



## SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA POR FIDEICOMISSO<sup>1</sup>

Caléo Lucatelli<sup>2</sup>, Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Pesquisa desenvolvida na disciplina de Direito das Sucessões, do curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí.

<sup>2</sup> Graduando do VII semestre do curso de Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí. E-mail: caleo@fernandotonet.adv.br.

<sup>3</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina / CESUSC. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Docente de Ensino Superior com experiência na área de Direito: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Atualmente é docente do Curso de Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, nos campus de Ijuí, Santa Rosa e Três Passos e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Santo Ângelo. Membro do Grupo de pesquisa: Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho vinculado a PUCRS. E-mail: nelcimeneguzzi@gmail.com.

### RESUMO

Os testamentos em geral são pouco utilizados no Brasil, acredita-se que principalmente pela questão cultural do brasileiro não se sentir à vontade para tratar sobre a morte. Além disso, frequentemente o autor da herança prefere deixar os seus bens aos herdeiros necessários, conforme regulamenta a lei. Por consequência, o testamento por fideicomisso é ainda mais escasso, pois possui características e particularidades exclusivas, como por exemplo, a necessidade do fideicomissário ser pessoa não concebida ao tempo da morte do testador. Por isso, frisa-se que tal mecanismo de sucessão não é sinônimo de herdeiro não concebido ou de outro instituto de sucessão, não devendo ser confundido.

**Palavras-chaves:** Fideicomissário. Fideicomisso. Fiduciário. Testamento.

### ABSTRACT

Generally, wills are not so commonly used in Brazil, due to the brazilian culture and the fact that people might feel a little uncomfortable speaking of death. Besides, the author of the inheritance often prefers to leave his assets to his necessary heirs, as regulated by law. Consequently, a will by trust is even more scarce, because it has unique characteristics and particularities, for instance, the need for the trustee to be a non conceived person at the time of the testator's death. Therefore, not to be mistaken, it is emphasized that the succession mechanism is not a synonym for a non conceived heir nor another succession institute.

**Keywords:** Fiduciary. Testament. Trust. Trustee.

### INTRODUÇÃO

O testamento é visto como o último ato de vontade do autor da herança, por isso o código civil atribui importante força para tal disposição, pois entende ser de suma importância possibilitar ao testador a faculdade de determinar o fim de seus bens e assuntos de seu interesse



para após a sua morte. Salienta-se que o testador tem esse direito desde que respeite a parte legítima, caso possua herdeiros necessários.

Logo, percebe-se que a vontade do testador não é total e irrestrita no que diz respeito ao destino dos seus bens, por isso, não há que se atribuir ao testamento o ato de perpetuar a última vontade do testador de maneira absoluta, mas sim, perpetuar relativamente à vontade deste para depois de sua morte.

Questiona-se em que medida o testamento por fideicomisso é um instrumento eficaz para o planejamento sucessório e quais são os efeitos legais de um testamento por fideicomisso?

Assim, o objetivo deste estudo é analisar e compreender a utilização do testamento por fideicomisso no Brasil, assim como analisar os seus requisitos e peculiaridades para a sua efetiva aplicabilidade.

## **METODOLOGIA**

Para examinar o tema em questão, foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, com base em fontes bibliográficas, servindo-se da legislação brasileira e da jurisprudência relacionada. Tendo isso em vista, realizou-se uma avaliação crítica dos elementos teórico-práticos da área para o estabelecimento de um debate sobre o assunto.

## **DESENVOLVIMENTO**

O testamento é denominado pela doutrina como negócio jurídico (DIAS, 2019), e possui diversos requisitos peculiares, a depender do tipo de testamento utilizado, haja vista que pode ser realizado por meio de testamento ordinário, que se subdivide em testamento público, cerrado e particular, e também pode ser realizado por meio de testamento especial, que se subdivide em testamento marítimo, aeronáutico e militar de acordo com a previsão do Código Civil Brasileiro entre os artigos 1.862 e 1.892 (BRASIL, 2002).

Entretanto, os testamentos possuem alguns requisitos uniformes, podendo-se citar dentre as características conjuntas a ação personalíssima, unilateral, revogável, unipessoal, imprescritível e a proteção da legítima, quando o testador possuir herdeiro necessário (DIAS, 2019).



Ao que diz respeito diretamente ao testamento por fideicomisso, tal modalidade possibilita ao testador transferir para duas pessoas o mesmo bem. Isto é, o fiduciante determina a transferência do bem para após a sua morte ao fiduciário e ao fideicomissário.

O fideicomisso somente é permitido através de ato *causa mortis* (RIZZARDO, 2019), inclusive esse é o entendimento da majoritário da doutrina, sob o fundamento de não existir previsão expressa que de entendimento diverso. Contudo, ainda que minoritário, há entendimento de outra parte da doutrina que admite o fideicomisso por ato *inter vivos*, sob o fundamento de que não há dispositivo que proíba.

É necessário distinguir o instituto do fideicomisso e da nomeação de herdeiros não concebidos, pois mesmo que sejam institutos semelhantes e beneficiem pessoas inexistentes no momento da sucessão, tratam de situações totalmente diferentes (DIAS, 2019).

O fideicomisso consiste em um mesmo bem deixado pelo autor da herança que deverá ser transferido após a sua morte para pessoa que já possui vida, e este passará para outra que sequer fora concebida quando da morte do testador.

No fideicomisso o bem deixado pelo fiduciante fica em mãos de um herdeiro, o fiduciário, até que chegue o momento do herdeiro ainda não concebido receber os bens. Aqui não há prazo à concepção do herdeiro não concebido, porém, na hipótese do primeiro herdeiro morrer antes do segundo herdeiro ser concebido, os bens serão distribuídos entre os herdeiros necessários do primeiro herdeiro designado pelo autor da herança.

De outro modo, na nomeação de herdeiro ainda não concebido, quem fica responsável pelo bem deixado pelo fiduciante é um curador. Aqui, a transferência de um bem ocorre do autor da herança para uma pessoa que ainda não nasceu.

Neste instituto de sucessão há o prazo de 02 anos para o nascimento do herdeiro designado pelo autor da herança, e na hipótese do não nascimento do herdeiro designado, o bem voltará aos herdeiros necessários do autor da herança.

O instituto sucessório do testamento por fideicomisso é realizado através da demonstração de vontade expressa do fiduciante, devendo constar no testamento a destinação de um ou mais bens, legado, ou, ainda, fração de bens ao fiduciário e ao fideicomissário, podendo ser toda a parte disponível, parte dela, ou, ainda, todos os seus bens, na hipótese do fiduciante não possuir herdeiros necessários.



Vê-se dispensável a denominação “fideicomisso” no testamento, sendo necessário somente a disposição de destinação sucessiva dos bens fideicometidos e a indicação das pessoas do fiduciário e fideicomissário (DELGADO, 2022).

Dessa forma, o fideicomisso ocorre quando o autor da herança, denominado neste instituto de fiduciante, elege dois herdeiros sucessivos para um ou mais bens, através de testamento. O primeiro herdeiro é denominado fiduciário, e o segundo de fideicomissário.

Logo, o fiduciário é o primeiro herdeiro do fideicomisso, ele é responsável por conservar em benefício de outrem o bem, porquanto, possui direito ao uso e gozo, mas recebe a propriedade com limitações, uma vez que posteriormente deve transferir o bem ao fideicomissário.

Por isso, o fiduciário não pode alienar o bem, a não ser que o fideicomisso possua mais de um bem e o fiduciante autorize expressamente a alienação de algum deles. Caso o fiduciário faça a alienação sem autorização, poderá o fideicomissário exigir dele ou de seus sucessores a restituição (DIAS, 2019).

Entretanto, para evitar tal discussão, é aconselhável que no momento da produção do testamento, o autor da herança faça constar a cláusula de inalienabilidade dos bens deixados em fideicomisso (DELGADO, 2022).

Nesse sentido, o fiduciário adquire a propriedade de forma resolúvel, ou seja, não possui a propriedade de forma irrevogável, pelo contrário, ela é revogável e limitada. Isto significa que quando o fideicomissário nasce, ele passará a possuir a propriedade do bem, passando o fiduciário a ter direito somente ao usufruto até ocorrer a condição suspensiva.

É importante mencionar que fiduciante possui liberdade para determinar através de cláusula suspensiva no testamento o momento em que o fiduciário deve transferir o bem ao fideicomissário. Todavia, na hipótese do fiduciante não dispor de cláusula suspensiva, o fiduciário terá a propriedade resolúvel até morrer.

Dessa forma, após a morte do fiduciário o bem será transferido ao fideicomissário de forma definitiva e vitalícia. Portanto, quando o fideicomissário morrer, o bem não será transferido aos herdeiros do fiduciante ou do fiduciário, mas sim, aos herdeiros do fideicomissário.

O Código Civil<sup>1</sup> regula que o herdeiro fideicomissário deve ser, necessariamente, pessoa que sequer tenha sido concebida quando da morte do fiduciante, pois se já concebida no momento da instituição do fideicomisso, bem como no momento da sucessão, ou, ainda, nascida com vida antes do fiduciante falecer ou no momento da sucessão, não se pode falar em fideicomisso, uma vez que o fideicomissário adquirirá a propriedade dos bens ou legados e o fiduciário somente terá direito ao usufruto (DELGADO, 2022).

Além do mais, o fiduciante deve, obrigatoriamente, indicar o fideicomissário como sendo filho de uma determinada pessoa, pois não é permitido herdeiro incerto<sup>2</sup>. Isto é, o fiduciante deve indicar como fideicomissário o filho que João terá, ou, ainda, o filho que João terá com Maria.

Quanto que ao tipo do fideicomisso, o fiduciante poderá optar pela espécie que desejar, uma vez que possuem três opções, quais sejam: a) fideicomisso universal; b) fideicomisso singular; e c) fideicomisso residual.

É universal quando o fiduciante passa aos herdeiros do fideicomisso a universalidade de sua herança ou parte dela. É singular quando indica um legado aos herdeiros. Por fim, é residual quando autoriza o fiduciário a vender os bens que ele deixou como herança, com a única ressalva que àquele deverá reservar algum desses bens ao fideicomissário.

O fiduciário poderá designar dois herdeiros fiduciários e dois fideicomissário, além de substituí-los por outros.

A duplicidade de herdeiros no fideicomisso ocorre a partir da faculdade que o fiduciante possui em indicar dois herdeiros fiduciários e dois herdeiros fideicomissários. Isto significa que ambos são herdeiros em isonomia. Assim, caso seja excluído algum dos herdeiros, o bem permanecerá na totalidade com o outro fiduciário ou fideicomissário, a depender do caso.

De outro modo, a substituição acontece quando o fiduciante consigna no testamento dois herdeiros fiduciários e/ou dois herdeiros fideicomissários. Nesse sentido, o fiduciante indicará um fiduciário titular e outro reserva. Da mesma forma, o fiduciante indicará um fideicomissário titular e outro reserva.

<sup>1</sup> 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. (BRASIL, 2002).

<sup>2</sup> Art. 1.900. É nula a disposição: (...) II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar; III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro; (BRASIL, 2002).



Os herdeiros denominados reserva somente irão herdar se o fiduciário ou fideicomissário titular, por algum motivo, seja ele renúncia, morte ou cláusula consignada pelo fiduciante no testamento, não puder ou quiser herdar. Por isso a denominação de titular e reserva. O reserva somente irá sair beneficiado se ocorrer alguma causalidade.

O fideicomisso pode ser invalidado pela caducidade, renúncia e nulidade. A primeira decorre de acontecimentos inesperados, a segunda por vontade do fiduciário ou fideicomissário, e a terceira é oriunda do testamento encontrar-se em incongruência com a legislação.

A caducidade abrange todos os acontecimentos não esperados pelo autor da herança que impeçam a concretização do fideicomisso. Pode-se mencionar como exemplos, a morte do fideicomissário antes do fiduciário ou antes do termo ou condição resolutiva, o falecimento do fiduciário antes do testador e a declaração por indignidade (RIZZARDO, 2019).

De outro modo, também pode ocorrer a renúncia<sup>3</sup> do bem ou legado, por alguma das partes. Tais renúncias podem ocorrer em diversos momentos, podendo ser antes ou depois do falecimento do testador, antes ou depois do termo ou condição resolutiva, antes ou depois do nascimento do fideicomissário e antes ou depois de receber o bem.

Se o fiduciante vier a renunciar ou falecer, a propriedade plena do bem ficará ao fideicomissário, e na hipótese do fideicomissário se tratar de incapaz, receberá por seus representantes legais e, caso seja concepturo, os pais do futuro fideicomissário poderão aceitar a herança ou legado (DELGADO, 2022). No mesmo sentido, se o fideicomissário falecer antes de atingida o termo ou condição resolutiva, a propriedade definitiva se consolidará ao fiduciário.

A nulidade do fideicomisso sobrevém nas mesmas hipóteses dos testamentos ordinários e especiais, devendo ser acrescido a proibição consignada pela legislação, ao que tange a impossibilidade de o fideicomisso ir além do fideicomissário (RIZZARDO, 2019), uma vez que, se assim não fosse, estaria a permitir o infinito fideicomisso.

Ainda, como é sabido, em regra no direito brasileiro não há direito *saisine*, uma vez que a legislação impõe a necessidade de inventário. No entanto, de maneira extraordinária, neste instituto de testamento é possível falar em direito *saisine*, pois, de fato, há transmissão

---

<sup>3</sup> Código Civil – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – 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.



automática de bens do fiduciário ao fideicomissário sem a necessidade de inventário (FARIA, 2009).

O fiduciário e fideicomissário podem ser excluídos da herança por indignidade, ficando os seus sucessores impedidos de assumir o seu lugar. Dessa forma, se o fiduciário for declarado indigno, a propriedade consolida-se no fideicomissário, e, se o fideicomissário foi declarado indigno, o fiduciário terá propriedade vitalícia dos bens (MADALENO 2019).

O testamento por fideicomisso é uma forma de testamento específica para o qual o testador deixa seus bens para um beneficiário chamado de fiduciário, que será responsável por gerenciar e administrar esses bens até que sejam distribuídos aos beneficiários finais. É uma forma útil de garantir que os bens do testador sejam usados de acordo com seus desejos, mesmo após sua morte. No entanto, deve-se ter cuidado para que os termos do testamento por fideicomisso sejam claramente estabelecidos, para que não haja confusão ou disputa sobre o que deve acontecer com os bens após a morte do testador.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O testamento por fideicomisso é uma das possibilidades para o planejamento patrimonial que irá produzir efeitos somente após a morte do fiduciário, uma vez que tal mecanismo é exclusivamente *causa mortis*.

Ademais, é importante mencionar que não se deve falar em dupla cobrança de imposto de transmissão no fideicomisso, pois só existe um fato gerador, que corresponde a vontade do fiduciante através do testamento.

O testamento por fideicomisso é uma forma de planejamento sucessório que oferece diversas vantagens, tanto para os herdeiros quanto para o testador. Por meio dele, é possível programar a transferência de bens para os herdeiros em uma data futura, com a proteção dos bens contra eventuais dívidas dos herdeiros ou desvalorização do patrimônio.

Além disso, o testamento por fideicomisso também oferece a possibilidade de controlar os herdeiros, assegurando que os bens sejam utilizados de acordo com a vontade do testador. No entanto, é importante lembrar que o testamento por fideicomisso não é adequado para todas as situações, como por exemplo, quando o testador desejar proteger a herança de ataques judiciais.



É importante que o testador conte com o auxílio de um profissional especializado para garantir que o fideicomisso seja feito de acordo com a legislação vigente, pois só será válido se produzido de acordo com as leis e regulamentos locais.

Do mesmo modo, é importante contar com o auxílio de um profissional especializado para lhe apresentar a melhor escolha de planejamento sucessório, tendo em vista sua situação financeira e os seus objetivos, pois a depender do caso concreto, será mais vantajoso ao autor da herança optar por outra modalidade de planejamento *post mortem*.

O testador tem a garantia de que seu testamento por fideicomisso será honrado, pois o fideicomissário é obrigado a cumprir as disposições contidas no documento. No entanto, o testador deve ter em mente que o fideicomissário tem a obrigação de honrar o testamento, mas não tem a obrigação de atender às suas expectativas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 abr. 2023.

DELGADO, Mario Luiz. O fideicomisso como instrumento do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**, Tomo III. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

FARIA, Roberto Carvalho de. **Direito das Sucessões: teoria e prática**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.