.99, p.105-120.

já foi referido, a origem do *trust* remonta a Inglaterra medieval, quando os sistemas da Common Law e da Equity se estabeleceram.

Segundo René David, a formação da monarquia inglesa permitiu o surgimento de um sistema *sui generis* baseado no direito costumeiro e nos precedentes judiciais, que se desenvolveu afastado da tradição romanística²⁷⁴. Com o passar do tempo este direito provindo dos Tribunais Reais por meio dos *writs*²⁷⁵ mostrou-se por demais rígido e inflexível, sendo incapaz de realizar a efetiva justiça no caso concreto. Por isso, o Chanceler, responsável pelo processamento dos pedidos de *Common Law*, passou também a processar pedidos dirigidos ao sentimento de justiça do Rei. É assim que surge o sistema da Equity²⁷⁶ e nele as raízes do *trust*.

Em campo de comparação, em certo sentido, a diferença entre a Common Law e a Equity correspondeu à existente no direito romano entre o tradicional direito civil (*ius civile*) de um lado, e de outro, o *ius gentium* comum aos romanos e aos estrangeiros e o direito pretoriano surgido nos tribunais para corrigir as eventuais iniquidades do direito escrito²⁷⁷.

Quanto à estrutura básica do *trust*, em linhas gerais, é a transferência da propriedade de bens a um administrador, por determinado tempo e em certas condições para que o patrimonio seja gerido e que seja entregue ao beneficiário escolhido pelo disponente. Nesta triangulação há três personagens: o '*grantor*' ou '*settlor of trust*': aquele que dispõe do seu

²⁷⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 49.

²⁷⁵ "A extensão da competência destes tribunais tornou-se possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei podia endereçar-lhe um pedido; o Chanceler, um dos principais colaboradores do rei examinava o pedido e se o considerasse fundamentado enviava uma ordem, chamada writ (em latim: breve, em francês: bref) a um xerife (agente local do rei ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso". GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, pg. 210.

²⁷⁶ "o Chanceler deidia em equidade sem ter em conta as regras de processo e mesmo de fundo do *Common law*. Aplicando um processo escrito inspirado pelo direito canônico, o chanceler julgava segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano. Os reis da Inglaterra no sec. XVI alargaram as jurisdições de equity mais favoráveis ao desenvolvimento do seu poder no sentido do absolutismo em detrimento das jurisdições de Common law, consideradas arcaicas e obsoletas." GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, pg. 213.

²⁷⁷ Mesma opinião WALD, Arnoldo. Algumas consideracoes a respeito da utilizacao do 'trust' no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Economico e Financeiro**. Sao Paulo, rev. dos tribunais, 1995. n.99, p.115.

patrimônio; o *'trustee'*: aquele a quem acomete a administração em confiança; e o *'cestui que trust'*: aquele se beneficia com a disposição do patrimônio. Assim, o mecanismo do *trust* é a transferência de um direito de propriedade sobre um determinado bem para a realização de objetivo especial, exercendo essa propriedade em confiança e em benefício de outra pessoa²⁷⁸.

A proximidade dos institutos do trust e do fideicomisso se dá justamente pela característica daquele de ser fundamentalmente uma dupla propriedade dos bens e deste de ser uma modalidade de substituição de titularidade. E assim, o caso do fideicomisso é bastante interessante porque a propriedade do fiduciário, embora resolúvel, é plena. Nesta comparação dos institutos do *trust* e do fideicomisso é possível identificar as seguintes características: o fiduciário brasileiro, assim como o *trustee*, é proprietário pleno do bem durante toda a vigência do fideicomisso. Porém, esta propriedade é resolúvel, pois o bem deve ser alcançado ao fideicomissário em face da disposição do titular originário do patrimônio.

Num sentido mais filosófico, o *trust* se aproxima do fideicomisso pela oportunidade do instituto em atingir um benefício por intermediária pessoa. Conforme se pode observar de sua oportunidade histórica, o *trust* é resultado de uma tradição jurídica que não desenvolveu um direito das obrigações eficaz a ponto de comportar as mais variadas mazelas derivadas do *'schuld'* e do *'haftung'*, por isso abrangeu de forma extraordinária as relações nas quais estes interesses refletem fora do próprio direito de propriedade²⁷⁹.

Em sentido totalmente contrário, a opinião de Maurizio Lupoi segundo o qual, a dupla vocação hereditária de um fideicomisso instituído por testamento não encontra analogia estrutural em nenhum tipo de *trust* testamentário²⁸⁰. Como demonstra este autor, a analogia seria encontrada nas antigas disposições testamentárias existentes na Common Law enquanto que na

²⁷⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**: Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

²⁷⁹ CHESHIRE, Geoffrey Chevalier. **Il concetto del 'Trust' secondo la Common Law inglese**. Torino: Giappichelli, 1998, pg. VIII. Este mesmo autor faz uma forte assertiva quando aduz que o trust não tem correspondência com institutos de tradição romano-germanica e é em vão a tentativa de aproximar estas categorias (p. VI).

²⁸⁰ LUPOI, Maurizio. **Trusts**. Milano: Giuffrè, 1997, p.505.

Equity é impossível tal estrutura em face de não haver um equivalente preciso ao *trustee* no fideicomisso de *Civil Law*²⁸¹.

É compreensível a reticência quanto à comparação em face da própria natureza jurídica dos institutos. Nem o direito romano, nem os ordenamentos dele derivados (sistema romano-germânico ou *Civil Law*) conceberam o fracionamento da propriedade tal qual é essência do *trust*, com o objetivo de administração e gozo, e isso remonta o mais vetusto conceito romano de *dominium*, que exclui o *dual ownership*²⁸².

Mas, por outro lado, Maurizio Lupoi refere não ser de todo inoportuna a comparação dos institutos, afirmando que o único modo de aproximarem-se seria aquele de ignorar a distinção entre Common Law e Equity e observar somente no plano no qual são colocados os interesses dos beneficiários, isto é, no plano equitativo²⁸³.

Este é o ponto em que se faz a aproximação neste trabalho. Assim como no *trust*, o fideicomisso é muito útil por ser instrumento de transmissão da propriedade como demonstração máxima da vontade de seu titular. Assim, se o *trust* se utiliza de recurso jurídico para beneficiar pessoa diferente do administrador do bem, com o fideicomisso, *mutatis mutantis* é possível destinar patrimônio a nível sucessório beneficiando gerações futuras, saltando uma geração, fazendo-se a vontade do instituidor.

O instituto do fideicomisso está alocado no direito sucessório dentro da parte disponível de ser destinada. Ocorre que dilemas com herdeiros são de toda sorte. Desde a tentativa de concorrência na deliberação da parte disponível, até problemas que não chegam a ser enquadrados nas causas de deserdação e indignidade, mas existem a ponto de não ser conveniente para o disponente deixar seu patrimônio para aqueles que já estão beneficiados na lei.

²⁸¹ LUPOI, Maurizio. **Trusts**. Milano: Giuffrè, 1997, p.506. Nesta etapa o autor explica que uma vez estruturado o trust, e morto o trustee, outro entra em seu lugar, quase sempre o supérstite.

²⁸² DE FRANCIS, Francesco. **Dizionario Giuridico Inglese-Italiano**. 1. Milano: Giuffrè. 1984, p.1.480. Sobre a comparação específica do trust com o fideicomisso, este autor refere: "Oltre alla rappresentanza, il trust viene spesso avvicinato al fedecomesso; ma i due istituti non coincidono. Le più notevole differenze sono le seguenti: mentre la legal ownership del trustee e la equitable ownership del beneficiary sono contemporanee, la proprietà del fedecommissario há inizio solo quando quella del fiduciario há avuto fine e vice-versa".

²⁸³ LUPOI, Maurizio. **Trusts**. Milano: Giuffrè, 1997, p.507.

Além disso, não é raro que questões de saúde acarretem ações por parte dos pais no sentido de limitar a capacidade dos filhos. Enfim, como proteger um ente querido dele próprio? Para estas e outras questões o fideicomisso é muito oportuno, porque o testador preserva a perpetuação de sua família em face da prole eventual que é a única legitimada no instituto.

Assim, do ponto de vista de quem está dispondo do seu patrimônio, se pergunta o que efetivamente é um planejamento sucessório. Sempre dentro da parte disponível, o autor da herança pode dispor da forma como melhor lhe aprouver. Haverá um sentido de planejamento quando o *de cujus* além de intervir positivamente na escolha da substituição da sua titularidade, o faz para beneficiar pessoa diversa do herdeiro beneficiado na lei. Esta é a oportunidade veemente e histórica de um instituto que mesmo há milênios, continua integrando o *quantum* de institutos componentes do ordenamento jurídico.

Hoje a sua oportunidade, como ficou demonstrado, é sim projetar a transmissão patrimonial. Mas, como mecanismo de planejamento da sucessão, operação correspondente ao direito do titular de dispor do seu patrimônio, o instituto vem possibilitar o salto de uma geração.

Então se frisa a perspectiva da adequação e oportunidade em sentido patrimonial do instituto: a versatilidade que o fideicomisso confere ao testador em matéria sucessória (e aqui se remete novamente a comparação com o *trust* do sistema da *Common Law*) por poder instituir beneficiário diverso daqueles definidos na lei mesmo beneficiando o seu parentesco²⁸⁴.

5.1.2. Instrumento de preocupação com as gerações futuras

Esta perspectiva, por outro lado, pode ser observada pelo prisma da transmissão de benefício patrimonial às gerações futuras. E nesta seara, mais uma vez se corrobora o caráter atual do instituto pelo viés do direito civil

²⁸⁴ Nos dias atuais este sentido é realmente muito útil quando se trata de reprodução assistida ou adoção em uniões homoafetivas. Como poderia o titular do patrimônio induzir a criação de prole eventual de herdeiros inseridos num relacionamento homoafetivo? A destinação patrimonial mediante fideicomisso parece ser útil até neste ponto.

constitucional. Primeiramente cumpre apontar que não existe pacificamente um conceito técnico de ‘geração futura’.

Se se procura uma definição em dicionários tradicionais, encontra-se a explicação etimológica do termo – do latim *generatione*, e o significado do ato de gerar, dar a vida, resultar²⁸⁵. Esta acepção é compreensível, mas não traduz o sentido que se pretende na expressão conjunta “geração futura”. Então o melhor significado ainda é o de descendência, linhagem, estirpe²⁸⁶. Já o termo ‘futuro’ é o tempo que há por vir, a existência futura²⁸⁷. Assim, a expressão ‘gerações futuras’, ainda que sem um conceito técnico-jurídico, é autoexplicativa no seu sentido literal: são as pessoas do amanhã, os indivíduos do por vir.

O termo foi utilizado por John Rawls²⁸⁸ ao tratar da justiça como equidade no problema da justiça entre gerações. Segundo este autor, a geração atual não pode fazer o que bem lhe aprouver, mas é obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre pessoas que vivem em épocas diferentes²⁸⁹.

Acontece que o direito vigente no ordenamento jurídico é atual e não futuro. Por isso é muito oportuna a leitura de alguns institutos que rompem esta barreira a atualidade para prestigiar as gerações que não estão vivendo o direito atual.

É possível então associar a expressão ‘geração futura’ àquele sentido do grupo de indivíduos que existirão num futuro período da história da humanidade. São os indivíduos futuros. É preocupação do direito atual a circunstância na qual se encontrarão os indivíduos das gerações vindouras.

Assim como a geração atual recebeu o legado deixado historicamente pelos seus antepassados, está criando o direito que deixará para seus

²⁸⁵ HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p.847.

²⁸⁶ HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p.847.

²⁸⁷ HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p.824.

²⁸⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314.

²⁸⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314.

sucessores. Este mecanismo de interferência de uma geração na outra demonstra a conectividade inerente à espécie humana, como ser ou ente pertencente a uma categoria independente do tempo e do espaço. E então, ideia indissociável deste raciocínio é a de espécie humana: o que existe de ser humano em qualquer geração e em qualquer tempo. Poderia ser hipotizado um diálogo entre o hoje e o amanhã.

Segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, na obra ‘O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis’, o reconhecimento da vulnerabilidade das futuras gerações se dá pela impossibilidade dos integrantes daquela geração reivindicarem do verdadeiro responsável a efetiva proteção dos seus interesses²⁹⁰.

De outra parte, se pode perceber que alguns institutos de direito privado já tem em potencial a ideia de preservação dos direitos das próximas gerações, como é o caso da proteção patrimonial dos integrantes do rol da vocação legítima sucessória de um titular de patrimônio. Esta proteção é tão antiga quanto o próprio direito sucessório, porque desde os tempos mais remotos, quando a sucessão testada prevalecia sobre a intestada, a lei das XII Tábuas já definia como herdeiro legítimo na primeira classe da *sucessio ordinis*, aquele que integrasse a categoria de *heres sui*, quer dizer herdeiros seus – *qui in potestate est*. No mesmo Direito Romano surge a ‘sucessão legítima contra o testamento’, como forma de beneficiar pelo menos de algum modo os herdeiros legítimos do *de cujus*²⁹¹. Assim, de certa maneira sempre houve no direito uma preocupação com a geração subsequente aquela para quem o direito foi criado.

Em face disso, é muito pertinente a observação de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem quando afirmam existir atualmente um fundamento

²⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 179. Segundo estes autores: Expressa-se como uma decisão de respeito à liberdade das futuras gerações, exigindo um comportamento ativo das gerações atuais na preservação desses interesses.”

²⁹¹ “Essa matéria diz respeito a restrições à liberdade de testar (o que a vincula à sucessão testamentária), liberdade essa que é limitada em virtude da existência de certos herdeiros legítimos que têm o direito de se verem instituídos herdeiros testamentários, ou, pelo menos, deserdados regularmente (o que a prende à sucessão legítima)”. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 755.

de proteção das gerações futuras a partir de um 'princípio da dignidade das gerações futuras' conectado diretamente com os direitos fundamentais²⁹².

Esta tese, de um princípio da dignidade das gerações futuras, foi defendida por Emille Gaillard²⁹³ na obra intitulada '*Générations Futures et Droit Privé: vers un droit des générations futures*'. Para este autor, a noção de dignidade apresenta uma permeabilidade temporal e por isso alcançaria da mesma forma os indivíduos que pertencem a outro tempo²⁹⁴. Além disso, apresenta duas possíveis acepções da dignidade – uma ontológica e outra ética. Ambas acepções seriam constitucionalmente protegidas a nível principiológico em face de a dignidade ontológica corresponder a preservação da espécie humana e a dignidade ética em extensão implícita para as gerações futuras²⁹⁵.

Assim, a maioria dos direitos que estão sendo tratados atualmente como instrumentos de proteção das gerações futuras dizem respeito ao direito ambiental e máxime a postura o sujeito atual em cuidar do que ficará para a geração vindoura, máxime elevando esta proteção a uma categoria fundamental.

Mas o instituto em exame tem uma lógica diversa. O fideicomisso cuida sim da proteção patrimonial das futuras gerações, mas não por uma antecipação de reivindicação, mas por disponibilidade de seu titular.

Então, é de arrebatrar a pertinência de um instituto criado no direito romano como um dos únicos institutos de direito privado que se preocupa desta sorte com os indivíduos que pertencem a gerações futuras, marca deste diálogo entre o hoje e o amanhã. Para além do sentido histórico e a já demonstrada oportunidade do fideicomisso como instrumento sucessório, é oportuno e adequado pelo viés da projeção patrimonial para as futuras gerações.

²⁹² MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

²⁹³ GAILLARD, Émile. **Générations Futures et Droit Privé: vers un droit des générations futures**. Paris: LGDJ, 2011, p. 456.

²⁹⁴ GAILLARD, Émile. **Générations Futures et Droit Privé: vers un droit des générations futures**. Paris: LGDJ, 2011, p. 456.

²⁹⁵ GAILLARD, Émile. **Générations Futures et Droit Privé: vers un droit des générations futures**. Paris: LGDJ, 2011, p. 459.

Por isso, neste ponto fica demonstrada a tese segundo a qual o fideicomisso se adequa com a nova releitura do direito civil com base nos valores mais caros aos seres humanos, inclusive pela projeção de proteção as gerações futuras, reservando patrimônio para quem ainda nem foi concebido.

5.2. SENTIDO EXISTENCIAL – O FIDEICOMISSO COMO INSTRUMENTO DE CONVERGÊNCIA DOS DIREITOS PRIVADO E PÚBLICO

Baseado na sua história²⁹⁶, o fideicomisso é suficientemente apto a ser instrumento de um novo perfil do Direito, sendo coparticipante na reconstrução deste. Isso porque, para além da simples tradução da letra fria da lei, o conteúdo jurídico da nova proposta de legitimidade do instituto sucessório, abre campo de interpretação para o papel da proteção de ente não concebido²⁹⁷.

Isso se dá pela observação do sentido existencial que o instituto empresta ao seu legitimado passivo, qual seja o concepturo. Mas de que sorte é possível entender a pessoa na sua dimensão existencial e de que maneira esta dimensão pode estar protegida em âmbito constitucional a ponto de serem convergentes o direito privado e público?

Primeiramente faz-se necessário precisar o que nesta tese se entende como 'dimensão existencial' da pessoa. Para tanto se busca como forma de apoio as definições do Dicionário Filosófico, no verbete 'essência'. Lá encontra-se esta definição como anterior ao seu conceito correlato existência, isto é, a essência seria 'a mera possibilidade de que algo seja'²⁹⁸. Mas prossegue-se a definição com a afirmação segundo a qual, se a essência é um

²⁹⁶ "Recinto de uma interlocução que se quer crítica, é campo que pressupõe uma possibilidade de trazer para o Direito a História, a Sociologia e a Antropologia sem que perca, obviamente, sua especificidade." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 317).

²⁹⁷ "Afora a mera exegese dos textos legais, conhecimento e ruptura edificam uma ponte possível entre aquele momento inicial, o da partida, e as novas possibilidades para se pensar num novo Direito Civil, sempre em reconstrução para além da mera exegese da codificação (atual ou pretérita)." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318).

²⁹⁸ **DICCIONARIO filosófico**. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, 1952, p.452.

conjunto específico de relações, estas relações devem de alguma forma existir, pelo menos idealmente²⁹⁹.

O campo da filosofia cuida de significados expostos principalmente no plano abstrato. Já o direito civil opera principalmente no campo prático, e este instituto que se está analisando é muito oportuno para demonstrar na prática o que a filosofia estuda na teoria. Isso quer dizer, se já há muitos séculos o homem se preocupa em estudar filosoficamente a questão do ‘ser’, da ‘essência’ e da ‘existência’, pode o fideicomisso demonstrar como observar o ser humano pelo prisma de sua essência³⁰⁰.

Qual a essência do homem senão a acepção na qual se observa o fundo essencial interno dele mesmo independente de sua forma exterior³⁰¹? Se se tenta traduzir esta expressão para um exemplo prático, o que significa para o Direito o homem enquanto ser da espécie humana? Qual a sua essência e de que maneira existe no mundo ideal? Se se pode responder adequadamente com a expressão *concepturo*, ou seja, a ser humano que ainda não foi concebido, não há como duvidar que se trata de uma subsunção da ideia hipotética ao exemplo concreto.

Isso significa que ao conceber a figura do *concepturo*, o direito está abrindo um novo conceito de proteção, visto pela ótica de quem é o protegido, e neste caso: um ser humano que não existe concretamente, mas existe no

²⁹⁹ “Frente a este problema, que aquí solamente puede ser aludido, es empresa penosa dar prioridad a cualquiera de ambos conceptos primários. En Aristoteles las esencias se muestran a través de las cosas, en Husserl a través de los objetos de donde se desentrañan. En uno como en outro caso la esencia tendría un origen inductivo – no podemos creer que seja deductivo -. Y nos encontramos nuevamente frente al problema, porque afirmar que son dos cosas diferentes, distintas, evidentemente no soluciona la aporía.” **DICCIONARIO filosófico**. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, 1952, p.452.

³⁰⁰ ABBAGNANO, Nicola; BENEDETTI, Ivone Castilho (Trad.). **Dicionario de filosofia**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 362. Sobre a distinção filosófica entre essência e existência: “A distinção real entre essência e existência é uma das doutrinas típicas da Escolástica do séc. XIII. Foi exposta pela primeira vez por Guilherme de Alvéria, em De Trinitate (composto entre 1223 e 1228). Seus criadores foram os neoplatônicos árabes, especialmente Avicena (séc. XI), que a expusera em Metafísica (II, 5, 1). Foi adotada por Maimônides, que a modificou no sentido de reduzir a existência a um simples acidente da essência (Guide des égarés, trad. Fr. Munk, pp. 230-33). Mas quem deu á doutrina a sua melhor expressão foi S. Tomás que também remeteu ao significado que recebera de avicena, negando que a existência seja um simples acidente”.

³⁰¹ BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Herder, 1961, p. 202: “Numa segunda acepção, o termo essência denota o fundo essencial interno das coisas em oposição à sua forma (configuração) exterior. Aqui a essência é o ser próprio ou verdadeiro das coisas que produz sustenta e torna inteligível a forma aparente das mesmas”.

plano ideal. Esta é a sua dimensão existencial: a sua essência demonstra a sua existência no plano ideal.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “*outro tempo, novos conceitos. A crise pressupõe ideia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas*”.³⁰²

Para Perlingieri, é preciso elaborar uma teoria da interpretação jurídica que não seja formalística – fundamentada no mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto á norma abstrata -, que saiba propor uma interpretação das disposições normativas no que se refere à hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica³⁰³.

Por isso, é possível deslocar o foco historicamente voltado ao patrimônio, para dar efetividade a uma nova perspectiva de tutela, aquela cujo foco é a pessoa, e neste caso, o concepturo como ente legitimado a receber o patrimônio.

Desta forma, entender a pessoa na sua dimensão existencial significa não somente o distanciamento da perspectiva patrimonial a qual esteve por muito tempo atrelado (pessoa correspondendo sujeito capaz de adquirir patrimônio), mas principalmente a consagração da perspectiva ontológica do próprio ser humano (condição de pessoa como centro de todo o Direito). Esta alteração está em consonância com as novas diretrizes do direito privado na sua dimensão constitucional porque, da mesma forma, o cerne da proteção da dignidade é por ser pessoa humana.

Para demonstrar tal convergência, parte-se da premissa que, pelo texto constitucional, a pessoa humana está no ápice categórico porque é fundamento do Estado:

³⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318.

³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas a Luz da Legalidade Constitucional**, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador, São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Assim, a nível constitucional, o *loci* ocupado pela pessoa humana é mais que privilegiado, é o mais importante. Então, enquanto os direitos submetidos a esta disposição constitucional podem com ela dialogar, o fideicomisso se mostra como aquele instrumento que, a parte a sua função patrimonial, prevê benefício a um ser não concebido. Não há dúvida que há uma nítida convergência entre este direito civil que protege o concepturo e as mais altas disposições constitucionais que colocam o ser humano no centro do ordenamento jurídico³⁰⁴.

Tradicionalmente o direito civil sempre se preocupou com a vida dos cives, desde o nascimento com vida (ou desde a concepção para certa corrente doutrinária) até o evento da sua morte. Quando o fideicomisso legitima um *cives* ainda nem sequer concebido a ser o beneficiário de uma transmissão patrimonial, não resta dúvida que é muito oportuna a visão segundo a qual este direito está em consonância com a mais atual dimensão da pessoa humana.

Busca de novas dimensões jurídicas é a missão do jurista e alguns institutos podem ser versáteis o bastante para evoluir com a sociedade. Mas a marca do fideicomisso é ainda maior, porque por toda sua existência bimilenar foi ideologicamente utilizado conforme o ambiente a que esteve inserido, e mesmo surgindo novos horizontes, ele continua a desenvolver adequação aos novos anseios e à realização dos mais altos princípios e valores de que se ocupa o Direito atual.

Característica imanente ao próprio fenômeno jurídico é a sua historicidade. De todo o ordenamento, o campo do direito civil esteve sempre

³⁰⁴ Segundo Marcelo Schenk Duque: “A CRFB não inclui a dignidade humana no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II), visto que está guindada à condição de fundamento do Estado democrático de direito. Isso significa que a proteção da dignidade humana traduz um fim supremo de todo o direito, de modo que a sua afirmação como fundamento do Estado lhe conduz ao cume do ordenamento jurídico. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014.

conectado a uma de suas maiores virtudes que é a força da sua tradição. Se por um lado esta característica pode alimentar um discurso de isolamento do direito civil, por outro – mais coerente – poderia ser identificado como o valor do acumulado de sabedoria e conhecimento – mais de dois milênios desde os antigos romanos.

No caso específico do fideicomisso, por ter atravessado as vicissitudes históricas e mantido uma adequada função prático-operacional, é figura jurídica que demonstra a mais avançada teoria do diálogo das fontes.

Quando Luis Edson Fachin afirma que “*É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o “direito vivente”, evitando construir o futuro com a sombra do que passou*”³⁰⁵ cede oportunidade para a discordância. É sim preciso ir mais longe, mas sem renegar o passado. Não é preciso escorraçar o passado para construir um novo futuro. O fideicomisso que por muitos séculos foi instrumento de direito privado hoje mostra sua capacidade de ser fonte de releitura do direito civil conforme os mais profundos axiomas constitucionais, num verdadeiro diálogo de valores privados e públicos.

Aquela vetusta noção abstrata de pessoa que historicamente serviu para orientar uma ideologia individualista pode agora orientar uma proteção na dimensão existencial do ser pessoa. Este é o papel da proteção do concepturo.

Durante muito tempo a condição *in abstracto* da pessoa dentro de uma relação jurídica foi preenchida concretamente com o ideal liberal-burguês. Hoje, o instituto do fideicomisso se coaduna com a releitura do direito civil pela sua legalidade constitucional a ponto da referência *in abstracto* da pessoa que ainda

³⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5. O autor, apresentando conclusões sobre a reconstitucionalização do direito civil afirma: “Para arrematar essa exposição, apresentamos duas sintéticas conclusões: 1a. Da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido. 2a. É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o “direito vivente”, evitando construir o futuro com a sombra do que passou.”

não foi concebida já ser tutelada por um ordenamento que consagra a sua dignidade como ser humano, ainda que vindouro. Isso porque os valores de civilidade tocam os valores constitucionais, num eloquente diálogo que tende a convergência de seus valores.

É sem dúvida a circunstância da sua previsão como ente por existir que demonstra a oportunidade do tema. Não há que cair no impulso de observar o instituto somente pelo seu viés patrimonial (que existe e é importante), mas é imperioso refletir acerca da condição própria do concepturo no ordenamento jurídico. Se um estudioso alienígena, em se debruçando no estudo do ordenamento jurídico brasileiro, se perguntasse de que forma tal Direito trata a pessoa humana, poderia concluir que um instituto – o vetusto fideicomisso – sagra espaço para o ente humano não concebido. Esta circunstância, no entender desta tese é passível de ser objeto de uma ‘releitura do direito civil tradicional’ pelo viés da dimensão existencial da pessoa e por isso protegida constitucionalmente em face da sua dignidade do simples ser humano. Esta é a perfeita demonstração do diálogo dos institutos de direito civil e constitucional viabilizado pelo instituto do fideicomisso.

Então, como foi fortemente frisado, não há no Brasil, um regramento expresso acerca do conceito de concepturo. E quando ao seu tratamento, embora existente, é tangente ao conteúdo funcional do instituto do fideicomisso (transmissão de patrimônio).

Então perguntaria um crítico a este trabalho, de que forma é possível demonstrar, efetivamente, a ideia de que a previsão do fideicomisso de beneficiar um concepturo está em consonância com os valores constitucionais e por isso se mostrar um direito civil com perspectiva constitucional.

Primeiramente, a resposta teria que passar pela identificação precisa e determinante de que, o que se coaduna neste item ao perfil constitucional não é a finalidade do instituto (transmissão patrimonial), mas a sua legitimação. Muitas vezes a palavra ‘proteção’ é tão ampla que pode ser entendida mais como proteção patrimonial do que propriamente proteção por estar previsto. Nesta seara, a proteção que se defende não é a proteção patrimonial, mas o

ocaso de sua previsão. Estar previsto como aquele que vai se beneficiar do patrimônio é tão importante como propriamente recebe-lo.

Em julgados recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se pode observar com clareza que os magistrados reconhecem a utilidade do instituto. Observe-se que o conteúdo da ementa demonstra a justificativa e a própria tese que ora se defende, qual seja a proteção do concepturo:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PRETENSÃO VISANDO ASSEGURAR HERANÇA DE PESSOA VIVA. 1. A petição inicial é inepta quando se verifica a impossibilidade jurídica do pedido, além da ilegitimidade de parte e da carência de ação. 2. Não existe legítimo interesse econômico ou moral, nem há possibilidade jurídica, quando o autor visa garantir futuro direito hereditário, contendo em si a expectativa da morte do genitor, buscando estabelecer limitação ao direito de propriedade dele. 3. O filho não é sócio do pai, podendo ser, no máximo, seu dependente, e até poderá vir a ser futuro herdeiro, mas não tem direito algum sobre o seu patrimônio ou sobre os negócios do genitor, o qual pode dispor do que é seu como melhor lhe aprouver. 4. Se o avô tivesse a intenção de beneficiar os netos ainda não concebidos com a herança, teria instituído fideicomisso. Recurso desprovido³⁰⁶.

Ora, a expressão “*se o avô tivesse a intenção de beneficiar os netos ainda não concebidos com a herança, teria instituído fideicomisso*” demonstra de forma eficaz que o ente tutelado não é só observado, mas é observado pela sua dimensão existencial. Pois como alguém poderia querer beneficiar um ser que não existe? E vindo a nascer, como seria a compreensão daquela pessoa que foi beneficiada antes mesmo de ter sido concebida? Do ponto de vista da geração que se beneficia com esta transmissão patrimonial, é justamente a demonstração de que foi contemplada não por já ser pessoa, mas por ter sido pessoa em estado ideal, na sua dimensão existencial.

O fato de o ordenamento jurídico possibilitar este “olhar” para a pessoa não concebida está em evidente consonância com uma nova perspectiva do direito civil. Hoje já não há mais qualquer celeuma sobre a oportunidade de proteção do nascituro. Mas quando Justiniano determinou a positivação desta

³⁰⁶ Apelação Cível Nº 70057123762, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/12/2013. Diário da Justiça do dia 20/01/2014.

proteção no século VI da nossa era, certamente havia opinião em contrário sustentada na natureza da pessoa como aquele que nasce, respira e não tem a forma monstruosa, querendo argumentar que não se pode beneficiar quem ainda não é pessoa. *Mutatis mutantis*, hoje a evolução do direito não é mais consagrar aquele que está por nascer, mas o potencial de vir a ser concebido.

Assim, é preciso aplaudir a plasticidade histórica do fideicomisso, e mais ainda, a sua oportunidade atual. Não só se advoga pela sua permanência, em desfavor dos incrédulos que blateram pela extinção do instituto, mas se demonstra que sim, além de oportuno condiz com os adjetivos que o direito civil atual deve ter.

6. CONCLUSÕES

Diante de uma tarefa tão gratificante como a de realizar esta pesquisa e encontrar formas de demonstrar a conveniência e oportunidade do fideicomisso foi possível estabelecer algumas conclusões que a partir de agora se expõem:

1. O Direito é um fenômeno histórico e o jurista não pode contentar-se em simplesmente aplicar o Direito com o conhecimento superficial e descritivo das regras que compõem o ordenamento jurídico desconsiderando a tradição que cada instituto tem. Para tomar atitude proativa no campo jurídico é preciso penetrar no espírito da norma, e certamente não poderá fazê-lo sem o seu estudo histórico, porque, como ficou demonstrado, somente o estudo da história de um direito é capaz de responder a interrogações desta índole quando se investiga o seu significado. Assim, se o direito é um fenômeno histórico por natureza e desta investigação não se pode subtrair-se, é de se concluir que não seria possível compreender os institutos jurídicos abstraindo-se da tarefa de observá-lo pelo prisma histórico.

2. A história do fideicomisso foi riquíssima no percurso de mais de dois milênios. Surge no direito romano como resultado da necessidade de existir um instrumento jurídico que atingisse o fito pretendido pela sociedade, mas não consagrado no direito posto. Seu nascimento lateral talvez seja a marca da contrariedade que sempre teve por grande parte dos operadores do direito, mas o certo é que, em que pese esse agravo a que sempre esteve submetido, o fideicomisso é exemplo de resistência e perseverança. Perseverou porque, surgido no direito romano, passou pela Idade Média e pela Idade Moderna, e está nos dias atuais dentro das categorias tradicionais de transmissão patrimonial sucessória.

3. As finalidades pela quais o fideicomisso passou no curso da sua história variaram tanto quanto os próprios períodos pelos quais transitou. Vai desde a burla da lei, beneficiando quem não tem capacidade sucessória, passando pela intenção de manter um patrimônio na família, chegando então ao caráter de perpetuação e imortalidade dos bens numa mesma família pela

linha masculina com o escopo de obstar o egresso dos bens do núcleo familiar. Advindo da idade Média com esta pecha, o fideicomisso consegue integrar a lei civil nos artigos 1733 a 1740 do Código Civil de 1916. E então chega ao texto atual constando no artigo 1.952 do Código Civil de 2002 com a seguinte redação: '*A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador*'. Trata-se da permanência de um instituto de dois milênios e é de se concluir que não é qualquer instituto que tem esta elasticidade temporal. Por isso o fideicomisso deve ser enaltecido pela sua tradição intrínseca, tal como os anciãos, os fideicomissos devem ser prestigiados pela sua experiência de vida.

4. Atualmente, o fideicomisso serve para a transmissão patrimonial sucessória, por deliberação do autor da herança, querendo pular uma geração e beneficiar um ente ainda não concebido, intervindo positivamente na escolha da substituição da sua titularidade. O fideicomisso é oportuno principalmente por beneficiar pessoa diversa do herdeiro favorecido na lei. Muitas são as realidades em que o titular da herança não quer ou não deveria deixar seu patrimônio à sorte dos herdeiros legítimos, ao mesmo tempo em que não gostaria que o resultado da sua história patrimonial ficasse fora da sua família. Neste sentido o fideicomisso é efetivamente muito adequado e oportuno, tal como imaginou o legislador de 2002 quando determinou a sua permanência com este viés. Em que pese algumas atuais críticas contrárias à utilidade do fideicomisso em face da sua baixa utilização na *práxis* diária, o instituto é sim muito útil e se a população pudesse efetivamente conhecer a sua utilidade, provavelmente seria muito defendido como mecanismo de disposição patrimonial segundo a conveniência do titular do direito de propriedade.

5. Entretanto, não se pode perder de vista a mais recente inovação do instituto: a legitimação do fideicomissário. O termo *prole* eventual não é recente, mas a expressão '*concepturo*' recebe da correlata '*nascituro*' o mesmo viés de previsão-proteção. O termo '*concepturo*' não é o integrante da letra da lei (o artigo 1952 trata dos "*não concebidos ao tempo da morte do testador*"), mas a sua percepção está expressa no conteúdo do dispositivo que legitima o beneficiário de uma disposição fideicomissária. Esta inovação técnico-legislativa corresponde a um avanço do instituto se observado pelo conteúdo

axiológico da própria legitimação. É a marca de um novo perfil que o direito civil assume no cenário da ordem jurídica atual.

6. Neste diapasão, é importante da mesma forma concluir que, o direito como fenômeno histórico, marcou sua existência pela superação da dicotomia público-privado. Se num período originário era importante a diferenciação do conteúdo de direito público e de direito privado, atualmente a força do fenômeno jurídico está na possibilidade de convergirem a nível axiológico demonstrando que sim, é tudo um sistema integrado cujo foco primordial é a pessoa humana. Assim, as fontes (direito civil e direito constitucional) dialogam e nessa releitura do direito civil pelo seu caráter de convergir ao direito constitucional observa-se o deslocamento do sentido da tutela da pessoa em face da sua nova concepção. O que antes era uma acepção patrimonialista se mostra existencialista, porque o anterior foco na relação patrimonial passa a dar lugar a um foco no sentido de quem é a pessoa beneficiada. E então a melhor das conclusões é aquela que demonstra a oportunidade de a pessoa ser observada pelo seu sentido valorativo mais do que estrutural. Para isso o fideicomisso se mostra condizente: quando a legitimação da transmissão patrimonial afeta um ser não concebido mas idealizado, o sentido da norma é sem dúvida mais valorativo do que estrutural.

7. O fideicomisso continua sendo adequado e oportuno tanto pelo seu aspecto patrimonial como pelo seu aspecto existencial. O aspecto patrimonial de transmissão da titularidade de um bem jurídico privado se mostra muito semelhante ao instituto do *trust* de origem inglesa. Este instituto é versátil e propõe uma nova dimensão da transmissão do conteúdo patrimonial segundo a vontade do disponente e a confiança depositada na pessoa que recebe a incumbência de transferir o patrimônio. Esta nada mais é do que a ideia originária do fideicomisso. Mas mais do que uma aproximação semântica, o instituto poderia fornecer correspondente instrumental para sustentar a viabilidade do fideicomisso em face da sua pertinência axiológica: o disponente quer beneficiar outra pessoa que não aquele que recebe o encargo. Desta feita, o fideicomisso conta com mais este suporte de fundamento de oportunidade que por sua vez compôs esta argumentação mais para enriquecer do que propriamente defender uma incorporação do instituto

alienígena, em face dos riscos e perigos que tal acarretaria. De toda sorte, fica demonstrado que, assim como em institutos similares do direito comparado, o fideicomisso é útil e oportuno para a transmissão patrimonial decorrente da vontade do disponente em saltar uma geração.

8. Ainda da ótica patrimonial, se pode concluir que a transmissão patrimonial do fideicomisso beneficia gerações futuras. O olhar para as pessoas que ainda não existem é uma das mais novas tendências do direito hodierno, principalmente em face da forma pela qual a regulação jurídica das relações humanas tem se mostrado atualmente. Mais do que a pertinente preocupação do estado do ambiente que será legado para os seres que virão, o direito tem se preocupado com as próprias relações jurídicas que estarão vigendo quando a geração do por vir efetivamente chegar. Dentro desta perspectiva, de preocupação com qual será o ambiente e o direito das futuras gerações, se encontra o fideicomisso, atribuindo na esfera privada a disposição patrimonial segundo a conveniência do seu titular para beneficiar a geração do futuro.

9. Então, pelo fato de o fideicomisso prever benefício a entes humanos idealizados, não resta dúvida, que esta característica faz do fideicomisso instituto muito apropriado. O fato da legitimação única do fideicomissário ser um concepturo se mostra absolutamente conveniente com a nova percepção de um direito privado que preserva seu primado de conhecimento, sua tradição, mas avança ao novo tempo, pensando naquele que é somente uma potencialidade de ser humano, que por sua vez encontra na Constituição Federal a guarida mais firme e mais alta de todo ordenamento jurídico. Mais uma vez o fideicomisso se comprova como instrumento útil e oportuno, sendo sim convergente para uma nova hermenêutica do direito conforme os valores mais altos de todo o ordenamento jurídico, qual seja a pessoa humana.

Referências

ABBAGNANO, Nicola; BENEDETTI, Ivone Castilho (Trad.). **Dicionário de filosofia**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 5.Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTÔNIO, José María mata de. Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del concepturos. **Revista de Derecho Privado**, n. 2003-05, Septiembre, 2003, p. 658 – 694.

AZEVEDO, Armando Dias de. **Do Fideicomisso**. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938.

_____. **O Fideicomisso no Direito Pátrio**. São Paulo: Saraiva, 1973.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Nona Edizione, Napoli: Jovene, 1947.

BARREIRO, Alejandrino Fernández. Libertad testamentária y sistema de legitimas: um análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**. vol. 10, 2006, pgs. 279-302.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BIONDI, Biondo. **Successione Testamentaria e Donazioni**. Milano: Giuffrè, 1955.

BOLOGNESI. **La successione dei nascituri non concepiti nel diritto italiano vigente**. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1905.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Ristampa dela Xª Edizione, Torino: Giappichelli, 1957.

BOVE, Roberto. Fideicomisso no direito romano. **Revista dos Tribunais**, ano 39, volume 183, janeiro, 1950, pg. 580 – 595.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Herder, 1961.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust: Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPITELLI, Adriana. Persona (Diritto Intermedio), **Enciclopedia del Diritto**, vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore. 1983.

CARVALE, Mario. Fedecompresso. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica – seus sentidos e limites.** 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões – das substituições no código de 2002. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, jan./mar. 2006, pg. 42-59.

CASTRESANA, Amelia. **Fides, Bona Fides.**, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991.

CASTRO, Flávia Lages. **Historia do Direito Geral e do Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. **Studi su Origine e Attualità del Sistema Romano.** Torino: Giappichelli Editore, 1990.

CHESHIRE, Geoffrey Chevalier. **Il concetto del ‘Trust’ secondo la Common Law inglese.** Torino: Giappichelli, 1998.

CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho: Derecho Común,** Salamanca: Ediciones Universidad, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil,** Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano,** Vol. II. São Paulo: Edição Saraiva. 1951.

COTTA, Sérgio. Persona (Filosofia Del Diritto). **Enciclopédia Del Diritto**, vol. XXXIII. Milano: Giuffrè Editore. 1983.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano – Lições.** Coimbra: Almedina, 1969.

CUBILLAS, Aura Tazón. Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el derecho romano. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, vol. 13, ano 2009, pgs. 831-861.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas: entre o Individualismo e Humanismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 18, 2000.

_____. Dignidade da pessoa Humana: Conceito do Direito Civil. **A Reconstrução do Direito Privado**, Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

_____. **A normatividade da Pessoa Humana**: O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

D'ORS, Alvaro. **Derecho Privado Romano**. Pamplona: EUNSA, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE FRANCIS, Francesco. **Dizionario Giuridico Inglese-Italiano**. 1. Milano: Giuffrè. 1984.

DICCIONARIO filosófico. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, 1952.

DOMINGUES, Claudia do nascimento. Transmissão da propriedade Imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 35, vol 73, jul-dez, 2012, pg. 85 – 149.

DOMINGO, Rafael (org) et alii. **Textos de Derecho Romano**. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002.

DUQUE, Marcelo. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição, **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**, Claudia Lima Marques coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras – Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas do Brasil**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos

constitucionais para uma reflexão crítica. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

_____. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo, **Diálogos sobre Direito Civil**, org. Carmen Lúcia Silveira Ramos et.al., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios, **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 1-7.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, pg. 13 – 62.

FERREIRA, Waldemar Martins. O ‘trust’ anglo-americano e o ‘fideicomisso’ latino americano. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.51, jan. 1956, p. 182-202.

FIORANELI, Ademar. Fideicomisso. **Revista de direito imobiliário** (São Paulo), n. 28, jul./dez., 1991, pg. 7-34.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAILLARD, Émile. **Générations Futures et Droit Privé**: vers um droit des générations futures. Paris: LGDJ, 2011.

GALLIGANI, Chiara. **L’Ordine dele Famiglie**, I concorsi gentilizi nella Lucca del Seicento tra maggiorascato e primogenitura. Pisa: Edizioni ETS, 2009.

GANGI, Calogero. **La successione testamentaria nel vigente diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1948.

GAUDEMET, Jean. O Milagre Romano. **Os Homens e a Herança no mediterrâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

GAYO, Institutiones. Tradución, notas e introdución Alfredo di Pietro. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. **A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung) sob enfoque de seus deveres de proteção (schutzpflichten)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GIORDANI, Mario Curtis. **História do Império Bizantino**. 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1968.

GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**. vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Sucessões**. 12ª edição, revista, atualizada e aumentada de acordo com o código civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963.

_____. **A Reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. volume 7, direito das sucessões, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GORPHE, François. **Le Principe de la Bonne Foi**. Paris, Librairie Dalloz, 1928.

GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. A importância do Estudo do Direito Romano para a formação do Jurista. **Democracia e Constituição**: estudos em Homenagem ao Ministro José Neri da Silveira, org. Hella Isis Gottschefscky, Porto Alegre: Dom Quixote, 2012.

GROSSO, Giuseppe. Fiducia. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968.

GUZMÁN, Alejandro. El Communis Usus Loquendi em el Derecho Romano. **Revist de Estudios Histórico-Jurídicos**. Sección Derecho Romano, XXI, Valparaíso Chile, 1999, pg. 37 – 64.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1998.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Parte Especial, Do Direito das Sucessões (artigos 1.784 a 1.856), Volume 20, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOLANDA, Aurelio Buarque. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

- IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**. 12ª ed., Barcelona: Ariel, 1999.
- IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**. trad. Fernando Vela, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- JACOMINO, Sérgio. O fideicomisso no projeto do Código Civil. **Revista de Direito Imobliário**, maio-agosto, nº 44, 1998, pg. 27 – 40.
- JAEGER, Guilherme Pederneiras. O instituto inglês do Trust. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 3, n. 17, nov. /dez. 2010, p. 167-187.
- JUSTO, Antonio Santos. **Direito Privado Romano**. tomo I, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999.
- KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Barcelona: Ariel. 1999.
- LACAL, Pascual. El tema de los 'nondum concepti'. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario** Núm. 227, Abril 1947, pg. 252 – 260.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito das sucessões no novo Código Civil. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, n. 30, FCJ 04, Curitiba, mai. 2002, pg. 23-35.
- LEVAGGI, Abelardo. Historicidad Del Derecho. **Revista IMES Direito**, ano II, nº 4, janeiro-junho, 2002, pg. 51-54.
- LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino Organizador. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOT, Ferdinan. **O Fim do Mundo Antigo e o Princípio da Idade Média**. Lisboa: Edições 70, 1985.
- LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. **O novo Código Civil e a Constituição**, 2. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32.
- LOZANO, Rose-Marie. **La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine**. Paris: la documentation française, 2001.

LUPOI, Maurizio. **Trusts**. Milano: Giuffrè, 1997.

MACHADO, João Ataliba Marcondes. Fideicomisso – morte do fiduciário antes do testador – consequências. **Revista Jurídica**, ano 1, abril, 1953, pg. 132 – 135.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Retratos de Cooperação Científica e Cultural**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

_____. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, março 2001, 9-32.

_____. Judith, BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise da 'aclimatação' do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 11, n. 42, abr. /jun. 2010, p. 244-276.

MESSINETTI, David. Personalità (diritti dela). **Enciclopedia del Diritto**, v. XXXIII, Padova: cedam, 1983.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. **Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil-Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, Rio de Janeiro, 1993, p. 21-32.

MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa. **Revista dos Tribunais**, v. 590. 1984.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009, pg. 17-36.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional**. Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma realidade contemporânea. Carmen Lúcia Silveira Ramos organizadora et al., Rio de Janeiro: Renovart, 2002.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Vol. III, Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957.

NÖRR, Dieter. **La fides en el Derecho Internacional Romano**. 2. ed. Tradução de Rafael Domingo. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 1996.

OLIVA, Milena Donato. O trust e o direito brasileiro - patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, jan. /jun. 2010, p. 149-177.

OPPO, Giorgio. Note sull'istituzione di non concepti. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile**, anno, II, 1948, pg. 66 – 111.

_____. Declino del Soggetto e Acesa della Persona. **Rivista di Diritto Civile**. Anno XLVIII, n.6. Nov/Dic 2002, pg. 830 – 869.

_____. Procreazione assistita e sorte del nascituro. **Rivista di diritto civile**, Vol. 51, Nº 2, 2005, pg. 99 - 112.

PIACENTINI, Ezio. La cosi detta istituzione di nascituri non concepti. **Rivista di Diritto Civile**, ano XV, 1923, pg. 144 – 164.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 3ª ed. Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

_____. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional, **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas a Luz da Legalidade Constitucional**, Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador, São Paulo: Atlas, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.I, § 51, n. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. LVIII, Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, 9 (25), Porto Alegre, 1979, pg. 11 – 30.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Eduardo Machado. **Sucessão Hereditária**. São Paulo: Pilares, 2006.

REALI, Alessio. Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova , v. 57, n. 2, pt. 2, mar. /abr. 2011, p. 161-209.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROTONDI, Giovanni. **Leges Publicae Populi Romani**. Hildesheim: Georg Olms, 1966.

SAVIGNY F.C.von. **Sistema del Diritto romano attuale**. trad. V. Scialoja, II, Torino, 1888.

SCHULZ, Fritz. **Principios de Derecho Romano**. 2. ed. Tradução de Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**, São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. vol. VI, 17. ed., revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Fideicomisso de Segundo Grau. **Revista Jurídica**, ano 1, nº 1, abril, 1953, pg. 171 – 183.

STEIN, Peter. **Il Diritto Romano nella Storia Europea**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2001.

STOLFI, Giuseppe. La sucessionione dei non concepti. **Rivista di Diritto Civile**, anno XVI, 1924, pg. 417 – 480.

STUBER, Walter Douglas. A legitimidade do 'trust' no brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Economico e Financeiro**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1989. v.76, p.103-108.

TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1990.

TAVARES, Ademar. Breves Linhas sobre a história do fideicomisso. **Arquivo Judiciário**, vol LII, 1939, pg. 80 – 83.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3. ed. 1-22.

_____, O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais, **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** Gustavo Tepedino Organizador. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez:** ou commentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito. Do direito das cousas com relação à propriedade illimitada, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TERPINS, Nicole Mattar Haddad. Algumas considerações sobre o trust e as perspectivas de sua assimilação no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 49, n. 153/154, jan. /jul. 2010, p. 165-198.

TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 27, 2006, p. 223 – 251.

TRIFONE, Romualdo. Fedecomesso (Diritto Romano). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975.

_____. Fedecomesso (Diritto Intermedio). **Novissimo Digesto Italiano**, VII, FAIS-GO, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1975.

_____. **Il Fedecomesso.** Storia dell'istituto in Italia dal diritto romano all'inizio del secolo XVI, Napoli: L. Pierro & Figlio, 1914.

TRIPICCIÓN, Luigi. La delazione legittima dela hereditá nel caso di mancato avento di nascituri non concepiti. **Rivista di Diritto Civile**, anno 1922, pg. 447 – 469.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil** Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIDARI, Francesco Pene. Trust e divieto dei patti successori. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova, v.46, n.6, pt. 2, nov. 2000, p. 851-889.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito:** definições e fins do Direito, os meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

VINOGRADOFF, Paul. Roman Law in medieval Europe. London: Harper & Brothers, 1909.

VOCI, Pasquale. Fedecomesso. **Enciclopedia Del Diritto**, XVII, Fav-Form, Milano: Giuffrè, 1968.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Economico e Financeiro**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1995. n.99, p.105-120.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WORTLEY, B. A. Les trust et ses applications modernes en droit anglais. **Revue Internationale de Droit Comparén**. 4, Paris, oct.-dec. 1962, p. 699-710.