

pleiteada, para anulação de ato ilegal que, em prejuízo da moralidade administrativa, dispensara a concorrência, determinando se adjudicasse, a uma sociedade anônima, certo fornecimento e instalação, ficando, por isso, sem efeito contrato já assinado.

Não se configurara, no caso concreto, nem a circunstância imprevista, nem o interesse nacional. Tinham sido oferecidas duas propostas e fôra preferida a mais onerosa, a pretexto de sua conveniência, por independer, apenas, de serviço telefônico.

Evidentemente, votando pela concessão da medida, o juiz vencido se batera pelo regime da concorrência pública, único, em casos tais, a assegurar a moralidade do ato administrativo.

4. *Conclusão.* — Na Câmara dos Deputados, ora tramita um projeto de reforma da Lei n. 1.533, de 1951, relativa ao mandado de segurança.

Esperemos que o nosso legislador aproveite as lições da jurisprudência dos nossos tribunais, na matéria, a fim da medida do mandado de segurança normalizar-se, adquirindo a sua exatidão, em consonância com a letra e a inteligência do texto constitucional brasileiro.

USUFRUTO E FIDEICOMISSO

OSWALDO GOULART PIRES

Juiz no Distrito Federal

No dizer de MENDES PIMENTEL “na interpretação dos testamentos a questão única é uma *questio voluntatis*. Só se tem de apurar o que quis determinar o testador, para fielmente executar-lhe o intento. *In testamentis plenius voluntatis testatum interpretandur*, Dig. lib. 50, tit. 17, 1, 12” (Rev. For. v. 34, p. 127).

No mesmo sentido se fez ouvir a palavra do saudoso mestre e jurista PHILADELPHO AZEVEDO de sua curul no Pretório Excelso.

“A diferença de efeitos entre o fideicomisso e o usufruto residente na transmissibilidade ou não, a seus herdeiros dos direitos do beneficiário mais distante, a qual deve, acima de tudo ser decidida em atenção à vontade do testador, com desprezo por métodos puramente técnicos. É inócua o uso da expressão “*passagem*”, que impressiona ao leigo pela aparência do fenômeno. Estendem-se ao fideicomisso os mesmos princípios que têm por único limite o gravame de bens além de uma geração” (Rec. ext. 5.275, *apud* OCTAVIO KELLY, Interp. do C. Civil no S. T. F., v. 1, p. 321).

O problema central da interpretação da verba testamentária é, pois, uma pesquisa do que seja ou tenha sido a vontade e intenção do testador.

Nessa pesquisa o intérprete, em face do mandamento legal, não se há de ater às palavras com que se expressou a vontade, pois, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” — art. 85 do C. Civil.

Daí o motivo básico do nascimento das regras técnicas de interpretação que pululam em nossa doutrina jurídica e que se fundam no desprezo do sentido literal das indicações do testador.

Permite-se ao jurista o abandono da indicação do testador ao “usufruto”, constante da verba de seu testamento, por entender-se

que, via de regra, o testador não apreende o alcance e fim do instituto declarado e admite-se que, apesar da alusão a usufruto, a verba se refira a um fideicomisso.

Assim é que a unanimidade da doutrina tem procurado estabelecer regras e princípios definidores e aclaradores da vontade expressa em verbas testamentárias.

Com TEIXEIRA DE FREITAS, seguido por um grande número de doutrinadores e acolhido em não menor número de julgados, se fixou um princípio técnico de interpretação:

“Em caso de dúvida sobre ter-se constituído Fideicomisso ou Usufruto, entender-se-á: 1.º — constituição de Fideicomisso, sempre que o instituidor ordenar passagem de bens a outrem por morte do primeiro nomeado, embora em relação a êste fale em Usufruto” (*apud* HAROLDO VALADÃO, “Mais uma vez, usufruto e fideicomisso...” 1941, p. 36).

A propósito da regra enunciada por TEIXEIRA DE FREITAS e que provem de GOUVEA PINTO, diz-nos MENDES PIMENTEL, pecar pelo excesso de rigidez; nem sempre o fato de ordenar o testador que os bens passem a outrem por morte do primeiro nomeado significa substituição fideicomissária. Isto importaria em afirmar que são as partes que definem e conceituam irrefragavelmente os institutos jurídicos, o que não é verdadeiro.

“In generale la qualifica giuridica data dalle parte non ha, ne può avere un valore decisivo. Si deve sempre per mente allo scopo pratico, economico da essi propostosi, aloil quod actum est e procede in coerenza con quella forma giuridica, che meglio risponde alla volontà delle parti. Fissare la vera caratteristica giuridica, il nomen juris, é opera dell'ordinamento giuridico per organo del giudice (FADA, Parecere giuridice, 2.ª ed. p. 8).

Realmente, tomar-se como regra inafastável uma expressão do testador — “passagem de bens por morte”: — “como definidora do instituto desejado; ao mesmo tempo em que se despreza outra expressão desse mesmo testador — usufruto, não é regra de absoluta perfeição como o querem os seguidores de GOUVEA PINTO e os sequazes de TEIXEIRA DE FREITAS. Fundam-se ambas as operações de interpretação em as palavras do enunciado da vontade do disponente. Permite a lei tanto o desprezo da expressão: “usufruto”, quanto o da: “passagem de bens por morte”. Não são as palavras do testador que definem o instituto adotado pela verba testamentária; e, se o forem, se a verba puder ser interpretada pelas suas expressões li-

terais, como representativas da vontade real do testador, então não haverá necessidade alguma de se lançar mão de regras doutrinárias de interpretação, pois que não ocorrerá dúvida.

A regra mencionada é efetivamente valiosa e representa um grande recurso técnico interpretativo, quer pelo valor incontestável dos mestres que a criaram, quer pelo que em si mesmo se contem. Todavia, há de ser recebida e aplicada dentro da relatividade que resulta da aceitação da linguagem do próprio testador como condizente com sua vontade real ou presumida; há de ter elasticidade bastante para ser, por igual, desprezada, se não se coadunar com a intenção do testador.

Ainda no domínio das regras técnicas de interpretação temos esta outra:

“A instituição será de usufruto sempre que, coexistindo as pessoas nomeadas em primeiro lugar e em segundo lugar, não resulta manifestamente, das palavras do testamento, que houve intenção de instituir fideicomisso.” (CLOVIS BEVILAQUA, Parecer, Rev. For. v. 29, p. 155).

Exsurge a regra indicada da natureza e dos efeitos dos institutos em tela. É ainda CLOVIS que lhes explica a origem:

“... E o fideicomisso, além de criar uma forma jurídica especial, corresponde a uma necessidade de direito, que o usufruto não pode satisfazer. Quando o testador quer deixar a sua cota disponível para a prole eventual de seus filhos, ou de outras pessoas de sua estima, recorre naturalmente ao fideicomisso. É legítimo interêsse de família que essa vontade benéfica se possa realizar; porém não pode a mesma adaptar-se ao usufruto, no qual se faz necessária a existência simultânea do nu proprietário e do usufrutuário. O fideicomisso preenche magnificamente êsse fim, conservando os bens para serem entregues aos beneficiários ainda não existentes no momento da abertura da sucessão” (Cód. Civ. Com., v. 6, p. 207).

A regra citada se avanteja sobre a precedentemente estudada por não se escudar na literalidade, sempre duvidosa da verba testamentária e, sim, buscar na natureza jurídica dos institutos a razão ou razões que teria o testador para adotar um ou outro. É a ciência jurídica, complementando o que a ignorância técnica, comum ao testador, impediu deixasse claro, nas palavras usadas, a intenção ou vontade do declarante.

Ainda com base na natureza jurídica dos institutos em tela temos que haverá usufruto quando as disposições são simultâneas,

e fideicomisso, na hipótese de sucessividade de disposições — o *ordo successivus*.

As regras que se invocam ao sabor das pretensões dos litigantes e oriundas de sistemas jurídicos alienígenas têm, para nós, pouco valor, pois que, em geral, o nosso direito positivo se não comporta de igual modo no aceitar ou repudiar os institutos. A doutrina francesa e italiana, por exemplo, é muito invocada. No entanto, se há de cuidar que ambos os sistemas jurídicos não acolhem o fideicomisso e, por isso, ao estipularem as regras interpretativas buscam sempre, por motivos óbvios, salvar a verba no sentido de interpretá-la dentro da permissibilidade legal da disposição testamentária. Daí porque, na dúvida, prevalece como regra de interpretação aquela que define o instituto como usufruto. Vale-nos a doutrina alienígena como escólio, não interpretativo, mas elucidativo da natureza jurídica de cada instituto.

Mesclam-se, ainda, umas nas outras, as diversas regras e princípios de interpretação. Surgem, então, sistemas ecléticos.

A jurisprudência acolhe ora uma regra, ora outra, e, por sua vez, aceita sistemas ecléticos e, quando não, vale-se até de sistemas interpretativos de direito alienígena.

Tudo isso demonstra que a questão está longe de uma solução simples à vista de uma só regra interpretativa doutrinária. O problema é velho e será sempre PROBLEMA. Por outro lado, acentuemos que as regras que buscam desnublar a questão se aplicam somente quando se não pode adivinhar do testamento aquilo que representa a vontade do testador.

Em caso concreto que decidi há tempos, assim afirmei:

Na hipótese dos autos o próprio testamento nos oferece, sem dúvida ou erro possível, aquilo que representou a vontade do disponente. Não tenho dúvida a aclarar através regras doutrinárias, por isso delas não necessito. Se desprezar palavras do testador para chegar à conclusão decisória, nada mais farei que aplicar permissibilidade doutrinária de fazê-lo, tanto despreze referência a “usufruto vitalício”, quanto à “passagem de bens por morte”. Busco a vontade do testador e só esta vontade é que interessa à interpretação da verba.

“Na interpretação dos testamentos a questão única é uma *questio voluntatis*” (cit.)

Trata-se, na espécie, de testador sem ascendentes ou descendentes, casado pelo regime da comunhão de bens, tendo uma irmã viva

e vários irmãos falecidos, com prole. Quis beneficiar sua família existente, daí dispor, em testamento, a seu favor: “Uma quarta parte de sua meação disponível para a irmã e as demais três quartas partes para os sobrinhos filhos de seus irmãos falecidos, aquinhoando cada prole com uma quarta parte”. Diz-se que instituiu um fideicomisso porque era desejo seu passassem tais bens aos seus familiares após a morte da esposa. Assim fôsse e êle nada lhes teria dado, salvo uma *spes debitum iri*, que é intransmissível em nosso direito. Teria, ainda, dispensado tratamento desigual a seus familiares; realmente, aquinhoaria sobrinhos — filhos de irmãos falecidos e deixaria de fazê-lo aos filhos de sua irmã viva, pois que se para esta deixara uma simples expectativa de direito intransmissível ficariam seus filhos, para recolher a herança, na dependência de que o cônjuge supérstite do testador, premorresse à irmã dêste. A verba que interpretávamos era esta: “Que deixa à sua mulher dona Fulana, todos os seus bens, em usufruto vitalício, passando, por sua morte, tais bens, em plena propriedade às pessoas e na proporção seguinte: Uma quarta parte...” o restante já o indicamos antes.

Resulta inequívoca, das circunstâncias narradas pelo testador no ato de sua última vontade, sua intenção de fazer permanecer em sua família os bens disponíveis de que era possuidor, aquinhoando não só diretamente seus irmãos como os filhos dêstes. Atendia, assim, aos ditames do sangue de que se originara e que mantém, ainda hoje, vivo o instituto de ordem pública da sucessão dita do sangue, ou legítima. Por outro lado visou assegurar à sua esposa a continuidade da fruição de todo o patrimônio do casal, mantendo-o, todavia, *in substantia* para que revertesse íntegro, no que lhe pertencia, aos seus parentes consanguíneos. Legitima-se como real tal intenção do testador com suas próprias disposições testamentárias. Quando quis possibilitar a alienação de bens patrimoniais seus, declarou expressamente sua autorização e determinou a forma de emprego do saldo que fôsse apurado: “Que as ações da Fábrica poderão ser convertidas em apólices da Dívida Pública Federal, se assim sua mulher achar conveniente.”

Ao assim dispôr o testador deixou claro que entendia inalienável o seu quinhão meeiro por força da forma por que dêle dispôs, tanto que patenteou essa intenção ao dispor que entendida conveniente a venda das ações, sub-rogar-se-iam em apólices. Industrial, dono de grande fortuna em ações, sabia que as oscilações de valo-

res e do progresso e fracasso de uma empresa industrial, por vezes aconselha a imediata disposição das ações e não quis que esse patrimônio se perdesse jungido ao seu testamento, pela inflexibilidade da inalienabilidade que lhe impusera, em vida da esposa. Fosse a verba um fideicomisso e inoperante era a disposição permissiva da alienação, pois que do fideicomisso participa o direito de dispor da coisa, embora sujeita à resolução da própria propriedade dela "*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*".

Patente e indubitosa é a instituição do usufruto como resultante da intenção e vontade do testador. Somente o usufruto se coaduna com o testamento em foco. No tocante à literalidade das verbas o disponente não usou, como comumente sucede: "instituo minha herdeira fulana", e, sim: "que deixa à sua mulher...". A distinção não é acadêmica ou especiosa.

"A primeira disposição "instituo minha mulher" digo "instituo minha herdeira" exclui, desde logo, o legado de usufruto. Não é possível considerar herdeira a pessoa a quem apenas se quis deixar o usufruto. A deixa do usufruto, mesmo de todo o patrimônio, não é nem a universalidade, nem uma quota d'ele (C. GANGI, I legati 1933, p. 353). O usufrutuário não é chamado a suceder em todo o patrimônio, mas somente no usufruto. Diversamente, o herdeiro é um sucessor *in universum iuris*. O herdeiro tem, desde a abertura da sucessão o domínio, a propriedade do acervo hereditário (C. Civil, art. 1572). "Herdeiro não pode ser apenas usufrutuário" (HAHNEMANN GUIMARÃES, Parecer, *apud* HAROLDO VALADÃO, op. cit. p. 96/97).

O testador, como se vê, usou a terminologia tecnicamente adequada a seu intento, instituiu uma deixa ou legado de usufruto. Para instituir herdeira sua mulher não havia necessidade sequer de testamento, pois que ela, à falta de descendentes e ascendentes do de cujus era sua legítima herdeira por vocação legal. O testamento surgiu para afastar a vocação legítima, mas que não era necessária. No afastar a vocação legítima estava a intenção precípua do disponente, pois que seus bens destinava-os aos seus familiares.

A literalidade da verba, na hipótese, correspondente exatamente à intenção do testador, há perfeita adequação entre elas e propriedade terminológica das palavras usadas.

Só se admite o abandono dos termos usados pelo testador quando não correspondam à sua vontade e gerem dúvida na instituição a aplicar, com sendo essa vontade.

O ponto nodal da literalidade da verba em exame e no qual primacial e exclusivamente se funda a interpretação fideicomissária pretendida e sustentada, está no fato de ter o testador assim disposto: ... passando, por sua morte, tais bens, em plena propriedade às pessoas e na proporção seguinte:..."

Realmente, para os que ao invés de verem na interpretação testamentária, apenas e tão-somente, "uma *questio voluntatis*", vêm campo para aplicação de princípios técnicos interpretativos em função exclusiva da literalidade da verba, e acolhem como regra única dessa interpretação aquela enunciada por GOUVÊA PINTO e ratificada por TEIXEIRA DE FREITAS, como sendo final de uma interminável controvérsia jurídica, que já pertence à própria história do direito; realmente, repetimos, a razão estaria com essa corrente. Todavia, há que convir e ceder que o direito é uma ciência eminentemente lógica e racional; embora fundado em fatos, tem seu campo empírico no domínio da dialética, e, se assim é, não se pode, ao aplicá-lo cientificamente utilizar de uma palavra, que expressa uma idéia, desprezando outra que se contém no mesmo pensamento, consubstanciado na oração, em que tal operação tenha por fundamento a própria vontade (pensamento) que as palavras quiseram, mas não puderam exprimir.

Assim, a regra de que se existir na verba a expressão "passagem de bens" é quanto basta para configurar inequivocamente o fideicomisso, malgrado também se encontre na expressão testamentária referência ao usufruto, somente legítima a interpretação científica se ao desprezo de uma das expressões usadas, como a relevância de outra, corresponde uma razão de ordem volitiva do testador. Isto é, se da verba, ou do cômputo geral do testamento resultar patente o instituto do fideicomisso, é inegável que prevalece a expressão: "passagem de bens" sobre esta outra: "usufruto"; menos pela inflexibilidade técnico-científica da própria regra interpretativa, que, realmente, por esta outra regra de direito, de direito positivo: "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem (C. Civil, art. 85), regra esta que nasceu com o próprio direito: "*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*" D. 50, 16, fr. 19.

Já acentuamos, com a autoridade de mestres de escol, que tal regra não pode ter o caráter de inflexibilidade que se lhe pretende dar, nem alçar-se em solução única de um problema que, como já acentuamos, será sempre problema.

“O que é preciso acentuar, porém, é que nem sempre o fato do testador ordenar que os bens passem a outrem por morte do primeiro nomeado significa substituição fideicomissária, precisamente porque poderia o testador referir apenas à passagem da posse, que, também no usufruto só se verifica com a morte do usufrutuário” (CARVALHO SANTOS — C. Civil Interp. v. XXIV, p. 164).

O fundamento da regra enunciada também serve para explicar o abandono da expressão: “passagem de bens”, em favor da outra usada: “usufruto”. Aceita-se aquela que corresponder à intenção do disponente, despreza-se, seja qual fôr, a que a essa intenção se não coadune. A *questio voluntatis* impera sempre. “A lei, por isso, manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, fora da expressão verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente.

Este preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela quando manifestada de acôrdo com a lei, que o direito dá eficácia” (CLOVIS, op. cit., v. I, p. 325 art. 85).

Na adoção da expressão “passagem de bens” é, ainda, BEVILAQUA quem esclarece e ensina:

“O caso é claramente de usufruto. Os testadores usam da expressão — passando os mesmos bens — porque os mencionados ficam na posse do cônjuge sobrevivô, como usufrutuário.

Tirar dessa expressão argumento para afirmar que o caso é de fideicomisso e não de usufruto, é atribuir-lhe uma virtude que absolutamente não tem. Os bens passam de uma pessoa para outra, quer se trate de usufruto, quer de fideicomisso” (Rev. For., XXIX, 154, Cit. CARVALHO SANTOS, op. cit., v. cit., p. 167).

Ainda no domínio da literalidade da verba em exame, vemos que o testador ordenou passassem os bens em plena propriedade aos seus familiares por morte da espôsa.

Vê-se que usou da expressão “plena propriedade” e com isso demonstrou que sentira que com a disposição testamentária fracionara a propriedade legada, por isso que, propriedade por si só dá idéia de um todo e não de uma parte ou fração de um todo; se a adjetivamos, para dar idéia de: “cheio, completo, perfeito, inteiro” (Candido de Figueiredo, Dicionário, p. 650, v. II, “pleno”) é porque se sentiu que a propriedade que passaria aos herdeiros instituídos, até então não era completa, inteira, perfeita. Realmente,

faltavam-lhe, por desmembrados, alguns de seus atributos: o *ius utendi et fruendi* e, conseqüentemente, a posse. Despojada de seus elementos vivos, dizia DUARTE DE AZEVEDO, a propriedade fica nua e é nesta forma que continua a pertencer ao senhor da coisa usufruída. Na complementação dêsse direito de propriedade, pelo fato da morte da legatária cônjuge supérstite, é que o testador sentiu que os bens em sua materialidade e substância passariam aos seus herdeiros instituídos, tornando assim plena a propriedade dêstes.

A vontade pesquisada aponta a intenção do testador claramente manifestada com instituindo um usufruto. A literalidade da verba não infirma, antes reafirma essa intenção buscada pelo intérprete. As normas técnicas interpretativas apontadas, se aplicadas, não destroem a conclusão, antes a reafirmam. A pesquisa de circunstâncias que cercaram o disponente aponta o usufruto como querido intencionalmente e literalmente. A dúvida não ocorre e não dá margem a que se perca o intérprete em rebuscadas teorias interpretativas e permite-lhe, na lição citada do saudoso PHILADELPHO AZEVEDO, que despreze os métodos puramente técnicos, pois que a questão deve, acima de tudo, ser decidida em atenção à vontade do testador (vd. OCTAVIO KELLY, o C. Civil do S. T. F., p. 321, v. 1).

Finalizamos com a assertiva que abriu êste estudo: “Na interpretação dos testamentos (usufruto e fideicomisso) a questão única é uma *questio voluntatis*”.